

Sumário

Entrevista

Parcerias Público-Privadas

Prof. Airton Nóbrega

Artigos Doutrinários

Limitações Constitucionais Intangíveis ao Foro Privilegiado

Procurador da República Luciano Rolim

A Atual Dimensão das Garantias Constitucionais Fundamentais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa em Face da Nova Redação do Art. 185 do CPP

Dr. Leandro Bittencourt Adiers

Tópicos Jurídicos

A Prática do *Drawback* nas Relações Internas e Internacionais

Juiz Luis Gustavo Bregalda Neves

Dr. Rafael de Mamade Oliveira Ramos da Costa Leite

Novo Entendimento do STF em Face da Súmula 609

Dra. Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses

Acórdãos – Inteiros Teores

2ª Seção – Busca e apreensão de documentos. Inexistência de direito líquido e certo

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

MS 2004.01.00.059507-0/GO

3ª Seção – FGTS. Honorários advocatícios. MP 2.164-40/01. Isenção. Impossibilidade

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

EIAC 2000.34.00.047075-0/DF

4ª Seção – Rescisória. IRRF sobre complementação de aposentadoria

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

AR 2004.01.00.002690-0/BA

1ª Turma – Medida liminar em 1º grau contra ato de autoridade sujeita, em MS, à competência originária de Tribunal

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Ag 2004.01.00.058500-4/DF

2ª Turma – Assistência à saúde. Retinose pigmentar. Tratamento médico no exterior

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

AMS 1999.01.00.085927-5/DF

3ª Turma – Extinção da punibilidade. Art. 171 do CP. Prescrição antecipada

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

RcCr 1997.35.00.000060-0/GO

4ª Turma – Improbidade administrativa. Desvio de finalidade

Rel.: Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)

AC 2000.39.00.001370-0/PA

5ª Turma – Ação indenizatória. Porto privativo misto. Competência

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

AC 2004.01.00.060921-2/AM

6ª Turma – FGTS. Correção monetária. Competência

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Ag 2004.01.00.057102-3/DF

7ª Turma – Recurso administrativo. Garantia de instância. Arrolamento de bens ao invés de depósito em dinheiro

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

AMS 2001.35.00.005417-1/GO

8ª Turma – Exceção de pré-executividade. Depósitos judiciais

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Ag 2005.01.00.022020-1/MG

Decisões Monocráticas

Ag 2005.01.00.053377-4/DF

Contribuição previdenciária. Auxílio-doença. Natureza salarial. Não-configuração.
Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Rcl 2005.01.00.013823-9/GO

Contribuição previdenciária. Produção rural. Lei 8.540/92. Lei 8.870/94
Rel.: Des. Federal Carlos Olavo

Breviário

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

Concurso público. Candidatos deficientes.

CPMF. Mora.

Desapropriação. Fixação da indenização.

Hidrovia. Autorização do Congresso Nacional.

Pnud. Isenção. IR.

Litisconsórcio. Desmembramento. Idoso.

SFH. Contrato de mútuo. Quitação.

Monografia

Ações Afirmativas no Brasil: Sistema de Cotas, Amplitude e Constitucionalidade

Davi Alvarenga Balduino Ala

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

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

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

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

Apresentação

Caros leitores,

Na qualidade de Diretor desta Revista a partir da presente edição, muito estimaria registrar especial agradecimento ao meu ilustre antecessor, Desembargador Federal Olindo Menezes, que, com dedicação e competência, coordenou os trabalhos do periódico nos últimos dois anos.

De outra parte, permito-me registrar a satisfação em poder prestar serviços e, nos limites das minhas possibilidades, dar seqüência a uma revista que tem por escopo difundir as decisões da Corte e colaborar para a (in)formação dos profissionais do Direito que a ela recorrem, com a coincidência (para mim, feliz), de ocorrer no momento em que tenho a honra de ocupar também, cumulativamente, a direção da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – Esmaf, empenhada no contínuo aperfeiçoamento dos magistrados. Colocando-me à disposição de toda a comunidade judiciária, muito em particular a do TRF-1ª Região, rogo a todos cooperação, por onde passam, necessariamente, as críticas.

Que Deus não me desampare no exercício da nova missão, para dar continuidade ao excelente trabalho realizado pelos oito colegas que nele me antecederam.

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Diretor da Revista

Entre vista

Parcerias Público-Privadas

*Aírton Nóbrega

Nesta edição a Revista contempla seu público com entrevista concedida pelo Dr. Aírton Nóbrega. Aqui, ele discorre sobre o instituto das Parcerias Público-Privadas, uma aparente novidade no nosso Direito Positivo.

Revista: As parcerias público-privadas já existiram no nosso Direito, não é?

Aírton Nóbrega: É. Nós tínhamos, já, no passado, uma regulamentação que não foi muito bem utilizada e que depois passou a ser implementada sob uma outra denominação, que é também do regime de concessões e permissões, cujo fundamento é constitucional; quando a Constituição refere-se à atuação do Estado, à prestação de serviço público pelo Estado, ela se refere, no art. 175, à possibilidade de o Estado fazer isso de forma descentralizada, delegando a terceiros as concessões e as permissões. E nós não tínhamos uma regulamentação específica de concessão e permissão de serviços públicos, o que veio a ocorrer com a Lei 8.987, de 1995. Mas, de todo modo, tínhamos o sistema funcionando – e funcionando bem em determinados setores – isso passou a ser ampliado com a Lei 8.987. Já havia a possibilidade e até acho isso muito mais positivo do que esse sistema de parcerias público-privadas que foi implementado por meio dessa lei mais recente.

Revista: Como esse instituto está interferindo na Lei de Licitações?

Aírton Nóbrega: A Lei 8.666 é uma lei geral de licitações, que se adota em todos os casos. Então, como lei geral, sempre que você estiver realizando uma licitação numa área específica, como o caso da Anatel, que tem legislação própria no regime de concessões e permissões especificamente; toda vez que você realiza licitações nessa esfera e você não tem norma específica, a lei geral passa a ter um caráter suplementar.

Revista: E qual seria a diferença básica?

Aírton Nóbrega: A Lei de Licitações e Contratos tem uma aplicação geral e, em realidade, destina-se à seleção de proposta para efeito de celebração de um contrato administrativo; e esse contrato que for feito pode ter por objeto uma obra, um serviço, ou um contrato de fornecimento ou até alienações. Como contrato administrativo, ele

*N.E.: Advogado militante no DF, professor na Universidade Católica de Brasília.

ficará oneroso e essa onerosidade implica que a Administração assume a responsabilidade de realizar um pagamento a particular. Então, no momento em que você celebra um contrato administrativo ou faz uma licitação para isso, você já tem de ter uma previsão orçamentária para realizar essa despesa e fazer a programação anual dessa despesa, à medida que o contrato social for prorrogado.

Veja que os contratos da Lei 8.666 podem ser utilizados para pequenas contratações e para grandes obras. Então, eles têm uma natureza extremamente abrangente. Já a Lei de Parcerias Público-Privadas, você tem uma inversão nesse princípio – o contrato não tem necessariamente o caráter oneroso, porque a Administração pode relegar ao particular uma fórmula de se pagar. Como acontece no regime de concessões e permissões, ao celebrar o contrato e, somente se houver *deficit* na economia do contrato ou no seu faturamento, o Poder Público suplementaria a remuneração dele, o que no Brasil é uma coisa muito fluida – o que tenho notado há algum tempo é que um dos maiores problemas que enfrentamos no contrato administrativo é a falta de gestão competente. Se não temos gestores competentes e qualificados e não contratamos pessoas para isso, não temos como fazer uma verificação cuidadosa desse sistema de parcerias público-privadas. Particular mal orientado ou com algum desejo de simplesmente criar ônus para o Estado pode engendrar fórmulas que vão, com certeza, gerar um ônus maior, porque ele vai ter sempre contrato deficitário.

Revista: Essas parcerias estão sendo instituídas para suprir algumas necessidades que o governo não tem conseguido suprir, não é isso?

Aírton Nóbrega: É. A parceria público-privada poderia suprir essas necessidades, poderia atender essas áreas específicas por meio do regime de concessões e permissões. O regime de concessões e permissões, por exemplo, quero construir uma rodovia de grande relevância na Amazônia. Sabemos que construir rodovia na Amazônia não significa necessariamente ter lucro com uma concessão que seja feita ali. Um particular que vai construir uma rodovia dessa não vai auferir, por meio da tarifa, um lucro. Nessas hipóteses, até se poderia pensar num mecanismo de o Estado contribuir com parte daquilo. Mas, como é que o Estado poderia suprir? Em vez de engendrar as parcerias público-privadas, poderia, em realidade, construir a própria estrada e deferir ao particular a exploração dela. E essa exploração, veja que a tarifa seria para remunerar os serviços que ele teria de manutenção e de serviço que ele prestaria naquela rodovia, de um determinado trecho a um outro trecho também especificado. Só que, quando você constrói uma estrada, não constrói nunca somente a estrada; mas as áreas paralelas a essa estrada, que poderão ser exploradas – haverá um posto de gasolina, um restaurante, um hotel construído ali, é a passagem de cabos de telefonia, é a energização, é a condução da energia. Uma empresa de energia elétrica ou empresa de telefonia prefere muito mais colocar os seus cabamentos à margem de uma estrada já pronta para se fazer a manutenção do que abrir picadas no meio da selva. Tudo isso pode se traduzir em vantagem para a Administração, de modo a reduzir o dano que o particular teria. Ela poderia permitir que a suplementação da tarifa fosse feita por meio da alocação dessas áreas com essa finali-

dade. Temos estradas no País que são extremamente produtivas, que dão bons resultados e ele poderia gerar compensação.

Revista: No caso da parceira público-privada, seria o particular que faria o aporte financeiro?

Aírton Nóbrega: É. O particular assumiria inicialmente os ônus do contrato e, somente se houvesse uma previsão de *deficit*, o Estado entraria com os recursos.

Revista: E há garantias também entre as partes?

Aírton Nóbrega: Há garantias. Mas temos chegado à conclusão de que, hoje em dia, não adianta muito ter garantias com o Poder Público, não é? Sou um crítico da lei e do sistema – entendo que não vai funcionar no nosso sistema, porque falta a base para o funcionamento. Uma coisa que tenho sustentado – e tenho até um artigo sobre isso – é que temos de criar uma carreira específica para fazer a gestão de licitações e contratos administrativos. Essa carreira de gestão teria a incumbência de fazer verificação *in loco* de preços de mercado. Se quero comprar cadeira, não vou ficar pedindo orçamento via fax para pedido de cadeira. O meu orçamentista sairia da comodidade da repartição, iria até os locais de venda, analisaria a qualidade, conheceria o produto e aí, no momento de ele especificar, ele especificaria o produto, sabendo o seu preço real, em vez de ficar pedindo ou fantasiando que, se mando um fax, vão mandar preço real para a Administração – nunca vão. O orçamentista faria esse levantamento, a licitação seria instaurada com o pessoal com competência e qualificação para isso. Seria conduzido, de igual forma, o contrato administrativo, celebrado e gerenciado por gente da carreira, gente com qualificação que teria a responsabilidade de dizer, inclusive, que naquele contrato específico eu não tenho condições de gerenciar. Portanto, contrate alguém que tenha condições de me dar suporte. Ele seria o responsável direto, mas o particular daria a ele a possibilidade de acompanhar. No caso das parcerias público-privadas, esse aspecto específico do gerenciamento não tem como efetivamente ocorrer de modo competente. Não temos material humano para isso. E o Estado, então, que suplementaria os recursos, apenas na hipótese do *deficit*, serviria continuamente submetido à obrigação suplementar por fator de competência.

Revista: Na sua visão, essa lei traz excesso de subjetividade na eleição de empresas participantes ou não?

Aírton Nóbrega: A licitação, de um modo geral, dependendo de quem trabalhe com ela, até do desejo de se orientar a licitação para um e para outro, permite em todos os níveis que você oriente, que você leve para determinadas pessoas – isso, especialmente quando você estabelece as exigências de habilitação. Se você começar a exigir determinadas coisas que são incompatíveis com o contrato, delimita o universo de competidores. E tanto a própria Lei das Parcerias Público-Privadas como a Lei 8.666 permitem essa possibilidade. Para suprir ou evitar esse tipo de situação, o que temos de fazer seria

um planejamento mais técnico e a fiscalização teria de incidir sobre essa fase específica de habilitação, que é para evitar a indicação de exigências que não são compatíveis. Todas as leis permitem esses critérios muito subjetivos e que direcionem a licitação.

Revista: O Senhor gostaria de fazer mais algum comentário?

Aírtón Nóbrega: O Sistema já está instaurado. O Distrito Federal me parece que vai sair na frente do Governo Federal, mas entendo que é preciso se fazer uma reflexão cuidadosa acerca do conteúdo dessa lei, acerca daquilo que se promove como sendo um objeto fundamental para ela, porque senão vamos nos deparar com mais uma lei que não pegou ou com mais uma que vai gerar foco para a corrupção e para as denúncias continuamente, como temos visto no momento presente. Isso tudo é resultado da falta de planejamento nas licitações e da falta de gente competente que as execute.

Artigos Doutrinários

Limitações Constitucionais Intangíveis ao Foro Privilegiado

Luciano Rolim*

1. O foro privilegiado na Reforma do Judiciário

No âmbito da Reforma do Judiciário, prevê-se a instituição de foro privilegiado para o processo e julgamento de determinadas autoridades superiores em sede de ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa¹. A proposta é estender o privilégio – que fora originalmente outorgado pela Constituição de 1988 apenas quanto às ações penais² – à seara cível, assegurando com isso maior independência a essas autoridades para o desempenho de suas funções.

Além disso, o proposto art. 97-A intenta, em seu *caput*, estender o privilégio a ex-autoridades, ao estabelecer que o foro privilegiado subsistirá, com relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.

O texto que contém essas inovações já foi aprovado em segundo turno pelo Senado Federal, encontrando-se atualmente na Câmara dos Deputados, para deliberação final³.

* Procurador da República no Distrito Federal.

2. O foro privilegiado na história constitucional brasileira

No constitucionalismo brasileiro, o foro privilegiado, não obstante muitas vezes tolerado, em caráter excepcional, para o processo e julgamento de determinadas autoridades públicas na esfera penal, sempre foi objeto de forte repulsa, desde a nossa primeira Constituição. Com efeito, mesmo no período imperial, em que vigorava o princípio monárquico, a Constituição de 1824 já dispunha, em seu art. 179, XVII: “À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas cíveis, ou crimes”.

A proibição de foro privilegiado nas Constituições brasileiras – sempre expressa no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais – prosseguiu após a instauração da República. “À exceção das causas, que, por sua natureza, pertencem a juízos especiaes, não haverá foro privilegiado”, prescrevia, de forma taxativa, o art. 72, § 23, da primeira Constituição republicana, de 1891.

A Constituição de 1934, por sua vez, inovou, agregando à cláusula proibitiva, no art. 113, 25, a vedação de tribunais de exceção: “Não haverá foro privilegiado nem tribunaes de exceção; admittem-se, porém, juízos especiaes em função da natureza das causas”.

Percebe-se que as primeiras Constituições brasileiras excepcionavam da cláusula vedatória de foro privilegiado as causas que, por sua natureza, pertenciam a juízos especiais. Na verdade, do ponto de vista da teoria processual, a ressalva seria despicienda, pois a previsão de juízos especiais em razão da matéria não configura foro privilegiado, porquanto este é fixado com base em critérios pessoais e não materiais⁴. Exceção propriamente dita à regra proibitiva, encontrada nos diversos Textos Constitucionais brasileiros, é a previsão de hipóteses de foro privilegiado, sempre restritas ao âmbito penal, para o processo e julgamento de crimes, comuns ou de responsabilidade, imputados a determinadas autoridades públicas superiores. A ressalva mencionada tinha a virtude, porém, de enfatizar que somente a “natureza da causa”, e não a qualidade da parte, poderia servir de critério para definição da competência de juízos especiais.

Todavia, a partir da Constituição de 1946 – que restabeleceu a garantia proibitiva, omitida na Carta totalitária de 1937 – tem prevalecido o rigor técnico, mediante proibição vazada em fórmula concisa, sem a aludida ressalva, que passou a se considerar implícita. Dessa forma, preceituava o art. 141, § 26, daquela Constituição que “não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”.

O art. 153, § 15, da Constituição de 1967, inalterado pela Emenda Constitucional 1 de 1969, manteve a proibição, nos seguintes termos: “A lei assegurará

aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”.

Já a Constituição de 1988, embora considerada a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, não previu expressamente a vedação de foro privilegiado. Apesar disso, o seu art. 5º, XXXVII, dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Carece de maiores investigações o alcance da proibição de juízo ou tribunal de exceção no art. 5º, XXXVII, da Constituição de 1988. No caso, cabe perquirir se a cláusula proibitiva abrange o foro privilegiado. Mais especificamente, deve-se apurar se houve uma evolução conceitual, de modo a incluir o foro privilegiado no conceito de juízo ou tribunal de exceção. Outra hipótese provável é a omissão deliberada da garantia proibitória de foro privilegiado na Constituição de 1988.

O exame dessas hipóteses, entretanto, far-se-á em tópico específico. Merecerá um tópico à parte, também, a pesquisa da contribuição do Supremo Tribunal Federal para a ampliação do foro privilegiado no Direito brasileiro.

Outro aspecto interessante a ser ressaltado no momento, pertinente ao desenvolvimento histórico da disciplina constitucional do foro privilegiado, concerne à terminologia do instituto. Consoante visto, adotou-se, durante toda a história constitucional brasileira, a expressão “foro privilegiado”. A despeito disso, constata-se, na doutrina e na jurisprudência, uma preferência pelo emprego, em relação a autoridades públicas, da expressão “foro especial por prerrogativa de função”, o que sugere uma interpretação restritiva, destinada a afastar do âmbito de proibição da norma as autoridades públicas, para as quais a previsão de foro especial não caracterizaria foro privilegiado.

Trata-se, sem dúvida, de entendimento discutível, pois conduz ao esvaziamento do conteúdo normativo da proibição, excluindo do seu âmbito de incidência os potenciais beneficiários, por excelência, desse tipo de privilégio, quais sejam, as autoridades públicas. Com efeito, a possibilidade prática de criação de foro privilegiado para particulares e servidores públicos subalternos é simplesmente impensável.

Na Reforma do Judiciário ora em trâmite, porém, intenta-se legitimar constitucionalmente esse entendimento, mediante a introdução da expressão “foro especial por prerrogativa de função” no texto da Constituição de 1988⁵.

Por último, registra-se neste esboço histórico que, paradoxalmente, em que pesem as já enaltecidas qualidades da Constituição de 1988, foi ela a mais generosa em conceder foro privilegiado a autoridades públicas, registrando dezenove hi-

póteses do privilégio em seu texto (arts. 29, X; 102, I, *b* e *c*; 105, I, *a*; e 108, I, *a*)⁶.

3. A contribuição do Supremo Tribunal Federal para o alargamento do foro privilegiado

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel decisivo para o alargamento do foro privilegiado no Direito brasileiro.

Jurisprudência secular da Corte Suprema, consolidada na Súmula 394, editada em 03/04/64, estendera, em exegese ampliativa, o foro privilegiado a ex-autoridades, na hipótese em que cometido o crime durante o exercício funcional, o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. Em 1999, contudo, o STF, em decisão exarada no Inquérito 687/SP, cancelou a súmula em questão, ao argumento principal de que a Constituição não foi explícita em atribuir o privilégio a ex-autoridades⁷.

Outrossim, a Suprema Corte vislumbra, no § 1º do art. 125 da Constituição da República⁸, a existência de autorização constitucional aos Estados-membros para inclusão, nas Constituições estaduais, de novas hipóteses de foro privilegiado perante os respectivos Tribunais de Justiça.

No julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.587/GO, entendeu o STF que essa autorização era limitada, porquanto se exigia, para a outorga, pela Constituição de Estado-membro, de foro privilegiado a determinada autoridade estadual, a previsão, na Constituição da República, do mesmo privilégio em favor de autoridade que lhe fosse correspondente no plano federal (critério da simetria com o modelo federal). Por conseqüência, o Tribunal suspendeu, até decisão final da ação, a eficácia de dispositivo constitucional estadual que incluía, na competência penal originária por prerrogativa de função do Tribunal de Justiça, os delegados de polícia, os procuradores de Estado e da Assembléia Legislativa e os defensores públicos, tendo em vista que delegados federais, advogados da União e defensores públicos federais não gozam de privilégio de foro na Constituição Federal⁹.

Todavia, no julgamento definitivo da citada ADI, em 1º/12/04, o STF abandonou o critério de simetria em apreço. De fato, o Tribunal, por maioria, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Carlos Britto, julgou constitucional a previsão, em Constituição de Estado-membro, de foro privilegiado para defensores públicos e procuradores de Estado e de Assembléia Legislativa. Apenas quanto aos delegados de polícia, deixou-se de reconhecer o privilégio, sob o fundamento de que este seria incompatível com outras regras constitucionais, em especial a que trata do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público¹⁰.

Uma prática comum do governo federal, chancelada pelo STF¹¹, consiste em

atribuir *status* de ministro de Estado a determinadas autoridades – sem a correspondente transformação dos órgãos por elas titularizados em Ministérios –, com o propósito, quando não exclusivo, ao menos principal, de resguardá-las, por meio do foro privilegiado assegurado na Constituição Federal aos ministros de Estado, da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário federais de 1ª instância¹².

Em que pese o precedente do STF, entendemos que a atribuição dessa condição a quem não titulariza Ministério deve ter repercussão apenas na esfera administrativa, financeira e protocolar, não atraindo a incidência do regime constitucional próprio dos ministros de Estado¹³.

A leniência da Suprema Corte no trato da matéria fez surgir um quadro de escárnio: proposta de anteprojeto de lei apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, ao Colégio de presidentes de seccionais da OAB prevê foro privilegiado para advogados¹⁴. A idéia da proposta é estender aos advogados o mesmo tratamento dado a magistrados e membros do Ministério Público. Cremos, porém, que a Ordem dos Advogados do Brasil melhor cumpriria o seu papel, honrando uma rica história de defesa do regime democrático, se, ao invés de transigir com privilégios antidemocráticos, propusesse a extinção do foro privilegiado para magistrados e membros do Ministério Público.

Tradicionalmente, o STF negava a existência de foro privilegiado na seara cível – inclusive ação popular, ação de improbidade administrativa e ação civil pública –, sob o argumento de que o privilégio só fora previsto expressamente na Constituição Federal para o processo e julgamento de crimes¹⁵.

A consolidação da jurisprudência do STF em relação a essa questão ensejou a propositura, pelo Ministério Público, de ações de improbidade administrativa contra diversas autoridades, em todas as esferas de governo. Em muitas dessas ações, o Poder Judiciário de 1ª instância decretava, a requerimento do Ministério Público, a indisponibilidade liminar de todos os bens dos acusados. Estavam postas, destarte, as condições históricas que resultariam no estabelecimento do foro privilegiado em ações de improbidade administrativa. Entretanto, far-se-ia necessário contornar a antiga jurisprudência do STF. Para tanto, só havia duas formas imagináveis: transmudar ato de improbidade administrativa em crime; ou emendar a Constituição Federal, instituindo expressamente foro privilegiado em ação de improbidade administrativa.

Embora não pareça crível, o próprio Tribunal, de início, encarregou-se da primeira alternativa, empreendendo a estranha metamorfose: assentou que, em relação aos agentes políticos, os atos de improbidade administrativa correspondem a crimes de responsabilidade.

Na Reclamação 2.138/DF, o Ministro-Relator Nelson Jobim, em decisão li-

minar, suspendeu a eficácia de sentença condenatória proferida pela Justiça Federal de 1ª instância em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal contra o então Ministro da Ciência e Tecnologia Ronaldo Sardenberg. Inicialmente, o Ministro Jobim fez distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição Federal: o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei 8.429/92; e o regime do crime de responsabilidade, fixado no art. 102, I, *c*, e disciplinado pela Lei 1.079/50. Em seguida, concluiu que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas por crime de responsabilidade, em ação a ser proposta perante o STF, nos termos do art. 102, I, *c*, da CF¹⁶.

A decisão proferida na Reclamação 2.138/DF foi, conforme registrou Cassio Scarpinella Bueno¹⁷, uma das peças-chave para a publicação da Lei 10.628/02, que, modificando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estendeu às ações de improbidade o foro privilegiado. Segundo o autor “(...) o contexto em que promulgada a Lei 10.628, de 2002, é bastante rico no sentido de que tudo se fez para deslocar para o Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações de improbidade administrativa que envolviam o chamado ‘primeiro escalão do Executivo Federal’, para empregar o jargão jornalístico”¹⁸.

Atualmente, a constitucionalidade da referida lei é apreciada pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

No julgamento da ADI 2.797/DF, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, votou pela procedência das mencionadas ações, salientando que a ação de improbidade é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria¹⁹. Em seguida ao voto do Relator, o julgamento foi suspenso, em razão de pedido de vista do Ministro Eros Grau.

A outra estratégia cogitável, para instituição do foro privilegiado em ação de improbidade administrativa, é objeto da Reforma do Judiciário, ainda em curso no Congresso Nacional. Eis o fruto final da jurisprudência do STF em matéria de foro privilegiado: a tentativa de constitucionalização do privilégio não apenas em ação de improbidade administrativa, mas também em ação popular e ação civil pública.

No que tange à ação de improbidade administrativa, o constituinte derivado, buscando afastar qualquer questionamento judicial, tendo em vista os limites materiais ao poder de reforma constitucional estipulados no art. 60, § 4º, da Consti-

tuição, tenta, socorrendo-se ao recurso hermenêutico engendrado na Reclamação 2.138/DF, imprimir à alteração um caráter meramente explicitador de um regime supostamente instituído pelo constituinte originário. Nessa linha, o Congresso Nacional, em interpretação autêntica do Texto Constitucional originário, almeja transformar ato de improbidade administrativa em crime de responsabilidade, nos seguintes termos:

Art. 97-A. A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo.

4. A proibição de foro privilegiado na Constituição de 1988

Como visto, a Constituição de 1988 não trouxe expressa em seu texto a proibição de foro privilegiado.

A princípio, experimenta-se certa perplexidade ao se constatar que a mais democrática e republicana de todas as Constituições brasileiras tenha, quebrando uma tradição que remonta à primeira Constituição pátria, e perpassa toda a nossa história constitucional, com exceção do curto período em que vigorou a Carta fascista de 1937, excluído do rol de direitos e garantias individuais a proibição do foro privilegiado.

Essa sensação se desfaz, contudo, quando se observa que, no estágio atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras, essa proibição configura decorrência necessária do princípio do juiz natural, extraído do art. 5º, incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), da Constituição. Nesse contexto, a magistratura de 1º grau constitui o juiz natural dos brasileiros.

Na lição de Alexandre de Moraes, a Constituição Federal, ao consagrar, no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, o princípio do juiz natural, não permite a criação de novas hipóteses de foro privilegiado, além das já previstas em seu texto²⁰.

Na jurisprudência, colhe-se a posição do ex-Ministro Moreira Alves, que, durante o debate travado no STF por ocasião do julgamento de questão de ordem suscitada no Inquérito 687/SP, assentou que “a prerrogativa de foro é, sem dúvida, excepcional. Ela afasta o juiz natural nos termos estritos da Constituição (...)”²¹.

No mesmo diapasão, o Ministro Carlos Velloso, em voto-vista proferido no referido julgamento, asseverou, após acentuar que “o foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império”: “Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem

foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação (....)”.

A seu turno, o Ministro Celso de Mello frisou, em recente despacho, que o foro privilegiado constitui “derrogação extraordinária aos postulados da igualdade e do juiz natural”²².

Pode-se dizer que a proibição de foro privilegiado representa uma garantia inibitória de tratamento privilegiado; nesse sentido, é um desdobramento natural do princípio isonômico. Mais do que isso, consoante observou Fábio Konder Comparato, é inerente ao regime político modelado pela Constituição Federal²³.

Prescreve a Constituição, logo em seu art. 1º: a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Resultam claros, pois, os pilares que sustentam a ordem estatal da federação brasileira: república, democracia e Estado de Direito; todos convergindo para o tratamento igualitário entre os cidadãos brasileiros, sem distinção entre governantes e governados. Desse modo, é sob o prisma dessa ordem estatal que deve ser interpretado o princípio insculpido no art. 5º da Constituição: a isonomia constitucional não se esgota em uma igualdade jurídica formal, apolítica; antes, é uma igualdade viva, republicana, democrática.

Diante dessas considerações, carece de importância jurídica perquirir se o constituinte de 1988 excluiu deliberadamente a vedação de foro privilegiado do Texto Constitucional; porquanto a garantia proibitória permaneceu incólume, conquanto implícita e não mais expressa, como corolário dos mencionados dispositivos constitucionais, bem como do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal²⁴. Cuida-se de uma garantia clássica, de conteúdo negativo, que impede seja o indivíduo tratado como cidadão de segunda classe.

5. Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado

O foro privilegiado, como o próprio nome indica, significa o privilégio assegurado a determinadas pessoas, em geral autoridades públicas²⁵, de apenas serem submetidas a julgamento em instâncias especiais, de grau superior, ao contrário do cidadão comum, sujeito a julgamento pelo Poder Judiciário comum, ou seja, perante magistrados de carreira de 1ª instância.

No Brasil, predomina o entendimento, tanto em sede doutrinária²⁶, quanto jurisprudencial²⁷, de que o foro privilegiado não configura um privilégio pessoal outorgado à autoridade, mas uma prerrogativa funcional destinada a resguardar o regular exercício do cargo público; daí a preferência, nesses meios, pela expressão “foro por prerrogativa de função”, cuja matiz ideológica, todavia, não se

deixa ocultar; ou que, pelo menos, mal consegue dissimular um certo desconforto em se admitir a verdadeira natureza jurídica do instituto: um privilégio – previsto em sede constitucional, é verdade, mas um privilégio, isto é, mera exceção a um regime jurídico geral ao qual se submetem todos, governantes e governados²⁸. Não se trata, pois, de prerrogativa, porquanto esta atende a especificidades próprias das diferentes funções estatais: a inviolabilidade assegurada aos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos (CF, art. 53)²⁹; e a independência funcional dos magistrados, são exemplos clássicos de prerrogativas.

Não se nega, porém, que o foro privilegiado, a par de configurar um privilégio para os seus titulares, cumpra uma finalidade reconhecida pela ordem constitucional; ao revés, reconhece-se, na opção do constituinte de 1988, o interesse em garantir o livre exercício dos mandatos político-representativos e das funções superiores do Estado, para o qual, segundo essa opção, é indispensável a previsão de foro privilegiado, nos termos definidos pela Constituição.

Nesse contexto, resta claro um conflito entre valores de dignidade constitucional: a submissão igualitária de todos, autoridades e cidadãos comuns, ao império do Direito; e a estabilidade necessária ao exercício das funções públicas.

Esse conflito, como qualquer outro de natureza constitucional, somente se resolve mediante a compatibilização dos interesses em antagonismo. Essa harmonização, contudo, não resulta de uma pura teoria geral, vale dizer, não se infere do Direito Constitucional geral; ao contrário, é objeto do Direito Constitucional positivo. Assim sendo, deve-se perquirir como a ordem constitucional da República Federativa do Brasil soluciona o conflito entre esses valores. Enfim, cumpre delinear os limites traçados para o foro privilegiado pela Constituição de 1988.

Conforme assentado, no regime constitucional brasileiro a proibição de foro privilegiado é uma garantia individual. Em consonância com essa premissa, a Constituição conferiu disciplina restritiva ao privilégio: limitou-o ao âmbito penal, de onde partem as mais graves ameaças impostas pelo Estado à liberdade humana; vale dizer, não transigiu com a garantia senão o estritamente necessário à estabilidade almejada para o exercício dos mandatos político-representativos e das funções estatais superiores³⁰. Destarte, ressalvada a previsão de foro privilegiado para o processo e julgamento de determinadas autoridades pela prática de crime, vigora a submissão igualitária de todos os cidadãos brasileiros ao Poder Judiciário. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso, anteriormente citadas, “as normas que estabelecem foro privilegiado (...) devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação (...)”.

Pretende-se, agora, com a Reforma do Judiciário, substituir essa ponderação de valores do poder constituinte originário – assentada em princípios basilares do Estado brasileiro –, ampliando o foro privilegiado para ações populares, ações

civis públicas e ações de improbidade; e, o que é pior, reconhecendo-o em favor de ex-autoridades.

Ocorre que, de acordo com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, a proibição de foro privilegiado encontra-se albergada por cláusula pétrea, que representa verdadeira barreira ao poder de reforma constitucional. Por força do mencionado dispositivo, somente o poder constituinte originário pode prever, seja criando ou ampliando, exceções a direitos e garantias individuais³¹.

Na doutrina, o constitucionalista luso Jorge Miranda, embora adote uma posição restritiva quanto ao alcance das cláusulas pétreas³², reconhece:

II – É inconstitucional – materialmente inconstitucional, e com gravidade crescente – uma lei de revisão que:

a) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais que devam reputar-se limites materiais da revisão, embora implícitos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça discriminação em razão da raça, infringindo, assim o princípio da igualdade);

b) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça censura à imprensa, afectando, assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental de liberdade);

c) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos, com concomitante eliminação ou alteração da respectiva referência ou cláusula;

d) estipule como limites materiais expressos princípios contrários a princípios fundamentais da Constituição³³.

Na jurisprudência, o próprio STF já decidiu, na ADI 939/DF, que o estabelecimento de exceção à garantia individual pelo constituinte derivado viola cláusula pétrea da Constituição Federal³⁴.

Em voto proferido na citada ação, o Ministro-Relator Sydney Sanches frisou:

12. Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada.

13. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos³⁵.

No mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio, após assentar que o princípio da anterioridade é uma garantia constitucional, afirmou que as exceções ao

princípio foram taxativamente fixadas pelo legislador constituinte de 1988, o que impede a ampliação desse rol de exceções por emenda constitucional³⁶.

Igualmente, anotou o Ministro Carlos Velloso que “(...) a Emenda Constitucional 3, desrespeitando ou fazendo tábula rasa do princípio da anterioridade, excepcionando-o, viola limitação material ao poder constituinte derivado, a limitação inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição”³⁷.

O Ministro Celso de Mello também perfilhou o mesmo entendimento:

O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes. Não desconheço que se cuida, como qualquer outro direito, de prerrogativa de caráter meramente relativo, posto que normas constitucionais *originárias* já contemplam hipóteses que lhe excepcionam a atuação.

Note-se, porém, que as derrogações a esse postulado emanaram de preceitos editados por órgãos exercentes de funções constituintes *primárias*: a Assembléia Nacional Constituinte. As exceções a esse princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte originário, que não sofre, em função da natureza dessa magna prerrogativa estatal, as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador.

(...)

A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal de ampliar a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes³⁸.

Em síntese, considerando-se a ordem constitucional concreta da República Federativa do Brasil, somente o constituinte originário pode instituir foro privilegiado; e este só o fez em matéria penal.

Na verdade, o art. 60, § 4º, IV, traça os limites intransponíveis do regime funcional especial dos agentes políticos como um todo – o qual abrange tanto os privilégios quanto as prerrogativas: assim como não se permite estender o foro privilegiado a ações cíveis, é inadmissível, por exemplo, abrigar, sob o manto da imunidade parlamentar material, outras espécies de crimes, que não os de opinião, palavra e voto; tampouco se concebe outorgar prerrogativas previstas para os membros do Poder Legislativo – imunidades parlamentares materiais e processuais – a autoridades de outros Poderes. Em todos esses casos, a modificação do regime funcional especial encontra óbice incontornável no princípio da isonomia³⁹.

6. Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa

Conforme consignado linhas atrás, o legislador da Reforma do Judiciário, buscando afastar qualquer questionamento judicial quanto ao proposto art. 97-A, tendo em vista o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, intenta transformar ato de improbidade administrativa em crime de responsabilidade.

A tese da natureza de crime de responsabilidade do ato de improbidade administrativa foi suscitada por Ives Granda da Silva Martins em parecer sobre questões relacionadas às denúncias que culminaram no *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Melo⁴⁰.

Partindo da falsa premissa de que o ato de improbidade administrativa configura crime, chega a afirmar o eminente constitucionalista que “o crime de improbidade administrativa não é um crime comum, mas um crime de responsabilidade”⁴¹. Não existiria, assim, o ato de improbidade administrativa como figura autônoma. Essa confusão, contudo, é compreensível se atentarmos para o fato de que o parecer em questão foi elaborado poucos meses após a publicação da Lei 8.492/92 – que, pela primeira vez no Direito brasileiro, disciplinou de forma sistemática os atos de improbidade administrativa.

Desenvolvendo essa tese, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em artigo acerca da competência em ação de improbidade administrativa⁴², tendo destacado que a possibilidade de suspensão de direitos políticos e decretação de perda da função pública faz da ação de improbidade uma “ação civil de forte conteúdo penal”, com incontestáveis aspectos políticos, asseveram:

Se os delitos (*sic*) de que trata a Lei 8.492/92 são, efetivamente, “crimes de responsabilidade”, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra Ministros de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores (CF, art. 102, I, *c*).

Em que pese a excelência dos seus expositores, é impossível deixar de reconhecer que a doutrina em referência não encontra apoio no Texto Constitucional. De fato, salvo quanto ao presidente da República (art. 85, V), não há um dispositivo constitucional sequer que autorize a equiparação entre ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade. Ao revés, a Constituição de 1988 é precisa ao fixar, em seu art. 37, § 4º, a natureza civil do ato de improbidade administrativa: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*”⁴³.

Interpretando esse dispositivo, conclui Fabio Konder Comparato: “Se, por

consequente, a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal”⁴⁴.

Como visto, a Constituição não deixa dúvida quanto à natureza civil do ato de improbidade; acrescentando a isso a previsão de sanções tipicamente judiciais – em especial, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens –, tem-se o caráter específico do regramento constitucional conferido à improbidade administrativa, que revela o claro propósito de submetê-la a processo e julgamento essencialmente jurídicos⁴⁵.

É, pois, sob o prisma do *due process of law* que devem ser interpretadas as sanções de perda do cargo público e de suspensão dos direitos políticos. Note-se, a propósito, que a aplicação dessas sanções somente produz efeitos após o trânsito em julgado da sentença condenatória⁴⁶. De resto, a medida cautelar de indisponibilidade de bens e a sanção de ressarcimento do dano causado ao erário sequer se compadecem com a natureza e dinâmica de processo e julgamento políticos⁴⁷. Enfim, a Constituição de 1988, prestigiando o critério técnico-jurídico, resguardou o processo e julgamento dos atos de improbidade administrativa das indesejadas injunções políticas.

Diante dessas observações, não cabe, mediante burla ao sistema de privilégios instituído pelo constituinte originário, transformar improbidade administrativa em crime de responsabilidade – que ostenta forte conotação política. Com efeito, é inconcebível que o poder constituinte derivado altere a natureza jurídica de instituto criado pelo poder constituinte originário, se dessa alteração resulta a vulneração de cláusula pétrea; em outras palavras, o próprio art. 60, § 4º, da Constituição, obsta que, por meio de construções normativas fraudulentas, sejam contornados os limites materiais impostos ao poder de reforma constitucional.

No tocante ao entendimento firmado na Reclamação 2.138/DF, cumpre objetar que é inadmissível restringir o âmbito normativo do art. 37, § 4º, dele excluindo os agentes políticos, dado que o referido dispositivo constitucional dispôs amplamente em perda da “função pública”, não limitando os seus efeitos aos ocupantes de cargo ou emprego público.

Em resumo: 1) ato de improbidade administrativa não se confunde com crime de responsabilidade; 2) o regime constitucional da improbidade administrativa abrange os agentes políticos; 3) a Constituição não previu foro privilegiado para o processo e julgamento de ato de improbidade administrativa; 4) O art. 60, § 4º, da Constituição veda a criação de novas hipóteses de foro privilegiado pelo poder de reforma constitucional.

7. Alcance das cláusulas pétreas

A tese defendida no presente artigo suscita o problema do alcance das cláusulas pétreas, uma *vaexata quaestio* na Teoria da Constituição⁴⁸.

A principal objeção aos limites materiais de reforma constitucional é a de que “um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras”⁴⁹; outrossim, argumenta-se que as cláusulas pétreas não podem conter o evoluir dos valores sociais, sob pena de fomentar “o seu descumprimento ou adulteração mediante uma interpretação mutativa *contra constitutionem*, e até a sua derrogação pelo Direito Constitucional consuetudinário (*desuetudo*)”⁵⁰, bem como ensejar a ocorrência de golpe revolucionário, como último recurso à sua superação.

Sem perder de vista a relevância dessas objeções, cumpre ressaltar que, do ponto de vista normativo, não há como negar eficácia a cláusulas que prevêm expressamente limitações materiais ao poder de reforma constitucional: como qualquer outra norma constitucional, ostentam força normativa⁵¹; tanto maior quanto se verifica que esses limites constituem o cerne de juridicidade da ordem constitucional, que não pode ficar ao sabor de oscilações das maiorias legislativas⁵². Sob outro prisma, tendo em vista a concepção moderna de poder constituinte, de nada adianta postular a participação direta do povo no estabelecimento da Constituição, se os princípios fundamentais que a informam puderem ser livremente alterados pela via democrática indireta – que nem sempre traduz as legítimas aspirações populares. Por essa razão, o jurista alemão Friedrich Müller assinala que, além de “procedimentos democráticos de elaboração e/ou entrada em vigor da Constituição”, “(...) os textos de norma sobre o poder constituinte do povo exigem também que todo o poder do Estado e seu sistema jurídico nunca se afastem do cerne material do ordenamento democrático”, identificando no art. 79, III, da Lei Fundamental alemã – referente aos limites do poder de reforma constitucional naquele país – o “efeito *jusmaterial* do poder constituinte do povo”⁵³.

Nessa linha de raciocínio, sustentamos que a interpretação conjugada dos arts. 1º, parágrafo único “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”⁵⁴, e 60, § 4º, da Constituição “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)” leva à conclusão de que qualquer restrição a normas pétreas reclama a participação direta do povo, de acordo com procedimentos os mais democráticos possíveis⁵⁵. Dessa forma, concordamos com a assertiva de que uma geração não pode submeter as gerações posteriores aos seus valores de vida; porém, entendemos que somente o titular do poder constituinte originário pode dispor do cerne material da Constituição⁵⁶.

Diante do exposto, conclui-se que, em respeito ao princípio democrático, a eficácia das cláusulas pétreas deve ser ampla, de modo a possibilitar o controle popular das propostas de reforma constitucional que possam restringir o âmbito normativo de dispositivos constitucionais petrificados⁵⁷.

8. Conclusão

Não são desprezíveis as preocupações daqueles que defendem o foro privilegiado em ações cíveis, especialmente ações de improbidade. Impressiona, cumpre admitir, o argumento de que o exercício de elevadas funções públicas pressupõe um grau de estabilidade que não se compadece com a permanente sujeição a acusações temerárias. À primeira vista, também, parece realmente absurda a possibilidade de um juiz de 1º grau decretar, a pedido de um procurador da República, a perda do cargo de um ministro do Supremo Tribunal Federal.

Um exame mais acurado da questão, entretanto, revela que o constituinte originário, sopesando essas preocupações com o clamor da sociedade por um combate efetivo ao mal da corrupção⁵⁸ – que tanto aflige o Brasil –, optou nitidamente, como visto, por resguardar o processo e julgamento dos atos de improbidade das indesejadas injunções políticas, ao mesmo tempo em que assegurou aos acusados todas as garantias inerentes ao processo judicial. Ora, como é cediço, descabe, nesse âmbito, falar em relação hierárquica entre tribunais superiores e juízes, o que só seria apropriado caso se tratasse de processo administrativo disciplinar.

Desse modo, nada recomenda substituir, nessas ações, o Poder Judiciário de primeira instância – integrado por magistrados de carreira, concursados, e por isso menos suscetíveis a vinculações políticas –, por órgãos jurisdicionais de cúpula, como o Supremo Tribunal Federal, cujos membros são todos nomeados pelo presidente da República, predominantemente com base em critérios políticos. Muito pior, ainda, é concentrar em uma única pessoa, o procurador-geral da República, o poder soberano de decidir pelo exercício ou não da acusação contra as elevadas autoridades da República. Note-se que, de acordo com o art. 128 da Constituição, o senhor absoluto da acusação no Estado brasileiro é de livre nomeação do presidente da República, dentre integrantes da carreira do Ministério Público da União, após aprovação de seu nome pelo Senado Federal; depende, ainda, do mesmo procedimento para a sua recondução ao cargo; e, o que é mais grave, pode ser destituído a qualquer momento, também mediante indicação do presidente da República e autorização do Senado Federal. Diante dessa disciplina constitucional, o que esperar da independência funcional do procurador-geral da República? No mínimo, uma certa afinidade ideológica com o governo.

Por óbvio, não se afasta a atuação ideológica de um membro do Ministério

Público com atuação na primeira instância; todavia, esta é meramente eventual; não decorre do sistema em si mesmo. Nesse caso, os “abusos” e “arroubos” da acusação serão prontamente corrigidos pelo Judiciário, seja de primeira instância ou de instâncias superiores, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal. Enfim, a própria evolução da jurisprudência dará a maturidade necessária ao manejo dessas ações. Nesse sentido, já se reconhece a aplicação do princípio da proporcionalidade às ações de improbidade, o que permite ao aplicador dosar as sanções previstas em lei, até mesmo para deixar de decretar a sanção de perda do cargo, que deve ficar reservada aos casos mais graves.

Em remate, constitui máxima de hermenêutica não omitir os efeitos sociais da interpretação. As ações de improbidade, bem como as ações populares e ações civis públicas, quase sempre envolvem aspectos fáticos de alta complexidade. Por isso, não parece viável substituir a atuação de centenas de procuradores da República, promotores de Justiça e magistrados nessas ações, pela luta quixotesca de doze homens: um procurador-geral da República e onze ministros do Supremo Tribunal Federal.

Notas:

¹ Quanto ao foro para ação popular e ação civil pública, as alterações propostas, segundo o texto da Proposta de Emenda à Constituição 358/05, em trâmite na Câmara dos Deputados, são as seguintes: 1) “julgamento do prefeito, *por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la*, perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, X); 2) competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, “(...) a ação popular e a ação civil pública contra atos do presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, d); 3) competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, “(...) as ações populares e as ações civis públicas contra ato de ministro de Estado, dos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal” (art. 105, I, b). No que concerne à ação de improbidade, propugna-se pela inclusão no Texto Constitucional do art. 97-A, cujo parágrafo único estatui que “A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo” (Cf. Brasil. Câmara dos Deputados. *Consulta Tramitação das Proposições*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 02/03/05).

² Somente é apropriado falar em foro privilegiado no tocante à ação de que possa resultar aplicação de sanção ao acusado; por conseguinte, não se deve incluir nessa categoria a previsão de competência originária dos tribunais para o processo e julgamento dos seguintes remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção.

³ Parte da Reforma do Judiciário, aprovada em segundo turno pelo Senado Federal sem modificações ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados, foi promulgada como Emenda Constitucional 45, em 8 de dezembro de 2004.

⁴ Entendemos que a competência hierárquica ou funcional no fundo resulta em uma competência pessoal, sobretudo quando protege a autoridade beneficiária contra qualquer tipo de acusação, ainda que fundada em fatos estranhos ao exercício da função pública.

⁵ cf. nota 1 supra.

⁶ Desenvolvimento singular apresenta o privilégio de foro para deputados federais e senadores, contemplado no art. 102, I, *b*, da vigente Constituição. Instituído em 1824, pela Constituição do regime monárquico, fora extinto pela primeira Constituição da República, de 1891, somente voltando a obter consagração constitucional em 1969, com a publicação da Emenda Constitucional 1 à Constituição de 1967.

Em voto-vista proferido no julgamento do Inquérito 687/SP, o Ministro Sepúlveda Pertence anotou, após pesquisa de Direito Constitucional comparado, que somente encontrara regra semelhante a que estipula privilégio de foro para membros do Congresso Nacional nas Constituições da Espanha (art. 71, 4) e da Venezuela (art. 215, 1º e 2º). Com relação à Constituição da Venezuela, assentou o Ministro que “a competência da Suprema Corte é restrita a ‘declarar se há procedência ou não para o julgamento’ e, em caso afirmativo, remeter o caso ao tribunal comum competente, onde, no entanto, a instauração do processo contra membro do Congresso dependerá da licença da sua Câmara (Const., art. 144)” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 179, p. 934, jan/mar 2002).

⁷ “Ementa: *Direito Constitucional e Processual Penal. Processo criminal contra ex-deputado federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência de Juízo de 1º grau. Não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula 394.* 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. A tese consubstanciada nessa súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, *b*, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-presidente, o ex-vice-presidente, o ex-procurador-geral da República, nem os ex-ministros de Estado (art. 102, I, *b* e *c*). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-deputado federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário (...)” (*RTJ*, v. 179, p. 912 e ss.).

⁸ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

(...)”.

⁹ *Informativo STF*, 286, 14 a 18/10/02. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info286.asp>>. Acesso em: 02/03/05.

¹⁰ Considerou-se, nos termos dos fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes, a necessidade de se garantir a determinadas categorias de agentes públicos, como a dos advogados públicos, maior independência e capacidade para resistir a eventuais pressões políticas, e, ainda, o disposto no § 1º do art. 125 da CF, que reservou às Constituições estaduais a definição da competência dos respectivos tribunais (*Informativo STF*, 372, 29/11 a 03/12/04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info372.asp>>. Acesso em: 02/03/05).

¹¹ O Tribunal, em questão de ordem no Inquérito 1.660/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o advogado-geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória 2.049-22, de 28/08/00, que transformou o cargo de advogado-geral da União, anteriormente de natureza especial, em cargo de ministro de Estado, atraindo a incidência do art. 102, I, c, da CF, de acordo com o qual compete ao STF processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado (cf. *Informativo STF*, 201, 4 a 08/09/00. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info201.asp>>. Acesso em: 02/03/05). Posteriormente, no Inq. 2.044 QO/SC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal reafirmou a dicotomia entre os cargos de ministro de Estado, atualmente fixados pelo art. 25, parágrafo único, da Lei 10.863/03 (“São ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o chefe da Casa Civil, o chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o advogado-geral da União, o ministro de Estado do Controle e da Transparência e o presidente do Banco Central do Brasil”), e os de natureza especial que conferem prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos primeiros, constantes no art. 38, § 1º, da mesma lei (“Art. 38. São criados os cargos de natureza especial de secretário especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, de secretário especial de Agricultura e Pesca, de secretário especial dos Direitos Humanos e de secretário especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. § 1º. Os cargos referidos no *caput* terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de ministro de Estado”). Entendeu-se, no caso, que o secretário especial de Agricultura e Pesca, por não ser ministro de Estado, não possui a prerrogativa de foro estabelecida no parágrafo único do art. 25 da Lei 10.683/03, e que a extensão de prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos ministros de Estado a que alude o § 1º do art. 38 da referida lei repercute somente nas esferas administrativa, financeira e protocolar, mas não na estritamente constitucional (cf. *Informativo STF*, 374, 13 a 17/12/04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info374.asp>>. Acesso em: 02/03/05).

¹² O caso mais recente, a espelhar fraude manifesta à Constituição Federal, foi o reconhecimento, por medida provisória (Medida Provisória 207/04 – a “MP do Meireles”, como ficou conhecida, em alusão ao beneficiário direto da medida –, convertida na Lei 11.036/04), do *status* de ministro de Estado a presidentes e ex-presidentes do Banco Central, com o objetivo confesso de “blindar” – conforme amplamente noticiado pela imprensa – o atual presidente da autarquia, Henrique Meireles, de investigação promovida pelo Procuradoria da República no Distrito Federal. Ressalta-se de pitoresco no caso, além da espécie legislativa empregada, o fato de o Banco Central, cujo presidente foi agraciado com o *status* de ministro de Estado, estar vinculado a um ministério, qual seja, o Ministério da Fazenda (Decreto 5.136/04, art. 2º, IV, a).

¹³ Em despacho prolatado na Petição 1.199-6/SP, o Ministro Celso de Mello, em percuciente análise, salientou os preceitos constitucionais que compõem o estatuto jurídico concernente ao ministro de Estado: (a) competência para referendar atos e decretos do presidente da República (art. 87, parágrafo único, I); (b) definição do órgão judiciário competente para apreciar mandados de segurança e *habeas corpus* (art. 105, I, b e c); (c) prerrogativa de foro *ratione numeris* perante o STF, nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, c), ou perante o Senado Federal, na hipótese de crime de responsabilidade conexo com ilícito da mesma natureza praticado pelo presidente da República (art. 52, I); (d) regramento pertinente à remuneração funcional (CF, art. 49, VIII); e (e) direito de comparecer, por

sua iniciativa, perante as casas do Congresso ou qualquer de suas comissões (art. 50, § 1º) (*apud* Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 1.273-1.274). A natureza específica do Estatuto Constitucional do ministro de Estado não passou despercebida ao Ministro Carlos Brito, que, após sublinhá-la, em decisão proferida na Rcl. 2.417/SC, pontificou: “V – Esse vínculo funcional que a Magna Carta estabelece entre ministro e Ministério não pode sofrer desfazimento por conduto de lei. A lei menor não pode desenlaçar os dois termos. São coisas inapartáveis, por definição, pois o regime jurídico de uma e de outra figura, à semelhança do enlace operacional entre Presidência e presidente, decorre é do Texto Magno mesmo. (...) VI – É nessa constitucional condição de titular de um Ministério – unidade mais importante de toda a Administração Pública Federal – que o ministro de Estado desfruta de foro especial. Foro especial por prerrogativa de função... ministerial. Tudo resultante de comando ainda uma vez emitido pela Constituição Republicana, diretamente. Insuscetível de remodelagem por outro cinzel legislativo que não seja daquela mesma estirpe constitucional. 16. Este encadeado raciocínio não recusa à lei menor a força de conferir *status* de ministro, para certos efeitos, a quem ministro não é. São os contraídos efeitos a que se refere o percuciente Ministro Celso de Mello, já mencionados linhas atrás. Modo criativo e pragmático de sobrevalorizar determinadas funções e autoridades, mas sem aquela plenitude eficaz que implicaria até mesmo ampliar o rol das competências do Supremo Tribunal Federal. 17. Esclareça-se que esta mesma lucubração não importa desconhecer que é próprio da lei menor criar Ministérios e os cargos de ministros de Estado. Evidente. O que se está a negar é a possibilidade de a lei infraconstitucional separar o que a Constituição uniu. Tal como se diz na liturgia católica dos casamentos, com a frase altissonante: ‘O que Deus uniu, o homem não separe’” (*Informativo STF*, 376, 14 a 18/02/05. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info376.asp>>. Acesso em: 02/03/05).

¹⁴ De acordo com a notícia da proposta, publicada no sítio *Consultor Jurídico* (<<http://www.conjur.com.br>>), em 26 de novembro de 2004, “o anteprojeto prevê que, nos crimes comuns, praticados no desempenho da profissão perante juízos federais de primeira instância, o advogado será processado e julgado pelos Tribunais Regionais Federais. Quando o crime comum for praticado no desempenho profissional, perante juízes de primeira instância estadual, o advogado será processado e julgado pelos Tribunais de Justiça”.

Consta das justificativas da proposta:

“(...) a Constituição Federal, secundada pelas Constituições estaduais e por leis infraconstitucionais, dentre essas as leis e códigos de organização judiciária dos diversos Tribunais de Justiça do País, consagra aos magistrados e membros do Ministério Público o foro especial por prerrogativa de função, sendo que a esses dois órgãos fica garantido o postulado do juiz natural ‘diferenciado’ (CF, art. 5º, LIII), na forma dos diplomas legais mencionados.

Por outro lado, o arcabouço legal pátrio não deu o mesmo tratamento aos advogados, não obstante tenha preceituado o art. 133 da Constituição da República que ‘O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’.

Na mesma linha de entendimento, o art. 2º da Lei 8.906/94 estabelece que ‘O advogado é indispensável à administração da justiça’ e em seu §1º acentua que ‘no seu ministério privado, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus público*’.

(...)

Pois bem, sendo o advogado ‘indispensável à administração da justiça’; prevendo a lei que mesmo ‘no seu ministério privado’ ‘seus atos constituem *munus público*’, portanto exercente de função pública, nada há a impedir que aos advogados seja atribuído o mesmo privilégio de foro decorrente da prerrogativa de função dispensado aos magistrados e membros do Ministério Público”.

¹⁵ Cf. a decisão proferida no Agravo Reg. em Reclamação 1.110-1/DF, Relator Ministro Celso de

Mello, na qual se mencionam vários precedentes da Suprema Corte (*In: Informativo STF*, 172, 22 a 26/11/99. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info172.asp>>. Acesso em: 02/03/05).

¹⁶ Cf. *Informativo STF*, 291, 18 a 22/11/02. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info291.asp>>. Acesso em: 02/03/05. Na sessão de julgamento da reclamação, acompanharam o relator os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Velloso, não havendo reiniciado até o presente momento.

¹⁷ O foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628/02. *In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 457.

¹⁸ Bueno, C. S. *Idem*, p.440.

¹⁹ Cf. *Informativo STF*, 362, 20 a 24/09/04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info362.asp>>. Acesso em: 02/03/05.

²⁰ *Op. cit.*, p. 2.681-2.682. Nessa esteira, lembra Fábio Konder Comparato que “a vedação de prerrogativa de foro costuma, com muito boa razão, vir expressa juntamente com a proibição de se criarem tribunais de exceção. E a razão é intuitiva. A livre instituição de privilégios jurisdicionais, se levada às suas últimas e naturais conseqüências, acabaria por revogar todo o ordenamento da competência judiciária e, por eliminar, em conseqüência, juntamente com a submissão de todos, sem discriminações, aos mesmos juízes e tribunais, a regra de que os órgãos do Poder Judiciário devem ser, pela sua própria natureza, permanentes e não circunstanciais” (Ação de Improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao Juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, 9, p. 6, jan. 1999).

²¹ *RTJ*, v. 179, p. 943.

²² Despacho proferido na Pet 3.270/SC, em 18 de novembro de 2004 (*In: Informativo STF*, 370, 15 a 19/11/04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info370.asp>>. Acesso em: 02/03/2005).

²³ “A vedação de privilégio pessoal não decorre apenas do princípio da isonomia, mas também da natureza republicana do regime adotado. Na República, como ninguém ignora, nenhum particular é dono do poder, mas todos os que o exercem devem ser considerados meros funcionários ou servidores do bem comum (*res publica*)” (Ação de Improbidade ..., cit., p. 7).

²⁴ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Constituição Federal, art. 5º, § 2º).

²⁵ A Lei 10.628/02, fonte de inspiração da Reforma do Judiciário, no que concerne às inovações sob análise, modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, para conferir foro privilegiado a ex-autoridades – que são cidadãos comuns –, em relação a atos administrativos praticados durante o exercício da função pública.

²⁶ Marques, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. v. 1, p. 220-224; Mirabete, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 161; Tojal, Sebastião Botto de Barros; Caetano, Flávio Croce. *In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 393 e ss; Tourinho Filho, Fernando. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, p. 397 e ss., mar. 2003; Wald, Arnold; Mendes, Gilmar. Ação de improbidade administrativa – competência. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, ano I, 5, maio 1997.

²⁷ No julgamento do Inquérito 687/SP, acima referido, foi citado trecho do voto do Ministro Victor Nunes Leal, proferido na Reclamação 473, que sintetiza bem o entendimento da Corte: “A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuam contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (RTJ, v. 179, p. 927-928).

²⁸ Nas palavras do Min. Carlos Velloso: “O foro por prerrogativa de função constitui, na verdade, um privilégio, que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos. O princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático” (Inquérito 687/SP. RTJ, v. 179, p. 946). Digno de menção é o desabafo do Ministro Celso de Mello na citada Pet 3.270/SC: “A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso País, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil não têm sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideias e em práticas de poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade” (Informativo STF, 370).

²⁹ Em sentido contrário, João Barbalho, em seu clássico *Constituição Federal Brasileira*, reputa a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos um privilégio, e não uma prerrogativa, chegando a afirmar: “Liberdade e responsabilidade são termos correlatos; e pode-se discutir muito livremente sem abusar da palavra” (Apud Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, v. 1, p. 320).

³⁰ Fábio Konder Comparato, após ressaltar que os privilégios de foro representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, assevera: “Em conseqüência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem a mais mínima ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração de utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional” (Ação de Improbidade ..., cit., p. 9).

³¹ Isso não impede, evidentemente, a tarefa de mera concretização de reservas legais pelo próprio poder de reforma, pois, nesse caso, cuida-se apenas de disciplinar exceção já prevista expressamente no texto constitucional. Cabe frisar, também, que as exceções a direitos e garantias constitucionais podem vir expressas no mesmo preceito que os assegura ou em outro dispositivo da Constituição. A leitura do art. 5º da Constituição fornece vários exemplos da primeira hipótese, contribuindo ainda para a compreensão do regime de restrição de direitos e garantias individuais: “VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”; “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; “XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos

nesta Constituição”; “XXXIII – 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”; “XL – a lei penal não retroagirá, *salvo* para beneficiar o réu”; “XLVII – não haverá penas: a) de morte, *salvo* em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX...”; “LI – nenhum brasileiro será extraditado, *salvo* o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; “LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo* nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”; “LXVII – não haverá prisão civil por dívida, *salvo* a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

³² Na visão do autor, as cláusulas pétreas podem ser revistas pelo poder constituinte derivado, o que permite, em um subsequente processo de revisão, a modificação das relações por elas protegidas (teoria da dupla revisão); contudo, adverte Jorge Miranda, essas cláusulas, enquanto não forem revistas, vinculam o poder reformador (Miranda, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 418). No Brasil, comunga da mesma tese Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 14-15, out./dez. 1995.

³³ Miranda, J. Idem, p. 426. Vale lembrar, também, a clássica lição de José Afonso da Silva: “É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...’, ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou o voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendente*, diz o texto) para a sua abolição” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 69).

³⁴ “*Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional e lei complementar. IPMF. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF. Arts. 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal.*”

I – Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF).

II – A Emenda Constitucional 3, de 17/03/93, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica ‘o art. 150, III, b e VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição);

2º – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, a, da CF);

3º – a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinados a sua impressão....” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 151, p. 755-756, out. 1996).

³⁵ *RTJ*, v. 151, p.812.

³⁶ *Idem*, p.823.

³⁷ *Idem*, p.827.

³⁸ *Idem*, p.830-831.

³⁹ Francisco Campos já defendia a interpretação restritiva dos privilégios, nestes termos: “As assembléias democráticas tem uma tendência muito pronunciada a exagerar o sentimento de sua própria importância, o que as conduz, muitas vezes, a estender, além do limite razoável, as *prerrogativas* e *privilégios* que elas julgam essenciais à garantia e defesa de sua independência. Tanto quanto, porém, matéria tão plástica e difusa, própria a ser afeiçoada ao capricho das oportunidades e ao sabor do sentimento e emoções, a que se acham tão expostas as Assembléias Legislativas, comporta regras e princípios, o princípio que dever presidir à interpretação ou construção dos *privilégios parlamentares* é o de que *devem ser entendidos nos seus termos estritos, como toda exceção às regras gerais de imputabilidade e de responsabilidades, particularmente em regimes democráticos, em que o postulado da igualdade perante a lei só deve declinar em casos absolutamente excepcionais e por motivo de rigorosa necessidade ou utilidade pública*” (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. II, p. 107. *Apud* Figueiredo, Marcelo. *Improbidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 20).

⁴⁰ Aspectos procedimentais do instituto jurídico do *impeachment* e conformação da figura da improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 685, p. 286-289, novembro de 1992.

⁴¹ *Idem*, p. 292.

⁴² Ação de improbidade administrativa – competência. *Revista Jurídica Consulex*, ano I, 5, maio 1997.

⁴³ Sobre a natureza penal do crime de responsabilidade na jurisprudência do STF, cf. Moraes, op. cit., p. 1.245.

⁴⁴ Ação de Improbidade..., cit., p. 7. No mesmo sentido, Moraes. A. de, op. cit., p. 2648. Acrescenta, ainda, Marcelo Figueiredo: “Do mesmo modo é a exegese do art. 15, III e V, da CF, onde se vê que ‘é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’. A hipótese de improbidade está alojada em outro dispositivo, no inciso V desse mesmo artigo, tudo a indicar que se trata de um instituto e de uma ação, de uma categoria (improbidade) autônoma, que não se confunde com a outra, o crime, ou com os meios de combate à imoralidade administrativa, tais como a indisponibilidade de bens etc.” (Op. cit., p. 25). Conforme verberou Renato Flávio Marcão, confundir improbidade administrativa com ilícito penal “constitui erro grosseiro” (Foro Especial por Prerrogativa de Função: o novo art. 4º do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, ano 51, 306, p. 71, abril de 2003).

⁴⁵ Acerca da distinção entre ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, é bastante esclarecedor o artigo de Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima, intitulado “Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ” (*In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 10/12/04).

Observa o autor que na justificação do projeto de Lei 23/48, que deu origem à Lei 1.079/50 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), já constava o entendimento de que o *impeachment* é um instituto de Direito Constitucional, de natureza “ eminentemente política ”, cujo objetivo histórico é o afastamento definitivo de determinados agentes políticos acusados de crime de responsabilidade. Tendo em vista a finalidade do instituto, dispôs o art. 42 da mencionada lei que a denúncia por crime de responsabilidade “ só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo ”. Outrossim, a Lei 1.079/50 ressaltou, em seu art. 3º, que o processo por crime de responsabilidade, a cargo especialmente do Senado Federal e das Assembléias Legislativas, não excluiria o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

Prosseguindo a análise, registra Jonas Lima que a idéia de estatuir um procedimento judicial para punição dos agentes públicos em geral – com desdobramentos não apenas funcionais, mas também cíveis, conforme requerido pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal – somente veio com a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Instituiu-se, assim, em consonância com a Constituição Federal – que não previu foro privilegiado em ação de improbidade – “ um procedimento judicial, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de primeira instância, independente da autoridade envolvida, seguindo o rito ordinário do Código de Processo Civil ”. Nesse contexto, estabeleceu a referida lei: “ Os atos de improbidade praticados por *qualquer agente público*, servidor ou não, (...) serão punidos na forma desta lei ” (art. 1º, *caput*); “ *Reputa-se agente público*, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou *qualquer outra forma de investidura ou vínculo*, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior ” (art. 2º); “ Os agentes públicos *de qualquer nível ou hierarquia* são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos ” (art. 4º).

Segundo o autor, portanto, o julgamento político de um agente, por crime de responsabilidade, não exclui o julgamento do mesmo na esfera judicial, por ato de improbidade administrativa; além disso, entende, não há razão para qualquer distinção, nem na Constituição, nem na Lei de Improbidade, entre ato de improbidade administrativa cometido por agente político e por agente público comum.

No mesmo sentido, esclarece Mônica Nicida Garcia que, em relação aos agentes políticos, a responsabilização puramente administrativa, apurada mediante processo disciplinar, é substituída pela político-administrativa, relativa aos crimes de responsabilidade. A sujeição a essa esfera, todavia, não exclui a incidência das demais esferas a que estão sujeitos todos os agentes públicos: a penal, a civil e a da improbidade administrativa (Agente Político, Crime de Responsabilidade e Ato de Improbidade, *in Boletim dos Procuradores da República*, ano V, 56, p. 15, dez. 2002).

⁴⁶ Consoante sublinhado por Jonas Lima, enquanto a lei antiga, dos crimes de responsabilidade, permite a perda do cargo pelo julgamento político, sem maiores desdobramentos, a lei nova, que criou um procedimento judicial para apuração de atos de improbidade, somente permite a perda do cargo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Ato de improbidade administrativa não é ..., cit.). Discordamos, portanto, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a aplicação da Lei de Improbidade, apenas com relação a alguns agentes políticos, deve limitar-se às sanções de caráter indenizatório, já que a perda do mandato desses agentes estaria disciplinada por dispositivos constitucionais específicos (*Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 663).

⁴⁷ A prevalecer a tese da equiparação entre improbidade administrativa e crime de responsabilidade, pois, resta admitir que os agentes políticos sujeitos a processo e julgamento perante o Senado Federal, por crime de responsabilidade, estão imunes a tais medidas – as quais, em virtude de sua própria natureza, sequer constam da Lei 1.079/50.

⁴⁸ Miranda, Jorge. Op. cit., p. 413.

⁴⁹ Constituição francesa de 1793, art. 28. *Apud* Ferreira Filho, M. G. Significação e alcance ..., cit., p.12.

⁵⁰ Sagüés, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p.311.

⁵¹ Não é por outra razão que alguns autores, embora céticos quanto ao alcance das cláusulas pétreas, reconhecem que elas são eficazes enquanto vigorarem. Cf. nota 32, supra.

⁵² “Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites são limites do poder de revisão como poder constituído não são ‘limites para sempre’, vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a ‘geração’ fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras. Esta é uma das razões justificativas de previsão, em algumas constituições, de uma *revisão total*. Caso contrário, a falta de alternativa abriria o campo da *Revolução Jurídica*. Mas há também que assegurar a possibilidade de as Constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maioria parlamentares ‘de dois terços’. Assegurar a continuidade da Constituição implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria Constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão. Mas se é de poder constituinte originário que se trata, então este tem de tornar transparente as novas pretensões legitimatórias de desencandeamento de um novo poder constituinte e a conseqüente instauração de uma nova ordem constitucional” (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1.065). Cf. a mesma lição em Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 511-512.

⁵³ *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 128.

⁵⁴ Sobre a necessidade de imprimir máxima eficácia jurídica à cláusula, destaca-se a advertência de Friedrich Müller: “As legitimações extramundanas (por conseguinte, supramundanas) das pessoas/dos grupos dominantes, por meio da afirmação de *governar para o povo* e no seu melhor interesse, foram formuladas a serviço da boa moral dos donos do poder diante de Deus. Desde que eles foram substituídos pela coação intramundana das pessoas/dos grupos dominantes, de *invocar* ‘o povo’ – agora, portanto, a serviço da posição real de poder dos donos do poder, diante dos por eles dominados –, desde então existem textos sobre um ‘poder constituinte’ (...) Com vista a uma sistemática das locuções ideológicas, ‘poder constituinte’ aparece como ponto inicial de uma deformação de Constituições, cujo ponto terminal pode ser reconhecido no discurso sobre a ‘unidade da Constituição’. Na prática, os dois padrões de texto são utilizados como elementos exórdiais e terminais de ideologia constitucional aplicada. Em vez disso, a expressão ‘poder constituinte’ interessa-nos aqui como texto *jurídico* (não como texto ideológico); e isso quer dizer, como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ela aparece. Por que essa opção? Conceitos não são usados gratuitamente. Diplomas constitucionais não falam impunemente do ‘poder constituinte’; e se o fazem, deveríamos puni-los por isso – tomando a expressão do poder constituinte ao pé da letra” (Idem, p. 19-20).

⁵⁵ “*En consecuencia, la manera de salvar el principio proclamado, de que el poder constituyente debe ejercerlo el pueblo de un modo directo, consiste en someter la sanción de las constituciones y de las reformas constitucionales al voto popular, es decir, al referéndum plebiscitario, que en realidad reemplaza prácticamente y en la única forma posible a la apella espartanta, a la ecclesia ateniense, a los comicios romanos, al witenagemot teutón y al landsgemeinde suizo. Claro está que la celebración de tales consultas populares debe hacerse com tanta honradez y lealtad que no quepa duda alguna respecto a la autenticidad del resultado. De lo contrario, se convertiría en un arma muy peligrosa. En manos de gobernantes arbitrarios y despóticos, llegaría a ser un indesperable instrumento de opresión, com la ventaja de la*

irresponsabilidad” (Sánchez Viamonte, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editora Omeba, p. 114. *Apud* Vanossi, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. 2ª ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 2000, v. 1, p. 312, nota 45).

⁵⁶ Certamente, essa posição levanta dificuldades no tocante aos direitos das minorias, que não podem ser olvidados; mas essas dificuldades, que invariavelmente confluem para as grandes questões do Estado e do Direito, não diferem das que se apresentam na elaboração de uma Constituição.

⁵⁷ Discordamos, pois, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que defende a interpretação restritiva das cláusulas pétreas, ao argumento de que a limitação ao poder de reforma constitucional não é a regra, mas a exceção (*Significação e alcance* ..., cit., p. 17). Ora, sob outro ângulo de análise, vê-se que essas cláusulas compõem o núcleo material da constituição, ou seja, a própria essência desta, o que impede sejam as mesmas tratadas de forma meramente acidental.

⁵⁸ “O regular funcionamento da economia exige transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas. A ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em conseqüência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais” (Garcia, Emerson. A corrupção – uma visão jurídico-sociológica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, 323, 26/05/04. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5268>>. Acesso em: 14/12/04. p. 11).

A Atual Dimensão das Garantias Constitucionais Fundamentais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa em Face da Nova Redação do Art. 185 do Código de Processo Penal

Leandro Bittencourt Adiers*

1. Segundo o magistério de Rafael Munhoz de Mello, amparado em Geraldo Ataliba: “toda vez que tivermos uma pessoa, seja cidadão ou não, diante do *jus puniendi* do Estado, automaticamente se desencadeia todo o chamado regime jurídico punitivo, que é consistente essencialmente num conjunto de normas jurídicas de categoria superior, porque constitucionais, institucionais, expressas e implícitas e que estabelece o estatuto de proteção à liberdade e ao patrimônio desta pessoa.”²¹

2. Os princípios constitucionais fundamentais que protegem a liberdade e o patrimônio das pessoas são encontrados entre os direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais avultam, com especial projeção neste estudo, o *devido processo legal* (art. 5º, LIV) e o *contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes* (art. 5º, LV), a *vedação das provas ilícitas* (art. 5º, LVI), a *informação ao acusado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de advogado* (art. 5º, LXII), e o de que *a lei penal retroage para beneficiar o réu* (art. 5º, XL).

3. A cogência dos preceitos consagradores dos direitos e garantias individu-

*Advogado no Rio Grande do Sul

ais como requisito formal e substancial de validade do processo penal é incontroversa, conforme jurisprudência do egrégio STF, no sentido de que “ante qualquer controvérsia sobre o direito de ir e vir, há de abrir-se a Constituição Federal, observando-se normas que surgem como garantias maiores do cidadão. Extrai-se do art. 5º nela contido: a) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), (...); c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII)” (HC 84.038/RJ, j. 15/06/04, *DJ* 23/06/04, p. 5, Rel. Min. Marco Aurélio).

4. Júlio Fabrini Mirabete, em comentário ao art. 185 do CPP, afirma, acerca do interrogatório, ser este um ato de instrução, sob a presidência do juiz, em que este indaga ao réu sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para defesa, sendo “considerado na lei como meio de prova, e na doutrina também como meio de defesa” (Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 6ª ed., 1999, p. 262).

5. A Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 185 do CPP², passou a exigir, como elemento do justo processo legal, contato prévio do acusado com o defensor, antes do interrogatório; o parágrafo único do art. 186 afastou a possibilidade de gerar-se presunções contrárias ao acusado em razão de sua opção pelo silêncio, garantia já implícita nos incisos LIV, LV e LXII do art. 5º da CF, uma vez que o silêncio é um evidente meio de defesa, facultado ao acusado com amparo na garantia constitucional do privilégio contra a auto-incriminação, sendo descabido extrair-se presunções contrárias a quem dela se utiliza.

6. Sabe-se que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88) e não podem ser abolidas sequer por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF/88). Leciona Canotilho ser o primado da máxima efetividade uma das principais regras interpretativas, segundo a qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê,”³ elencando, dentre outros princípios de interpretação, o da unidade da Constituição, do efeito integrador, da justeza e conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da Constituição, devendo-se obedecer ao princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.⁴

7. Os princípios operativos antes elencados têm especial importância no caso de dúvidas a respeito dos direitos fundamentais, para que se prefira “a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”⁵

8. Acerca das garantias constitucionais que tutelam a liberdade do cidadão, o Ministro Themístocles Cavalcanti, em 21/02/68, julgando o HC 45.232/GB (RTJ 44:322), em pleno regime militar – negando validade à medida administrativa que

suspendia as atividades profissionais de pessoas acusadas de crime contra a segurança nacional, ponderou: “Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto de princípios expressos.” (*Apud* Maria R. Oliveira Lima, *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 203/204).

9. Também o Ministro Gilmar Mendes reconhece na idéia de núcleo essencial um princípio decorrente do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. Referente à teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade, ensina o referido ministro⁶, amparado em Konrad Hesse: “De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”

10. Citando o magistério de Peter Häberle, o Ministro Gilmar Mendes narra sua idéia segundo a qual “não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada”, ressaltando que “o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro.” (...) No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

11. Roberto Ferraz, lembrando a permanente necessidade de “descoberta” do sentido da Constituição, exemplifica a sua dificuldade por meio da cláusula do *due process of law*, da Constituição norte-americana, refletida em variados sistemas jurídicos, incluindo o pátrio, através da exigência de devido processo legal (A função política do Judiciário e o conteúdo político da Constituição. Roberto Ferraz, *in Revista de Doutrina da 4ª Região*, do site publicado em 17/12/04). Narra o autor:

Esse princípio não foi desde logo aplicado com base no entendimento que se empresta àquela expressão, de ampla defesa do indivíduo perante o Estado. O interessantíssimo case *Gideon v. Cochran*, de 1961, em que Clarence Earl Gideon, alcançou junto à Suprema Corte dos Estados Unidos o reconhecimento de que havia sido condenado sem o devido processo legal por não lhe ter sido garantida a assistência por advogado no processo penal em que foi condenado a 5 anos de prisão por um crime (invasão e furto) que não cometera.

O chamativo é que a Suprema Corte norte-americana não reconhecia o direito à assistência de advogado como direito individual constitucionalmente protegido senão aos acusados que arriscassem a pena capital ou àqueles que pertencessem a minorias ou tivessem particular dificuldade em defender-se,

como os analfabetos, nessa última hipótese. Condenado, Gideon, um mecânico de automóveis sem qualquer iniciação jurídica, estruturou seu recurso à Suprema Corte desde a biblioteca da prisão na Flórida em que se encontrava, baseando-se em que não teria tido o *due process of law*, ainda que contrariamente ao entendimento então dominante.

12. O caso citado é referido como exemplo de como o sentido da Constituição é algo a ser continuamente analisado, construído e desvelado, uma vez que aquele princípio, que já havia sido interpretado pela Suprema Corte americana, ainda estava longe de alcançar a sua atual dimensão, cujos limites presentes não são necessariamente imutáveis, podendo a cláusula constitucional sofrer novas projeções e hipóteses de incidência, sempre *pro libertatis* ante a cláusula implícita que veda o retrocesso.

13. Novamente valemo-nos do magistério de Roberto Ferraz, quando pontifica que “a principal mudança que ocorre na Constituição, sem mudança de texto, é aquela que ocorre no entendimento de qual seja seu significado. Assim, as principais mudanças ocorrem em nós, intérpretes, quando alcançamos significados antes obscuros a nossas mentes limitadas. Incrivelmente não se enxergava a necessidade de defesa por advogado nos Estados Unidos, até 1962, não obstante a cláusula do *due process* encontrar-se na Constituição daquele país desde a Emenda 5, de 1791.”

14. O precedente citado nos remete a considerações interessantes para o presente estudo. O fato de o acusado ter sofrido um processo penal formalmente válido à luz da legislação que regravava o procedimento à época dos fatos e da condenação não foi impedimento para que a Suprema Corte decretasse a anulação do processo, reconhecendo que o acusado teve violados os seus direitos e garantias fundamentais do devido processo legal, do efetivo contraditório e da ampla defesa. Avulta, então, a ligação da exigência da defesa técnica com o devido processo legal e com a ampla defesa.

15. Poder-se-ia indagar: a nova redação do art. 185 do CPP, ao exigir entrevista prévia à audiência entre acusado e defensor, de forma reservada, criou uma nova garantia ao acusado, ou apenas veio a explicitar uma garantia que estava implícita na cláusula constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa?

16. Tratando-se de explicitação do que era implícito, a ausência de contato prévio com o defensor, e/ou deste com o processo, inteirando-se da denúncia e das provas, gera a nulidade do processo. Caso queira-se ver tais prerrogativas como uma inovação legal, há que se referir o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, aplicável de imediato e sempre que não houve trânsito em julgado da sentença condenatória, único momento em que cessa a presunção de inocência

(art. 5º, LVII, CF/88).

17. A nova redação do art. 185 do CPP evidencia que o devido processo legal não é atendido sem facultar-se ao acusado entrevista prévia e reservada com o seu defensor, expressão da garantia constitucional.

18. Tipificar uma conduta implica avaliar e qualificar juridicamente os fatos. Tal prática não prescinde nem do conhecimento nem do uso da devida técnica jurídica. Conveniente, então, especular se um acusado, sem conhecimento técnico, tem condições de defender-se de uma imputação, uma vez que não conhece os elementos integrativos do tipo penal e, ao pretender defender-se, poderá estar gerando sua auto-incriminação.

19. O acusado que depõe em juízo sem que lhe tenha sido assegurado entrevista prévia e reservada com seu defensor, e assegurado a este o acesso aos autos, a fim de que tenha acesso à denúncia e às provas que sustentam a imputação, não teve garantida a plena defesa nem o devido processo legal, que pressupõe a possibilidade de aconselhamento, o qual somente será efetivo e eficaz se procedido por detentor de conhecimento técnico.

20. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determina o sentido e o alcance da regra de Direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la.” (*Temas de Direito Processual – Segunda Série*, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 235).

21. Acerca da qualificação jurídica dos fatos, lê-se: “Embora tradicionalmente se distinga ‘questão de fato’ da questão de saber se ‘o que aconteceu (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar, com sentido, pela existência de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica” (cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 295/296). Dessa forma, “a interpretação ou capitulação dos fatos, penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de que *tout problème de qualification est question de droit*’ (*La distinction du fait et du droit*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 204/205).” (cf. REsp 418.713/SP, 2ª Turma do STJ, j. 20/05/03, Rel. Ministro Franciulli Neto).

22. Se é correto dizer que “quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei” (José Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 306), não menos correto afirmar que, desconhecendo-se as consequências

jurídicas, ou a qualificação jurídica dos fatos, poucas chances terá o acusado de defender-se da imputação ou de avaliar os prejuízos que lhe possam advir de suas declarações. Daí a lição de José Afonso da Silva no sentido de que a ausência de compreensão do sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados no processo e que orientam aquelas condutas e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo, configuram erro de direito. (*in Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 131).

A subsunção da defesa técnica no devido processo legal e ampla defesa

23. O STJ, como exemplificam os seguintes arestos, já teve oportunidade de assentar que o princípio dispositivo sucumbe ante o da ampla defesa, ao passo que o defensor, detentor de conhecimento técnico, detém melhores condições que o acusado de aquilatar os efeitos de uma sentença condenatória, assim como a possibilidade de êxito de um recurso, ou mesmo qual a melhor medida a ser adotada.

Na hipótese de conflito entre a vontade do réu e a de seu defensor, no que tange à interposição de recurso, tendo em vista a renúncia do acusado ao direito de recorrer, prevalece a vontade do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico para avaliar as conseqüências da não-impugnação da decisão penal condenatória. Hipótese em que vigora o princípio da ampla defesa, a despeito do princípio da disponibilidade, considerando-se que o acusado não tem condições de proceder à devida avaliação de uma sentença condenatória, bem como de suas conseqüências, não podendo decidir acerca da necessidade da interposição de recurso. HC 30.757/SP, 5ª Turma do STJ, j. 16/12/03, DJ 25/02/04, p. 202, Rel. Ministro Gilson Dipp.

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). A ampla defesa, como na letra da CF/88, abrange a autodefesa e a defesa técnica, devendo prevalecer, no caso de recusa do réu, a vontade do defensor quanto à interposição do recurso, detentor que é de conhecimentos técnicos indispensáveis à aferição da melhor medida adotada em favor do imputado. Ordem concedida no HC 33.720/SP, 6ª Turma do STJ, j. 10/08/04, DJ 25/10/04, p. 394, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido.

Existindo conflito entre a vontade do réu e a do seu defensor quanto à interposição de recurso, prevalece a manifestação técnica do defensor, porquanto este tem melhores possibilidades de avaliar as condições de êxito da impugnação. REsp 153.362/DF, 5ª Turma do STJ, j. 07/04/98, DJ 11/05/98, p. 142, Rel. Ministro Édson Vidigal.

Consoante o entendimento firmado pelo STJ, existindo conflito de vontades entre o réu e seu defensor quanto à eventual interposição de recurso,

prevalece a vontade deste, em razão de seu conhecimento técnico. Ordem concedida no HC 26370/SP, 5ª Turma do STJ, j. 04/11/03, DJ 1º/12/03, p. 377, Rel. Ministra Laurita Vaz.

24. O interrogatório do acusado é meio de prova e de defesa. O silêncio pode ser um meio de defesa a ser aconselhado pelo defensor quando, em contato com o acusado, perceber que o mesmo está num estado emocional que lhe impede avaliar com clareza sua situação, ou detém baixo discernimento, dificuldade de entender as elementares do tipo imputado, ou que o mesmo poderá auto-incriminar-se em razão de suas limitações culturais ou intelectuais, podendo vir, até, a agravar sua situação diante do depoimento prestado.

25. A possibilidade de orientação ou esclarecimento do acusado não prescinde de um contato deste com o seu defensor, prévio à audiência e reservado, possibilitando-se, ainda, que o defensor tenha acesso à denúncia e aos documentos que a instruem, podendo valorar e qualificar devidamente todos os dados disponíveis. Sem isto, viola-se o *due process of law*.

26. Não se trata de aferir o requisito formal da presença do defensor no interrogatório, muitas vezes entendida desnecessária em razão de o defensor não poder interferir no ato, mas sim da possibilidade de aconselhamento prévio, fornecido por quem esteja tecnicamente qualificado para proceder à qualificação jurídica dos fatos e orientar o acusado no que tange às conseqüências de suas declarações e quanto às condições para a configuração das elementares do tipo imputado.

27. O privilégio contra a auto-incriminação, além da previsão constitucional contida no art. 5º, LXII, da CF/88, encontra-se previsto no art. 8º, II, g, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico nacional em 1992, dispondo que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, ao passo que a nova redação do art. 186 do CPP explicita a garantia de que o silêncio não pode ser interpretado desfavoravelmente ao acusado.

28. Ora, o acusado somente poderá optar conscientemente pelo silêncio, ou pelo “privilégio contra a auto-incriminação” (“direito público subjetivo de estatura constitucional assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, LXII, da Carta Política”, cf. voto do Ministro Celso de Mello no HC 79.589/DF, STF, Rel. Ministro Octávio Gallotti, se tiver sido técnica e corretamente aconselhado e esclarecido, previamente, de sua situação e das conseqüências jurídicas das declarações que pretende prestar em juízo. Sem tal possibilidade, agride-se as garantias fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa, lembrando-se que, segundo a doutrina, o acusado sequer tem o dever de dizer a verdade (Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, v. 4, São Paulo: RT, 2001, p. 653). Só o aconselhamento técnico poderá fornecer os subsídios necessários à es-

colha consciente do acusado quanto aos meios de defesa aos quais irá recorrer.

Retroatividade da lei mais benigna art. 5º, XI, CF/88

29. De qualquer sorte, ainda que não se queira ver na nova redação do art. 185 do CPP uma mera explicitação do conteúdo já integrante da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, garantias fundamentais de aplicação imediata e máxima efetividade, de se referir a garantia constitucional fundamental da retroatividade da lei mais benigna (art. 5º, XL, CF), aplicável inclusive em fase recursal, conforme orientação do STJ: “Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal” (REsp 636.701/SP, 5ª Turma do STJ, j. 04/11/04, *DJ* 13/12/04, p. 430, Rel. Ministro Félix Fischer); “Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, XI, da CF/88. Precedentes do STF e desta Corte” (HC 36.199/SP, 5ª Turma do STJ, j. 17/02/05, *DJ* 07/03/05, p. 294, Rel. Ministro Gilson Dipp).

Conclusões

30. O cotidiano forense é prenhe de casos em que o acusado comparece para interrogatório desacompanhado de advogado, sendo-lhe imediatamente nomeado defensor que apenas acompanha o depoimento, sem estar inteirado da denúncia e do contexto fático e probatório, não tendo oportunidade de oferecer qualquer orientação ou esclarecimento prévio ao acusado. Também não é incomum, nas audiências posteriores, que não compareça o defensor que acompanhou o acusado em seu depoimento, sendo imediatamente nomeado, para cada solenidade, no momento do próprio ato, novo defensor, novamente sem conhecimento da denúncia ou do contexto fático e probatório, impossibilitando uma atuação eficiente em prol do acusado, ou, no mínimo, minorando em muito suas chances de executar um bom trabalho.

31. Viu-se que o modelo constitucional brasileiro é “garantista”, motivo pelo qual as garantias sequer precisam estar explícitas, podendo decorrer dos valores e princípios que dão base e sentido ao ordenamento. As garantias do devido processo legal e da ampla defesa, assim como da retroatividade da lei mais benigna, estão expressas no catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, tendo por norte hermenêutico máximo a dignidade da pessoa humana, que tem na liberdade, simultaneamente direito fundamental e da personalidade, uma de suas maiores expressões.

32. Os direitos e garantias individuais têm aplicação imediata e aspiram a

uma máxima efetividade, orientando uma interpretação “conforme a Constituição” na qual afasta-se a eficácia de preceitos que mostram-se antinômicos em contraste com a Carta Magna. A Constituição pode sofrer “mutações sem alteração de texto”, pela “descoberta” de novos alcances e extensões, ou “construção” de novos sentidos em vista da evolução legislativa e jurisprudencial, que preenchem com novos conteúdos as garantias constitucionais, ou lhes dão maior alcance, de modo a permitir-lhe efetividade e concretização. Uma decisão judicial ou uma lei infraconstitucional não “criam” ou “inauguram” um direito fundamental, mas “desvelam” e dão “expressão” a seus conteúdos implícitos, explicitando-os.

33. A observância das garantias fundamentais mostra-se como pressuposto de validade do processo penal, seja em sentido formal, seja em seu sentido material. A regra do art. 185, § 2º, do CPP, constitui-se em mera explicitação de uma implícita garantia constitucional, aplicando-se a todas as hipóteses em que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória à época de seu advento, seja pelo princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF, seja pela retroatividade da lei mais benigna, art. 5º, XL, CF/88). Nos demais casos, com base no princípio da isonomia, pedra angular do regime democrático, cabível a revisão criminal¹ ou *habeas corpus* para declaração da nulidade, sob pena de configurar-se discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que a lei deve inibir e punir (art. 5º, XLI, CF/88).

34. Por fim, transcreve-se precedente (MC no HC 84.373-5/BH) no qual a ausência de contato entre acusado e defensor foi considerado, pelo Ministro César Peluso, do egrégio Supremo Tribunal Federal, motivo de nulidade do processo por violação ao princípio do devido processo legal, trazendo, ainda, importantes lições quanto aos pressupostos processuais e a legitimação da prisão preventiva.

Notas:

¹ Sanção Administrativa e o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, 30, São Paulo: Malheiros, p. 148.

² “Art. 185: O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que esse se encontrar, em sala própria, desde que sejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do CPP.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

Art. 186, parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

³ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p.233).

⁴ Canotilho, op. cit. p. 232/236.

⁵ Canotilho, op. cit., p. 233.

⁶ Voto-vista do Min. Gilmar Mendes no HC 82.959-7-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, veiculado no *site* do STF.

⁷ Na ação rescisória, o CPC traz o requisito de demonstração de “violação a literal disposição de lei”, já tendo o STJ manifestado que “a expressão ‘violar literal disposição de lei’, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange todo o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancia, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais de Direito” (REsp 329.267/RS, 3ª Turma do STJ, j. 26/08/02, DJ 14/10/02, p. 225, Rel. Min. Nancy Andrighi). O Min. Franciulli Neto expressou que “A interpretação do art. 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4 da LICC)” (AR 822/SP, 1ª Seção do STJ, j. 26/04/00, DJ 28/08/00, p. 50). O formalismo deve vir em proteção à liberdade, e não em detrimento deste valor fundamental. Desta forma, a exigência de violação de texto exposto da lei, contida nos requisitos da revisão criminal, deve abarcar também os princípios gerais de Direito e os conteúdos explícitos e implícitos dos direitos e garantias fundamentais.

Tópicos Jurídicos

A Prática do *Drawback* nas Relações Internas e Internacionais

Luís Gustavo Bregalda Neves*

Rafael de Mamede Oliveira Ramos da Costa Leite**

Hodiernamente o governo vem estudando a possibilidade de redução da carga tributária com o escopo de atrair investimentos de ordem internacional. No âmbito interno, entretanto, uma prática corriqueira vem sendo engendrada por empresários brasileiros, que é conhecida como *drawback*.

Cumpre-nos descerrar, por proêmio, o conceito de tal instituto. Pela definição de De Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, *drawback*, do Inglês, é uma palavra composta de *to draw* (tirar) e *back* (outra vez), designando assim o sistema tributário admitido nas importações, para criação de *direitos de compensação* aos produtores, com a reversão ou restituição dos impostos pagos pela *matéria-prima*, uma vez transformada em produtos ou mercadorias, que se destinem à exportação. E finaliza dizendo “....mostra-se uma verdadeira restituição de impostos cobrados sobre a matéria-prima, quando importada, desde que, transformada em outro produto, se destine à exportação”.

* Juiz estadual em São Paulo.

** Advogado tributarista.

O Regime Aduaneiro Especial de *drawback* está primacialmente disciplinado no Regulamento Aduaneiro e na Portaria 4/97 da Secretaria do Comércio Exterior (Secex), onde consta a sistemática administrativa-operacional do benefício. A autonomia para a concessão, acompanhamento e verificação do compromisso de exportar, entretanto, é do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex).

Cabe sobrelevar nesse esteio que há duas modalidades de *drawback*, como podemos extrair do sítio da *netcomex* – exportação, quais sejam:

1. Suspensão – Vinculada ao compromisso de futura exportação, deve ser pleiteada antes da importação dos insumos. O prazo de cumprimento do compromisso de exportar é de um ano, podendo ser prorrogado por igual período. Em caso de bens de longo período de fabricação, o prazo máximo é de cinco anos. Para habilitar-se ao benefício, a empresa deve apresentar formulário específico denominado “Pedido de *Drawback*”, que dará origem ao ato concessório no qual é fixado o prazo de cumprimento. Na chegada da importação, a empresa firma termo de responsabilidade junto à Receita Federal para a suspensão dos impostos.

2. Isenção – Caracteriza-se pela reposição de estoques de insumos utilizados na fabricação de mercadorias já exportadas. Assim como na suspensão, são necessárias à expedição do “Pedido de *Drawback*” e do ato concessório, documentos que comprovem a exportação e os respectivos Comprovantes de Importação (CI). O prazo para pleitear o benefício é de até dois anos contados a partir da data de registro da primeira Declaração de Importação utilizada para a comprovação da compra de insumos no mercado externo. Os embarques para a reposição dos estoques também devem ocorrer no período de um ano após a emissão do ato concessório, prazo que pode ser prorrogado para dois anos.

Cumpra obtemperar demais disso que estão incluídos no benefício do sistema fornecido pelo *drawback*, os seguintes tributos:

- a. Imposto de Importação;
- b. ICMS;
- c. IPI;
- d. Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante – AFRMM.

Vale sobressair também que há o *drawback interno*, e tendo-se em vista o impingido pelo Decreto 541/92, pode-se caracterizá-lo como aquele concedido em um regime especial de suspensão de IPI, na compra de insumos no mercado interno e visando à industrialização de produtos destinados à exportação. A forma de aplicação e habilitação, no entanto, está descrita na Instrução Normativa da Receita Federal 84/92.

O requerimento do benefício supramencionado deve ser feito junto à Receita Federal, apresentando-se necessariamente o plano de exportação da empresa. O documento deve conter a identificação completa do exportador e dos fornecedores, descrição dos insumos e dos produtos finais que serão exportados (com seus preços fixados em dólar), quantidades, códigos de classificação na Tipi e prazo de cumprimento do plano (que pode ser de um ano, prorrogável por igual período). No momento da venda, as notas fiscais dos fornecedores deverão conter o número relativo ao plano de exportação e citar que o benefício está concedido conforme o Decreto 541/92.

No entanto, nos deparamos sobremodo com práticas que algumas vezes maculam e tornam nossos produtos mais onerosos, por conta também dos *Incoterms*, da Câmara de Comércio Internacional, e a título de exemplo temos as cláusulas FOB (*free on board* – porto de embarque indicado responde pelos tributos) e o CIF (*cost insurance and freight* – porto de destino responde pelos tributos).

Faz-se mister, sobremaneira, aduzirmos casos em que as empresas ou empresários aproveitavam-se da isenção dada pelo sistema fornecido pelo *drawback* para tornar o seu produto industrializado e conseqüentemente reduzir sua carga tributária, como, por exemplo, o empresário que exportava peixes ornamentais e alegava a realização de um processo de industrialização com o escopo de se evitar a incidência de fatos geradores de impostos, ou no caso de um produtor de maçãs que alegava um específico processo de industrialização visando à isenção de ICMS, como ensina e exemplifica o Professor Roque Antônio Carrazza.

Nessa seara, é de rigor a apresentação de alguns arestos, para que possamos compreender de uma forma mais profícua a posição de nossos tribunais a respeito do tema. Mas vale destacar que nossa jurisprudência é espargida na matéria relativa ao *drawback*, sendo que alguns julgados asseveram tratar-se de uma verdadeira isenção ao ressaltar que o País deve exportar mercadorias, não tributos.

1 – TRF-4ª Região: Importação. *Drawback*. Suspensão do imposto. Vinculação à exportação futura, dentro do prazo previsto no ato concessório do benefício. Validação de que não se exige identidade física entre os insumos importados e aqueles incorporados ao produto final destinado ao exterior. Suficiência da comprovação de que, nesta operação, foram utilizados insumos em quantidade e qualidade equivalentes aos previstos no ato concessório.

2 – TRF-3ª Região: Tributo. Importação. Mercadoria trazida sob o regime de *drawback*. Suspensão da exigibilidade vinculada à exportação dos produtos utilizados. Circunstância em que, não cumprindo a condição no prazo legal, o importador arcará com o pagamento do tributo.

3 – STJ: Taxa. Classificação dos produtos vegetais destinados à comercialização interna. Lei 6.305/75. Não-incidência às hipóteses em que tais produtos são destinados à importação sob regime de *drawback*. Violação ao princípio da legalidade tributária caracterizada. Segurança concedida.

4 – TJSP: ICM. Importação. Bens destinados a integrar o ativo fixo do importador. Inaplicabilidade do regime *drawback*, que isenta do tributo a importação de insumos a serem utilizados no processo industrial. Imposto devido. Base de cálculo, porém, reduzida, por se tratar de operação com país signatário do Gatt, cujo regramento integra o Direito brasileiro. Entendimento não derogado pela EC 23/83. Aplicação dos arts. 98 do CTN e 7º e 18 da Lei Estadual 440/74 e da Súmula 575 do STF.

Nossa Constituição foi pródiga a respeito do tema ao descrever no art. 155, inciso X, alínea *a*, antes da redação determinada pela EC 42/03, que não incidirá o ICMS “sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados *definidos em lei complementar*” (grifos nossos). Este dispositivo inibiu a prática largamente utilizada pelos empresários de lançarem mão do benefício do *drawback* com o escopo de não pagar ou reduzir o fato gerador relativo ao ICMS.

Destarte, lobriga-se uma regra de eficácia limitada, e sobremodo deveria o legislador infraconstitucional dizer o que seriam produtos semi-elaborados. Pois bem, a lei que definia o que seriam os produtos semi-elaborados se espraia por intermédio da Lei Complementar 87/96, nominada por alguns de Lei Kandir. Em seu anexo havia a definição de quais seriam os produtos semi-elaborados, acabando, desta feita, com a prática do *drawback*, pelo menos temporariamente. Porém, ainda cabia ao Poder Judiciário a tarefa de definir concretamente o que seriam os tais produtos semi-elaborados, problema hoje solucionado com a edição da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro 2003, que alterou o Sistema Tributário Nacional.

Cumpre, nesse jaez, plasmar que alguns doutrinadores, dentre eles o Jurista Fábio Fanucchi, em seu *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, colocam o *drawback* em consonância com outros institutos, quais sejam, cláusula de nação mais favorecida, franquia temporária, portos, zonas francas, uniões aduaneiras, e o *colix posteaux*, como sendo um instituto próprio do Imposto de Importação, não tendo assim conjugação com outro imposto. Mas é relevante aventar que o *drawback* deve ser conjugado com outros impostos, como, por exemplo, o ICMS, o Imposto sobre Exportação, o Imposto sobre Produtos Industrializados. O art. 155, inciso XI, do Texto Fundamental é prova disto ao pronunciar que o ICMS “não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do Imposto sobre Produ-

tos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

Diante do panorama traçado, podemos finalizar, asseverando que a prática do *drawback* é de fundamental e alvissareira importância para um País que almeja alavancar a capacitação tecnológica, importando-se assim matéria-prima e exportando-se o produto final com tecnologia de ponta, e por via consequencial, gerando emprego, e conduzindo a nação para um desenvolvimento equalizado e sustentável.

Novo Entendimento do STF em Face da Súmula 609

Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses*

O colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.571/DF, ajuizada pelo procurador-geral da República em face do art. 83, *caput*, da Lei 9.430/96, veio a firmar entendimento pela constitucionalidade da norma impugnada.

Referido dispositivo legal determina às autoridades administrativas o encaminhamento de representação ao Ministério Público, quando do término do procedimento administrativo-fiscal.

Naquela demanda, de controle concentrado de constitucionalidade, o requerente alegou que tal disposição infringe a Constituição da República, por restringir a atuação do Ministério Público, na medida em que lhe impõe a dependência da representação fiscal para que possa oferecer denúncia em juízo.

A decisão, por sua vez, fundamenta-se no fato de que a norma impugnada não se dirige ao Ministério Público, mas sim à autoridade administrativa, impondo-lhe a obrigação de prestar informação àquele órgão quando do término do procedimento fiscal, para os fins cabíveis. Dessa forma, entendeu a Corte Suprema que, tendo o Ministério Público outras provas aptas a ensejar o oferecimento da denúncia, nada obsta que o faça, conforme dispõe a jurisprudência sumulada do STF, *verbis*:

Súmula 609 STF – É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Essa súmula, contudo, não pode oferecer azo a absurdos no ajuizamento de demandas criminais pelo Ministério Público. Assim, é que o próprio STF, no julgamento do *Habeas Corpus 81.611/DF*, ocorrido em 10/12/03, que teve como

* Advogada da União em Belo Horizonte/MG. Bacharela em Direito pela UFPI. Pós-graduada em Direito Processual pela UFSC.

Relator o Min. Sepúlveda Pertence, proferiu a seguinte decisão:

Nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma *condição objetiva de punibilidade*, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a *constituição definitiva do lançamento*, fica sem curso o prazo prescricional. (*in Informativo do STF* 333, p. 2) – destacou-se.

Referido julgamento foi *publicado recentemente no Diário da Justiça da União* de 13/05/05, com a seguinte ementa:

Ementa: I. Crime material contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIMC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Seguindo essa mesma compreensão, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim decidiu:

É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal (Súmula 609 – STF). Entretanto, sendo a existência da exigibilidade do tributo questão prejudicial ao processo penal, se o contribuinte impugna a própria materialidade da infração que lhe foi imputada, é conveniente que *não se inicie, ou que se tranque a ação penal, se já proposta, até que se resolva, na esfera fiscal, a questão tributária*, tanto mais que a supressão ou redução do tributo devido, nos crimes tributários, constituem elementares do tipo.

(...) (HC 2003.01.00.030496-0/PA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª T, dec. unânime, 03/03/04) – destacou-se.

Idêntico posicionamento adota o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

1 – (...)

2 – (...)

3 – A conclusão do procedimento administrativo fiscal não é condição de procedibilidade das ações penais instauradas por crime contra a ordem tributária. Todavia, a procedibilidade autônoma, que diz respeito ao curso procedimental, não se confunde com condenação autônoma, visto que, se inexistir a conformação legal e material do tributo, não poderá haver crime de sonegação fiscal de obrigação tributária não nascida ou crédito pertinente excluído, ou seja, *não se pode admitir a condenação em processo criminal pela prática de qualquer um dos delitos tipificados no art. 1.º da Lei 8.136/90 antes da confirmação da efetiva ocorrência de sonegação fiscal*, que é o objeto material dos tipos e deve ser apurada em procedimento administrativo fiscal onde se proporcione direito de defesa ao contribuinte;

4 – *O recurso administrativo é questão prejudicial heterogênea, condicionante do reconhecimento ou não do tipo penal imputado ao paciente.* Nessa ordem de idéias, ao fazer o inciso I do art. 116 do Estatuto Repressivo referência à figura do processo, quer dizer que, no hodierno contexto constitucional, deve ser o termo entendido como abrangente do processo judicial e administrativo, a teor do art. 5º, LV, da Carta Magna, admitindo-se, portanto, que possa o processo administrativo em curso ter o condão de gerar a suspensão da prescrição penal.

5 – (...)

6 – (...)

7 – Ordem parcialmente concedida para determinar o sobrestamento da ação penal bem como da respectiva prescrição, até que seja ultimado o procedimento administrativo fiscal, resguardando-se ao Juízo a livre apreciação de todo o procedimento quando do prosseguimento da ação penal. (HC 1999.02.01.058430-7/RJ, 4ª T, Rel. Des. Federal Rogério Vieira de Carvalho, j. em 26/09/00).

Deveras, esse entendimento prestigia o direito do contribuinte que, tendo impugnado a materialidade do auto de infração contra ele lavrado, venha a obter, primeiramente, uma decisão final quanto ao mesmo, ainda em sede administrativa.

Descabe, por outra face, afirmar que as instâncias penal e administrativa são independentes, porque, apesar de efetivamente o serem, em casos que envolvem os mesmos fatos, de forma direta, essa independência fica mitigada, a fim de se evitar que haja uma decisão criminal apenando o réu e uma decisão administrativa tornando sem efeito o auto de infração.

Com propriedade, observa Luiz Flávio Gomes:

Afigura-se mais do que justa e equilibrada, em síntese, a regra de que, nas hipóteses assinaladas, unicamente depois de constituído de modo *definitivo* o tributo *devido* é que se possa iniciar o processo criminal. É uma questão de coerência e de segurança jurídicas. Mesmo porque, dentro do sistema hoje vigente, como o Ministério Público, com apoio na jurisprudência majoritária da Corte Suprema (ADI 1.571), tem oferecido denúncia *antes* de se concluir o processo administrativo, pode ocorrer o absurdo de se chegar a uma condenação penal e concomitantemente reconhecer-se a inexistência ou inexigibilidade do tributo. Isso muito se assemelha, como pondera Ives Gandra, à condenação de alguém por homicídio consumado quando a vítima está presente assistindo ao julgamento pelo Tribunal do Júri. (*in Crimes Previdenciários*, série As Ciências Criminais no Século XXI, São Paulo, RT, 2001, v. 1, p. 101).

Assim, resta evidente que o Ministério Público não está proibido de oferecer denúncia. Contudo, acaso ajuizada antes do término do procedimento administrativo-fiscal, faltar-lhe-á *condição objetiva de punibilidade*, devendo a ação ter seu curso obstado, até que se profira decisão administrativa definitiva quanto à prática da infração fiscal, sem prejuízo de que o feito criminal venha a ter prosseguimento ou seja ajuizado posteriormente.

Deve-se ressaltar, ainda, que, mesmo considerando a possibilidade de se rescindir eventual sentença criminal proferida, ter-se-ia utilizado o órgão judicante desnecessariamente.

Revela-se, pois, procedente a crítica formulada por José Alves Paulino:

Os juízes de primeira, segunda, terceira e quarta instâncias ainda não se deram conta do exame da interação e da intercomunicabilidade do processo fiscal com o penal, ficaram inertes ou então foi mais cômodo para todos acolherem o jargão de que “as instâncias administrativas e penais são independentes e autônomas”, princípio este geral, não se atendo à exceção importante da prejudicialidade do processo penal. (*in Crimes contra a Ordem Tributária*, 2ª ed., Brasília, Projecto Editorial, 2002, p. 124)

Esse entendimento, em última análise, retira do Judiciário – sempre tão asoberbado de processos – causas fadadas ao insucesso, viabilizando, com isso, uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2004.01.00.059507-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz

Impetrante: Legri Computadores Ltda. e outros

Advogados: Dr. Antônio Luís dos Santos Barros e outros

Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara/GO

Interessada: Justiça Pública

Publicação: DJ 2 de 21/07/05

Ementa

Processo Penal. Busca e apreensão de bens e documentos. Mandado de segurança. Inexistência de direito líquido e certo.

I. Não há risco de dano irreparável, no caso. Os cheques apreendidos foram devolvidos e substituídos por cópias e os demais bens estão sendo analisados, para se lhes aferir a origem lícita. Outrossim, não houve o fechamento de lojas, como sustentam os impetrantes.

II. Existem indícios suficientes a justificar a providência tomada pelo Juízo *a quo*.

III. Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Segunda Seção, por maioria, denegar a ordem.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 1º/06/05.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:— Trata-se de mandado de segurança impetrado por Legri Computadores Ltda. e outros em face da decisão do eminente Juiz da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás que deferiu a apreensão de objetos, mercadorias, documentos, informações contidas em disquetes, computadores e outros meios magnéticos, extratos bancários, veículos, escrituras de imóveis e outros documentos que possam constituir meios de provas ou do proveito

dos crimes.

Requereram fosse deferida a medida liminar “determinando que o recurso de apelação interposto contra a decisão *a quo* seja recebido em ambos os efeitos, suspensivo e devolutivo, para, destarte, suspender os efeitos da respeitável decisão e, conseqüentemente, determinar a restituição imediata dos bens apreendidos, sem prejuízo do exame, por parte da Superintendência de Polícia Federal de Goiânia, da procedência e regularidade dos mesmos.” (fls. 14).

Pediram, ao final, “a concessão definitiva da segurança para assegurar *o efeito suspensivo do recurso de apelação* (doc. 7) interposto contra decisão *a quo* que determinou a malfadada busca e apreensão das r. mercadorias.” (fls. 14/15).

O pedido de liminar foi negado (fls. 567/569).

As informações foram prestadas a fls. 566/567, com os documentos de fls. 568/565.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do douto Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A decisão que negou a liminar tem o seguinte teor:

Trata-se de mandado de segurança, fundado nos seguintes fatos:

“1.1. Em cumprimento de mandado de busca e apreensão determinado pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara, Seção Judiciária de Goiás, com vistas à apuração de possíveis condutas delitivas, capituladas no art. 334 do CP e Lei 8.666/93, art. 90, em 29/11/04 foram apreendidas em torno de noventa por cento (90%) das mercadorias mantidas em estoque das impetrantes, sem prévio exame da documentação fiscal existente no estabelecimento que atestava serem as mesmas de procedência lícita, bem como os cheques pré-datados, relativos a vendas a prazo, causando o imediato fechamento das empresas e, conseqüentemente, pondo em risco vários postos de trabalho (doc. 2).

1.2. Passados mais de dez dias, até a presente data, tais documentos ainda não foram examinadas as mercadorias (*sic*), o que está causando sérios prejuízos às empresas, pois, não dispondo das mercadorias para venda, as impetrantes vêm deixando de pagar seus fornecedores, conforme atesta có-

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Cândido Ribeiro, I'talo Fioravanti Sabo Mendes e Mário César Ribeiro e os Exmos. Srs. Juízes Saulo José Casali Bahia e Guilherme Doehler (convocados).

pias das certidões de protestos (doc. 3), e, como se não bastasse, também não dispõem de dinheiro para pagar seus empregados (doc. 4 – folha de pagamentos). Em suma, sem nenhum exame documental, e, antes mesmo de qualquer ação penal instaurada contra seus quotistas, já decretou-se a extinção das empresas.

1.3. Irresignadas com a medida precipitada e arbitrária, as impetrantes interpuseram recurso de apelação com fundamento no art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal. No entanto, como é cediço, a via processual exercitada, cabível no presente caso, não é capaz de evitar o perecimento do direito líquido e certo das impetrantes, tanto que a dita apelação fora recebida tão-somente no efeito devolutivo, conforme se depreende da decisão exarada pelo juiz *a quo* (doc. 5), razão pela qual a medida abusiva desafia a impetração do presente *mandamus* para atribuir efeito suspensivo ao respeitável recurso, pois que, caso não haja a imediata devolução dos bens apreendidos, os quais encontram-se relacionados nos inclusos autos de busca e apreensão e relação de mercadorias apreendidas (doc. 6), a final decisão judicial seguramente não mais terá eficácia alguma.” (fls. 3/4).

Sustentando ter ocorrido, no caso, violação a diversas garantias constitucionais, destacadamente a exigência do devido processo legal (art. 5º – LIV) e a liberdade para o livre exercício de atividade econômica (arts. 5º, XIII, e 170), a par da iminência de irreparável dano, vez que impossibilitadas de prosseguir em seus negócios, com a medida acoimada de ilegal e abusiva, as impetrantes postulam a liminar no sentido de que “o recurso de apelação interposto contra a decisão *a quo* seja recebido em ambos os efeitos, suspensivo e devolutivo, para, destarte, suspender os efeitos da respeitável decisão e, conseqüentemente, determinar a restituição imediata dos bens apreendidos, sem prejuízo do exame, por parte da Superintendência de Polícia Federal de Goiânia, da procedência e regularidade dos mesmos.” (fls. 14).

Deliberei apreciar desse pleito após as informações, das quais, solicitadas e prestadas que o foram, destaco:

“A decisão atacada (fls. 1.919/1.939) foi proferida no dia 26/11/04, tendo o seu cumprimento se iniciado no dia 29/11/04, ocasião em que nenhuma das lojas atingidas pelas buscas e apreensões foi fechada pelas equipes da Polícia Federal e da Receita Federal, conforme alega a impetrante.

O alcance da decisão se limitou, no que diz respeito às buscas e apreensões, às mercadorias cujas procedências lícitas não foram comprovadas no momento da busca.

Os cheques apreendidos foram devolvidos e substituídos por cópia, conforme decisões proferidas pela autoridade policial nos autos do Inquérito Policial 2005.35.00.003066-2 a fls. 403, 405 e 406, bem como por este Juízo Federal, a fls. 2.472 e 2.489 dos autos do Processo de origem 2003.35.00.008862-0.

A análise da origem lícita ou não dos bens apreendidos vem sendo desenvolvida pela Polícia Federal com a ajuda da Receita Federal, eis que

o *modus operandi* de todo o grupo mostrava-se sofisticado, com a utilização de guias de arrematação de leilões, de acordo com descrição feita na decisão atacada.” (fls. 566/567).

Além disso, as informações acham-se instruídas com cópia da decisão hostilizada, onde se lê:

“O pedido da autoridade policial federal está regularmente instruído.

Em tese, o que se procura investigar são fatos alegadamente tidos como infrações penais, e é obrigação da autoridade policial *apreender os objetos que tiverem relação com o fato* (CPP, art. 6º, II) e *colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias* (inciso III), cabendo ao juiz proporcionar o êxito da pretensão legal, eis que a Constituição Federal estipulou a regra prevista no art. 5º, XI, última parte.

O art. 240, § 1º, alíneas *a, b, d, e, f e h*, do Código de Processo Penal, autoriza as medidas pleiteadas quando objetiva *prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, bem como para colher qualquer elemento de convicção*.

As informações apresentadas gozam da presunção de legitimidade, legalidade e veracidade.

A documentação que instruiu o pedido corrobora o que já vem sendo informado a este Juízo pelos relatórios parciais de análise das informações colhidas, a exemplo dos contidos nas fls. 52/59, 100/109, 124/134, 149/163, 183/190, 205/223, 240/262, 281/297, 390/403, 442/452, 485/552, 615/633, 699/713, 773/797, 856/982, 1.009/1.038, 1.176/1.194, 1.309/1.325, 1.375/1.378, 1.400/1.432, 1.520/1.544, 1.626/1.641 e 1.705/1.732 dos autos.

As prisões em flagrante noticiadas pela autoridade policial em sua representação, assim como as apreensões de mercadorias descaminhadas, sempre foram informadas a este Juízo Federal, como resultado da paciente e trabalhosa investigação para identificação de todos os participantes da empreitada criminosa, que visa o abastecimento das lojas do Grupo Legri e HM Imports, sem o recolhimento dos impostos devidos.

O art. 158 do Código de Processo Penal é taxativo ao determinar que ‘Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado’.

Imperativa, portanto, a concessão da medida, na forma postulada, sem a qual não se poderá arrecadar todas as provas das práticas delituosas.” (fls. 579/580).

Isto posto, nego a liminar, por ausente a possibilidade de dano irreparável, visto como os cheques apreendidos foram devolvidos e substituídos por cópias e, quanto aos demais bens, estão sendo analisados, para se lhes aferir

da origem lícita, seguindo-se, portanto, que, do ato impugnado, não resultará a ineficácia da medida, se o mandado de segurança vier, no final, a ser concedido. (fls. 567/569).

Conforme se depreende da leitura do pedido feito, ao final, pelos impetrantes, esses visam o desfazimento da busca e apreensão de seus bens, “sem prejuízo do exame, por parte da Superintendência de Polícia Federal de Goiânia, da procedência e regularidade dos mesmos.” (fls. 14).

Conheço do presente mandado de segurança considerando que, como visa o pleito dar efeito suspensivo à apelação, argüiram os impetrantes a teratologia do ato judicial impugnado, viabilizando o processamento da causa.

Quanto ao mérito, não têm razão os impetrantes. De acordo com a decisão que negou a liminar, os cheques apreendidos foram devolvidos e substituídos por cópias, e os demais bens estão sendo analisados, para se lhes aferir a origem lícita. Além do mais, não houve o fechamento de lojas, como sustentam os impetrantes (cf. fls.12).

Por fim, a presença de indício da responsabilidade dos denunciados pelas atividades criminosas justifica as providências tomadas pelo juiz *a quo*, que bem fundamentou a decisão ora atacada.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, concedo, em parte, o mandado de segurança, primeiro, para dar efeito suspensivo e, segundo, para devolver (como Vossa Excelência já disse, já antecipou seu voto num aparte) os documentos fiscais existentes nos autos, depois de devidamente xerocopiados.

Portanto, concedo, em parte, a segurança para dar efeito suspensivo à apelação e, também, em parte, para devolver a documentação fiscal e os equipamentos de informática depois de xerocopiados.

Retificação de Voto Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Saulo Casali: — Senhor Presidente, gostaria de reformular meu voto, porque o proferi no suposto de que se tratavam de mercadorias estrangeiras apreendidas. E as informações prestadas posteriormente mostraram que há mercadorias nacionais, também apreendidas, e objetos sem origem estrangeira.

Desse modo, gostaria de acompanhar a divergência, também no sentido de conceder, em parte, a ordem, para devolver os bens que não são objeto de importação ilícita.

Vou aderir, assim, integralmente, aos termos do voto dissidente do Desembargador Federal Tourinho Neto.

É o voto.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Se não der efeito suspensivo, resulta em nada.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:— Não. Concedo, em parte, a segurança, porque o efeito suspensivo teria sentido se o mandado de segurança fosse do Ministério Público e a mercadoria tivesse sido devolvida. Não foi. Para dar o efeito suspensivo a quê? À decisão? Ele está atacando a própria decisão do juiz. Então, deveríamos devolver toda a mercadoria, porque, suspendendo a decisão, devolve-se tudo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Como o Desembargador Federal Hilton Queiroz diz: “E, conseqüentemente, concedo a segurança para dar efeito suspensivo e, em parte, para (...)”.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:— Não. Teria que ser, em parte, o efeito suspensivo, porque ele quer suspender a decisão toda. Eu não suspendo a decisão toda.

Retificação de Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Se é assim, se é inócuo, eu também concedo, em parte, para devolver essa documentação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:— O que não seja mercadoria estrangeira, supostamente importada ilegalmente. São os documentos fiscais da empresa e os equipamentos utilizados por ela, de informática, para o seu funcionamento. Agora, se lá o delegado disser que não foram apreendidos esses equipamentos de uso da empresa, ele não devolve, se tudo foi novo. Agora, pega-se os computadores da empresa, apreende-os e os não devolve? Eles não são objeto do crime investigado. O crime investigado são as mercadorias.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Se há essa suspeição, porque, geralmente, a inicial é projeto de sentença. Ele está pedindo isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — O pedido foi confuso, mas o pedido é a restituição.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:— Concedo, em parte, a segurança para restituir esses documentos e os bens que já mencionei.

Voto Desempate

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — A votação está empatada: três magistrados estão concedendo parcialmente a ordem, e três, denegando-a. Ouvi, aqui, atentamente, o longo debate a respeito da questão posta em discussão e, logo de início, concordei com a ponderação do eminente Desembargador Federal Cândido Ribeiro quando falou que, em mandado de segurança, a prova deve ser pré-constituída. Também é importante o seu objeto. O teor do pedido. No caso, conforme explicitou o eminente Relator, foi requerida a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto e, em consequência, a liberação das mercadorias apreendidas.

A tese sustentada pela divergência foi no sentido de que existem mercadorias nesta apreensão que são importantes para o prosseguimento das atividades da empresa. Mas quais mercadorias? Aí é que está a grande questão. Foram apontadas pela impetrante essas mercadorias?

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — No auto de apreensão constam os documentos fiscais e os computadores da empresa, automóvel etc.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Caberia ao juiz, então, identificar essas mercadorias e dizer quais são importantes para o desenvolvimento das atividades da empresa? Ora, o que se afirma (e foi dito pelo eminente Relator) é que essas mercadorias foram objeto de atividade delituosa. É isso que está dito. Se, no caso, existem mercadorias que não foram objeto de ato ilícito e, efetivamente, são importantes para o desenvolvimento das atividades da empresa, seria cabível a liberação? Sim, em outro mandado de segurança. Mas não aqui, porque estamos fazendo juízo de valor sobre questão que surgiu durante o debate. Na verdade, o que temos que examinar é se a decisão é teratológica ou não. E, pelo que pude observar, a decisão está devidamente fundamentada. Indicou os dispositivos legais pertinentes. Afirmou-se aqui que o ato impugnado pode causar dano irreparável à parte – disse o eminente Desembargador Federal Tourinho Neto, a propósito, que já se passaram quase seis meses e ainda não foram periciadas essas mercadorias; não houve resposta da autoridade policial, mas isso são meras conjecturas. Sua Excelência, nesse particular, apenas expressou uma preocupação que poderia, em tese, ser levada em consideração, mas o que ocorre é que, no caso, está-se presumindo que a perícia não foi realizada. Por quê? Existem

elementos nos autos? Diz o Relator que não há nada que diga isso. Então, caberia, sim, quiçá, uma outra medida judicial, para, então, por omissão, compelir, se o caso, a autoridade policial ou o magistrado a se pronunciar a respeito de tal eventual pretensão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Senhor Presidente, entendi a posição de Vossa Excelência. Mesmo sem amor ao debate, a minha preocupação com relação ao universo apreendido é que o próprio juiz, na decisão impugnada, não limitou a arrecadação aos bens importados, porque os crimes atribuídos aos empresários é de descaminho e fraude à licitação. Então, visando à apuração, à investigação desses crimes, o juiz determinou, por escrito, que se apreendessem pastas suspensas. Por quê? Porque elas estão relacionadas lá – computadores que viabilizavam o funcionamento da empresa. Então, essa prova eu entendi pré-constituída nesse aspecto, porque há o reconhecimento que esse material foi arrecadado, e desse material arrecadado que não dizia respeito à mercadoria importada devolveram apenas os cheques. Os documentos fiscais que poderiam ser fotocopiados e devolvidos não foram devolvidos, e os computadores, também, que marcam o funcionamento da empresa não foram devolvidos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Devolvem-se os cheques, muito bem, após xerocopiar. Sim, e se esses cheques também (se for nesse diapasão de discussão) foram frutos de crime? Por que devolveu esses cheques e não foram devolvidos os documentos?

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Apenas neste aspecto, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, é que eu entendi que não seria justo nem necessário para a investigação que se dissesse o seguinte: pára toda a empresa, enquanto vamos ver que tipo de mercadoria ela negocia. Muito bem, arrecadem a mercadoria, mas deixa a mesa, deixa o computador, copiem a placa.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Bem, a meu ver, essa discussão é mais apropriada no âmbito do recurso de apelação. Ali, é a sede própria para examinar a matéria de fato. E, inclusive, por ocasião de seu julgamento, quem sabe os autos conterão os elementos necessários para se chegar até mesmo a essa conclusão a que chegou a douta divergência.

Isto posto, com essas considerações, acompanho o eminente Relator, denegando a segurança.

Terceira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2000.34.00.047075-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Embargantes: Armando de Sá Ribeiro e outros
Advogado: Dr. José Ronaldo Mendonça Motta
Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Manoel Moreira Filho e outros
Assistente: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 19/07/05

Ementa

Processual Civil. FGTS. Embargos infringentes. Honorários advocatícios. Medida Provisória 2.164-40/01. Isenção. Impossibilidade.

I. Nas causas relativas à reposição de perdas do FGTS a parte sucumbente deve arcar com a verba honorária, não incidindo o disposto no art. 29-C da Lei 8.036/90, incluído pela Medida Provisória 2.164-40, de 26/07/01, por violação aos arts. 5º, *caput* (princípio da isonomia), e 37, *caput* (princípios da impessoalidade e moralidade), da Constituição, além dos princípios, implícitos, da proporcionalidade e da razoabilidade.

II. Embargos infringentes providos para fazer prevalecer voto vencido, que manteve a condenação em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do montante das diferenças devidas.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Maria Isabel Gallotti e Daniel Paes Ribeiro, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 07/06/05.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de embargos infringentes opostos por autores de ação destinada à recomposição de perdas do FGTS, por meio dos quais pretendem fazer prevalecer voto vencido do Desembar-

gador Federal Souza Prudente que lhes foi favorável, sobre os votos vencedores do Relator, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro e da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, que fixaram a verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

A Caixa Econômica Federal não apresentou contra-razões.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 30, XXI, do Regimento Interno.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A divergência instaurou-se em ação visando à recomposição de perdas nas contas vinculadas do FGTS tão-somente no tocante à condenação em honorários advocatícios.

Discute-se a incidência do art. 20, § 4º, Código de Processo Civil – aplicado por equiparação da Caixa Econômica Federal à Fazenda Pública, como representante legal do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (voto vencedor) –, ou do art. 20, § 3º, do mesmo Código (voto vencido).

Em voto na Apelação Cível 2001.33.00.015417-0/BA, manifestei-me nos seguintes termos:

É aceito, tradicionalmente, que se tratando da Fazenda Pública ou de pessoa jurídica prestadora de serviço público, o legislador possa distribuir-lhe prerrogativas só por esse motivo. Essa concepção decorre da perspectiva de Administração como supremacia de poder, de Administração vertical, na relação com o indivíduo (não digo cidadão porque a relação, nesse caso, é de sujeição e não de participação, característica esta que configura o *status* de cidadania).

A concepção de supremacia tem raiz absolutista e vem cedendo lugar ao paradigma democrático, horizontal. No pensamento de Kelsen, a regra de isonomia vale também para as relações do Estado com a sociedade. A pessoa, seja o Estado, seja o indivíduo, recebe certas prerrogativas em função de uma finalidade, ou seja, independentemente de ser de direito público ou de direito privado. É de Kelsen o exemplo dos pais, que têm prerrogativas em relação aos filhos, para o exercício dos poderes e deveres inerentes à paternidade. As prerrogativas não são algo inerente, inato, próprio do Estado, só por ser Estado. Logo, qualquer prerrogativa, mesmo atribuída a entidade de direito público, tem que estar justificada por uma finalidade razoável. Sem uma finalidade justa, a prerrogativa torna-se desvio ou abuso do poder de legislar.

Um exemplo que serve para ilustrar esse raciocínio é o do prazo em

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Souza Prudente e Mário César Ribeiro.

quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, deferido à Fazenda Pública. Essa prerrogativa surgiu numa época em que a defesa da União era feita pelos procuradores da República. É duvidoso que ainda hoje – após a organização da Advocacia-Geral da União – tal privilégio seja justificável. Os fatos evoluíram e as circunstâncias mudaram. Fosse instituído aqui o modelo adotado na Alemanha – o da inconstitucionalidade superveniente sem alteração legislativa, só em razão da evolução fática – seria o caso de julgar inconstitucional uma prerrogativa dessa natureza, que passasse a não mais se justificar.

Coube ao hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Doutor Gilmar Ferreira Mendes, em seu livro *Controle de Constitucionalidade* (São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38-54), desenvolver com clareza o tema da inconstitucionalidade de lei por excesso ou desvio de poder. O controle de constitucionalidade, sob esse prisma, tem por objeto “aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a exigibilidade do ato legislativo”. A lei não é um ato exclusivamente político, livre ou discricionário, quanto ao fim a atingir, mas vinculado aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade (prudência e senso de limites, na doutrina italiana). O próprio princípio da igualdade – diz o referido autor –, “enseja uma sindicância que transcende a simples verificação de eventual tratamento discriminatório entre diferentes sujeitos, permitindo aferir se, *‘nella disciplina obiettive delle fattispecie, abbiano creato disparità di situazioni non giustificate da diseguaglianze di fatto (...) se le leggi siano sfornite di giustificazione o al contrario abbiano una idonea ragione’*” (Pierandrei).

Na doutrina brasileira, busca o Prof. Gilmar a opinião de Seabra Fagundes, que considera “a extensão da teoria do desvio de poder – originária e essencialmente dirigida aos procedimentos dos órgãos executivos, aos atos do poder legislativo – da maior importância num sistema político de Constituição rígida, em que se comete ao Congresso a complementação do pensamento constitucional nos mais variados setores da vida social, econômica ou financeira”. Da jurisprudência, são citados precedentes do Supremo Tribunal Federal, concluindo o autor que “também entre nós, procede-se, não raras vezes, à aferição da legitimidade das leis restritivas tendo em vista a sua necessidade, adequação e proporcionalidade (‘justa medida’)

Como o ato administrativo, a lei deve estar vinculada ao interesse público, que não se confunde com o interesse ocasional do Estado. Ensina, a propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo lição de Renato Alessi, que “a Administração poderia ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade” (*Curso de Direito Adminis-*

trativo. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 22).

A Caixa Econômica Federal, na administração do FGTS, está prestando um serviço público. Não se vincula ao disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição, mas nem por isso pode ser contemplada com qualquer prerrogativa tirada da cartola pelo legislador. A prerrogativa tem que atender a uma finalidade justa. Na questão do FGTS, as prerrogativas estatais já ultrapassaram os limites da razoabilidade. É imposto, na via administrativa, além do parcelamento, um desconto sobre o montante devido. Na via judicial, a Caixa tem isenção de custas e dispensa de depósito para ingressar com ação rescisória. A dispensa do pagamento de honorários – e nem se diga que, como no mandado de segurança, beneficia as duas partes, porque de antemão o legislador (provisório) sabia que a grande beneficiada seria a entidade estatal – é desvio e excesso do poder de legislar.

Entendo, pois, que o art. 29-C da Lei 8.036/90, incluído pela Medida Provisória 2.164-40, de 26/07/01, violou os arts. 5º, *caput* (princípio da isonomia), e 37, *caput* (princípios da impessoalidade e moralidade) da Constituição, além dos princípios, implícitos, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dispõe o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, que os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação. Em razão da simplicidade da lide, é razoável o arbitramento de tais honorários no percentual de dez por cento (10%).

As razões desse voto valem, *mutatis mutandi*, para a questão em apreciação, não havendo justificativa razoável para aplicar o art. 23, § 4º, e não § 3º, do Código de Processo Civil, de modo a fazer incidir sobre a Caixa Econômica Federal percentual de honorários menor do que incidiria se vencido(s) fosse(m) o(s) autor(es).

A matéria vem sendo decidida uniformemente na 5ª Turma deste Tribunal no sentido de se aplicar o disposto do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, qual seja, o de que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação”. Confirmam-se, a propósito, as seguintes ementas, no ponto que interessa:

FGTS. Taxa progressiva de juros. Ausência de extratos. Prescrição. Questões processuais. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Inaplicabilidade da norma do art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzida pela MP 2.164/2001 aos processos iniciados anteriormente a sua vigência.

....

9. Honorários advocatícios majorados para o percentual de 10% sobre o valor da condenação, aplicando-se o § 3º do art. 20 do CPC. (TRF-1ª Região. 5ª Turma. AC 2002.01.00.043601-9/BA. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. *DJ* de 29/08/03, p. 188)

FGTS. Prova documental da existência de saldo. Postergação para a fase de liquidação. Juros progressivos. Opção retroativa. Amplo efeito. Honorários. Art. 20, § 3º, do CPC.

....

4. O art. 20, § 3º, do CPC, determina a fixação dos honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. (TRF-1ª Região, 5ª Turma, AC 2000.34.00.047065-9/DF, Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 21/05/02, p. 393)

FGTS. Natureza jurídica. Correção monetária. Legitimidade passiva. Prescrição. Expurgos inflacionários. Incidência do IPC. Juros moratórios. Honorários advocatícios.

....

11. Nas demandas que versem sobre questão de direito já decididas pelos Tribunais, havendo condenação é razoável a fixação dos honorários advocatícios no percentual mínimo previsto no art. 20, § 3º, do CPC. (TRF-1ª Região, 5ª Turma, AC 1998.34.00.032242-9/DF, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ 22/10/01, p. 101)

Esta 3ª Seção pacificou a divergência e, nesse mesmo sentido, vem decidindo:

Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão proferido em agravo regimental. Interposição em face de decisão monocrática que negou provimento à apelação dos autores. Cabimento. FGTS. Expurgos inflacionários. Divergência. Honorários advocatícios. Majoração para 10%. Sucumbência recíproca. Art. 21 do CPC.

1. Cabível a oposição de embargos infringentes em face de acórdão não unânime que deu parcial provimento a agravo regimental, o qual foi interposto em face de decisão monocrática do relator que negou provimento à apelação dos autores. Precedentes do STJ.

2. Havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser distribuídos e compensados entre as partes, observando-se, contudo, se os autores são beneficiários da justiça gratuita.

3. Os honorários advocatícios devem ser majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação que deverão ser repartidos e compensados entre as partes, nos termos do art. 21 do CPC.

4. Embargos infringentes providos. (TRF-1ª Região, 3ª Seção, EAC 2000.34.00.005594-0/DF, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 23/06/04, p. 3).

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Correção monetária. Honorários advocatícios devidos pela CEF. CPC, art. 20, § 4º.

1. Os honorários advocatícios, no que concerne às ações que objeti-

vam a recomposição dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, observada a natureza e importância da causa, bem como o trabalho desenvolvido pelo advogado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, uma vez que a CEF, na qualidade de operadora do FGTS, equipara-se à Fazenda Pública.

2. Embargos infringentes providos para fixar-se a verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, na esteira do entendimento desta egrégia Terceira Seção. (3ª Seção. TRF-1ª Região. EIAC 2001.34.00.020421-0/DF. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. *DJ* de 20/02/04, p.5).

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Adaptação à jurisprudência terminal do STF em matéria constitucional, e do STJ, no âmbito do direito federal. Princípios da razoabilidade e da economia processual.

I. Acolhem-se os embargos infringentes, ante a situação jurídica, que restou cristalizada nos julgados terminais do Recurso Extraordinário 226.855-7/RS (STF/Pleno – Rel. Min. Moreira Alves – *DJU* de 13/10/00) e do Recurso Especial 265.556 – Alagoas (STJ/Primeira Seção – Rel. Min. Franciulli Netto – *DJU* de 18/12/00), a sobrepor-se às letras do acórdão embargado, na espécie dos autos, conforme recomendam os princípios da razoabilidade e da economia processual.

II. Modifica-se, assim, o acórdão recorrido, para fixar-se a atualização dos saldos do FGTS, nos percentuais mantidos no voto vencido do Juiz Tourinho Neto (fls.134/138), a saber: 42,72% (janeiro de 1989) e 44,80% (abril de 1990), com abatimento do que restar comprovado, nos autos, como já pago pela CEF, por harmonizar-se, no ponto, com a jurisprudência estratificada no egrégio Superior Tribunal de Justiça e, assim, mantida pelo Alto Pretório.

III. Alterados os parâmetros do acórdão embargado, na extensão dos precedentes jurisprudenciais em tela, fixo os honorários advocatícios em percentual de 10% (dez) por cento do valor corrigido da condenação, nos termos do que dispõe o art. 20, § 3º, do CPC. (TRF-1ª Região. 3ª Seção. EIAC 2000.01.00.134623-4/DF. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. *DJ* de 23/04/01, p. 10)

Esta é, também, a posição do Superior Tribunal de Justiça, assentada em sede de embargos de divergência em recurso especial:

Processual Civil. Embargos de divergência. Divergência jurisprudencial comprovada. FGTS. Adequação de honorários advocatícios. Art. 20, § 3º, do CPC.

O juiz está adstrito à fixação dos honorários advocatícios no mínimo de 10% e no máximo de 20%, como enunciado pelo §3º do art. 20 do CPC, sob pena de estar violando o dispositivo legal. (STJ, 1ª Seção, EREsp 187.876/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 12/06/00, p. 673)

Ante o exposto, dou provimento aos presentes embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Federal Souza Prudente,

fixando a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Com a devida vênia do voto do eminente Relator, entendo que a verba honorária no caso há de ser fixada no percentual de 10% sobre o valor da condenação, corrigida com base no art. 20, § 3º, do CPC, seguindo a inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Posto isso, dou provimento ao agravo regimental.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Com a devida vênia do eminente Relator, entendo que não assiste razão aos autores, ora embargantes, ao postular aumento do percentual de honorários, fixados em 5% sobre o valor da condenação.

O caso em exame é de expurgos inflacionários em contas vinculadas de FGTS e o fundamento jurídico alegado para postular a majoração do percentual fixado a título de honorários é apenas o de que o arbitramento de percentual inferior a 10% viola o § 3º do art. 20 do CPC.

Caso o fundamento do pedido fosse de outra ordem, caso se pleiteasse fossem levadas em consideração circunstâncias específicas da causa, como a especial qualidade e o volume do trabalho do advogado, a complexidade da matéria de prova, o tempo de duração do litígio e se a ação foi ajuizada antes ou depois da pacificação do tema no STJ e no STF, consideraria cabível a majoração dos honorários, não com apoio no § 3º, mas no § 4º, do CPC, que prevê a fixação dos honorários consoante apreciação equitativa do magistrado quando vencida a Fazenda Pública.

Apenas, contudo, com o fundamento de violação do § 3º do art. 20 do CPC, não há, data máxima vênia, como dar provimento ao recurso.

Isto porque se cuida de demanda movida contra a CEF, que comprometerá não o patrimônio da referida empresa pública, mas o do FGTS, Fundo do qual a União Federal é garante (Lei 8.036/90, art. 13, § 4º). Tanto assim o é que o art. 12 da Lei Complementar 110/01 estabelece que o Tesouro Nacional é subsidiariamente responsável pelo pagamento dos expurgos inflacionários devidos aos

titulares de contas de FGTS, caso as contribuições criadas por essa lei não sejam suficientes para resgatar todos os compromissos a esse título.

Não é por outro motivo que a Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/01, dando nova redação ao art. 24-A da Lei 9.028/95, estabeleceu que a pessoa jurídica representante do FGTS é isenta do pagamento de custas, emolumentos, depósito prévio e multa em ação rescisória, a exemplo do que sucede com a União e suas autarquias.

A CEF, no caso dos autos, não atua na condição de empresa pública exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), mas como representante de fundo de natureza eminentemente social, garantido pela União Federal.

É aplicável à hipótese dos autos, portanto, o § 4º, e não o § 3º, ambos do art. 20 do CPC.

Assim sendo, os honorários em favor dos advogados dos autores foram adequadamente fixados em 5% do valor da condenação, tendo em vista a simplicidade da causa e a multiplicidade de demandas com o mesmo objeto, com orientação jurisprudencial já pacificada.

Observo, por fim, que não estou aqui preconizando a alteração da jurisprudência do Tribunal a respeito de fixação de honorários em causas em que vencida a Fazenda Pública. Ao contrário, estou seguindo a torrencial corrente jurisprudencial segundo a qual quando a Fazenda Pública é vencida em causas repetitivas, ajuizadas em grande número, predominantemente de direito e já pacificadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores, os honorários devem ser estabelecidos equitativamente no percentual de 5% do valor da condenação, ou em quantia fixa, com base no § 4º do art. 20 do CPC. Nesse sentido, entre milhares de outros, lembrem-se os seguintes acórdãos deste Tribunal: AC 2000.01.00.015973-8/MA, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Terceira Turma, *DJ* 28/02/02, p. 111; AC 2001.01.00.032024-0/MG, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, Quarta Turma, *DJ* 31/10/01, p. 657; AC 2000.01.00.065041-1/DF, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, Terceira Turma, *DJ* 25/05/01, p. 183; AC 2000.01.00.047514-7/MG, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Terceira Turma, *DJ* 26/04/02, p. 77; AC 1999.38.00.031693-0/MG, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, Terceira Turma, *DJ* 15/12/00, p. 126; AC 95.01.08441-8/MG, Relator Juiz Antonio Sávio O. Chaves, Segunda Turma, *DJ* 27/11/00, p. 47; AC 1997.01.00.039121-8/MG, Rel. para acórdão Juiz Cândido Ribeiro, Terceira Turma, *DJ* 10/11/99, p. 50; AC 2000.38.00.046857-1/MG, Rel. Juiz Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, *DJ* 22/04/02, p. 32; AC 1999.01.00.041395-6/MT, Rel. Juíza Selene Almeida, Quarta Turma, *DJ* 17/03/00, p. 805; AC 2000.34.00.042871-7/DF, Relator Juiz Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, *DJ* 09/05/02, p. 92.

Estou apenas adotando, portanto, nas inúmeras demandas concernentes a

expurgos de FGTS, o mesmo princípio sempre aplicado pelo Tribunal às causas em que vencida a Fazenda Pública, o que é exatamente a hipótese dos autos, dado o notório caráter deficitário do FGTS, e a condição legal de garante do Fundo que ostenta a União.

Por estes motivos, divirjo, no tocante à fixação dos honorários, do eminente Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, também acompanho a divergência, negando provimento aos embargos.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Armando de Sá Ribeiro e outros ajuizaram ação ordinária em desfavor da Caixa Econômica Federal (CEF), objetivando a correção dos saldos de contas suas vinculadas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS com aplicação da “taxa progressiva de juros e correção monetária da espécie desde a data a que retroagiram as opções e que cada parcela de juros progressivos era devida, na forma das leis específicas do FGTS – Leis 5.107/66 e 8.036/90” (cf. fls. 10).

O MM. juiz *a quo* julgou o pedido procedente para condenar a CEF a promover a correção nas contas vinculadas como pleiteado e a pagar custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre as diferenças devidas (cf. fls. 178/180).

Inconformada, apelou a CEF (fls. 182/187), sustentando a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação; o descabimento da progressividade dos juros, na espécie; a impossibilidade de sua condenação em honorários advocatícios, em face do disposto no art. 29-C da Lei 8.036/90; e a improcedência do pedido quanto à aplicação dos juros moratórios.

O Relator, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, monocraticamente, deu parcial provimento ao apelo apenas para reduzir a verba advocatícia para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, em face da simplicidade da causa, ao fundamento de que “a CEF não atua na condição de empresa pública com o fim de explorar atividade econômica, mas, sim, como representante legal de um fundo de natureza eminentemente social, garantido pela União Federal, resultando, pois, na aplicação do disposto no § 4º e não no § 3º, ambos do art. 20 do CPC” (cf. fls. 208), ressaltando que a aplicação da regra prevista no art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória 2.164-40, de 27/07/01, “por ser norma pro-

cessual instrumental material (...), se restringe aos processos ajuizados a partir de tal data” (cf. fls. 209).

Inconformados, contra essa decisão interpuseram os autores agravo regimental, requerendo a manutenção da respeitável sentença e, “na hipótese de não ser reconsiderada a veneranda decisão, que sejam explicitados os fundamentos por que não foi aplicado o disposto no § 3º do art. 20 do CPC” (cf. fls. 215).

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo, ratificando a decisão monocrática quanto à aplicação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil nas causas em que a CEF é condenada a proceder à correção monetária de contas vinculadas ao FGTS, ao argumento de que “ela não atua na condição de empresa pública com o fim de explorar atividade econômica, mas, sim, como representante legal de um fundo de natureza eminentemente social, garantido pela União” (cf. fls. 222), vencido o Desembargador Federal Souza Prudente, que dava provimento ao agravo para que a verba honorária fosse “fixada no percentual de 10% sobre o valor da condenação, corrigida com base no art. 20, § 3º, do CPC, seguindo a inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria” (cf. fls. 220).

Ainda irresignados, opuseram os autores embargos infringentes, sustentando que a CEF “sempre atua como empresa pública que é, por lei”; que “O fato de representar um fundo garantido pela União não pode levá-la a ter as prerrogativas da União”; que “o fato de ‘não oferecer a causa maior complexidade’ e ‘se tratar de matéria reiteradamente decidida e já pacificada pela jurisprudência’ não tem o condão de criar benesses para a CEF e contrariar flagrantemente a lei”; e que “Não é, definitivamente, o caso de aplicação do § 4º do art. 20 do CPC, porque as hipóteses aventadas pelo eminente Relator não se encontram elencadas naquele dispositivo legal” (cf. fls. 227/228).

Diante disso, requereram a reforma do acórdão embargado “apenas na parte que se refere à verba honorária, levando em consideração a prevalência do voto vencido do eminente Desembargador Souza Prudente (...)” (cf. fls. 233).

Por ocasião do julgamento dos mencionados embargos infringentes, o Relator, Desembargador Federal João Batista Moreira, reportando-se ao voto que proferiu na AC 2001.33.00.015417-0/BA, quando deixou de aplicar o art. 29-C da Lei 8.036/90 para aplicar o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, deu provimento aos embargos infringentes, sufragando o entendimento segundo o qual não há “justificativa razoável para aplicar o art. 20, § 4º, e não § 3º, do Código de Processo Civil, de modo a fazer incidir sobre a Caixa Econômica Federal percentual de honorários menor do que incidiria se vencido(s) fosse(m) o(s) autor(es)” (cf. fls. 281). Ademais, acrescentou que nesse sentido vem decidindo a Quinta Turma

e Terceira Seção, desta Corte, e a Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça.

O Desembargador Federal Souza Prudente acompanhou o relator, mas, em seguida, a Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti inaugurou a divergência, consignando que “o fundamento jurídico alegado para postular a majoração do percentual fixado a título de honorários é apenas o de que o arbitramento de percentual inferior a 10% viola o § 3º do art. 20 do CPC”; que, “Caso o fundamento do pedido fosse de outra ordem, caso se pleiteasse fossem levadas em consideração circunstâncias específicas da causa (...), consideraria cabível a majoração dos honorários, não com apoio no § 3º, mas no § 4º, do CPC, que prevê a fixação dos honorários consoante apreciação equitativa do magistrado quando vencida a Fazenda Pública (*sic*)”, considerando que “A CEF, no caso dos autos, não atua na condição de empresa pública exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), mas como representante de fundo de natureza eminentemente social, garantido pela União Federal”.

Concluiu a ilustre Desembargadora afirmando que “os honorários em favor dos advogados dos autores foram adequadamente fixados em 5% do valor da condenação, tendo em vista a simplicidade da causa e a multiplicidade de demandas com o mesmo objeto, com orientação jurisprudencial já pacificada” (cf. fls. 284/285), negando, assim, provimento aos embargos infringentes, no que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

Diante disso, para proferir o voto de desempate (art. 28, inciso I, RI/TRF-1ª Região), pedi vista dos autos.

Decido.

Cinge-se a controvérsia em saber que posição ocupa a Caixa Econômica Federal (CEF) no processo quando atua como gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; se é equiparada à Fazenda Pública, e, no caso afirmativo, no tocante à fixação dos honorários advocatícios, aplica-se a regra prevista no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, segundo o qual nas causas em que vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, ou, caso contrário, como entidade privada, deve ser submetida ao disposto no § 3º do mesmo artigo, que estabelece os percentuais, mínimo, de 10% (dez por cento) e, máximo, de 20% (vinte por cento), como limites para condenação.

É certo que a CEF, como empresa pública, tem natureza jurídica de direito privado e, como tal, não goza dos privilégios concedidos à Fazenda Pública. Assim sendo, mesmo na qualidade de gestora do FGTS, não se equipara à Fazenda Pública, de modo a justificar a incidência, na espécie, do § 4º do art. 20 do Código

de Processo Civil.

Nesse sentido, aliás, consolidou-se a jurisprudência da Primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se aplica à CEF as disposições relativas à Fazenda Pública, conforme a seguinte ementa, *verbis*:

Processual Civil. Embargos de divergência. FGTS. Honorários. Caixa Econômica Federal. Empresa pública. Natureza jurídica de direito privado. Art. 20, § 3º, do CPC. Inobservância do percentual legal mínimo de 10% sobre o valor da condenação.

1. É matéria pacificada nesta Corte de que a CEF, como empresa pública que é, tem natureza jurídica de direito privado, não gozando, portanto, do benefício previsto no art. 20, § 4º, do CPC, destinado à Fazenda Pública.

2. Adequando-se o caso concreto ao art. 20, § 3º, do CPC, deve a verba honorária ser arbitrada no limite mínimo previsto no citado parágrafo do mesmo dispositivo.

3. Embargos acolhidos. (1ª Seção, EREsp 216.417/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 08/04/02, p. 124)

Assim, considerando que ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais, acompanhando o Relator, dou provimento aos embargos infringentes.

Publique-se.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2004.01.00.002690-0/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Autor: Airton Barbosa Gondim
Autor: José Rossini de Oliveira
Autor: Newton da Silva Sandes
Autor: Ruy Peltier Loureiro Freire
Autor: Ruy Torres Neto
Autor: Walmir Ferreira Nunes
Advogado: Dr. Ciro Ceccatto
Ré: União Federal
Procurador: Dr. Antenor Pereira Madruga Filho
Publicação: DJ 2 de 25/07/04

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. IRRF sobre complementação de aposentadoria. Súmula 343 do STF: aplicabilidade. Processo extinto (art. 267, IV, do CPC).

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

II. Súmula 134 do ex-TFR: “*Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor*”.

III. Para fins de caracterização ou não da controvérsia a que aludem as Súmulas 343/STF e 134/ex-TFR, não se exige haja dissenso irradiado por todos os tribunais nem se limita o número mínimo/máximo de órgãos divergentes, tampouco se recusa a divergência se tal há só no âmbito do mesmo tribunal. Não consubstancia a dissidência, todavia, mera multiplicidade de posições jurídicas dentro de um mesmo órgão julgador (dos juízes individualmente), que resulta apenas, quando o caso, em julgados não unânimes.

IV. Matéria (IRRF sobre complementação de aposentadoria) infraconstitucional e controvertida ao tempo do julgado não viabiliza ação rescisória.

V. Ação rescisória não admitida: processo extinto (art. 267, IV, do CPC).

VI. Autos recebidos em gabinete, em 17/06/05, para lavratura do acórdão, liberados, de pronto, para sua publicação.

Acórdão

Decide a 4ª (Quarta) Seção extinguir o processo por maioria.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 08/06/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por inicial ajuizada em 28/01/04, os 6 (seis) autores, todos aposentados, alegando “violação a literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC), pedem a rescisão do acórdão da 4ªT/TRF1, proferido no julgado de 16/10/01 (fls. 221 – 15/01/02), Rel. Juíza

Convocada Neuza Maria Alves da Silva, na AC 2000.33.00.009674-1/BA, que, dando provimento ao apelo da ré e negando provimento ao seu recurso adesivo (prejudicada a remessa oficial), reformou a sentença (fls. 170/4) proferida em 20/04/01 pela MM^a. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira, da 9^a Vara/BA, que, nos autos da AO (de mesmo número), objetivando a não-incidência do IRRF sobre as complementações de aposentadoria pagas aos autores pela Petros (Petros – Fundação Petrobrás de Seguridade Social), julgou procedente o pedido. O acórdão rescindendo assim restou ementado:

(...) (IRRF). *Complementação aposentadoria. Incidência.*

1. As verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria possuem natureza salarial.
2. Constituindo acréscimo patrimonial, são hipóteses de incidência do Imposto de Renda. Precedentes.”

Os autores, reputando violado o art. 6º, VI, *b*, da Lei 7.713/88, aduzem que não pode haver incidência do IRRF sobre a parte da complementação formada pelas contribuições mensais por eles vertidas (reserva de poupança) no período de janeiro/89 até dezembro/95, já porque tais valores não consubstanciariam, a seu ver, acréscimo patrimonial e também para que não haja *bis in idem*. Pedem rescisão e novo julgamento para que, negado provimento ao apelo da FN e à remessa oficial, seja mantida a sentença.

O *decisum* transitou em julgado em 05/03/02 (certidão de fls. 222). Custas pagas. Depósito prévio a fls. 374. Valor da causa: R\$ 4.200,00.

Em contestação (fls. 389/394), a FN aduz, em preliminar, o óbice da Súmula 343 do STF; no mérito, pede a manutenção do acórdão rescindendo: diz que complementação não é resgate e cita, em reforço, as razões do veto ao art. 33 da Lei 9.250/95).

Réplica a fls. 401/410, alegando que a Súmula 343 do STF já estaria superada, pois nem o STJ nem o STF a aplicariam, e dizendo não haver divergências entre os 5 TRF's.

As partes não produziram outras provas nem, intimadas, apresentaram razões finais.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Maria do Carmo Cardoso e Leomar Barros Amorim de Sousa. Deixou de votar, por não ter presenciado a leitura do relatório, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias.

A PRR (fls. 435/7) opina pela improcedência do pedido.

É o relatório.

Voto Preliminar* **(Súmula 343 do STF)**

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Esta, a jurisprudência (TRF1 + STJ) ao tempo do julgado rescindendo (2000/2001):

Os valores pagos mensalmente pela empresa a seus ex-servidores, a título de complementação de aposentadoria, visando assegurar a manutenção do salário percebido (...) em atividade, demonstra a inexistência de prejuízo hábil a caracterizar o caráter indenizatório (...). Assim, *tratando-se, como na espécie, de verba de caráter remuneratório*, deve ela sofrer a incidência do Imposto de Renda. (TRF1, 4ªT, AC 1999.36.00.006287-7/MT, Rel. Juíza Convocada Maria de Paula Pessoa Costa, julgado em 04/09/01, DJ 02/10/01, p. 177)

O art. 33 da Lei 9.250/95 só tem pertinência absoluta para as contribuições e resgates cujo fato gerador data de janeiro de 1996 em diante, *devendo ser excluído da incidência* do (IRRF) e na declaração de rendimentos, o benefício recebido de entidade de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física. (TRF1, 4ªT, EDAC 2000.34.00.022712-0/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, julgado em 20/02/02, DJ 12/04/02, p. 140)

As verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria possuem natureza salarial. *Constituindo acréscimo patrimonial*, são hipóteses de incidência do Imposto de Renda. Precedentes. (TRF1, 4ªT, AMS 1998.38.00.026580-6/MG, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, julgado em 31/10/01, DJ 20/02/02, p. 139)

Não se apresenta como juridicamente admissível a incidência de Imposto de Renda na fonte sobre os valores percebidos a título de aposentadoria complementar, pagos pelas entidades de previdência privada, quando os aludidos valores se referirem às contribuições efetuadas na vigência da Lei 7.713/88, antes da alteração introduzida pela Lei 9.250/95. (TRF1, 4ªT, AC 1999.34.00.011123-2/DF, Rel. Des. Federal I'talo Mendes, julgado em 20/06/01, DJ 02/10/01, p. 173)

A isenção do recolhimento de Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria paga a beneficiário de entidade de previdência privada *não ofende o art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88*, uma vez que o rendimentos e ganhos de capital sobre o patrimônio da Caixa de Previdência sofrem a incidência desse tributo, preenchendo as condições exigidas pela referida lei. (STJ, 1ªT, REsp 302.380/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 03/04/01, DJ 27/08/01, p. 230)

Ao tempo do julgado, a 4ªT tinha jurisprudência oscilante e contrastava com

jurisprudência pacífica da antiga 3ªT, conforme os seguintes arestos:

(...) *Imposto de Renda. (...) Complementação de aposentadoria. Natureza remuneratória. (...) 2. A complementação dos rendimentos de aposentadoria, pagos pela empresa, por assumir caráter remuneratório (renda) e não indenizatório, constitui fato gerador para a imposição do Imposto de Renda. (...) (TRF1, 3ªT, AC 1999.36.00.006185-0/MT, Rel. Juiz Convocado Saulo José Casali Bahia, DJ 07/06/02, p. 124)*

(...) (IRRF) *sobre complementação ou suplementação de proventos de aposentadoria paga por entidade de previdência privada e/ou fundo de pensão (...).*

1) O pagamento de complementação de aposentadoria não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada e/ou fundo de pensão (...).

2) No resgate (...); na complementação de aposentadoria, não, pois, enquanto viver, receberá seu benefício, oriundo de uma concentração de recursos constituída de contribuições dele, segurado, mas, sobretudo, e, de modo geral, a maior parte, de contribuições da entidade patrocinadora, não podendo ser definido ou calculado, nem mesmo proporcionalmente, o que representa a parcela de um e de outro.

3) Pois bem, de acordo com a MP 1.459/96 e jurisprudência não só deste Tribunal, mas, igualmente, do (STJ), apenas as parcelas de contribuição efetuadas no período (janeiro/89 a dezembro/95), ou seja, na vigência da Lei 7.713/88, estão isentas, no resgate, do Imposto de Renda, evitando-se, desse modo, a dupla tributação, eis que elas, parcelas de contribuição, nesse período, não podiam ser deduzidas para fins de apuração da base de cálculo do aludido Imposto de Renda.

4) *Contudo, in casu, a autora (...) requereu (...) a suspensão da retenção do Imposto de Renda sobre os valores pagos pela instituição patrocinadora, a título de aposentadoria complementar, isto é, sobre o benefício, e a repetição do que pagou, a esse mesmo título, a partir da data de sua aposentadoria, o que não é possível, dado que o citado benefício – suplementação de aposentadoria –, sem nenhuma dúvida, representa um acréscimo patrimonial, sendo, por isso mesmo, fato gerador do Imposto de Renda. (...) (TRF1, 3ªT, AC 2000.38.00.010733-9/MG, Rel. p/ acórdão Juiz Convocado Saulo José Casali Bahia, DJ 28/06/02, p. 97)*

Embora desinfluyente a confluência da jurisprudência das atuais 7ª e 8ª Turmas da Corte no sentido do acórdão rescindendo, (a) o TRF2 tem precedente pela isenção do IRRF sobre o benefício complementar (v.g. AC 2002.02.01.026127-1/RJ, 2ªT, julgado em 24/06/03, um., Rel. Juiz Sérgio Feltrin Correa) e também pela incidência (ex. AMS 1999.01.01.0560534/RJ, 3ªT, Rel. Juiz Paulo Barata, julgado em 04/12/01, DJ 24/04/02); (b) o TRF3 também registra na mesma linha da incidência (v.g. AMS 2000.61.00.051083-0/SP, 4ªT, julgado em 24/09/03, Rel. Juiz Manoel Álvares e AMS 2000.61.00.0477115/SP, 6ªT, Rel. Juíza Marli Ferreira,

julgado em 10/11/04, un., *DJ* 28/01/05); (c) o *TRF4*, a seu turno, decidiu contrário a este *TRF1* (AC 2001.04.01.070123-4/PR, 1ªT, Rel. Juiz Luiz Carlos e Castro Lugon, julgado em 08/08/02, un., *DJ* 21/08/02, p. 634); e (d) o *TRF5* professa entendimento consentâneo com o desta Corte (AC 2003.05.00.0016199/CE, 3ªT, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, julgado em 21/10/04, un., *DJ* 22/11/04).

Ainda hoje, frise-se, a posição predominante desta Corte é no sentido de que a complementação de aposentadoria é renda tributável (*vide, inter alios*):

(...) *Previdência privada (Forluz). Benefício de complementação da aposentadoria oficial. Fato gerador do Imposto de Renda retido na fonte (Lei 9.250/95, art. 33): acréscimo patrimonial (CTN, art. 43).*

(...)

O benefício de complementação da aposentadoria, pago por entidade de previdência privada, está sujeito ao Imposto de Renda retido na fonte (IRRF), nos termos do art. 33 da Lei 9.250/95, porque consubstancia aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica por acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). (...) (TRF1, 7ªT, AC 2000.34.00.042779-8/DF, minha relatoria, *DJ* 08/04/05, p. 107)

A inteligência das Súmulas 343 do STF e 134 do ex-TFR não me parece exigir que a controvérsia (infraconstitucional) se irradie por *todos* os tribunais nem limita o número mínimo/máximo de divergentes, tampouco recusando, se o caso, a divergência se tal há só no âmbito do mesmo tribunal.

O que não se pode admitir como dissidência é a mera multiplicidade de posições jurídicas dentro de um mesmo órgão (dos juízes individualmente), que resulta apenas, quando o caso, em acórdãos não unânimes.

Se, *e.g.*, todos os TRF's decidem em certo sentido, embora sempre por maioria, não há divergência, que atina com a *conclusão* do julgado; se, todavia, órgãos fracionários de um mesmo tribunal decidem, ainda que por unanimidade, um sentido oposto ao outro, há por certo, a controvérsia que obstaculiza o manejo da ação rescisória.

A controvérsia assinalada gira em torno da tributação ou não do benefício complementar, o que não se pode confundir com o “resgate”, hipótese em todo diversa da pretensão.

Pelo exposto, não admito a ação rescisória e extingo o processo (art. 267, IV, do CPC).

Custas pagas. Em face do valor ínfimo atribuído à demanda, condeno os autores em verba honorária de R\$ 300,00 *per capita*.

Após o trânsito em julgado, converta-se o depósito prévio em renda da ré (art. 488, II, c/c art. 494, ambos do CPC).

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva: — O eminente Relator, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, assim relatou o feito, a fls. 439:

Por inicial ajuizada em 28/01/04, os 6 (seis) autores, todos aposentados, alegando “violação a literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC), pedem a rescisão do acórdão da 4ªT/TRF1, proferido no julgado de 16/10/01 (fls. 221 – 15/01/02), Rel. Juíza Convocada Neuza Maria Alves da Silva, na AC 2000.33.00.009674-1/BA, que, dando provimento ao apelo da ré e negando provimento ao seu recurso adesivo (prejudicada a remessa oficial), reformou a sentença (fls. 170/4) proferida em 20/04/01 pela MMª. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira, da 9ª Vara/BA, que, nos autos da AO (de mesmo número), objetivando a não-incidência do IRRF sobre as complementações de aposentadoria pagas aos autores pela Petros (Petros – Fundação Petrobrás de Seguridade Social), julgou procedente o pedido. O acórdão rescindendo assim restou ementado:

“(....) (IRRF). *Complementação aposentadoria. Incidência.*

1. As verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria possuem natureza salarial.

2. Constituindo acréscimo patrimonial, são hipóteses de incidência do Imposto de Renda. Precedentes.”

Os autores, reputando violado o art. 6º, VI, *b*, da Lei 7.713/88, aduzem que não pode haver incidência do IRRF sobre a parte da complementação formada pelas contribuições mensais por eles vertidas (reserva de poupança) no período de janeiro/89 até dezembro/95, já porque tais valores não consubstanciariam, a seu ver, acréscimo patrimonial e também para que não haja *bis in idem*. Pedem rescisão e novo julgamento para que, negado provimento ao apelo da FN e à remessa oficial, seja mantida a sentença.

O *decisum* transitou em julgado em 05/03/02 (certidão de fls. 222). Custas pagas. Depósito prévio a fls. 374. Valor da causa: R\$ 4.200,00.

Em contestação (fls. 389/394), a FN aduz, em preliminar, o óbice da Súmula 343 do STF; no mérito, pede a manutenção do acórdão rescindendo: diz que complementação não é resgate e cita, em reforço, as razões do veto ao art. 33 da Lei 9.250/95).

Réplica a fls. 401/410, alegando que a Súmula 343 do STF já estaria superada, pois nem o STJ nem o STF a aplicariam, e dizendo não haver divergências entre os 5 TRF’s.

As partes não produziram outras provas nem, intimadas, apresentaram razões finais.

A PRR (fls. 435/7) opina pela improcedência do pedido.

É o relatório.

A fls. 440-442, votou S. Exa., preliminarmente, pela inadmissão da rescisória, em face da incidência da Súmula 343 do STF, invocando decisões divergentes proferidas, à época, por Turmas desta Corte Regional e um da colenda Primeira Turma do STJ, no REsp. 302.380/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, no sentido do reconhecimento da isenção pretendida pelo autor desta rescisória.

Pedi vista dos autos, para melhor exame da questão posta preliminarmente, feito o que os trago para continuação do julgamento.

A Súmula 343 do STF assim dispõe:

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

Na aplicação dessa Súmula, tenho-o feito apenas quando encontradas decisões divergentes oriundas de tribunais diversos, e não de órgãos componentes de um mesmo tribunal. De outro lado, considero que o texto da aludida súmula, impondo uma restrição ao exercício do direito constitucional de ação, deve ser interpretado restritivamente, de modo que a divergência constatada em um dos tribunais, para servir de contraponto, não pode consistir em apenas uma decisão, ainda mais quando de Turma isolada, como é o caso da decisão do STJ colacionada ao voto do eminente Relator.

Conhecidas, que fossem, deste Relator, outras decisões daquela Corte Superior ou de outros Tribunais Regionais Federais, e não teria dúvida em acompanhar o voto do ilustre Relator. Não as encontrei, porém, e, por isso, peço vênias a S. Exa. para conhecer da ação rescisória, rejeitando a preliminar por ele suscitada.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, coerente com o voto que retifiquei anteriormente, entendo que se aplica a Súmula 343 e, portanto, não admito a ação rescisória.

Primeira Turma

Rel. p/ acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Rel. originário:	O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado
Agravante:	Shirley Paladia Souza
Advogados:	Dra. Maria Aparecida Guimarães Santos e outro
Agravada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação:	DJ 2 de 11/07/05

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Medida liminar em primeiro grau contra ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

I. “Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.” (§ 1º do art. 1º da Lei 8.437/92).

II. Agravo a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 25/05/05.

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Shirley Paladia Souza contra decisão proferida pela MMª. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em sede de ação ordinária, indeferiu pedido de antecipação da tutela requerido com o escopo de assegurar o valor remuneratório de seu benefício de aposentadoria, relativo à incorporação de quintos/décimos, revista por força de decisão do Tribunal de Contas da União.

Sustenta, em resumo, que houve supressão em seus proventos por determinação do presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que lhe ocasionou lesão a direito adquirido à percepção de vantagens nominalmente identificadas. Assevera que há ofensa ao princípio do devido processo legal, haja

vista o transcurso de 7 (sete) anos entre o ato concessivo da aposentadoria e a cessação do benefício. Aduz ser aplicável a teoria do fato consumado ao caso concreto.

O agravo foi recebido sem atribuição de efeito suspensivo (fls. 77).

Devidamente intimada, a União apresentou sua contraminuta (fls. 80/81), pugnando pela manutenção da decisão agravada, uma vez que o pleito deduzido implicaria pagamento de vantagens pecuniárias, expressamente vedado por força das Leis 9.494/97, 5.021/66 e 4.368/64.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Como se vê, cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal em ação ordinária, objetivando impedir decréscimo nos proventos de aposentadoria de viúva de ex-servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, relativos à incorporação de quintos/décimos, em decorrência de revisão do processo de aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União.

Do exame dos autos, é de notar-se que a supressão na pensão da agravante decorreu de decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, no Processo TC-022.270/1980-9, que determinou a suspensão do pagamento da parcela constante da aposentadoria do instituidor do benefício relativa à percepção da “opção” prevista no § 2º do art. 14 da Lei 9.421/96. E mais, determina a suspensão do pagamento referido, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa (fls. 57/60).

Em casos como o presente, em que é evidente a natureza impositiva da decisão do Tribunal de Contas não há que se falar em legitimidade passiva da autoridade administrativa que lhe deu cumprimento, mas antes da própria Corte de Contas.

Sendo assim, apresenta-se manifesta a incompetência da Justiça Federal de primeiro e segundo graus para conhecer da presente causa, uma vez que os atos praticados pelo TCU estão sujeitos à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal, via ação de mandado de segurança (art. 102, I, *d*, da Constituição Federal).

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves e o Exmo. Sr. Juiz Mark Ishida Brandão (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Confira-se, a esse respeito, aresto do Supremo Tribunal Federal:

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas que tornou nula a admissão de servidor na Secretaria do TRT da 13ª Região. Legitimidade passiva do TCU. Aprovação e classificação em concurso público. Declaração de que ocupava cargo de juiz classista. Desincompatibilização. Posse e exercício após o prazo legal. Responsabilidade da Administração. Inexistência de culpa do servidor. Segurança concedida.

1. O Tribunal de Contas da União é parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, quando a decisão impugnada revestir-se de caráter impositivo. Precedentes.

2. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório: inexistência, visto que o impetrante teve oportunidade de interpor pedido de reconsideração e de manifestar-se em embargos de declaração perante o órgão impetrado.

3. Acumulação de cargos. Óbice à posse de candidato aprovado em concurso público, afastado pela superveniente aposentadoria proporcional do interessado como juiz classista (EC 20/98, art. 11).

4. Não se pode considerar nula a posse efetivada após decorrido o prazo legal, se o candidato, tendo cumprido todas as exigências legais, não contribuiu para a mora da Administração.

5. Mera presunção sem base probante não autoriza a conclusão de que houve má-fé na postergação do ato administrativo.

6. Não é decadencial o prazo de trinta dias, haja vista que a própria lei admite hipóteses de suspensão do trintídio para a posse e exercício. Casos excepcionados pelo TCU em que esse termo não tem sido cumprido. Segurança concedida. (MS 24001/ DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 20/09/02, pp. 89)

Entendo que deve aplicar-se à espécie o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/92, que veda o cabimento de medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade, sujeito, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal. Inafastável, portanto, apresenta-se a aplicação, na hipótese, de uma interpretação extensiva.

Assinale-se que na interpretação extensiva aplica-se o argumento *a fortiori*, do qual se permite aplicar certa previsão hipotética, com maior razão, a outros casos não expressamente previstos. Na situação prevista na lei acima referida, datada de 1992, proíbe-se o ajuizamento de medida cautelar inominada ou sua liminar, quando, na técnica do processo, deveria ser manejada a ação de mandado de segurança. No caso em presença – ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela –, com maior razão, deve ser aplicado referido dispositivo legal, principalmente porque em 1992 não havia a previsão do atual art. 273 do CPC e, após a edição da Lei 10.444/02, que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, há uma

fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ressalte-se que existe outra característica comum entre ambas, elas não existem por si, dependem de um procedimento ordinário.

Não é de admitir-se verdadeira transubstanciação de competência em função do instrumento processual utilizado.

Ante essas considerações, tenho que deve ser repellido o ajuizamento de ação de rito ordinário que, de forma transversa, mediante apreciação do ato impugnado, visa à modificação de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, por confrontar preceito constitucional.

Por tais fundamentos, reconheço, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a Ação 2004.34.00.041573-9/DF, e, por conseguinte, extingo o processo sem exame de mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, ficando prejudicado o presente recurso de agravo de instrumento.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo.

É como voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Peço vênua ao Relator para divergir em parte. Vou acatar os fundamentos pelo eminente Relator para negar provimento ao agravo de instrumento, adotando, porque o ato que teria ferido direito da agravada é do Tribunal de Contas, e como decidiu a Seção, o juiz não poderia conceder a antecipação de tutela. Não chego ao ponto de extinguir o processo, sem julgamento de mérito, deixando essa questão para ser apreciada no momento oportuno. Reconheço essa tese que Vossa Excelência trouxe, que já foi referendada pela Seção, mas acredito que é prematuro extinguir o processo via agravo; se essa questão tivesse sido levantada e o juiz apreciado, aí sim, acredito que poderíamos extinguir o processo, dando provimento ao agravo, mas aqui acredito que estaríamos atropelando o juiz, que ainda nem teve oportunidade de examinar essa questão.

Com essas considerações, peço vênua ao eminente Relator e nego provimento ao agravo de instrumento.

Segunda Turma

Apelação em Mandado de Segurança

1999.01.00.085927-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelados: José Roberto dos Santos e outros

Advogados: Dra. Patrícia Nunes de Gusmão e outros

Remetente: Juízo Federal da 13ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 14/07/05

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Assistência à saúde. Retinose pigmentar. Tratamento médico no exterior. Inexistência de direito líquido e certo.

I. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte Regional a de que a proteção à vida e à saúde, como direito social assegurado na ordem constitucional, tem conteúdo programático, não se traduzindo em forma de autorização geral e ilimitada para que os cidadãos possam, sob tal título, pleitear qualquer espécie de tratamento médico no exterior, se o mesmo não é autorizado pelas normas infraconstitucionais que regulam a espécie.

II. Inexistência de direito líquido e certo ao custeio, pelo Estado, de tratamento, no exterior, de retinose pigmentar, até porque a eficácia do mesmo não é reconhecida pelo Ministério da Saúde.

III. Recurso de apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Segunda Turma, por maioria, vencida a Desembargadora Federal Assusete Magalhães, que negava provimento à apelação e à remessa oficial, a elas dar provimento, nos termos do voto do Relator.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 22/06/05.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — A União Federal manifesta recurso de apelação por meio do qual pede a reforma de respeitável sentença do Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em mandado de segurança impetrado por José Roberto dos Santos, Aída Maria de Oliveira e Maria Vilma de Oliveira Mendes, concedeu a ordem vindicada,

(...) para determinar ao impetrado que autorize a realização do tratamento oftalmológico (patologia: *retinose pigmentar*) dos impetrantes em Havana/Cuba, com o correspondente pagamento de todas as despesas necessárias, conforme discriminadas na petição inicial (fls. 9/12), que serão adiantadas, devendo a comprovação ser apresentada ao final do tratamento.

Custas *ex lege*.

Sem honorários advocatícios (Súmula 12 do STF).

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (fls. 178).

Sustenta, em síntese, que desde a implantação do Sistema Único de Saúde pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como organização e funcionamento dos serviços correspondentes, passaram à atribuição dos gestores estaduais e municipais, ficando o Ministério da Saúde com o papel de órgão repassador dos recursos financeiros do sistema. Pondera inexistir direito líquido e certo a ser tutelado, pois a pretensão da impetrante fora indeferida com base na Portaria Ministerial 828/92 e no diploma legal em referência, diante do princípio constitucional da legalidade na atuação dos órgãos administrativos. Argumenta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não se podendo privilegiar alguns em detrimento de outros, principalmente porque a Diretoria do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, com a Comissão Científica do órgão, após detida análise dos procedimentos adotados no tratamento da retinose pigmentar, chegou à conclusão de que as pesquisas científicas relatadas através da literatura médico-científica nacional e internacional não mostraram qualquer eficácia para as propostas de tratamento da doença, sendo que as tentativas de tratamento clínico e cirúrgico até então realizadas não tiveram eficácia cientificamente comprovada. Traz à colação precedente jurisprudencial a propósito.

Sem apresentação de contra-razões, subiram os autos a esta Corte, também para fins de reexame necessário do julgado, sobrevindo parecer do Ministério Público Federal, a fls. 209/214, opinando pelo não-conhecimento do recurso de apelação e provimento da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Preliminarmente, conhecimento do recurso de apelação, tendo-o por tempestivo, pois a intimação pessoal do representante judicial da União se fez com a remessa dos autos à Advocacia-Geral

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Assusete Magalhães. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

da União em 31 de maio de 1999, conforme certificado a fls. 186, tendo o apelo sido apresentado ao protocolo aos 9 de junho seguinte, conforme registro de fls. 188.

No mérito, a questão é conhecida nesta Corte que, por ambas as Turmas que integram sua Primeira Seção, já firmou entendimento no sentido de inexistência de direito líquido e certo, por parte de portadores de retinose pigmentar, de terem custeado tratamento no exterior com recursos do Ministério da Saúde. A propósito, dentre outros precedentes, os a seguir reproduzidos por suas respectivas ementas:

Administrativo. Assistência à saúde. Retinose pigmentar. Tratamento médico no exterior.

Não estando demonstrada, pela comunidade médica nacional, a eficiência do tratamento de retinose pigmentar que os pacientes pretendem submeter-se no exterior, na República de Cuba; e, ante a informação, que o tratamento da moléstia vem sendo, a contento, desenvolvido no Brasil, não se pode dizer que tenham os pacientes direito líquido e certo a esse tratamento (AMS 1999.01.00.013473-0/DF, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, *DJ* 18/11/02, p. 123).

Constitucional. Administrativo. Tratamento médico no exterior (retinose pigmentar). Direito à saúde (art.196 e seguintes, CF). Inexistência de direito líquido e certo.

I. As normas constitucionais que garantem o direito à saúde (art.196 e seguintes) têm nítido caráter programático e são de eficácia contida, razão pela qual não autorizam quem quer que seja a compelir o Estado, pela via judicial, a custear tratamento médico no exterior, quando não haja norma infraconstitucional que o autorize.

II. Ademais, o deferimento do *writ*, em tais hipóteses, importa na realização imediata de despesas sem prévia dotação orçamentária, além de que não há sequer comprovação científica de que o tratamento pretendido surta qualquer efeito.

III. Precedentes da Turma (AMS 1998.01.00.063752-8/DF; AMS 96.01.41475-4/DF; AMS 95.01.19486-8/DF).

IV. Apelação e remessa oficial providas. Segurança denegada (AMS 96.01.39402-8/DF, 1ª Turma, Rel. Juíza convocada Mônica Neves Aguiar Castro, *DJ* 05/03/01, p. 8).

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Tratamento médico no exterior (retinose pigmentar) – direito à saúde (art. 196 e seguintes, CF/88). Inexistência de direito líquido e certo. Preliminar de inadequação da via eleita (Súmula 269/STF) não caracterizada. Apelação e remessa oficial providas. Segurança denegada.

I. É própria a via mandamental para ver reconhecido o direito a trata-

mento médico no exterior, por isso que tal pretensão não envolve efeitos preteritos e não se confunde com mera ação de cobrança, o que afasta aplicação do enunciado da Súmula 269/STF.

II. Os dispositivos constitucionais que asseguram, como dever do Estado, o direito à saúde (arts. 196 e seguintes da CF/88), que se devem entender como de eficácia ampla contida, não têm o condão de legitimar o ajuizamento de ação judicial contra o Poder Público exigindo o seu cumprimento para obtenção de tratamento médico particular no exterior, por isso que destinados à proteção do interesse geral (saúde de toda a coletividade), que não pode ser prejudicado em proveito de apenas alguns acometidos de males – no caso, “retinose pigmentar” – que se pretendem submeter a tratamento no exterior, ainda mais quando de duvidosa eficácia.

III. Para atender ao comando da CF/88 e fixar o conteúdo e a extensão dos arts. 196 e seguintes da CF/88, a Lei 8.080/90 criou o SUS – Sistema Único de Saúde, cuja área de atuação se circunscreve ao território nacional (“art. 1º. Esta lei regula, em todo o território nacional...”) (grifei), não havendo, portanto, previsão legal para tratamento médico no exterior à conta do Poder Público, principalmente para tratamento de doenças pouco comuns, de caráter experimental ainda e com eficácia não reconhecida por órgãos nacionais da especialidade.

IV. Impor-se ao Estado a generalidade de situações de cobertura de tratamento médico no exterior importa necessariamente no comprometimento do direito ao melhor atendimento à coletividade, além de implicar despesa financeira imediata, sem prévia dotação orçamentária.

V. A Portaria/MPAS 763, de 07/04/94, vigente à data do requerimento administrativo dos impetrantes, veda expressamente a autorização para custeio de tratamento médico fora do País.

VI. Preliminar rejeitada. Apelação da União e remessa oficial providas.

VII. Peças liberadas pelo Relator em 25/11/99 para publicação do acórdão (AMS 1998.01.00.063752-8/DF, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, *DJ* 13/12/99, p. 19).

Administrativo. Tratamento médico no exterior. Retinose pigmentar . Ausência de direito. Portaria 763/94, do Ministério da Saúde. Segurança denegada.

I. A proteção à vida e à saúde, como direito social assegurado na Constituição Federal, é de conteúdo programático, não se traduzindo em forma de autorização geral e ilimitada para que os cidadãos possam, sob tal título, pleitear qualquer espécie de tratamento médico no exterior, se este não é autorizado pelas normas que presentemente regulam a espécie, inclusive porque, no caso da retinose pigmentar, a eficácia do tratamento em Cuba, após período de observação, não foi reconhecida pelo Ministério da Saúde, cuidando-se de sem eficácia comprovada.

II. A prova em mandado de segurança é pré-constituída, não permitindo dilação probatória, de sorte que é impossível ao Judiciário, sem amparo em prova pericial, concluir pelo sucesso do tratamento, substituindo-se, indevidamente, à autoridade administrativa, que é especializada no assunto e tem posicionamento distinto.

III. Precedentes do TRF-1ª Região.

IV. Apelação provida, prejudicada a remessa oficial (AMS 96.01.41475-4/DF, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 08/09/97, p. 71.705).

Na linha dos precedentes, e pelos fundamentos neles mesmos deduzidos, dou provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial, para denegar a segurança. Custas pela impetrante. Sem honorários advocatícios, conforme Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Não obstante já tenha proferido votos, acompanhando relatores que negavam o custeio do tratamento da retinose pigmentar, em Cuba, sempre o fiz sem prejuízo da posterior reapreciação da matéria, de vez que não havia, até então, votado sobre ela, na condição de Relatora.

Agora, assim procedendo e melhor examinando o assunto, convenci-me do desacerto daquela minha anterior posição, firmando agora entendimento no sentido de que não é dado ao Estado negar a concessão de verba para o tratamento no exterior, desde que comprovado o direito líquido e certo do interessado, calcando-me, para tanto, nos fundamentos de recente precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, ao julgar o REsp 353.147/DF – que, aliás, reformou acórdão do TRF-1ª Região, que mantivera a sentença que denegara a segurança impetrada contra ato administrativo que indeferira prestação de auxílio financeiro para a continuação de tratamento médico de retinose pigmentar em Cuba, já iniciado por força de decisão judicial – assim argumentou o voto condutor do acórdão respectivo, da lavra do eminente Ministro Franciulli Neto:

Inicialmente, cumpre narrar os principais acontecimentos que culminaram com a impetração do mandado de segurança que originou o presente recurso especial.

Do acurado exame dos autos, depreende-se que o impetrante é portador, nos dois olhos, de doença denominada “retinose pigmentar”, que ataca a reti-

na e diminui progressivamente o campo de visão até a cegueira completa.

Nada obstante o estudo de tal doença ainda seja incipiente, recomendaram os médicos que acompanharam o impetrante, no Brasil, a Clínica Camilo Cienfuegos, sediada em Havana, Cuba, por ser o único centro mundial em que os estudos para o tratamento da retinose pigmentar se encontram mais adiantados.

Amparado em liminar concedida em mandado de segurança e posteriormente confirmada por sentença (fls. 28/30 e 31/35), embarcou o impetrante para Cuba, onde completou a primeira fase de seu tratamento.

De volta ao Brasil, requereu novamente auxílio financeiro ao Ministério da Saúde, que, nos termos da Portaria Ministerial 763, de 7 de abril de 1994, indeferiu o pedido (fls. 40).

Passa-se, assim, a analisar o recurso especial.

Inicialmente, registre-se que não merece ser conhecido o presente recurso especial no que se refere à alegada violação ao art. 2º da Lei 8.212/91, diante da absoluta ausência de presquestionamento.

Por outro lado, *data venia* dos nobres fundamentos invocados no julgado recorrido, é de ser provido o recurso e concedida a segurança.

É oportuno salientar que o venerando acórdão proferido pelo egrégio Tribunal *a quo* decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (fls. 90/93).

Assim dispõe o inciso II do art. 7º da Lei 8.080/90:

“Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Observa-se, pois, que o Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Tem, portanto, o recorrente, certamente, direito líquido e certo ao tratamento no exterior.

As normas que promovem a garantia de direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas, porque “possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã” e “a sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimita-

ção frente a outros direitos” (cf. José Luiz Bolzan, “Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais”, in *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 34).

Dessarte, defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (in *Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural*, 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Deveras, como já foi ressaltado pelo ilustre Ministro José Delgado, ao julgar caso semelhante ao dos autos, em que se discutia o fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, o REsp 325.337/RJ, DJU de 03/09/01, “a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público”.

Nesse sentido, também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (PETMC 1246/SC, Rel. Min. Celso de Mello, em 31/01/97).

Ora, consoante já se decidiu por ocasião do julgamento do REsp 338.373/PR, relatora para o acórdão Sua Excelência a Ministra Laurita Vaz, em 10/09/02, não se pode conceber que a simples existência de portaria suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

A par da natural existência de falhas nos sistemas jurídicos, em razão da imperfeição humana, advertia Rui Barbosa que o absurdo não deve ser concebido, pois “ordenar o que não há meio de fazer, proibir o que se não pode evitar, é desarraçar, é ensandecer. Não há de supor que a lei ordinária, quanto mais a lei constitucional, caduque e delire. Da interpretação dos textos legislativos se deve refugar sempre o absurdo” (*apud* João Mendes Neto in *Rui Barbosa e a Lógica Jurídica*, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1949, p. 132).

Além disso, de acordo com precisa manifestação do ínclito Ministro Paulo Medina, por ocasião do julgamento acima mencionado, “ainda que se

entendessem pertinentes alegações de natureza orçamentária e inexistentes instrumentos legais para contorná-las, aplicáveis ao caso seriam as disposições constitucionais, privilegiadoras dos direitos fundamentais invocados”.

Nem se alegue frias equações atuariais para se concluir em sentido contrário ao ora esposado. Não há perder de vista que a seguridade social deve ser prestada pela Administração centralizada ou descentralizada, *in natura* ou por meio de seu correlato sucedâneo indenizatório, ainda que a título de mero reembolso, pois não se pode admitir que, ainda que formulados princípios atuariais, neles não haja folgada previsão para atender postulados urgentes e inadiáveis, plasmados na supremacia da pessoa humana sobre qualquer outro valor.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para que seja reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de origem e concedida a ordem.

O referido julgamento está assim ementado:

Recurso especial. Tratamento de doença no exterior. Retinose pigmentar. Cegueira. Cuba. Recomendação dos médicos brasileiros. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.

Não se pode conceber que a simples existência de portaria, suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

“O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (Ives Gandra da Silva Martins, *in Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural*, 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Recurso especial provido. (REsp 353.147/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma do STJ, maioria, *in DJU* de 18/08/03, p. 187).

Na mesma linha, aliás, já havia decidido o egrégio STJ, anteriormente:

Administrativo. Tratamento médico no exterior. Transplante de medula óssea. Indicação médica. Urgência. Risco de vida. Esgotamento dos meios disponíveis no País. Solicitação de auxílio financeiro. Silêncio da Administração. Gastos particulares. Ressarcimento das despesas pelo Estado. Cabimento. Peculiaridades do caso. Art. 45 da Lei 3.807/60; art. 6º da Lei 6.439/77; arts. 58, § 2º, e 60, do Decreto 89.312/84. Ausência de violação à lei federal. Recurso especial não conhecido.

1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa.
2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto 89.312/84.
3. Não se admite que regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, *caput*, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte.
4. Recurso especial não conhecido. (REsp 338.373/PR, Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, 2ª Turma do STJ, maioria, *in DJU* de 24/03/03, p. 194).

Sobre o assunto, aliás, já decidiu esta Corte, *in verbis*:

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Tratamento médico no exterior (retinose pigmentária). Direito à saúde (art. 6º, 196 e seguintes, CF). Proteção de direito fundamental. Ilegalidade da autoridade coatora na exigência de cumprimento de formalidade burocrática.

1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, consagrado na Constituição da República como um dos valores fundamentais da existência humana, que não podem ser relegados a mera e fria questão de hermenêutica, desprovida de sensibilidade, diante da qualificação de serem de conteúdo programático, de eficácia contida, os preceitos normativos assecuratórios desse direito elementar.

2. Segurado que busca tratamento no exterior, a fim de evitar evolução de doença ocular progressiva – retinose pigmentária – tem direito a reembolso total das despesas efetuadas. (AMS 1998.01.00.025027-0/DF, Relator Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, 1ª Turma do TRF-1ª Região, unânime, *in DJU* de 19/11/01, p. 94)

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Cabimento. Ministério da Saúde. Mero repassador de recursos financeiros. Alegação afastada. Direito à saúde. CF/88, art. 196. Portadores de retinose pigmentar. Direito à obtenção de recursos financeiros para o tratamento da doença no exterior.

1. A pretensão dos impetrantes, qual seja, a de compelir a autoridade impetrada a custear tratamento de retinose pigmentar em Cuba, não visa à produção de efeitos pretéritos, nem se confunde com ação de cobrança sendo, pois, cabível a impetração de mandado de segurança na hipótese.

2. Ações de saúde ainda são executadas no âmbito federal, não obstante a criação do SUS. É o que se vê do disposto no art. 9º, inciso I, da Lei 8.080/90, a demonstrar que o Ministério da Saúde é mais que um mero repassador de recursos financeiros nesta área.

3. “Valores fundamentais da existência humana não podem ser relegados a mera e fria questão de hermenêutica, desprovida de sensibilidade, diante dos preceitos constitucionais que asseguram o direito à saúde (CF, art. 196)” (AMS 200.34.00.007226-0/DF, Rel. Juiz Aloísio Palmeira Lima, julg. 27/06/01).

4. Portadores de retinose pigmentar têm direito à obtenção de recursos financeiros, por parte do Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, para o tratamento da doença no exterior.

5. Apelação e remessa a que se nega provimento. (AMS 1997.01.00.008776-9/DF, Relator Juiz convocado Ricardo Machado Rabelo, 1ª Turma Suplementar, unânime, *in DJU* de 21/01/02, p. 547).

Em que pese a existência de arestos mais recentes, em sentido contrário, tanto da 1ª, como da 2ª Turmas desta Corte (v.g. AMS 1999.01.00.013473-0/DF, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto; AMS 1998.01.00.012655-0/DF, Relatora Juíza convocada Daniele Maranhão Costa Calixto; AMS 1998.01.00.061938-6/DF, Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado; AMS 2000.01.00.074104-1/DF, Relator para o acórdão Juiz convocado Velasco Nascimento), mas em respeito à Constituição Federal, entendo – como o egrégio STJ – que questões orçamentárias e financeiras do Estado não podem, em hipótese alguma, sobrepor-se à proteção do direito à vida e à saúde.

Resta, pois, examinar o caso concreto, para se verificar quanto à existência de direito líquido e certo dos impetrantes, mediante prova preconstituída.

Os documentos acostados à petição inicial comprovam que todos os autores são portadores da enfermidade denominada retinose pigmentar (fls. 17, 18/19; 37, 38/39, 46; 55, 56/57 e 73).

Os documentos de fls. 17/19, 37/39 e 55/57 provam também que os impetrantes submeteram-se a tratamento médico-cirúrgico em Cuba, estiveram internados na Clínica Camilo Cienfuegos de 02/12/97 a 23/12/97 e de 29/09/97 a 19/10/97, sendo expressamente recomendado o seu retorno a Cuba, após um ano de tratamento.

Por outro lado, os relatórios médicos de fls. 113 e 114 informam que o tratamento de retinose pigmentar, feito em Cuba, é único, no mundo – já que é diferente do tratamento feito na Rússia – e que tem trazido sensível melhora aos pacientes.

Já o atestado médico de fls. 115, datado de 02/05/96, informa que não há tratamento, no Brasil, para a retinose pigmentar.

Ademais, o documento de fls. 39 da AMS 1999.01.00.0107561-4/DF – que versa sobre a mesma matéria – prova que, em 23/12/96, já na vigência, pois, da Portaria MPAS 763, de 07/04/94 – que serviu de fundamento à negativa do pedido

dos impetrantes, na via administrativa (fls. 16, 36, 54) –, o Ministério da Saúde liberava valores para outros pacientes, para tratamento em Cuba.

Penso, pois, que, na espécie, há prova preconstituída nos autos, suficiente à concessão da presente segurança, cuja situação fática, aliás, é idêntica àquela objeto de julgamento no REsp 353.147/DF, Relator o eminente Ministro Franciulli Netto, citado no presente voto.

Pelo exposto, pedindo vênia aos eminentes desembargadores federais que me antecederam, neste julgamento, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Terceira Turma

Recurso Criminal

1997.35.00.000060-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto

Recorrente: Justiça Pública

Procurador: Dr. Fábio George Cruz da Nóbrega

Recorrido: Berenice do Carmo Brito

Advogado: Dr. Leonidas Arruda da Costa

Recorrido: Reginaldo Ferreira Adorno

Advogado: Dr. Adércio de Assis Adorno

Recorrido: Dorival Afonso de Barros

Advogado: Dr. Adércio de Assis Adorno

Publicação: DJ 2 de 29/07/05

Ementa

Penal. Processo Penal. Extinção da punibilidade. Art. 171 do CP. Recurso em sentido estrito não provido. Prescrição antecipada, ou projetada, ou precalculada, ou em perspectiva.

I. A doutrina e a jurisprudência divergem, predominando, no entanto, a orientação que não aceita a prescrição antecipada. É chegada a hora, todavia, do novo triunfar.

II. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir.

III. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada.

IV. A doutrina da plenitude lógica do Direito não pode subsistir em face da velocidade com que a Ciência do Direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. *Seguir a lei* “à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente” (Pontes de Miranda).

V. Recurso em sentido estrito não provido.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, por maioria, vencido o Des. Federal Cândido Ribeiro, negar provimento ao recurso em sentido estrito.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 07/06/05.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O Ministério Público Federal interpõe recurso em sentido estrito contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Alderico Rocha Santos, que julgou extinta a punibilidade, pela prescrição retroativa, considerando a pena em perspectiva, do crime imputado aos acusados Dorival Afonso de Barros, Reginaldo Ferreira Adorno e Berenice do Carmo Brito (fls. 409/417).

2. Os ora apelados foram denunciados pelos seguintes fatos (fls. 3/4):

(...) que em “27 de julho de 1988 e 27 de fevereiro de 1989, Antônia de Castro Pinto e Maria Coraci de Jesus requereram, respectivamente, aposentadoria (fls. 6 e 30) junto ao INSS da Cidade de Goiás/GO, alegando serem trabalhadoras rurais, comprovando-o, através das Folhas de Informação Rural (fls. 9 e 34), Folhas de Entrevista (fls. 10 e 35), tendo-as assinado o Sr. Dorival Afonso de Barros, como suposto empregador rural, atestando que aquelas beneficiárias exerceram atividade rural, no período de 1980/1988 e 1980/1989, em sua Fazenda Cubatão, no Município de Goiás/GO.

Na auditoria realizada, no primeiro semestre de 1993, o INSS constatou que foram inseridas declarações falsas nos documentos, para a obtenção do benefício previdenciário, uma vez que a própria beneficiária Maria Coraci de Jesus, declara a fls. 37/38 que sequer conhece o fazendeiro Dorival de Barros,

e conseqüentemente, que nunca exercera atividade rural, ainda que em outras fazendas.

Quanto ao beneficiário Antônio de Castro Pinto, consta no Relatório de Missão dos APF's (fls. 88/89), que não foi localizada, não sendo, portanto, inquirida.

As aposentadorias foram deferidas com base unicamente nos documentos acostados nos autos, agindo, desta forma, irresponsavelmente, Reginaldo Ferreira Adorno e Berenice do Carmo Brito, prepostos do INSS, que habilitaram e concederam aposentadorias indevidas às beneficiárias retromencionadas.

Interrogado a fls. 65, Reginaldo F. Adorno afirma não ter concedido as aposentadorias, objetivando a sua eleição a vereança e que as concessões foram feitas de comum acordo entre o fazendeiro, as beneficiárias e ele próprio.

Berenice do Carmo Brito, a fls. 107, justificou-se da imputação, alegando que tudo ocorrera por falta de treinamento dos servidores do INSS, e por acreditar realmente nas declarações apostas nos documento.

3. O juiz *a quo* decretou extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, considerando a pena em perspectiva, do crime interpretado aos acusados, considerando que (fls. 410/411):

Nos termos do disposto no art. 109, III, do CPB, prescreve em 12 (doze) anos o crime cuja pena máxima não seja superior a 8 (oito) anos, cabendo ao julgador reconhecer a extinção da punibilidade de ofício, consoante o disposto no art. 61 do CPP.

Ao teor das normas circunscritas no Código Penal, o crime de estelionato exige para a sua caracterização, além da obtenção da vantagem econômica, a prática de fraude suficiente para induzir ou manter a vítima em erro.

No caso em análise nestes autos, verifica-se que a suposta fraude, consistente na assinatura de declaração falsa de tempo de serviço rurícola, deu-se nos dias 27/07/88 (Antônia – fls. 14/15) e 27/02/89 (Maria Coraci – fls. 39/40), não tendo havido, após tais datas, a prática de nova fraude, mas, tão-somente, a obtenção da vantagem econômica, o que impede a conclusão de que o crime estaria se renovando a cada recebimento da parcela do benefício previdenciário.

Entender que o crime se renovaria por ocasião do recebimento de cada parcela do benefício implicaria em reconhecer a natureza permanente do crime de estelionato, o que sujeitaria, inclusive, a prisão em flagrante do infrator a qualquer momento.

Destarte, perfilho o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no HC 80.349/SC, julgamento de 18/12/00, abaixo transcrito, ao reconhecer a natureza de crime instantâneo do estelionato, o que significa dizer que o crime está consumado por ocasião do primeiro recebimento da vantagem econômica, de forma que é a partir desta data que começa a fluir o

prazo prescricional (fls. 410/411).

(....)

Feitos estes esclarecimentos, verifica-se, *in casu*, que a subscrição das declarações falsas foi firmada nos dias 27/07/88 (Antônia – fls. 14/15) e 27/02/898 (Maria Coraci – fls. 39/40), ao passo que a primeira parcela do benefício indevido foi recebida em 11/88 (Antônia – fls. 16) e 5/89 (Maria Coraci – fls. 48).

A denúncia, por seu turno, foi recebida apenas em 03/06/97 (fls. 190), tendo transcorrido, entre uma data e outras, lapso superior a 8 (oito) anos.

Assim, uma eventual condenação, com fixação da pena em até 4 (quatro) anos, incidirá, inexoravelmente, a prescrição retroativa, de que trata o art. 110 do CP.

Ocorre que os acusados, ao teor das provas carreadas aos autos, são tecnicamente primários, detentores de bons antecedentes, trabalhadores e integrados ao convívio social, o que torna impossível, ante as diretrizes do art. 59 do Código Penal, a imposição de pena superior a 4 (quatro) anos, na hipótese de haver condenação, mesmo considerada a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal.

3. O Ministério Público Federal, inconformado com a decisão, recorre alegando, em síntese que (fls. 426/427):

(....) considerando a natureza permanente do delito em causa, de se aplicar à espécie o ditame do art. 111, inciso III, do Código Penal, contando-se, de conseguinte, o correlato lapso prescricional tão-somente a partir da cessação da permanência delitual (março de 1992 – fls. 53 e setembro de 1990 – fls. 16, quando foram recebidas as últimas parcelas dos benefícios indevidos, nos crimes continuados).

De outro lado, ainda que considerada correta, apenas a título de argumentação, a corrente seguida pelo juiz, é imperioso admitir o reconhecimento temerário da prescrição retroativa em perspectiva.

Com efeito – mesmo que se admitisse o termo inicial para a contagem do prazo prescricional como sendo o do recebimento da primeira parcela do benefício indevido (ocorridas em agosto de 1988 e maio de 1989) – para o referido delito, foram previstas a sanção mínima de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, além de multa. Nestes termos, os fatos integrantes da continuidade delitiva em comento viriam a sofrer incidência da prescrição da pretensão punitiva apenas em agosto de 2000 e maio de 2001 (CPB, art. 109, inciso III), levando-se em consideração a pena máxima abstrata cominada e a regra do art. 109, inciso III) do Estatuto Repressivo pátrio.

Todavia, a interrupção da prescrição, no caso em referência, ocorreu em 03/06/97, quando do recebimento da denúncia (fls. 190), ou seja, pouco mais de 8 (oito) anos após a prática das condutas delitivas.

Entretanto, o emérito magistrado, atropelando a instrução processual, que encontrava-se em curso, quando poderiam exsurgir circunstâncias ju-

diciais e legais negativas aos réus, entendeu que uma hipotética pena a ser aplicada não passaria de dois anos.

Contrariamente, nossos tribunais não têm admitido o reconhecimento antecipado da prescrição com fundamento em pena hipotética a ser aplicada, por simples presunção, não havendo ainda, portanto, sentença condenatória.

Ao final, requer seja o recurso provido para “ao final, cassar a sentença combatida, determinando-se ao juiz *a quo* que prossiga no desenvolvimento regular da referida ação penal até ulterior decisão de mérito” (fls. 431).

4. Os acusados, em suas contra-razões, pugnam pelo não-provimento do recurso de apelo (fls. 435/438, 443/446 e 451/454).

5. O *parquet* federal, em parecer da ilustre Procuradora Regional da República, Maria Célia Mendonça, opina pelo provimento do recurso (fls. 461/463).

6. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Como visto no relatório, o Ministério Público Federal afastou a denúncia contra os ora apelados, Dorival Afonso de Barros, Reginaldo Ferreira Adorno e Berenice de Castro Brito, imputando-lhes a prática dos fatos descritos no art. 171, § 3º, do Código Penal *ex vi* do art. 9º, *h* e *j*, da Lei 8.212/91.

O juiz monocrático entendeu que, como “a denúncia foi recebida em 03/06/97, transcorreu entre uma data e outra lapso superior a 8 (oito) anos, o que numa eventual condenação, com fixação da pena em até 4 (quatro) anos, incidirá, inexoravelmente, a prescrição retroativa de que trata o art. 110 do Código Penal.

E como os acusados “ao teor das provas carreadas aos autos, são tecnicamente primários, detentores de bons antecedentes, trabalhadores e integrados ao convívio social, o que torna impossível, ante as diretrizes do art. 59 do Código Penal, a imposição de pena superior a 4 (quatro) anos, na hipótese de haver condenação, mesmo considerada a qualificadora do § 3º do art. 171 do CP (fls. 413/414).

Ao crime do art. 171 do Código Penal é cominada a pena mínima de 1 (um) ano, com o acréscimo de 1/3 previsto no § 3º do art. 171, teríamos a pena mínima de 1 (um) ano e quatro meses. Nessa hipótese, a prescrição pela pena *in concreto* ocorreria em 4 (quatro) anos – art. 109, V, do Código Penal.

Logo, a argumentação do MM. juiz procede, tendo em vista que a denúncia foi recebida em junho de 1997. A prescrição antecipada ocorreu em junho de 1997.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes e Cândido Ribeiro.

Também entendo que a prescrição pode ser reconhecida antecipadamente com fundamento na provável pena a ser fixada na futura sentença condenatória. É a prescrição antecipada, também dita projetada, em perspectiva, virtual, ou prognose prescricional.

É antiga a posição do Supremo Tribunal Federal de que é inadmissível a aplicação da prescrição em perspectiva. Em 25 de outubro de 1988 (*DJ* 18/11/88), no RHC 66.913-1/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, pela Primeira Turma, decidiu:

Antes da sentença, a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção.

Dez anos depois, em 10 de fevereiro de 1998 (*DJ* 27/03/98), igualmente assim decidiu, ao julgar o RHC 76.153-2/SP, também pela sua Primeira Turma, agora sendo Relator o Ministro Ilmar Galvão:

Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal considerada a pena *in abstracto*. A prescrição antecipada não é contemplada pelo ordenamento processual e nem aceita pela jurisprudência (HC 66.913, Rel. Min. Sydney Sanches).

No HC 82.155/SP, em sessão de 29/10/02 (*DJ* 07/03/03), a mesma Primeira Turma do Supremo Tribunal, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie, manteve essa posição (“O Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada – HC 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, *DJ* 18/11/88 e RHC 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, *DJ* 27/03/98.”)

Voltou o Supremo, no HC 83.458/BA, julgado, pela Primeira Turma, em 18/11/03 (*DJ* 06/02/04), Relator Min. Joaquim Barbosa, a reafirmar esse entendimento de que não é possível a antecipação da prescrição (“O Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a aplicação do instituto da prescrição antecipada reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia.”).

É hora, *data maxima venia*, de mudar. É chegada a hora do novo triunfar.

Ensina Hans-Georg Gadamer (*apud* Streck, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 291) que:

(...) toda experiência é *confronto*, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, *nunca se sabe se o novo prevalecerá*, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará finalmente e sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como Kuhn em particular o demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistência e na verdade permanecem por muito tempo ocultos pelo *paradigma* dominante. O mesmo ocorre funda-

mentalmente com toda experiência. *Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa* (destaques do original).

Aqueles que defendem que não pode haver o reconhecimento antecipado da prescrição apresentam como argumento forte a falta de amparo legal.

Mas, como diz mais Hans-Georg Gadamer, (*O problema da consciência histórica*, Pierre Fruchon (org.) tradução de Paulo César Duque Estrada, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988, p. 53), ao citar Aristóteles, quando fala da equidade: *uma lei é sempre insuficiente; não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis.*

Lembrou, também, Mário Franzen de Lima (*Da interpretação jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 95):

Quando julga o legislador haver previsto todas as hipóteses, a vida, com suas várias e constantes mutações, encarrega-se de desiludi-lo, mediante a superveniência de invenções e institutos por ele jamais imaginados.

Foi incisivo quando disse (*op. cit.* p. 97):

O Direito positivo, o Direito escrito dos códigos não pode regular *todas* as relações sociais, presentes e futuras, visadas ou não pelo legislador. Isso porque também ele tem suas lacunas; e sua *força orgânica* não tem elasticidade e amplitude ilimitadas para abranger todos os casos concretos.

A doutrina da plenitude lógica do Direito não pode subsistir em face da velocidade com que a Ciência do Direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. A lei não pode ser um dogma, ponto indiscutível.

Pontes de Miranda (*Sistema de política positiva do Direito*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Brookseller, 2000, v. 3, p. 307-308), por sua vez, esclareceu:

O conhecimento da lei é conhecimento *indireto, imperfeito e parcial* do Direito, porque a lei não é o conteúdo efetivo da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretenderam construir ciência de raciocínio e os que revogam a indagação jurídica à trilha da observação (análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo: de maneira que se há mister extrair toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar fora das leis tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos.

Observe-se mais o que disse o grande Pontes de Miranda sobre as leis escritas (*op. cit.* p. 313):

Desprezá-las de todo seria desservir à ordem a que elas tentaram prover e segui-las à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade mesma do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente.

Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como sinônimo de lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Explica, então, Lênio (*op. cit.* p. 99): “Daí que, de onde se pretende ver uma lacuna, há, na verdade, tão-somente uma divergência entre o Direito positivo e outro Direito considerado melhor ou mais justo. Ou seja, somente a comparação entre esses dois Direitos faz aparecer uma insuficiência do Direito positivo.”

O Direito não é “sinônimo de lei”. Assim, “fica mais difícil de se falar em lacunas” (Lênio).

Há normas latentes no Direito que devem ser aplicadas quando ocorrem lacunas na lei.

Enfim, como pensava Jhering, nas palavras de Mário Franzen de Lima (*op. cit.*), “a construção jurídica é uma operação de arte, criadora, inventiva e organizadora; podendo a jurisprudência, em sua forma superior, passar de simples serva do legislador à ciência livre, – uma ciência que, apesar do caráter positivo do seu objeto, pode ser considerada como uma ciência natural no domínio intelectual.”

Outro argumento, além desse da falta de amparo legal, que acima procuramos rechaçar, é o de que o acusado tem direito a uma sentença de mérito, onde pode vir a ser absolvido. Todavia, esse raciocínio cai por terra ante a aceitação da prescrição pela pena *in concreto* na hipótese de sentença condenatória recorrível, pois o acusado poderia vir a ser absolvido em grau de apelação. Por essa mesma razão não impressiona a alegação de que, no caso da prescrição em perspectiva, ocorreria a violação do princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal).

Atente-se, por outro lado, que o processo não deixa de constituir um constrangimento, ainda que legal. Se é caso da prescrição em perspectiva, seria, até, ilegal o réu aguardar por longos anos seu julgamento, com abalo do seu sistema nervoso, levando-o, sem dúvida, a um estresse.

Ao aceitar ou não o pedido de arquivamento com base na pena a ser ainda concretizada em futura sentença, prescrição da pretensão punitiva antecipada, o juiz não deixa de exercer o seu poder de fiscalizar a obediência ao princípio da obrigatoriedade ou legalidade da propositura da ação penal. Faz todo um exame da possibilidade de haver essa antecipação. Não concordando, aplicará o art. 28 do CPP. Se a prescrição for decretada de ofício (CPP, art. 61), o Ministério Público pode recorrer.

O juiz pode, sim, fazer uma idéia, no caso que lhe é submetido, se o acusado vier a ser condenado, qual seria, de acordo com as provas já colhidas, a pena a ser-lhe aplicada, ante um exame antecipado do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese de ser o próprio Ministério Público o requerente do arquivamento, não se pode falar, sequer, que poderia haver uma modificação ensejadora da *mutatio libelli*.

A prescrição precalculada evita um processo inútil, um trabalho para nada, chegar-se a um provimento jurisdicional de que nada vale, que de nada servirá. Como diz o Juiz Edison Aparecido Brandão (*Prescrição em perspectiva*. RT, v. 710, p. 391, dez.94):

Absolutamente inútil daí o continuar do feito, sujeitando o réu a com constrangimento ilegal, e o que é pior, dispendendo esforços inúteis, em prejuízo de outros processos, que por tal fato, também se defrontarão com a prescrição.

Se o provimento jurisdicional é inútil, evidentemente, há de reconhecer-se a ausência do interesse de agir.

Explica José Júlio Lozano Júnior (*Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 193):

Destarte, considerando a índole *garantista* das causas extintivas da punibilidade, entendemos perfeitamente sustentável a tese da falta de justa causa para a ação penal quando nos encontramos diante da prescrição retroativa antecipada.

Ou como dizem Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez (*Direito penal: parte geral*. São Paulo: 2004, p. 866) que a prescrição antecipada:

Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição.

Sobre o assunto, disseram os Delmanto, Celso, Roberto, Roberto Júnior e Fábio (*Código Penal comentado*. 6ª ed., atualizada e ampliada Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.217-218):

Na prática forense são comuns as situações em que, mesmo antes de recebida a denúncia ou a queixa, já se vislumbra que, na *pior das hipóteses*, eventual condenação encontrar-se-á prescrita (*prescrição em concreto*). Isso, levando-se em consideração o lapso de tempo já transcorrido entre o fato e o momento do recebimento da denúncia ou da queixa, diante da pena que seria aplicada (computando-se qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes) nos *termos dos arts. 59 e 68 do CP*), que, na prática, *jamais é máxima*. Nessas situações, por questões de *economia processual* ou da *própria utilidade do processo*, tem sido suscitada a possibilidade de se declarar,

desde logo, *extinta a punibilidade com base nessa eventual pena* (destaques no original).

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

3. É o voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de recurso em sentido estrito contra decisão que deu pela extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, vista na perspectiva da futura sentença condenatória, pois, no entender do julgador, tratando-se de acusado primário e sem antecedentes negativos, a pena que viesse a ser fixada estaria fatalmente atingida pela prescrição.

É que, tendo o fato ocorrido em julho de 1988 – os acusados teriam confeccionado documentos falsos para propiciar o requerimento de benefícios previdenciários de trabalhadores rurais –, a pena máxima, em face da classificação da denúncia (art. 171, § 3º – CP), seria de quatro anos, que estaria inapelavelmente alcançada pela prescrição pela pena em concreto. (Cf. decisão de fls. 409 – 417.)

Relatando o feito, na sessão de 29 de setembro, o Des. Federal Tourinho Neto, votou pelo improvimento, ao que pedi vista para um estudo mais detido, apesar de já ter votado contrariamente à linha de entendimento do Relator em outros precedentes.

Entendeu o Relator, mesmo ciente da jurisprudência contrária ao reconhecimento da prescrição antecipada, que a hora é de mudar; e, nesse propósito, cita vários pensadores e dá pelo improvimento, afirmando que a prescrição precalculada “evita um processo inútil, um trabalho para o nada”. (Cf. voto de fls. 468 – 471.)

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, que 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 do *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 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 de justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera intranquilidade 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 de Benjamin Cardozo, “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, e revendo posição anterior, acompanho o eminente Relator, negando provimento ao recurso.

É o voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — O Ministério Público Federal interpõe recurso em sentido estrito da decisão que reconheceu a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva antecipada. Isso porque, ocorrido o fato tipificado no art. 171, § 3º, do CP em julho de 1998, a pena máxima, em face da classificação da denúncia, seria de 4 (quatro) anos, que estaria alcançada pela prescrição pela pena em concreto.

O Relator, Desembargador Federal Tourinho Neto, entendeu que, não obstante a jurisprudência no sentido da inadmissibilidade da aplicação da prescrição em perspectiva, é hora de mudar.

Após pedido de vista, o eminente Desembargador Federal Olindo Menezes acompanhou o Relator, revendo posição anterior.

Com a devida vênia dos eminentes pares, mantenho o meu entendimento no sentido de que não se apresenta cabível o reconhecimento da prescrição pela pena em abstrato, nos termos do voto que faço juntar.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, a fim de que tenha prosseguimento a ação penal instaurada.

É como voto.

Notas:

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.

Quarta Turma

Apelação Cível

2000.39.00.001370-0/PA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos

Apelante: Rufino Franco de Leão Filho

Advogados: Dr. Jozafá Dantas e outro

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Ubiratan Cazetta

Publicação: DJ 2 de 1º/07/05

Ementa

Processo Civil. Improbidade administrativa. Lei 8.429/92, art. 11, caput, incisos I, II. Ex-prefeito municipal. Desvio de finalidade. Violação dos princípios cardeais da Administração Pública. Ocorrência.

I. Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios cardeais da Administração Pública, previstos no art. 11 da Lei 8.429/92 prescindem tanto da ocorrência do dano quanto do enriquecimento ilícito do agente, bastando, para sua configuração, a consciência da antijuricidade de seu comportamento.

II. A conduta do réu não observou os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo a supremacia do interesse público, a impessoalidade e a imparcialidade.

III. Tendo o réu deixado de executar o objeto do contrato, não atendendo à finalidade precípua do convênio, restou configurado o ato de improbidade administrativa.

IV. Apelação improvida.

Acórdão

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

4ª Turma do TRF-1ª Região – 14/06/05.

Juiz *Marcus Vinícius Reis Bastos*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos: — Trata-se de apelação em ação civil por ato de improbidade administrativa interposta por Rufino Franco de Leão Filho, a fls. 461/467, contra a veneranda sentença *a quo* de fls. 454/459 (proferida antes da Lei 10.628/02), que julgou procedente o pedido ministerial e condenou-o ao pagamento da multa civil de 100 (cem) vezes o valor de sua remuneração, representada pelo último valor percebido na função administrativa, e declarou a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, bem como a impossibilidade de contratar com o Poder Público pelo prazo de 2 (dois) anos, com base no art. 12, II e III, da Lei 8.429/92.

O réu, ora apelante, em suas razões de apelação, argumentou, em síntese, que inexistente “(...) a caracterização do ato de improbidade na conduta do apelante, com relação aos dois convênios acima identificados, de vez que o Erário não foi

lesionado, tanto pela devolução do valor estabelecido pelo Tribunal de Contas da União (cuja quitação o próprio MEC/FNDE atesta) com relação ao primeiro convênio, quanto pela devolução *total* do valor do segundo convênio (...)” (fls. 463), concluindo que “(...) não há falar em enriquecimento ilícito, muito menos em ato atentatório aos princípios da Administração (...)” (fls. 463).

Alegou, ainda, que “(...) argüiu e provou documentalmente na instrução processual, que à época da execução de referido convênio, encontrava-se enfermo com problemas oftalmológicos, apresentando inclusive um *laudo* assinado pelo Dr. Jorge Hage Amaro, fato que impedia de acompanhar e fiscalizar a execução do objeto conveniado (...)” (fls. 464).

Sustentou também que a fiscalização do MEC foi efetuada sem qualquer comunicação à Administração Municipal e “(...) sem qualquer acompanhamento de um dos membros do Executivo, que pudesse demonstrar como fora aplicada a verba (...)” (fls. 464).

Por fim, aduziu que o atraso no repasse das verbas relacionadas ao Convênio 4.217/96 pelo MEC gerou a impossibilidade de cumprimento do objeto desse convênio no prazo estipulado, fato este que motivou o apelante a devolver tais verbas (fls. 466).

Foram apresentadas contra-razões a fls. 498/505.

Subiram os autos a esta Corte Regional Federal, ocasião em que o Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, proferiu parecer em que opinou pelo improvimento da apelação (fls. 511/517).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos: — Presentes, na espécie, os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Conforme já asseverado, cuida-se de apelação interposta por Rufino Franco de Leão Filho (fls. 461/467) contra a veneranda sentença que julgou procedente o pedido ministerial para condenar-lhe ao pagamento da multa civil prevista no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, e para declarar a suspensão de seus direitos políticos, bem como a sua impossibilidade de contratar com o Poder Público (fls. 459).

Da análise dos autos, verifico não merecer ser reformada a veneranda sen-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Guilherme Doehler (convocado).

tença *a quo*.

O réu, ora apelante, está sendo acusado pelo Ministério Público Federal, na presente ação civil de improbidade administrativa, na qualidade de ex-prefeito, por malversação de recursos provenientes dos Convênios 2.807/95 e 4.271/96, firmados entre o Ministério da Educação/FNDE e a Prefeitura de Ananindeua/PA.

Verifica-se, a respeito da conduta do apelante que os arts. 10, *caput*, e 11, *caput* e incisos I e II, da Lei 8.429/92 assim dispõem:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Na verdade, versa o referido art. 11 sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, assim entendidos qualquer ação ou omissão funcional de agente público que desrespeite os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade às instituições. Tenho que a ausência, *de per se*, de um desses requisitos, independentemente de resultar enriquecimento ilícito (art. 9º) ou lesão ao Erário (art. 10º) é suficiente para tipificar a ilicitude da conduta, requerendo tão-somente, para a sua configuração, o dolo do agente público, ou seja, a consciência da antijuridicidade de seu comportamento.

In casu, verifica-se dos autos que o réu, ora apelante, na qualidade de prefeito municipal do Município de Ananindeua/PA, recebeu recursos provenientes dos Convênios 2.807/95 e 4.271/96, destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental em escolas públicas municipais e, no entanto, os aplicou de forma irregular ou os geriu de forma ilegal e antieconômica.

Com efeito, em relação ao primeiro convênio, transcrevo trecho do parecer elaborado pela Demec/PA, que bem elucida os fatos:

(...) De acordo com a Resolução de 12/95, acima mencionada, não vemos problema algum da Prefeitura Municipal de Ananindeua haver assumido diretamente com FNDE, para receber os recursos destinados ao atendimento das escolas municipais, uma vez que não existe unidade executora própria (caixa escolar, conselho escolares ou APM), dessa forma, está de acordo com o que estabelece a lei. Enquanto que a infringência detectada pelos técnicos

da Demec/PA ocorreu quando a Prefeitura Municipal de Ananindeua deixou de cumprir na totalidade o objeto do Convênio 2.807/95; das 43 (quarenta e três) escolas que estavam programadas, somente quinze escolas foram atendidas na íntegra, ficando 28 (vinte e oito) escolas de fora, sem receber os benefícios que estavam previstos no presente convênio. O não-cumprimento do objeto penalizou de forma direta o corpo docente e discente das unidades escolares, que não tiveram suas escolas beneficiadas pelo recurso liberado através do FNDE. Dentre as demais irregularidades, destacamos despesa de suprimento de fundos, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), destinado para atender as despesas de um curso de aperfeiçoamento, de professores denominado “Jornada Pedagógica de Educadores de Ananindeua/PA”, ao examinar a documentação comprobatória do respectivo suprimento de fundos, os técnicos detectaram que:

- Não existia primeira via da documentação, somente segunda via, sem autenticação alguma; de acordo com o Decreto 200/67 é imprescindível a apresentação da documentação original.

- Não constava na prestação de contas a metodologia utilizada no curso, carga horária, relação dos participantes.

- Os recibos não tinham nenhuma identificação dos favorecidos (CPF, CI, endereço, e qualificação profissional).

- Divergências de datas no período de aplicação.

- Documentos datados de 04/12/95 a 15/12/95, se a concessão foi de 12 a 29/12/95, não sendo permitido por lei, despesa realizada antes da concessão do suprimento de fundos.

- Despesa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em alimentação sem processo licitatório, desobedecendo o que estabelece a Lei 8.666/93.

- Emissão de recibos em favor do Sr. Wilton Oliveira Collyer, sem identificação de endereço, CPF e CI, sendo assinado por outra pessoa. Outra irregularidade absurda que jamais poderá ocorrer com recurso liberado pela União.

- Aquisição de material didático – Notas fiscais, emitidas com valores de 850 (oitocentos e cinquenta reais) a R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a soma dos respectivos valores ultrapassam o valor de isenção de licitação. Sendo vedado o parcelamento de despesa ou do documento comprobatório, de acordo com a Portaria 492/93 (fls. 53/54).

(....)

Diante de todo o exposto, concluímos que:

- A Prefeitura Municipal de Ananindeua, representada pelo Sr. Prefeito Municipal – Rufino Franco de Leão Filho – conveniente, não cumpriu na íntegra com o objeto do Convênio 2.807/95, no valor de R\$ 148.000,00 (cento e quarenta e oito mil reais), liberados pelo MEC/FNDE. Infringindo vasta legislação, abaixo especificados:

- Lei 8.666/93, art. 116, § 5º.
- Decreto 200/67, arts. 81, parágrafo único, 80 e 83.
- Portaria 492, art. 2º, parágrafo único.
- Instrução Normativa MF/STN 2/93, arts. 7º, inciso XI, 8º, inciso V, 20 e 21.
- Resolução 12/95 (fls. 56).

Da mesma forma, o Relatório de Viagem de Acompanhamento, realizado por técnicos da Demec/PA (fls. 142/148), que verificaram *in loco* as irregularidades mencionadas, é bastante conclusivo no sentido de que “(...) a execução dos recursos não atendeu ao objeto do referido convênio, em virtude de não ter cumprido em sua totalidade (...)” (fls. 148).

O TCU, por sua vez, quando da análise da prestação de contas do referido convênio, apontou irregularidades praticadas na aplicação dos recursos oriundos do referido convênio, apurando uma dívida no valor de R\$ 134.165,49 (cento e trinta e quatro mil, cento e sessenta e cinco reais e quarenta e nove centavos), a qual foi recolhida aos cofres do FNDE pelo réu (fls. 104).

Como se vê, embora tenha recebido a verba decorrente do convênio, o réu, na qualidade de gestor municipal, não executou o objeto contratado, não atendendo à finalidade precípua do convênio, que era de levar às escolas municipais melhoria em suas instalações.

No que diz respeito às irregularidades verificadas na execução do Convênio 4.217/96, tenho que o MM. juiz *a quo* muito bem examinou a questão, ao asseverar que:

(...) Quanto ao convênio 4.217/96, deixou o requerido de repassar, em sua totalidade, os recursos recebidos, sob a alegação de não tê-lo feito por motivos de foro íntimo, por acreditar que seu adversário político, eleito para o mandato seguinte, inviabilizaria a prestação de contas do convênio, e pelo atraso no repasse das verbas. Tal conduta, por si só, caracteriza ato de improbidade (art. 11, *caput*, e incisos I e II, da Lei 8.429/92) pois, mesmo devolvidos os recursos ao MEC/FNDE, não se atingiu o objeto do convênio: levar ao corpo docente e discente das escolas daquele Município melhores condições de trabalho e de estudo. O desvio de finalidade, nesta hipótese, resta mais que configurado (...) (fls. 458).

De fato, ao não aplicar os recursos repassados na finalidade prevista no convênio, deixando que os mesmos fossem corroídos pelo processo inflacionário por motivo de foro íntimo, o réu, ora apelante, atuou de forma antieconômica e com desvio de finalidade, restando, portanto, configurado o ato de improbidade administrativa.

Assim, como bem asseverou o MM. juiz *a quo*, a conduta do réu não obser-

vou os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo a supremacia do interesse público, a impessoalidade e a imparcialidade.

Ressalte-se mais uma vez que os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios cardiais da Administração Pública prescindem tanto da ocorrência do dano quanto do enriquecimento ilícito do agente. Daí, a alegação do réu de que não restou caracterizado o ato de improbidade administrativa porque o Erário não foi lesionado não pode ser aceita. A devolução pelo réu dos valores relativos aos convênios firmados não tem o condão de suprimir o ato ímprobo.

Por outro lado, a alegação do réu de que durante a execução do Convênio 2.807/95 se encontrava enfermo devido a problemas oftalmológicos não tem razão de ser, uma vez que ele, como gestor dos recursos da Prefeitura, era o responsável por velar pela correta aplicação dos recursos recebidos e, na sua impossibilidade, seu substituto legal. No entanto, não há nos autos um só documento que comprove que o réu tenha se afastado de suas funções.

De outra parte, a alegação do réu de que a fiscalização do MEC foi procedida sem qualquer acompanhamento de membros do Executivo também não tem razão de ser, porquanto a presença de representantes da Prefeitura não teria força de mudar o estado de coisas encontrado pelos fiscais da Demec/PA.

No que se refere ao alegado atraso no repasse das verbas, convém observar que não se tratou, na verdade, de atraso, mas sim de vedação legal, que impede a liberação de recursos públicos durante o prazo de vigília do pleito eleitoral. É injustificável que o réu tenha deixado de dar cabo ao convênio firmado pelo simples fato de “(...) ter sido eleito um candidato adversário politicamente (...)” (fls. 428) e que poderia vir a prejudicar a sua prestação de contas, sobretudo se considerarmos que tais recursos se destinavam ao desenvolvimento da educação fundamental.

Diante do exposto, nego provimento à presente apelação.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Vou pedir vênias aos eminentes Relator e Juiz vogal para divergir e dar provimento ao recurso, julgando improcedente a ação. E assim o faço considerando que, no caso, a demanda exigiria não o julgamento antecipado da lide, ainda que as partes não tivessem especificado provas, mas, sim, a devida instrução do processo, com a realização de perícia e o interrogatório do réu, que são providências indispensáveis e ficam justamente na

indisponibilidade das partes e submetidas ao poder que tem o magistrado de instruir o processo; são providências que não podem ser afastadas, de modo nenhum.

De sorte que, a despeito dos indícios que existem da prática de ato de improbidade, todavia dentro do contraditório para as conseqüências que advêm da Lei de Improbidade Administrativa, entendo que a instrução seria necessária. A prova é deficiente. Não se tem uma certeza da materialidade dessa infração administrativa. O próprio elemento subjetivo, também, com que teria agido o agente é duvidoso, até porque este não foi ouvido pelo juiz da causa, não havendo, portanto, como se chegar a uma certeza para justificar sua condenação.

Então, dou provimento ao recurso, julgando improcedente a ação, com essas considerações.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Guilherme Doehler: — Senhor Presidente, com relação às preliminares que foram argüidas pelo advogado, creio que não há dúvidas quanto à rejeição, como foi bem exposto pelo Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos. O que me causou dúvidas com relação ao que ele expôs aqui de remessa dos autos à Seção Judiciária de Minas Gerais, formulando, inclusive, a incompetência daquele Juízo, foi agora esclarecido. Foi por força de um mutirão que, efetivamente, houve na Seção Judiciária de Minas Gerais, por designação da Presidência, e a remessa do feito, então, deu-se exclusivamente para que fosse nele proferida sentença, em decorrência desse mutirão, sem prejuízo das regulares intimações que foram, obviamente, posteriormente feitas na Seção Judiciária de origem.

No que diz respeito aos fatos objeto do processo, tenho um entendimento de que o art. 11 por si só já abrange condutas capazes de gerarem a incriminação dos agentes políticos que venham nele a incorrer, em que pese tenha conhecimento de existência de doutrina em sentido contrário, entendendo que as condutas dos agentes políticos não podem estar inseridas no art. 11 sem que se faça combinação com outro dispositivo da mesma lei de improbidade administrativa. Entendo que não, uma vez que os agentes públicos, em geral, são norteados pelos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, e a observância desses princípios é imperiosa, tanto por razões de lealdade para com a Administração, mas também por força do próprio objeto dessa lei que abrange esses dispositivos, que é a lei que trata da improbidade administrativa, exigindo, em seu conteúdo, que todos os agentes que se invistam em funções públicas cuidem de atuar com seriedade, com presteza, com lealdade, com honestidade, enfim, no desempenho de suas funções. E o que se verifica, no âmbito desse processo, pela leitura do aprofundado voto proferido pelo Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos, é que o senhor ex-prefeito apelante descurou da observância de todos esses princípios que foram inseridos

no art. 37 da Constituição Federal para nortear o desempenho de sua conduta, desviando, a seu bel prazer, verbas de convênios que lhe foram encaminhados pelo Governo Federal, para aplicações direcionadas especificamente em educação, tendo-se apurado, sem sombra de dúvidas, através de fiscalização *in loco*, que houve o descumprimento dos termos do convênio, citando o voto do Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos, trecho que extraiu do relatório conclusivo desse trabalho de fiscalização, que das 43 escolas que deveriam ser atendidas por força de um dos convênios, apenas 15 restaram atendidas, 28 outras não receberam quaisquer benefícios derivados do convênio, tendo os valores, então, destinados a essas instituições certamente sido desviados pelo apelante para outras finalidades.

No tocante, também, ao suprimento de fundos mencionado pelo Relator, no valor de 15 mil reais, que foi destinado ao aperfeiçoamento de professores, afigura-se evidente que o apelante estava atuando, inclusive, de forma despreocupada, eu diria até destemida e muito ousada, quando apresentou, a título de prestação de contas, documentos constando despesas anteriores à data do efetivo suprimento que lhe foi repassado. Ainda irregularidades outras apontadas, graves, como ausência de licitação decorrente da Lei 8.666 – isto, inclusive, hoje, passível de configurar crime de responsabilidade fiscal –, ausência de aquisição de material didático, que deveria ter sido adquirido pelo senhor prefeito, totalizando um desvio de recursos da ordem de 148 mil reais.

Pelo que apurei ainda do voto do Relator, a despeito do que afirmou o ilustre advogado em sua peça de memorial, que foi lida, aqui, em sustentação oral, o Tribunal de Contas apontou, sim, irregularidades na conduta do apelante e a existência de dívidas em desfavor do apelante em decorrência dessas irregularidades, e ele, reconhecendo, eu diria, como que aceitando essa imputação que lhe foi feita pelo Tribunal de Contas da União, possivelmente até já antevendo futuras consequências dessas suas condutas, recolheu, consta a fls. 104, conforme relatou o Juiz Federal Marcus Vinícius, o valor que lhe foi cobrado pelo Tribunal de Contas da União.

E, por fim, com relação ao Convênio 4.217/96, mencionado também pelo ilustre Relator, em que se alegou motivo de foro íntimo para que não houvesse a aplicação de um recurso decorrente de convênio, não há dúvidas de que isso deixa transparecer à evidência uma gestão antieconômica, lesiva aos cofres públicos, tanto federais, que lhe enviaram aqueles recursos, que permaneceram em um limbo, não sendo aplicados, em detrimento de nenhum interesse público, e também lesivo aos interesses da própria municipalidade, que se viu frustrada de obter benefícios com esses recursos, porque o senhor prefeito, conforme foi relatado, entendeu que seu adversário político poderia vir a prejudicá-lo por uma má prestação de contas. Ou seja, tudo fruto de conjecturas que não passam de meras

conjecturas de natureza exclusivamente política.

Ressaltou ainda o Relator que as doenças de natureza oftalmológicas alegadas pelo senhor prefeito não foram comprovadas nos autos, nem mesmo se comprovou qualquer afastamento do gestor de recursos. Razão pela qual acompanho, na íntegra, o voto do Relator.

Quinta Turma

Apelação Cível

2004.01.00.060921-2/AM

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Apelante:	Superterminais Comércio e Indústria Ltda.
Advogados:	Dr. Jean Cleuter Simões Mendonça e outros
Apelante:	Sociedade de Navegação Portos e Rodovias do Estado do Amazonas – SNPH
Advogados:	Dra. Eulália Bichara Rodrigues e outro
Apelada:	Empresa de Revitalização do Porto de Manaus Ltda.
Advogado:	Dr. Luis Felipe Belmonte dos Santos
Apelada:	Agência Nacional de Transporte Aquaviários – Antaq
Proc/S/OAB:	Dr. José Maria de Santa Cruz Oliveira e outros
Publicação:	DJ 2 de 29/07/04

Ementa

Processual Civil. Ação indenizatória e com o objetivo de restringir as atividades de porto privativo misto, movida por empresa arrendatária de porto organizado. Litisconsórcio necessário da Antaq. Competência da Justiça Federal. Anulação do processo.

I. Os portos marítimos, fluviais e lacustres constituem serviço público federal, de competência privativa da União (art. 21, XII, *f*, da Constituição).

II. O exame da questão envolve, pois, controvérsia em torno da prestação de serviço público federal, sua regulação competindo à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que tem como um dos objetivos (art. 20, II, *b*, da Lei 10.233/01) “harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, *arbitrando conflitos e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica*” (grifei).

III. A posição da referida agência reguladora na causa não é a de assistente,

pois é, institucionalmente, entidade quase-jurisdicional, destinada a arbitrar conflitos, a servir de instância recursal (cf. art. 27, § 4º, da Lei 10.233/01) e a impor penalidades (cf. art. 37 da Lei 8.630/93). Deve, assim, manter posição equidistante, não se comprometendo com os interesses econômicos de qualquer das partes.

IV. Nos termos do art. 66 da mesma Lei 10.233/01, “o processo decisório da ANTT e da Antaq obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade (*grifei*), moralidade e publicidade”.

V. Sua posição é de litisconsorte necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, de tal sorte que, participando do processo, ficará vinculada à declaração judicial dos limites do ato de autorização de funcionamento do porto privativo de uso misto.

VI. O litisconsórcio necessário da Antaq e a conseqüente competência da Justiça Federal para a causa determinam anulação do processo, que teve curso na Justiça Estadual do Estado do Amazonas.

VII. Processo anulado, com baixa dos autos para a primeira instância (Seção Judiciária do Distrito Federal, sede da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq), ficando seu reinício sujeito a emenda da inicial com requerimento para citação da referida agência reguladora.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, por maioria, anular o processo, determinando baixa dos autos para a primeira instância (Seção Judiciária do Distrito Federal, sede da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq), vencido o Desembargador Federal Fagundes de Deus.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 06/07/05.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Em fevereiro de 2003, a Empresa de Revitalização do Porto de Manaus S/A ajuizou, na Justiça Estadual do Estado Amazonas, ação em face de Superterminais Comércio e Indústria Ltda. e Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH pretendendo: a) fosse declarada “a obrigatoriedade de a primeira ré (Superterminais), empresa concessionária de terminal portuário de uso privativo misto, operar carga própria como atividade principal”; b) “condenação da primeira ré (Superterminais) à obrigação de não fazer qualquer movimentação, carregamen-

to, descarregamento ou armazenamento de mercadorias de terceiros que seja superior, em quantidade e/ou valor, à movimentação de carga própria, limitada esta ao seu objeto social de comércio de materiais de construção, madeiras em geral e beneficiamento de pedras, confirmando-se a tutela antecipada pedida, sob pena de multa correspondente a 2.000 Ufir's por *container* movimentado irregularmente; c) condenação de ambas as rés (Superterminais e SNPH) a indenização por perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença (fls. 11/12).

A Superterminais contestou o pedido, alegando, entre outras matérias, que no lugar da SNPH deveria figurar a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, porque seria “a autoridade que possui competência para fiscalizar as atividades portuárias da 1ª ré, e que, supostamente, estaria sendo omissa nesse mister, relativamente à contestante, se as alegações da autora fossem procedentes”. O convênio de delegação celebrado entre a União e o Estado do Amazonas teria transferido a este, portanto, à SNPH, “apenas as atividades dos portos que menciona e não a competência para fiscalizar terminais portuários de particulares, mormente considerando que a ré Superterminais Comércio e Indústria Ltda. está fora da área do porto organizado de Manaus”. Acrescentou que, por isso, deveria “ser citada a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq para responder aos termos da ação, no foro próprio, a Justiça Federal, por se tratar de pessoa constituída sob a forma de autarquia da União (fls. 190 e 197).

A Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH também contestou o pedido, alegando que, “diferentemente do que alega a autora em sua exordial, a SNPH não contém, dentre suas atribuições, a de fiscalizar as atividades nos chamados terminais portuários de uso privativo”, pois “o citado convênio não outorgou competência ou atribuição ao Estado do Amazonas, e por decorrência à SNPH, para fiscalização de terminais portuários”. Restaria a conclusão de que “cabe somente à Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – fiscalizar as atividades de terminais portuários de uso privativo, mormente se localizado fora da área do porto organizado”. Disse, finalmente, que comparecia em juízo “tão-somente para alegar não ter interesse na causa, à vista da total falta de competência para assumir quaisquer obrigações acerca da aludida fiscalização das atividades desenvolvidas pela 1ª ré” (fls. 513/514).

Ultrapassados diversos incidentes processuais, veio sentença: a) deferindo, “com base nos arts. 273, inciso I, e 461, do CPC, a concessão da tutela requerida, para suspender as atividades da 1ª ré para operar apenas carga de terceiros, nas linhas de longo curso e no terminal portuário localizado na Estrada da Granja Azul, s/nº, Colônia Oliveira Machado, nesta capital, sob pena de multa diária da ordem de R\$ 2.000,00 por *container* movimentado em desconformidade com esta decisão, até que comprove judicialmente que opera com carga própria, de forma

principal e dentro do seu objeto social, bem como para que apenas opere carga de terceiros de forma complementar, em quantidade inferior à comprovada movimentação portuária de carga própria e de natureza similar à de seu objeto social”; b) julgando “também procedente a ação, para, nos termos do art. 4º, inciso I, do CPC, declarar a obrigatoriedade da 1ª ré a operar carga própria como atividade principal e à obrigação de não fazer qualquer movimentação, carregamento, descarregamento ou armazenamento de mercadorias de terceiros que seja superior, em quantidade e/ou valor, à movimentação de carga própria, limitada esta ao seu objeto social de comércio de materiais de construção, madeiras em geral e beneficiamento de pedras, sob pena de multa correspondente a 2.000 Ufir’s por *container* movimentado irregularmente, condenando ainda, as rés, solidariamente, nas perdas e danos que se verificarem em liquidação de sentença” (fls. 743).

Em seguida, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq ingressou com requerimento de “remessa do feito para a Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal, para que esta reconheça a sua competência para processar e julgar o feito, em virtude da existência de interesse jurídico desta autarquia federal. Fixada a competência absoluta da Justiça Federal para apreciação do feito – acrescentou –, que se proceda à intimação desta agência para que esta se manifeste acerca de sua inserção na qualidade de assistente da parte autora ou da parte ré” (fls. 780). Tal pedido foi indeferido pelo juiz, à consideração de que, “ao publicar a sentença de mérito, o magistrado cumpre e acaba o ofício jurisdicional” (fls. 782-783).

Da sentença, apelou a Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH, em essência, insistindo naquela tese da contestação (fls. 787-831). Apelou, também, Superterminais Comércio e Indústria Ltda., trazendo, entre diversas alegações, a de que “a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq é a autoridade competente para fiscalizar as atividades portuárias privadas (que é o caso da apelante), portanto, a mesma deveria figurar no pólo passivo no lugar da SNPH”, determinando tal posição a “competência absoluta da Justiça Federal” (fls. 24-962).

A Empresa de Revitalização do Porto de Manais S/A apresentou contra-razões, merecendo destacar-se a alegação de que “o eventual ingresso da Antaq no feito apenas se poderia dar por efeito de eventual nomeação à autoria ou denunciação da lide, postulações não exercidas pelos apelantes”. Isto porque, na sua argumentação, “incumbe ao autor, como *dominus litis*, optar por quais partes pretende legitimar como responsáveis indenizatórios. Sequer era a apelada obrigada a incluir a SNPH na lide, pois poderia postular efeitos indenizatórios apenas da empresa Superterminais, sem que isso signifique dizer que não possa fazê-lo contra quem tinha o dever legal de fiscalizar operações realizadas à margem da

lei, no caso a SNPH. O que se quer dizer é que ninguém pode compelir a apelada a ingressar com a ação também contra a Antaq e menos ainda aquela que se oferecer para vir indenizar (ou se responsabilizar por isso), até porque, sem sofrer efeitos de condenação, jamais poderá ser considerada como litisconsorte necessária e sequer assistência processual se comportaria nesse caso” (fls. 967-981).

“Apresentadas contra-razões às apelações interpostas, o processo foi encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, que exarou decisão determinando a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal, por considerar ser esta Corte competente para decidir sobre o interesse da referida autarquia na causa. Antes dessa providência, porém, o TJ/AM, acolhendo embargos de declaração opostos pela ora requerente ao *decisum* que ordenou a remessa dos autos a este Tribunal, atribuiu efeito suspensivo às referidas apelações” (fls. 1.181).

Em 23/06/04, a Superterminais Comércio e Indústria Ltda. ajuizou neste Tribunal ação cautelar em face da Empresa de Revitalização do Porto de Manaus S/A, tendo como finalidade: a) a concessão de liminar para determinar a suspensão dos efeitos de antecipação de tutela concedida em sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual do Amazonas na Ação 001.03.009056-4, que se encontrava em grau de apelação no Tribunal de Justiça do Amazonas; b) ao final, confirmada a liminar, fosse determinado deslocamento da ação principal para a Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal, que seria o foro da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, após anulação dos atos decisórios, retornando o processo à fase de produção de provas.

Este Relator, inicialmente, proferiu o seguinte despacho (fls. 1.914):

Verifico, a fls. 1.576, que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq ainda não definiu sua posição no processo originário.

Emende a requerente a inicial, incluindo, justificadamente, a referida agência numa das posições constantes do art. 109, I, da Constituição, sem o que não há competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação.

Na hipótese de inclusão no pólo ativo, a Antaq deverá subscrever a inicial e, se no pólo passivo, deverá ser requerida sua citação, em qualquer caso mediante justificativa de seu interesse jurídico-processual.

A requerente, em face desse despacho, postulou fosse a Antaq citada (*sic*) para manifestar-se indicando qual o pólo no qual pretendia aderir à relação processual. Requereu, mais, fosse convalidada “a suspensão da antecipação de tutela concedida pela Justiça do Estado do Amazonas” (fls. 1.928 dos autos da ação cautelar).

Veio despacho nos seguintes termos (fls. 1.933 dos autos da ação cautelar):

Em face das petições de fls. 1.015 a 1.032, intime-se a Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários para que se manifeste, justificadamente, sobre se tem interesse jurídico-processual na presente ação de modo a confirmar uma das posições previstas no art. 109, I, da Constituição.

Antes que se procedesse a intimação, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq compareceu aos autos, espontaneamente, requerendo “sua integração à lide, na condição de assistente da autora Superterminais Comércio e Indústria Ltda., na forma do art. 50 do Código de Processo Civil, para, assim, preservar sua competência na matéria *sub judice*”, ao tempo em que aderiu e ratificava todos os termos da petição inicial e de sua emenda, dando-se por citada por via daquela peça (fls. 1.936 dos autos da ação cautelar).

A fls. 2.048 dos autos da ação cautelar, o Juiz Marcelo Albernaz, em substituição deste Relator, indeferiu a petição inicial, por ter verificado “perda superveniente do interesse processual”. É que a suspensão da tutela antecipada concedida na sentença fora “determinada por meio de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao atribuir efeito suspensivo às apelações interpostas, proibindo a execução da medida concedida naquele julgado”.

Dessa decisão, a Superterminais Comércio e Indústria Ltda. agravou regimentalmente (fls. 2.052-2.059 dos autos da ação cautelar). Noticiou decisão proferida no Conflito de Competência 45.468/STJ, em que o Relator, Ministro Luiz Fux, cassando a decisão suspensiva da antecipação de tutela, proferida por desembargador do TJ/AM, designara o juiz do TRF, relator da cautelar, para as medidas urgentes. Em face dessa decisão no conflito de competência, o Juiz Marcelo Albernaz reconsiderou o indeferimento da inicial para, deferindo a intervenção da Antaq como assistente da Superterminais e, em consequência, reconhecendo a competência desta Corte, suspender “o cumprimento da sentença até o julgamento das apelações” (fls. 2.064 dos autos da ação cautelar).

Seguiu-se regular tramitação da ação cautelar, até decisão desta Turma, por unanimidade, em 19/11/04, com a seguinte ementa:

Processual Civil. Ação indenizatória e com o objetivo de restringir as atividades de porto privativo misto, movida por empresa arrendatária de porto organizado. Juízo Estadual do Amazonas. Tutela antecipada deferida em sentença. Apelação para o Tribunal de Justiça/AM. Interesse manifestado pela Antaq. Competência do TRF-1ª Região para apreciar. Conflito de competência suscitado perante o STJ. Ação cautelar, no TRF-1ª Região, para suspender a execução da tutela antecipada. Designação, pelo relator do CC, do relator da cautelar, no TRF, para as medidas urgentes. Litisconsórcio necessário da Antaq. Possibilidade de anulação dos atos decisórios na ação originária. Relevância de fundamentos. Deferimento da cautela.

1. Os portos marítimos, fluviais e lacustres constituem serviço público

federal, de competência privativa da União (art. 21, XII, *f*, da Constituição).

2. O exame da questão envolve, pois, controvérsia em torno da prestação de serviço público federal, sua regulação competindo à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que tem como um dos objetivos (art. 20, II, *b*, da Lei 10.233/01) “harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, *arbitrando conflitos e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica*” (grifei).

3. A posição da referida agência reguladora na causa não é a de assistente, pois é, institucionalmente, entidade quase-jurisdicional, destinada a arbitrar conflitos, a servir de instância recursal (cf. art. 27, § 4º, da Lei 10.233/01) e a impor penalidades (cf. art. 37 da Lei 8.630/93). Deve, assim, manter posição equidistante, não se comprometendo com os interesses econômicos de qualquer das partes.

4. Nos termos do art. 66 da mesma Lei 10.233/01, “o processo decisório da ANTT e da Antaq obedecerá aos princípios da legalidade, *impressoalidade* (grifei), moralidade e publicidade”.

5. Sua posição é de litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, de tal sorte que, participando do processo, ficará vinculada à declaração judicial dos limites do ato de autorização de funcionamento do porto privativo de uso misto.

6. O litisconsórcio necessário da Antaq determina a competência da Justiça Federal e torna nulos os atos decisórios praticados pelo juiz estadual, incluída a antecipação de tutela, consistindo nisso a relevância de fundamentos para o deferimento da medida cautelar. Agravo regimental prejudicado.

O Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar 9.275/AM, intentada pela Empresa de Revitalização do Porto de Manaus S/A, Relator Ministro Luiz Fux, proferiu decisão sintetizada na seguinte ementa:

Medida cautelar visando conferir efeito suspensivo a recurso especial. Decisão teratológica. Diferença entre assistência simples e litisconsórcio necessário quanto à posição das agências reguladoras no processo entre as partes. Periculum in mora consistente na possibilidade de nulificação do processo.

1. O ingresso da Agência Nacional de transportes Aquaviários – Antaq, autarquia federal, após a sentença, impõe a remessa dos autos à Justiça Federal, considerada a competente, ainda que a intromissão tenha se operado nesse momento processual (art. 109, I, da CF).

2. As reguladoras velam para o cumprimento de suas políticas programáticas, sendo certo que, na escorreita jurisprudência do egrégio STJ, não ostentam qualidade de parte quando em litígio entre empresas do setor regulado são discutidas, *incidenter tantum*, suas orientações (Precedentes: REsp 431.606/SP, 2ª T, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30/09/02; RMS 14.865/RJ, 1ª

T, desta relatoria, *DJ* 11/11/02; REsp 371/CE, 2ª T, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 04/06/90).

3. *In casu*, trata-se de medida cautelar visando a emprestar efeito suspensivo a recurso especial a ser interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que cassou tutela antecipada anteriormente concedida em ação ordinária, ajuizada por empresa vencedora de processo licitatório para a revitalização do Porto de Manaus, em que alegou a ocorrência de concorrência desleal.

4. Deveras, é possível à agência, coadjuvando uma das partes ou intervindo como singular *custus legis* à luz de sua finalidade institucional, fornecer nos autos informações úteis ao desate da lide.

5. Assistência simples não se confunde com litisconsórcio necessário, por isso que, na primeira hipótese, o terceiro ingressa no processo voluntariamente e, na segunda, a intromissão é *iussu iudicis*, sob pena, nesse último caso, de ineficácia da sentença (*inutiliter data*) (art. 47, parágrafo único, do CPC).

6. A anulação do processo por falta de intervenção *ab ovo* do assistente simples revela *error in procedendo* manifesto, por isso que o assistente pega o processo no estado em que se encontra, muito embora o seu ingresso possa implicar no deslocamento da competência, aliás, assentada liminarmente, pelo egrégio STJ em Conflito de Competência com provimento já exarado.

7. Destarte, configura-se o *fumus boni iuris* autorizador da concessão da medida cautelar, consistente no flagrante malferimento dos arts. 47 e 50 do CPC, porquanto o litígio é entre particulares e a petição inicial da ação ordinária não deixa margem a dúvidas quanto a esse respeito (fls. 128 do v. 1/3). Patente, da mesma forma, a existência de *periculum in mora*, tendo em vista os efeitos decorrentes da anulação do processo por falta de intervenção *ab ovo* da Antaq.

8. Matéria que ora se adstringe à teratologia da decisão sobre a posição jurídica da agência reguladora que, *in casu*, posto considerada equivocadamente litisconsorte necessária, pelo aresto atacado que sugere a anulação de todos os atos decisórios.

9. Deveras, mercê de o *error in procedendo* na qualificação da parte assistente como litisconsorte revelar direito evidente passível de antecipação de tutela visando manter a higidez da relação processual, imperioso considerar que o preenchimento dos demais requisitos que levaram o juízo a conceder a satisfação antecipada residem em sentença sujeita a apelação ainda não julgada.

10. Consectariamente, o efeito suspensivo deve limitar-se a impedir a anulação de todo o processado até que seja analisado o recurso especial interponível com fulcro nesse fundamento, porquanto a antecipação em si da tutela de mérito tem sede em apelo ainda não apreciado, sendo inviável ao STJ, *per saltum*, concedê-la posto inexistir ainda impugnação passível de ser, sequer, interposta, porquanto pendente de julgamento a apelação de cujo

acórdão pode emergir a irresignação especial.

11. Impõe-se, *in casu*, ao menos, aguardar a chegada do recurso especial no STJ para análise.

12. Alegação de que a requerente teria agido com deslealdade processual, porquanto, após a reconsideração da decisão deferitória da medida liminar na presente cautelar, a Empresa de Revitalização do Porto de Manaus requereu e obteve, durante as férias forenses, a extração de carta de sentença nos autos da Medida Cautelar 2004.01.00.026850-4, que tramita perante o egrégio TRF da 1ª Região. Ora, se os próprios juízes daquela Corte tiveram dúvida acerca da possibilidade da extração da mencionada carta de sentença, restam excluídos o dolo e a má-fé da litigância.

13. Pedido parcialmente procedente para conceder a suspensividade da decisão somente quanto ao reposicionamento da agência como litisconsorte e *a fortiori* impedir a nulificação do feito, consoante a farta jurisprudência do STJ e acima colacionada, até o julgamento do recurso especial, relegando ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, competente para apreciar a apelação, a aferição dos requisitos da concessão da tutela antecipada, ressalvada a questão formal ora enfocada, julgados prejudicados os embargos de declaração opostos a fls. 878/881 e o agravo regimental de fls. 883/887.

É o relatório.

Voto*

Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — No dispositivo do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, da Ação Cautelar 9.275/AM está dito o seguinte:

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido da presente medida cautelar para conceder a suspensividade da decisão somente quanto ao reposicionamento da agência como litisconsorte e *a fortiori* impedir a nulificação do feito, consoante a farta jurisprudência do STJ e acima colacionada, até o julgamento do recurso especial, relegando ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, competente para apreciar a apelação, a aferição dos requisitos da concessão da tutela antecipada, ressalvada a questão formal ora enfocada, adstringindo-se ao próprio mérito considerado pelo julgador *a quo*, sobre estar ocorrendo atentado à ordem econômica, permitindo-se que uma empresa que não participou da licitação atue da mesma forma daquela que saiu-se vitoriosa em certame público, chancelado o certame, *si et in quantum*, pela Corte Especial do egrégio STJ.

A questão é saber se, não obstante a inexistência de caráter vinculante (salvo

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

a *súmula vinculante* recentemente instituída, que não é o caso) dos julgados de tribunais superiores, esta Turma está impedida de apreciar, neste julgamento de apelação, a questão da posição processual da Agência de Transportes Aquaviários – Antaq, devendo adstringir-se “ao próprio mérito considerado pelo julgador *a quo*, sobre estar ocorrendo atentado à ordem econômica, permitindo-se que uma empresa que não participou da licitação atue da mesma forma daquela que saiu-se vitoriosa em certame público, chancelado o certame, *si et in quantum*, pela Corte Especial do egrégio STJ”.

Voto no sentido de que a autonomia e independência da Turma afasta qualquer sujeição a determinação ou orientação de tribunal superior para ser seguida em futuros julgamentos.

Preliminar

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Recomenda a sabedoria chinesa que “sempre que desejamos alcançar alguma coisa, devemos começar com o seu oposto”¹, ou seja, começar com o conhecimento do que aquela coisa não é. No caso, apesar da veemente manifestação do Senhor Ministro Luiz Fux, classificando de teratológica a decisão desta Turma, não parece que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq possa ser assistente de uma das partes, uma vez que é seu objetivo (art. 20, II, *b*, da Lei 10.233/01) “harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, *arbitrando conflitos e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica*” (grifei). A agência reguladora é, institucionalmente, entidade quase-jurisdicional, destinada a arbitrar conflitos, a servir de instância recursal (cf. art. 27, § 4º, da Lei 10.233/01) e a impor penalidades (cf. art. 37 da Lei 8.630/93), de sorte que deve manter posição equidistante, não podendo comprometer-se com os interesses econômicos de qualquer das partes. Nos termos do art. 66 da mesma Lei 10.233/01, “o processo decisório da ANTT e da Antaq obedecerá aos princípios da legalidade, *impessoalidade* (grifei), moralidade e publicidade”.

A posição do eminente Ministro desconsidera, *data venia*, o fato de que não se cuida de questão relacionada com a livre concorrência, mas de um serviço público federal, e que o litígio não é entre prestador e usuário. É deste tipo de relação que tratam os julgados citados no voto de Sua Excelência:

Processo Civil e Administrativo. Litisconsórcio. Ação civil pública contra aumento de tarifa telefônica. Intervenção da Anatel.

1. Na relação de direito material, a empresa prestadora de serviço relaciona-se com a agência reguladora e uma outra relação trava-se entre a pres-

tadora de serviço e os consumidores.

2. No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há nenhum interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária.

3. Inexistindo litisconsórcio necessário, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal.

4. Recurso especial improvido. (REsp 431.606, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, unânime, DJ 30/09/02)

Recurso especial. Litisconsórcio necessário. Cláusula rebus sic stantibus.

Ocorre litisconsórcio necessário quando o juiz, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. Embora o BNH expedisse normas-padrão para o Sistema Financeiro da Habitação, a sentença de processo entre o agente e o mutuário terá eficácia apenas entre eles, quando se discute o valor das prestações acordadas no contrato. O litisconsórcio não se confunde com a assistência. A cláusula *rebus sic stantibus* não afronta nenhuma lei. Ajusta as normas jurídicas ao sentido social dos fatos. Busca impedir o enriquecimento sem justa causa e amolda a expressão substancial do fenômeno ao sentido formal. Não enseja, por si só, a via do recurso especial. (REsp 371/CE, Segunda Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, maioria, DJ 04/06/90)

Vê-se que, num caso, a relação é entre a prestadora de serviço de telefonia e os consumidores e, no outro, a relação é entre agente financeiro e mutuário do Sistema Financeiro da Habitação. Da mesma espécie é o RMS 14.865/RJ, em que foi Relator o próprio Ministro Luiz Fux, versando sobre a garantia do direito de viajarem gratuitamente aos cidadãos maiores de sessenta e cinco anos de idade.

Conforme apontado pelo parecerista Flávio Luiz Yarshell, o próprio Ministro Luiz Fux já entendeu, no julgamento do REsp 573.475/RS, pelo litisconsórcio necessário da Anatel, tendo em vista que não era caso “de ação de repetição de indébito contra a concessionária”, mas de ação civil pública em que se discutia “a delimitação da área urbana” que autorizava “a cobrança da tarifa interurbana”. Nesse seguimento – disse Sua Excelência –, “a Anatel deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. Por isso, a necessidade de a Anatel integrar a relação jurídica”.

A questão, no caso, é entre dois prestadores de serviço público e interessa a todo o serviço público portuário a fixação dos limites da atividade do porto privativo de uso misto, esta a razão da necessidade de que a Antaq participe do processo. Não podendo, como visto, sua intervenção assumir o caráter de assistência, só resta a via do litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código

de Processo Civil: *Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes necessários.*

A posição mais compatível com o papel das agências reguladoras em situações da espécie, uma vez que defendem interesse público, seria realmente a de *custus legis*, mas no modesto conhecimento deste relator ainda não há no Direito positivo brasileiro, fora do Ministério Público, essa espécie de participação processual.

Se não houvesse litisconsórcio necessário, uma questão de tal envergadura, envolvendo a estrutura de serviço público privativo da União, poderia vir a ser decidida em última instância na Justiça Estadual, pois a remessa do processo para a Justiça Federal ficaria na dependência de intervenção voluntária da agência reguladora. Isto não seria razoável.

Portanto, apesar da tarja de teratologia do entendimento, insisto em que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários é litisconsorte necessário “pela natureza da relação jurídica”, o que traz como consequência a incompetência da Justiça Estadual para a causa e, logo, por duplo motivo, a anulação do processo.

Anulo o processo, determinando baixa dos autos para a primeira instância (Seção Judiciária do Distrito Federal, sede da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq), ficando seu reinício sujeito a emenda da inicial com requerimento para citação da referida agência reguladora como litisconsorte necessário.

Condene a autora em honorários de advogado de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada uma das rés.

É o voto.

Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Agora, há uma outra questão, que é o pedido da Empresa de Revitalização do Porto de Manaus para que seja expedida carta de sentença. Já estão aqui os autos da apelação.

Consulto Vossas Excelências.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Que tutela antecipada?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A do Juízo Estadual.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Que concedeu?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — É. Já estão aqui os autos da apelação que estavam no Tribunal de Justiça do Amazonas e foram remetidos.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — E essa tutela antecipada foi objeto de cognição pelo Ministro?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — De certa forma, talvez essa questão esteja prejudicada, não é?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Parece que é isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Também depende da resposta do ofício.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — É o que penso. Da extensão da decisão do Ministro.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Nos autos da apelação, também, temos que ficar aguardando.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Porque a questão é se ele manteve ou ele reformou a decisão antecipada?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — É outro processo. Não é mais a cautelar intentada pela Superterminais. Agora, é a ação de rito ordinário, principal, intentada pela empresa de Revitalização do Porto de Manaus, com a tutela antecipada deferida na sentença pelo Juízo Estadual. E a parte está pedindo carta de sentença para poder executar essa tutela antecipada.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Que parte?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A autora da ação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — A Superterminais?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não. A revitalização, que é a autora da ação, lá no Estado. Está pedindo carta de sentença para executar a tutela antecipada.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — E essa tutela foi objeto de decisão do Ministro, naquelas três decisões que ele teve?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — É uma boa pergunta. Não sabemos qual o exato sentido da determinação.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Mas, então, ele apreciou a tutela antecipada deferida pelo Juízo Estadual.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Suspendemos a tutela antecipada, na ação cautelar. O eminente Ministro suspendeu a nossa decisão, então, parece que, se se considerar que não houve reconsideração da parte dele, na

suspensão da nossa decisão, volta a prevalecer a tutela antecipada deferida pelo Juízo Estadual, que está nos autos da apelação.

O Senhor Advogado: — A carta de sentença é pré-execução do preceito prognatório em função do descumprimento da carta de ordem, a execução é da multa, e não da tutela. Agora é para executar o preceito cominatório, porque foi descumprida a carta de ordem e isso gerou uma multa, então, a carta de sentença é para a execução, porque não foi feita no processo principal, que levou oito meses, depois da liminar deferida, para subir.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Julgada a apelação, quem vai executar nossa decisão é o Juízo Federal, e não o do Estado.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — E por que essa apelação está vindo para cá?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Porque nós entendemos, na ação cautelar, que a Antaq é litisconsorte necessário e, portanto, a competência é da Justiça Federal.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Mas nessa parte o STJ não reformou?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O Ministro entende que a Antaq é assistente, de qualquer forma seria competência da Justiça Federal pela assistência da Antaq. Nós aproveitaríamos, não anularíamos o processo. Aproveitaríamos o processo no estado em que se encontra, é o que se depreende das decisões. Nós poderemos expedir uma carta de sentença e amanhã anular o processo. Se for é possível manter o entendimento que já manifestamos aqui, então talvez seja conveniente aguardar a decisão da apelação. Não há urgência para a execução.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Então, que sobrevenha logo o julgamento da ação principal.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Então, fica suspenso o deferimento de carta de sentença.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Penso que a expedição de carta de sentença não vincula propriamente o Tribunal a uma determinada finalidade pretendida pela parte que a requereu, porque com a carta de sentença, o credor, o autor, o exequente, vai promover a execução perante o Juízo de 1º grau, e cabe a ele apreciar o pedido que vier a ser formulado com a carta de sentença instruindo esse pedido. Cabe ao advogado requerer perante o Juízo de 1º grau o que ele entender competente, para nós parece que é o Juízo Federal. Uma vez requerida a execução provisória, ele vai apreciar se é cabível ou não, se defere ou

indefere o quanto vier a ser pedido nessa execução futura. Então, não sei se seria o caso exatamente de negar o pedido ou se autorizar. Parece-me, salve melhor juízo, que poderíamos autorizar a expedição da carta de sentença.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Entendi o raciocínio do Desembargador Fagundes de Deus, porque, pelos esclarecimentos do advogado, não se trata de execução de tutela antecipada, cujo conteúdo ainda estamos como insertos. No Superior Tribunal de Justiça, trata-se de uma multa de um descumprimento tardio de uma tutela antecipada. Se esse fato realmente ocorreu é devido o pagamento da multa, independentemente da procedência ou improcedência da demanda. É um fato objetivo do descumprimento ou cumprimento tardio de uma decisão judicial. Entendi a posição do Desembargador Fagundes, é razoável também, mas neste caso a ordem, a carta de sentença para cobrança da penalidade tem que ser feita no Juízo Federal, não há mais nenhuma ordem a ser dada ao Juízo do Estado, uma vez reconhecida pelo próprio STJ a competência federal, e, este Tribunal como Tribunal de Apelação, tendo em vista a posição de assistente de uma autarquia federal, nenhuma outra ordem mais deve ser dada a Justiça Estadual, o processo já está na órbita federal. Causa-me perplexidade, Vossa Excelência está realmente a determinar ordens para cumprimento por parte da Justiça do Estado, se todo o processo já está na Justiça Federal.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A carta de ordem já havia sido expedida ao Juízo Federal, quando conversei com o Ministro, que entendia que não, teria que ser ao Juízo Estadual. Pedi ao Ministro que me fizesse um telex especificando isso, e ele disse que eu poderia tomar as providências e depois fazer uma comunicação. Tacitamente, então, ficaria ratificada sua decisão. Foi o que fiz.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Retifico, então, a minha manifestação anterior, para admitir deferir a expedição da carta de sentença, tendo em vista que ela não envolve a questão da antecipação da tutela, mas mera cobrança provisória de penalidade processual.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — “Assim sendo, requer-se a juntada dos documentos anexos, bem como ratificada e convalidada a carta de sentença...” porque ela foi expedida nas férias e depois foi recolhida. O Desembargador Mário César expediu e depois entendeu que fora indevida a expedição, por isso mandou recolher. Agora o pedido é para que “seja ratificada e convalidada a carta de sentença anteriormente requerida e deferida, inclusive pelos fundamentos expostos no requerimento respectivo e aqui acrescidos”.

Já tinha despachado que a 5ª Turma deste Tribunal decidiu, em sede de cautelar, suspender a eficácia da tutela antecipada concedida na sentença pelo Juízo Estadual do Amazonas, até a decisão do recurso de apelação daquela sentença. Se-

ria remarcada incoerência a expedição ou convalidação de carta de sentença para execução da referida tutela antecipada. Por isso, indeferi o pedido de fls.1.296. Mas depois chamei o processo à ordem para aguardar a decisão da questão de ordem pela Turma.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Mas, pelo que eu estou vendo, não é da tutela antecipada, é de uma multa.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não está claro isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Vai constar dos nossos votos que estamos deferindo a extração da carta de sentença, tendo presente que o advogado informou que irá promover a execução do valor correspondente às astreintes impostas à firma em razão de não haver cumprido a obrigação.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Quanto à carta de ordem, não sabemos se está válida ou não. Depende da consulta ao STJ.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Mas o juiz *a quo* examina essa matéria, será o Juízo Federal de 1º grau.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Vamos expedir a carta de sentença sem dizer a finalidade. Não sei se é possível isso. Deve ser a mesma carta de ordem que foi expedida e recolhida.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — A Secretaria há de proceder a remessa de todas as decisões do STJ sobre o tema. Realmente o Desembargador Federal Fagundes de Deus está certo. Quando a parte pede a extração de uma carta de sentença para execução parcial, para execução provisória da sentença, o tribunal simplesmente faz um despacho de mero expediente, defiro, ao juízo que procederá a execução é que verificará a procedibilidade do pedido, a adequação do pedido, é assim que se faz em primeira instância.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Então vou só formalizar.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — E Vossa Excelência tira as peças que entender necessárias para que o Juízo *a quo* aprecie o pedido da parte que quer executar a multa.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Tendo em vista a questão de ordem suscitada pelo eminente Relator quanto à vinculação desta Corte Regional à decisão proferida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, sobre a natureza da intervenção de terceiros da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

– Antaq, tenho para mim que não existe efeito vinculante.

Os Tribunais de Apelação, nos julgamentos dos agravos, medidas cautelares etc., não obrigam a instância *a quo* a adotar as mesmas razões de decidir. Na prática judiciária, em decorrência da independência política e funcional dos magistrados, os juízes de primeiro grau acolhem ou rejeitam as razões de decidir dos Tribunais de Apelação, segundo o seu livre convencimento, em cada caso concreto.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu no caso, isto é, decidiu para resolver a questão jurídica suscitada em uma medida cautelar. Contraria o princípio de independência funcional dos juízes a tese de que o julgamento em um incidente poderia obrigar o juízo *a quo* a adotar os mesmos fundamentos jurídicos ou que os tribunais inferiores teriam que adotar a mesma solução dada pelas Cortes Superiores. A assim se cogitar, ter-se-ia que, no julgamento dos agravos que chegam aos milhares nas Cortes de Apelação, estar-se-ia decidindo as ações de conhecimento ou as ações executivas. De igual sorte, a se aceitar a tese da vinculação das razões de decidir, ter-se-ia que todas as decisões das Cortes Superiores em agravos seriam um pré-julgamento das apelações. Esta tese contraria a natureza das coisas e a finalidade da organização judiciária em vários graus.

O efeito vinculante, *in casu*, implica a supressão de uma instância judiciária e, por conseguinte, uma violação ao devido processo legal.

Assim, acompanho o eminente Relator na sua questão de ordem quanto à não-vinculação das razões de decidir da Corte *ad quem* no julgamento da AC 2004.01.00.060921-2.

É como voto.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhora Presidente, a organização do Poder Judiciário, no âmbito da Carta da República, faz-se, como é natural e lógico, de forma organizada. Assim, tendo presente esse modelo de organização, sabemos que subsiste, na tradição do nosso ordenamento jurídico, uma regra de competência jurisdicional dos juízes e tribunais, segundo a qual compete às Cortes Judiciárias de mais elevado grau de jurisdição processar e julgar atos emanados das de grau menos elevado.

Desse princípio decorre que o órgão judiciário de nível inferior vincula-se às decisões proferidas pelos órgãos que ostentam posição superior na estrutura orgânica do Poder Judiciário, como sói acontecer no caso em que decisão proferida pela Corte guardiã do Direito Federal, o STJ, na qual se estabelece, em sede de

ação cautelar, que a Antaq deve figurar na qualidade de assistente e não de litisconsorte, vincula a decisão a ser tomada pelo Tribunal de 2ª instância.

Pelo que o ilustre Relator mencionou, consta expressamente uma ressalva acerca da questão formal por ele enfocada, qual seja, a de saber se a Antaq deve figurar como litisconsorte ou como assistente.

Se o próprio Superior Tribunal de Justiça define juridicamente esta questão e, como eu disse, em face do escalonamento que subsiste na estrutura do Poder Judiciário, isto é, uma ordem hierárquica em que os tribunais de grau superior impõem suas decisões sobre os pronunciamentos dos tribunais de grau inferior, entendo, assim, que não poderíamos seguir outra diretriz que não aquela já definida pelo Tribunal, até porque não se trata de uma mera decisão concessiva de uma liminar numa ação cautelar, mas, sim, de julgamento já proferido, que define o mérito da cautelar, ou seja, a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Por isso, partindo desses pressupostos e de minha conclusão, não poderia ser outro o entendimento senão o de que estamos vinculados à qualificação jurídica levada a efeito, no julgamento da ação cautelar, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhora Presidente, neste voto, mantenho coerência com o meu pronunciamento recente na questão de ordem formulada pelo Relator, pronunciamento este que foi na diretriz de que o provimento emanado do Superior Tribunal de Justiça, Corte Judiciária guardiã do Direito Federal, vincula o julgamento deste Tribunal quanto à questão de se definir se a agência reguladora ostenta a posição jurídica de litisconsorte ou de assistente.

Por haver me posicionado nesse sentido, a minha conclusão é a de que não devemos qualificá-la como litisconsorte, pois no julgamento de medida cautelar, o egrégio STJ já definiu, a meu ver, com efeito vinculante para o caso presente, que a Antaq ostenta a condição de assistente. Assim sendo, voto não pela anulação do processo, mas pela continuação do feito na forma legal.

Notas:

¹ CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física*. Trad. José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1975, p. 91.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2004.01.00.057102-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dr. Rogério Alves Dantas e outros

Agravados: Suriedina Freitas de Sousa e outros

Advogados: Dr. José Peixoto Guimarães Neto e outros

Publicação: DJ 2 de 04/07/05

Ementa

Civil e Processual Civil. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Conta Vinculada ao FGTS. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Ação ordinária ajuizada na Seção Judiciária do Distrito Federal. Autor domiciliado em outro Estado da Federação. Competência.

I. O foro competente para a ação de que se trata é o do lugar da agência da Caixa Econômica Federal que administra a conta fundiária.

II. Precedentes.

III. Agravo provido.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo, vencida a Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 20/05/05.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal, contra decisão que rejeitou exceção de incompetência do Juízo, oposta nos autos de ação ordinária ajuizada

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

com o objetivo de fazer incidir correção monetária sobre saldo de conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao argumento de que a competência do foro rege-se pelo art. 100, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil, donde o entendimento daí decorrente de que o foro para o ajuizamento da referida ação é o da sua sede, em Brasília.

Sustenta a agravante que, na hipótese, sendo os autores residentes e domiciliados em outros Estados da Federação, onde possui sucursais, estes seriam o foro competente para o ajuizamento da demanda.

Deferi, a fls. 68/69, a antecipação da tutela recursal.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Não obstante tenha entendido, em oportunidades outras, examinando pedido de concessão de efeito suspensivo em sede de agravo de instrumento, que a competência para apreciar e decidir a questão posta nos autos é da Seção Judiciária do Distrito Federal, conforme se vê da decisão que proferi no Agravo de Instrumento 2004.01.00.043412-9/DF, tenho, reexaminando a matéria, que assiste razão à tese sustentada pela agravante.

Com efeito, na linha do entendimento que advoga, decidi, na qualidade de Relator, no julgamento do Conflito de Competência 2001.01.00.034209-9/GO, que o foro competente para as ações, objetivando a correção dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é o do lugar da agência que administra a conta fundiária.

Isso porque, somente nas causas em que figure no pólo passivo a União, foi dada ao autor a opção de foro no Distrito Federal, sendo possível a sua opção pelo foro da Justiça Federal com jurisdição sobre a comarca de seu domicílio, mas não eleição genérica do foro do Juízo Federal da Capital da República, que só é alternativo na hipótese de causas intentadas contra a União, nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição Federal.

No caso, os autores são domiciliados em diversos Estados da Federação, e as suas contas vinculadas são geridas pelas agências locais da agravante.

Do exposto, dou provimento ao agravo para, acolhendo a exceção, determinar a remessa dos autos da ação ordinária à Seção Judiciária do local correspondente à agência detentora da conta vinculado ao FGTS.

É o meu voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — A jurisprudência predominante neste Tribunal antes da instalação da 3ª Seção, e, atualmente, a jurisprudência da 5ª Turma orienta-se no sentido em que ações contra o FGTS, visando à correção de saldos, podem ser ajuizadas no foro do Distrito Federal, onde tem sede a representante do Fundo, a CEF. Veja-se:

Processual Civil. Competência. FGTS. Foro da sede da pessoa jurídica. CPC, Art. 100, IV, a. Precedentes da Corte.

1. É competente, também, o foro do Distrito Federal, onde está localizada a sede da Caixa Econômica Federal, para processar e julgar as ações propostas objetivando a correção do saldo das contas vinculadas ao FGTS, ainda que os depósitos tenham sido feitos em agência localizada em outras unidades da Federação.

2. Precedentes da Corte.

3. Agravo de instrumento provido. (Ag 2004.01.00.029648-0/DF, Relator Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ 25/11/04 p. 48)

Processual Civil. FGTS. Competência da Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. art. 100, inciso IV, Letra a, do CPC.

1. Tratando-se de obrigação *ex lege* e sendo ré na demanda pessoa jurídica, é competente o foro do local onde está a sua sede (art. 100, inciso IV, letra *a*, do CPC).

2. Sendo a agravante, CEF, empresa pública federal, estando a sua administração central nesta Capital, é competente o foro do Distrito Federal para a propositura de ação versando sobre a correção monetária do FGTS .

3. Agravo improvido. (Ag 94.01.22875-2/DF, Relator Juiz Mário César Ribeiro, Quarta Turma, DJ 02/02/98, p. 203)

Processo Civil. Exceção de competência. Pessoa jurídica de direito privado. Art. 100, IV, a, do CPC.

I – A Súmula 363 do Supremo Tribunal Federal dá uma prerrogativa ao demandante de ajuizar a ação no foro do domicílio da agência ou estabelecimento em que se praticou o ato. Não se trata de uma imposição.

II – A sede da Caixa Econômica Federal é Brasília, podendo a empresa aqui ser demandada. Inteligência do art. 100, IV, *a*, do CPC. Não se aplica ao caso a alínea *b* do mesmo dispositivo, por não ter a ação como objetivo o cumprimento de obrigação contraída por agência ou sucursal da agravante.

III – Agravo improvido. Decisão que se mantém. (Ag 95.01.27262-1/DF, Relator Juiz Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ 19/09/97, p. 76.008)

No mesmo sentido já decidiu o STJ:

FGTS – Competência do Foro do Distrito Federal.

Todos os serviços do FGTS estão centralizados em Brasília. A obrigação da Caixa Econômica Federal decorre da lei e não do contrato firmado por agência.

Recurso improvido. (REsp 128377/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, *DJ* 20/10/97, p. 52.990)

Do voto do eminente Relator, Ministro Garcia Vieira, transcrevo o seguinte parágrafo:

Trata-se de ação ordinária movida contra a recorrente, visando compeli-la a efetuar a remuneração das contas vinculadas dos autores e a pagar-lhes juros progressivos, sendo que os autores residem em várias unidades da Federação. No caso concreto, a ação foi, corretamente, ajuizada em Brasília, sede da recorrente (art. 100, IV, *a*) e não onde se acha a agência ou sucursal (*b*). Todos os serviços do FGTS estão, hoje, centralizados em Brasília e, aqui, se pode conseguir, facilmente, qualquer informação sobre as contas vinculadas do Fundo. A obrigação da recorrente decorre de lei e não de contrato firmado por agência. Nada impede o ajuizamento da ação no Distrito Federal. Nenhuma prova terá de ser feita em qualquer agência da CEF. Com a uniformização de seus serviços, a recorrente não tem nenhuma dificuldade de obter qualquer documento ou informação de suas agências, nada justificando o ajuizamento nos Estados.

Em face do exposto, com a devida vênia, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Sétima Turma

Apelação em Mandado de Segurança 2001.35.00.005417-1/GO

Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Aldenora Wanderley Rodrigues
Apelado: Consórcio Nacional Confiança S/C Ltda.
Advogados: Dr. Dalmo Jacob do Amaral Junior e outro(a)
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/GO
Publicação: *DJ* 2 de 15/07/05

Ementa

Constitucional e Previdenciário. Recurso administrativo: garantia de instância. Arrolamento de bens ao invés de depósito em dinheiro: ausência de previsão legal. Matéria (tributária) de reserva legal: interpretação restritiva.

I. O Supremo Tribunal Federal (STF, ADIMC 1.049-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 25/08/95) assentou constitucional a exigência do depósito prévio como garantia da instância recursal para admissibilidade do recurso administrativo.

II. A legislação que rege o procedimento administrativo relativamente aos créditos previdenciários (Lei 8.213/91, art. 126, § 1º) não prevê a substituição do valor em espécie do depósito prévio por outra forma de garantia e, por sua natureza tributária, não admite interpretação extensiva, descabendo falar em “omissão” do legislador a opção possível não exercitada ou não explicitada.

III. Não há na legislação previdenciária qualquer previsão para arrolamento de bens em garantia de instância recursal. O Decreto 4.862, de 21/10/03, que regula a matéria, ao dar nova redação ao art. 306 do Decreto 3.048, de 06/05/99, prevê somente o depósito em espécie. O “arrolamento” por vezes referido em textos normativos diz respeito àquele previsto nas hipóteses de parcelamento do tipo “Refis” e em medida cautelar fiscal.

IV. Apelação e remessa oficial providas: denegada a segurança.

V. Autos recebidos em Gabinete em 28/06/05. Peças liberadas para publicação do acórdão em 29/06/05.

Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento à apelação e à remessa oficial por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 17/05/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1. O Consórcio Nacional Confiança S/C Ltda., qualificado nos autos, impetrou mandado de segurança para impugnação de ato praticado pelo chefe da Seção de Análise de Defesas e Recursos da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Anápolis/GO, pretendendo

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral e Antônio Ezequiel da Silva.

compeli-lo a abster-se de exigir-lhe o depósito prévio de 30% (trinta por cento) para interposição de recurso administrativo, ao argumento de que a norma do art. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, que dá esboço à exigência, destoa do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, lei de hierarquia superior, ou a aceitar arrolamento de bens como garantia de instância.

2. Deferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal, que se recusou a analisar o mérito da questão, concedida a segurança, o Instituto Nacional do Seguro Social, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3. Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pela modificação do julgado.

4. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1. Verifica-se, pelo exame dos autos, que o apelado impugna a exigência de depósito para interposição de recurso administrativo, asserindo que ela viola o princípio constitucional da ampla defesa.

2. Equivoca-se, *data venia*, o apelado, seja por não impedir a exigência alterçada a interposição de recurso administrativo, mas, apenas, proteger a Fazenda Pública contra recursos protelatórios, seja por não haver previsão constitucional para o duplo grau de jurisdição administrativa, seja por não prejudicar a exigência o direito de ampla defesa, que pode ser exercido, *exaustivamente*, em instância única, seja por não exigirem as normas legais pertinentes à espécie a exaustão da via administrativa para discussão da causa perante o Judiciário, a quem compete a solução final dos litígios.

3. Outro não é o entendimento do Excelso Pretório:

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 357.311/SP – Rel. Ministro Moreira Alves – STF – 1ª Turma – Unânime – DJ 21/02/03 – p. 44.)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Processo administrativo. Depósito prévio. Pressupostos de recorribilidade. Legitimidade da exigência.

Processo administrativo fiscal. Depósito de, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal como pressuposto de recorribilidade. Legitimidade. Precedentes. Agravo regimental não provido. (AgRg no RE 368.441/SP – Rel. Ministro Maurício Corrêa – STF – 2ª Turma – Unânime – DJ 23/05/03 – p. 39.)

4. Idêntica é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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. (AgRg no RMS 16.277/RJ – Rel. Ministro Francisco Falcão – STJ – 1ª Turma – Unânime – DJ 09/12/03 – p. 210.)

5. Na esteira das Cortes anteriormente mencionadas tem decidido este Tribunal:

Constitucional e Administrativo. Agravo de instrumento. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Constitucionalidade. Precedentes do STF e deste Regional.

1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, seguido por este Regional, não ofende a Constituição Federal a exigência de depósito prévio para recorrer administrativamente, não importando que se trate do depósito do valor integral da multa ou de 30% do débito total.

2. Agravo de instrumento improvido. (Ag 2002.01.00.040819-1/MA – Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel – 5ª Turma – Unânime – DJ

07/04/03 – p. 215.)

Constitucional. Depósito prévio de parte (30%) do valor do débito como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo: possibilidade. Jurisprudência consolidada do STF. Pedido sucessivo de recebimento de notas promissórias. Afastamento. Agravo não provido.

1. Não há perda de objeto quando a autoridade impetrada apenas cumpre a ordem judicial (dado que não poderia agir de outra forma). Precária como o é a provisão liminar, a sua não-confirmação tem efeito retro-operante, alcançando a eficácia da decisão do recurso, mesmo julgado administrativamente, repondo-se a situação anterior.

2. O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADIMC 1.049-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* 25/08/95, p. 26.021), declarou constitucional o depósito prévio como admissibilidade de recurso administrativo.

3. Agravo de instrumento não provido.

4. Peças liberadas pelo Relator em 21/08/01 para publicação do acórdão. (Ag 2001.01.00. 001987-6/DF – Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 3ª Turma – Unânime – *DJ* 21/09/01 – p. 387.)

6. Quanto à incompatibilidade entre os arts. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, e 151, III, do Código Tributário Nacional, também não assiste razão à apelada porque os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário “*nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*”. Logo, lídima a lei que, ao regular o processo tributário administrativo na espécie, exigiu o depósito discutido, mesmo porque, satisfeita a exigência e interposto o recurso, a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa.

7. Nesse sentido têm decidido esta egrégia Turma e o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional e Administrativo. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Constitucionalidade. Precedentes do STF e deste Regional.

1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não ofende a Constituição Federal a exigência de depósito prévio para recorrer administrativamente, não importando que se trate do depósito do valor integral da multa ou de 30% do débito total.

2. Não há incompatibilidade entre o art. 151, III, do CTN e a exigência de depósito para que o recurso administrativo tenha trânsito.

3. Apelo da impetrante improvido. (AMS 2002.36.00.004667-2/MT – Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma – *DJ* 16/07/04 – p. 43.)

Tributário. Recurso especial. Exigibilidade do depósito prévio. Recurso administrativo. Ausência de incompatibilidade com o art. 151, inciso III, do CTN. Precedentes do STF e STJ.

1. O pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, consubstanciado na exigência do depósito recursal, não se incompatibiliza com a regra prevista no art. 151 do CTN.

2. A adequada interposição do recurso administrativo, com o recolhimento prévio do depósito, nos termos do que dispõe o art. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pelo art. 10 da Lei 9.639/98, tem como consequência jurídica a suspensão da exigibilidade do crédito.

3. A jurisprudência do STF e a do STJ concluíram pela constitucionalidade e legalidade da exigência do depósito prévio recursal.

4. Recurso especial provido. (REsp 667.127/SP – Rel. Ministro João Otávio de Noronha – STJ – 2ª Turma – DJ 29/11/04 – p. 313.)

8. Diante disso, inexistindo previsão constitucional para o duplo grau de jurisdição administrativa, podendo o direito de ampla defesa ser exercido, exaustivamente, em instância única, e não exigindo as normas legais pertinentes à espécie exaustão da via administrativa para discussão da causa perante o Judiciário, a quem compete a solução final dos litígios, lídima a exigência, para interposição de recurso administrativo, de depósito em dinheiro do valor discutido.

9. Em face das razões anteriormente expendidas, a segurança deveria ser denegada. Contudo, a apelada requereu, alternativamente, indeferido o pedido de dispensa de depósito recursal, o arrolamento de bens como garantia de instância.

10. Ora, o art. 515, § 2º, do Código de Processo Civil, prescreve que se o pedido tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. Como o juízo de origem examinou e acolheu apenas o fundamento da dispensa de depósito recursal, cabe a esta instância a apreciação do outro fundamento, a substituição do depósito pelo arrolamento de bens.

11. Desse modo, não obstante alguns entendam que a primeira instância deveria se pronunciar, primeiramente, sobre a matéria, outros, entre os quais me incluo, pensam de forma diversa:

Se a parte vencedora no pleito não tem acolhidos todos os seus fundamentos, não é necessário interpor recurso para ver prevalecer aqueles que não foram admitidos, pois o tribunal *ad quem* pode reexaminá-los. E poderá negar provimento à apelação do réu, embora recuse o fundamento acolhido pela sentença, mas vindo a aceitar o outro fundamento que fora recusado. (RTJ 122/1.117; neste sentido: STF–2ª Turma, RE 168.705-4/SP – AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/09/94, negaram provimento, v.u., DJU 02/06/95, p. 16.245.) (*Código de Processo Civil* – Thetônio Negrão e José Roberto F.Gouvêa – 36ª ed. – 2004 – p. 566.)

Se o juízo de primeiro grau examina apenas um dos dois fundamentos do pedido do autor para acolhê-lo, a apelação do réu devolve ao tribunal o

conhecimento de ambos os fundamentos, ainda que o autor não tenha apresentado apelação adesiva ou contra-razões ao apelo do réu; daí por que pode o tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, reformar a sentença e acolher o pedido do autor pelo outro fundamento que o juiz de primeiro grau não chegou a apreciar. (RSTJ 130/343.)

12. Passo, portanto, à análise do outro fundamento do pedido.

13. Embora o art. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, não preveja a substituição do depósito em comento pelo oferecimento de arrolamento, contudo, também *não a proíbe*.

14. Não fora isso, tal raciocínio é lícito porque a Instrução Normativa INSS/DC 70, de 10/05/02, norma que regula os procedimentos fiscais e o planejamento das atividades de arrecadação relativos às contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ao regular o arrolamento de bens (arts. 255 a 270), autoriza-o, *expressamente*, no art. 255, § 5º, com o objetivo de interposição de recurso em processo administrativo, adotando para a espécie o disposto no art. 33 do Decreto 70.235/72, que regula a medida nos processos administrativos fiscais da União Federal:

Art. 255. O arrolamento de bens e direitos tem como objetivo evitar a dissipação do patrimônio do sujeito passivo ou de qualquer outro ato tendente a frustrar a execução fiscal, bem como agilizar os mecanismos legais existentes para o ajuizamento de ação cautelar fiscal, nos termos do § 2º do art. 37 da Lei 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei 9.711, de 1998.

....

§ 5º *Os bens e direitos arrolados por iniciativa do sujeito passivo com o objetivo de interpor recurso em processo administrativo fiscal deverão ter valor igual ou superior à exigência fiscal definida na decisão de primeira instância e se limitarão ao ativo permanente desse sujeito passivo, se pessoa jurídica, ou ao patrimônio, se pessoa física, devendo o arrolamento recair preferencialmente sobre bens imóveis, conforme disposto nos §§ 3º e 4º do art. 33 do Decreto 70.235, de 1972, alterado pela Medida Provisória 2.176-79, de 23 de agosto de 2001.* (Grifei e destaquei)

15. Assim, havendo autorização expressa para arrolamento de bens como substituto do depósito prévio para interposição de recurso em processo administrativo de natureza previdenciária, a pretensão do apelado merece guarida.

16. Finalmente, legítima a substituição, para interposição de recurso administrativo, de depósito em dinheiro do valor discutido pelo oferecimento de arrolamento de bens do recorrente, consoante o disposto no art. 255, § 5º, da Instrução Normativa INSS/DC 70, de 10/05/02.

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação e à remessa oficial, confirmando a sentença discutida.

É o meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Peço vênias ao Relator para divergir.

A Instrução Normativa INSS/DC 70, de 10/05/02, utilizada como razão de decidir pelo Relator, não trata do arrolamento de bens para garantia de instância recursal, como entendido, mas trata de arrolamento de bens para satisfação do próprio crédito tributário, senão vejamos:

Art. 255. O arrolamento de bens e direitos tem como objetivo evitar a dissipação do patrimônio do sujeito passivo ou de qualquer outro ato tendente a frustrar a execução fiscal, bem como agilizar os mecanismos legais existentes para o ajuizamento de ação cautelar fiscal, nos termos do § 2º do art. 37 da Lei 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei 9.711, de 1998.

§ 1º O arrolamento de bens será efetuado mediante a emissão do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos (TAB), conforme modelos constantes dos anexos XXX a XXXIII.

§ 2º Durante auditoria fiscal, será arrolado bem ou direito, quando o somatório do débito ora levantado mais os débitos porventura existentes em nome do sujeito passivo, inscritos ou não em dívida ativa, cuja exigibilidade não esteja suspensa, seja superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e represente mais de 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do sujeito passivo.

§ 3º O arrolamento de que trata o § 2º deste artigo recairá sobre bens e direitos suscetíveis de registro público, com prioridade aos imóveis, e em valor suficiente para cobrir o montante do crédito previdenciário de responsabilidade do sujeito passivo, conforme previsto no art. 64-A da Lei 9.532, de 1997, acrescentado pela Medida Provisória 2.158-34, de 2001.

§ 4º O arrolamento somente poderá alcançar outros bens e direitos para fins de complementar o montante de que trata o § 3º deste artigo.

§ 5º Os bens e direitos arrolados por iniciativa do sujeito passivo com o objetivo de interpor recurso em processo administrativo fiscal deverão ter valor igual ou superior à exigência fiscal definida na decisão de primeira instância e se limitarão ao ativo permanente desse sujeito passivo, se pessoa jurídica, ou ao patrimônio, se pessoa física, devendo o arrolamento recair preferencialmente sobre bens imóveis, conforme disposto nos §§ 3º e 4º do art. 33 do Decreto 70.235, de 1972, alterado pela Medida Provisória 2.176-79, de 23 de agosto de 2001.

Ainda que assim não se entenda, o Decreto 4.862, de 21/10/03, hierarquicamente superior à instrução normativa e a ela também posterior (*lex posterior derogat priori*), no ponto em que deu nova redação ao art. 306 do Decreto 3.048,

de 06/05/99, preceitua:

Art. 306. Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata esta Subseção somente terá seguimento se o recorrente pessoa jurídica ou sócio desta instruí-lo com a prova do depósito, em favor do INSS, de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.

De outro lado, sendo a matéria de ordem tributária e tratando de procedimento administrativo fiscal, é de reserva legal.

O art. 32 da Lei 10.522/02, que alterou o art. 33 do Decreto 70.235/72, não pode ser aplicado, tendo em vista que regula somente “o processo administrativo de determinação e exigência de *créditos tributários da União*” (grifei) e a interpretação da norma legal tributária, especialmente quando concede favores fiscais, somente pode ser interpretada restritivamente, vedada a extensão do benefício fiscal.

Não há falar, portanto, em substituição do depósito em dinheiro (30%) por arrolamento de bens em garantia de instância, à mingua de previsão legal.

Pelo exposto, *dou provimento* à apelação e à remessa oficial para denegar a segurança. Custas pela impetrante; verba honorária incabível (Súmula 512/STF).

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — O eminente Relator, Desembargador Federal Catão Alves, assim relatou o feito, a fls. 218-219:

1 – O *Consórcio Nacional Confiança S/C Ltda.*, qualificado nos autos, impetrou *mandado de segurança* para impugnação de ato praticado pelo *chefe da Seção de Análise de Defesas e Recursos da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Anápolis/GO*, pretendendo compeli-lo a abster-se de exigir-lhe o depósito prévio de 30% (trinta por cento) para interposição de recurso administrativo, ao argumento de que a norma do art. 126, § 1º, da Lei 8.213/91, que dá esquite à exigência, destoa do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, lei de hierarquia superior, ou a aceitar arrolamento de bens como garantia de instância.

2 – Deferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal, que se recusou a analisar o mérito da questão, concedida a segurança, o Instituto Nacional do Seguro Social, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 – Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pela modificação do julgado.

É o relatório.

A fls. 220-229, votou S. Exa. pelo *improvemento* do apelo e da remessa, ao entendimento de ser o arrolamento de bens para garantia de débito previdenciário previsto, expressamente, no art. 255, § 5º, da Instrução Normativa 70, de 10/05/02. Desse voto discordou o eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, que dava provimento ao apelo e à remessa. Pedi vista dos autos, para melhor exame, feito o que os trago para conclusão do julgamento, no qual peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência, pelas razões a seguir expostas:

O arrolamento de bens foi instituído pela Lei 9.532, de 10/12/97, apenas com o objetivo de evitar a dissipação do patrimônio pelo sujeito passivo.

Contudo, a Lei 10.522, de 19/07/02, em seu art. 32, alterou o art. 33 do Decreto 70.235, de 06/03/72, que “regula o processo administrativo de determinação de exigência de créditos tributários da União”, estabelecendo, no § 2º do citado art. 33, que:

Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.

Foi assim, portanto, que surgiu o arrolamento de bens para garantia da instância recursal em matéria tributária, limitado, como visto, ao processo administrativo tributário da União, matéria detalhada no Decreto 4.523, de 17/12/02, e na Instrução Normativa SRF 264, de 20/12/02.

Ocorreu, entretanto, que o INSS, pela Instrução Normativa 16, de 11/05/00, invocando, dentre outras, a citada da Lei 9.532/97, regulou o processo de arrolamento de bens para fim de evitar a dissipação do patrimônio do sujeito passivo, tendo, mais tarde, pela Instrução Normativa 70, de 10/05/02, que *revogou* a IN 16/97, a par de regular o arrolamento de bens com a mesma finalidade com que o fazia a Instrução revogada, admitido, no § 5º do art. 255, o arrolamento, também, com o objetivo de garantia de instância administrativa, assim dispendo:

Art. 255. O arrolamento de bens e direitos tem como objetivo evitar a dissipação do patrimônio do sujeito passivo ou de qualquer outro ato tendente a frustrar a execução fiscal, bem como agilizar os mecanismos legais existentes para o ajuizamento de ação cautelar fiscal, nos termos do § 2º do art. 37 da Lei 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei 9.711, de 1998.

(....)

§ 5º. Os bens e direitos arrolados por iniciativa do sujeito passivo com o objetivo de interpor recurso em processo administrativo fiscal deverão ter

valor igual ou superior à exigência fiscal definida na decisão de primeira instância e se limitarão ao ativo permanente desse sujeito passivo, se pessoa jurídica, ou ao patrimônio, se pessoa física, devendo o arrolamento recair preferencialmente sobre bens imóveis, conforme disposto nos §§ 3º e 4º do art. 33 do Decreto 70.235, de 1972, alterado pela Medida Provisória 2.176-79, de 23 de agosto de 2001.

Ocorre, porém, que, como sabido, o Decreto 20.235/72 regula o processo administrativo fiscal da União, não sendo aplicável às suas autarquias. Seja como for, o certo é que o INSS, pela Instrução Normativa 100, de 18/12/03, que *revogou* a IN 70/02, já não mais previu o arrolamento de bens para fim de garantia de recurso, como se vê pelos seus arts. 638 e seguintes.

Assim, e tendo em vista que, no caso dos autos, o contribuinte ajuizou o presente mandado de segurança em março de 2001, quando nem a lei, nem qualquer instrução normativa do INSS admitia o arrolamento de bens para fim de garantia de instância recursal administrativa, torna-se evidente que não tinha o impetrante, aqui apelado, direito líquido e certo de garantir a instância por essa via, razão pela qual, com a devida vênia, divirjo do eminente Relator, votando pelo provimento do apelo e da remessa oficial, para, reformando a sentença apelada, denegar a segurança, condenando o impetrante nas custas processuais. Sem honorários, em face das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

É como voto.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2005.01.00.022020-1/MG

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

Agravante: Automax Comercial Ltda.

Advogados: Dra. Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 29/07/05

Ementa

Tributário. Exceção de pré-executividade. Depósitos judiciais. Inexistência de impugnação da Fazenda quanto aos valores depositados. Integralidade presumida. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Extinção da execução fiscal.

I. Não havendo impugnação por parte da Fazenda Nacional quanto aos valores depositados em juízo, considera-se integral o montante, ao qual alude o art. 151, II, do Código Tributário Nacional, para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

II. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a propositura do feito executivo fiscal.

III. Se a certidão da dívida ativa fora expedida quando o crédito tributário já se encontrava suspenso, forçosa é a extinção da execução fiscal, uma vez que não se pode admitir a formação de título executivo extrajudicial fundado em débito com exigibilidade suspensa. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV. Agravo de instrumento provido para acolher a exceção de pré-executividade e julgar extinta a execução fiscal.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 24/06/05.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto da decisão prolatada pelo MM. Juízo da 26ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que, nos autos da execução fiscal proposta pela União Federal (Fazenda Nacional) em desfavor de Automax Comercial Ltda., indeferiu a exceção de pré-executividade oposta pelo executado, ao fundamento de que a temática posta em discussão exigiria contraditório e dilação probatória.

Alega, em suma, a agravante que o título exequendo é nulo, porquanto inexigível, haja vista que o crédito tributário que o embasa encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, em razão dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança, no qual discutiu a legalidade de cobrança da Cofins.

A fls. 216/218, proferi decisão deferindo parcialmente o pedido de efeito suspensivo, tão-somente para determinar, até final julgamento do recurso, a expedição das certidões de regularidade fiscal, nos termos do art. 206 do CTN.

Irresignada com a referida decisão, a agravante formulou pedido de reconsideração a fls. 222/226. Aduziu, para tanto, que não é justo nem moral ser compelida à apresentação de bens para garantir execução fiscal obviamente nula.

Informa, ainda, a agravante que, aos 13 dias do mês de abril do corrente ano, fora determinada a expedição do mandado de penhora, imediatamente enviado à central de mandados de Belo Horizonte, o que demonstra a existência do *periculum in mora*.

Assevera que, mesmo que os depósitos, à época da distribuição da execução fiscal, não fossem integrais, é absurdo que tenha de se sujeitar a prestar garantia no valor de R\$ 394.421,92 (trezentos e noventa e quatro mil quatrocentos e vinte e um reais e noventa e dois centavos).

A fls. 228, requisitei informações ao MM. Juízo *a quo* no que toca à expedição de mandado de penhora, bem como ao valor nele indicado.

O MM. juiz monocrático informou que foi expedido, em 13/04/05, mandado de penhora e avaliação, no valor total indicado na CDA, qual seja, R\$ 404.017,39 (quatrocentos e quatro mil e dezessete reais e trinta e nove centavos), tendo em vista que não foi procedida a substituição da certidão de dívida ativa.

A Fazenda Nacional apresentou, a fls. 265/268, contraminuta ao agravo de instrumento, sustentando que a execução encontra-se devidamente lastreada por certidão de dívida ativa líquida, certa e exigível, não havendo prova inequívoca hábil a afastar a presunção que lhe é inerente.

Aduz, outrossim, que a PFN agiu corretamente ao propor a ação executiva, evitando a prescrição dos créditos, que não estava com a exigibilidade suspensa, tendo em vista a incorreção dos depósitos judiciais.

Por fim, asseverou que *é falaciosa a assertiva de que* “a Fazenda Nacional detinha meios menos interventivos e gravosos ao contribuinte” (fls. 217) *para exigir o pagamento do crédito da União, pois a atividade dos procuradores da Fazenda é vinculada à lei e o meio legal para cobrar o crédito tributário é a ação executiva fiscal.*

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Conforme se depreende do cotejo dos autos, a ora agravante impetrou, em 25/02/99, perante a

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

Seção Judiciária de Minas Gerais, mandado de segurança com a finalidade de questionar a incidência de PIS e Cofins sobre receitas que não correspondiam a seu faturamento, bem como discutir o aumento da alíquota da Cofins.

Com o objetivo de suspender a exigibilidade dos débitos em discussão, bem como de se resguardar contra quaisquer cobranças do Fisco, a impetrante efetuou, em conta vinculada ao juízo, depósitos judiciais dos valores devidos a título de Cofins referentes aos meses de fevereiro, março, abril, maio e junho de 1999.

Não obstante a existência dos aludidos depósitos, a Fazenda Nacional propôs, em 25/01/05, execução fiscal relativa aos débitos que se encontravam com a exigibilidade supostamente suspensa.

Nos autos da referida execução, a ora agravante apresentou exceção de pré-executividade, alegando, em suma, a inviabilidade da execução fiscal por ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo, em face da existência de depósitos judiciais a suspender a exigibilidade do crédito tributário, conforme dicção do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Instada a se manifestar acerca da exceção de pré-executividade, a Fazenda Nacional asseverou que os depósitos efetuados não o foram no montante integral, *verbis*:

A excipiente alega que a execução fiscal estaria com a exigibilidade suspensa em virtude dos depósitos judiciais efetuados no Mandado de Segurança 1999.38.00.007099-3.

Contudo, a Secretaria da Receita Federal verificou que os depósitos efetuados não foram feitos no montante integral.

A excipiente, dessa forma, recolheu as diferenças apontadas pelo órgão lançador, conforme *darf's* que juntou, na tentativa de não pagar o encargo legal previsto pelo Decreto-Lei 1.025/1969.

No entanto, tendo em vista que a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa, porque o depósito não foi feito no montante integral, a Procuradoria da Fazenda Nacional procedeu a inscrição do débito fiscal e depois ajuizou a presente execução fiscal.

O MM. Juízo *a quo*, entendendo exigir dilação probatória a temática posta sob discussão, rejeitou a exceção de pré-executividade.

Todavia, com a devida vênia do entendimento esposado pelo ilustre magistrado de origem, entendo que a exceção de pré-executividade merece acolhimento.

A exceção de pré-executividade, embora não prevista em lei, tem sido admitida em nosso ordenamento jurídico somente nos casos em que o juiz possa, de ofício, conhecer a matéria alegada, havendo prova inequívoca da nulidade da execução,

e desde que isso não implique dilação probatória.

Apenas as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas devem ser argüidas na referida exceção, sem embargos ou penhora.

Esse é o sentido da lição de Galeno Lacerda, segundo o qual, *na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título (in Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. Ajuris. Porto Alegre, 23, nov. 1981).*

In casu, patente é a inviabilidade da execução fiscal, uma vez que aparelhada por título despido dos atributos de liquidez e exigibilidade.

Isso porque, não obstante a possibilidade de que tenham sido os depósitos efetuados a menor, a Fazenda não exerceu o ônus que somente a ela competia no sentido de verificar a integralidade dos depósitos e, se fosse o caso, requerer ao contribuinte sua complementação.

Inexistente qualquer tipo de impugnação aos valores depositados, considera-se integral o montante, o qual alude o art. 151, II, do Código Tributário Nacional, para o efeito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários. Nesse sentido, confira a ementa que trago à colação:

O depósito do montante do crédito tributário suspende a exigibilidade deste. Para esse fim, presume-se integral o depósito, se o Fisco nenhuma objeção concreta faz ao respectivo valor. (Ap 911. TJRJ. 5ª C. Rel. Des. J. C. Barbosa Moreira. Reg. 07/07/89) (*Apud Código Tributário Nacional, Comentários doutrina e jurisprudência. José Jayme de Macedo Oliveira*)

Este é também o entendimento da doutrina sobre o tema. Nesse sentido, confira a abalizada lição de Hugo de Brito Machado, constante do artigo *A decadência e os tributos sujeitos a lançamento por homologação*, que pode ser acessado no sítio www.hugomachado.adv.br/artigos, *verbis*:

É que existindo depósito o lançamento se perfaz simplesmente pela concordância, expressa ou tácita, da Fazenda Pública, com os valores depositados.

Realmente, a exigibilidade somente estará suspensa se o depósito é do valor integral. A Fazenda Pública tem o dever de cobrar, portanto, qualquer diferença porventura existente entre o que entende lhe ser devido, e o valor depositado. Para tanto há de ser cientificada pelo juiz do valor depositado. Intimada do depósito, se entende que o valor não é integral, deve manifestar sua discordância, em face do que o interessado depositará a diferença, ou o crédito não estará com sua exigibilidade suspensa. Se entende que o valor depositado corresponde ao valor integral do crédito tributário, basta que não se manifeste e estará, assim, concordando com o depósito.

A concordância da Fazenda Pública, com os valores depositados, constitui a homologação de que trata o art. 150 do Código Tributário Nacional. Se não ocorrer de forma expressa, dar-se-á tacitamente, nos termos do § 4º do referido art. 150, pelo decurso do prazo de cinco anos, contados do fato gerador do tributo em disputa.

Esta é a interpretação mais razoável que se pode fazer dos dispositivos do Código Tributário Nacional pertinentes ao lançamento por homologação, ao depósito como causa de suspensão da exigibilidade do crédito, à conversão do depósito em renda e à decadência do direito de constituir o crédito tributário como forma de sua extinção. É a interpretação mais razoável dos arts. 150 e seu § 4º; art. 151, inciso II; art. 156, incisos V, VI, e X; e art. 173 do Código Tributário Nacional.

Nas hipóteses em que, sem existir ainda lançamento, admite-se o depósito do valor do tributo para garantir o juízo em que se processa o seu questionamento, tem-se verdadeiro lançamento por homologação, no qual a concordância, expressa ou tácita, da Fazenda Pública, com o valor depositado, torna juridicamente existente o lançamento, que de fato fora feito pelo contribuinte depositante (art. 150 e seu § 4º). A exigibilidade estará suspensa até que transite em julgado a decisão final da causa (art. 151, inciso II). Dar-se-á a extinção do crédito, pela conversão do depósito em renda, se a ação do contribuinte for julgada procedente, (art. 156, inciso VI) e pela decisão judicial, se esta for favorável ao contribuinte (art. 156, inciso V), apenas em não existindo o depósito, posto que a existência deste pressupõe o lançamento, e o direito que seria atingido pela decadência é precisamente o direito de lançar (art. 173), no caso já exercitado mediante a concordância, expressa ou tácita, com o depósito.

Há algum tempo, aliás, já escrevemos:

“Existindo provimento judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, a insuficiência do depósito é irrelevante para esse fim existindo provimento judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, a insuficiência do depósito é irrelevante para esse fim. Mesmo assim, porém, o lançamento será útil para impedir que a decadência afete o direito da Fazenda Pública. Estando a exigibilidade do crédito suspensa pela feitura do depósito, a Fazenda deve exigir seja este integral, assim entendido o que corresponda ao valor total do crédito tributário, constituído segundo o seu entendimento. Notificará o contribuinte a depositar a diferença, e se isto não ocorrer poderá promover a execução pelo total.

Existindo depósito integral do crédito tributário, estará garantido o direito creditório da Fazenda, de sorte que não será necessária execução. Não se há de falar, portanto, em prescrição. Com o trânsito em julgado da questão, a favor da Fazenda, o juiz determinará a conversão do depósito em renda, com o que restará extinto o crédito tributário. (CTN, art. 156, inciso VI).

Aliás, mesmo que a Fazenda não tenha feito o lançamento, havendo o depósito, deve ser este convertido em renda. *A feitura do depósito, neste*

caso, equivale ao pagamento antecipado para o fim de compor o lançamento por homologação. A atividade da Fazenda, neste caso, destina-se apenas a verificar se o depósito é integral.” (Machado, Hugo de Brito. As liminares e o direito de lançar tributos. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, EJV, São Paulo, v. 158, mai/jun – 1997, p. 23/24.) (sem grifo no original)

Com os elementos fornecidos pela melhor doutrina sobre o tema, caem por terra os argumentos da Fazenda no sentido de que *a PFN agiu corretamente ao propor a ação de cobrança correspondente, evitando a prescrição do crédito, que não estava com a exigibilidade suspensa, tendo em vista a incorreção dos depósitos judiciais; ou de que é falaciosa a assertiva de que “a Fazenda Nacional detinha meios menos interventivos e gravosos ao contribuinte”* (fls. 217) para exigir o pagamento do crédito da União, pois a atividade dos procuradores da Fazenda é vinculada à lei e o meio legal para cobrar o crédito tributário é a ação executiva fiscal (sic) (fls. 267/268).

Destarte, considerando-se a inércia da Fazenda Nacional em exercer seu ônus de verificar o montante depositado, tem-se por integral os depósitos efetuados pelo ora agravante, devendo-se, pois, aplicar o entendimento já pacificado no âmbito dos tribunais pátrios, que impõe a extinção do feito executivo. Nesse sentido, confira:

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Depósito prévio em ação cautelar preparatória. Crédito tributário suspenso. Art. 38 da Lei 6.830/80. Art. 151, II, do CTN. Extinção do processo executivo.

1. O depósito integral do valor correspondente ao crédito tributário suspende a sua exigibilidade e impede o ajuizamento da execução fiscal.

2. Expedida a certidão da dívida ativa quando o crédito tributário já estava suspenso pelo depósito realizado em ação cautelar preparatória – art. 151, II, do CTN –, impõe-se a extinção da execução fiscal pois não se pode admitir a formação de título executivo extrajudicial fundado em débito com exigibilidade suspensa.

3. Recurso especial provido. (REsp 156.885/SP. Relator Min. Castro Meira. DJ de 16/11/04)

Por todo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para acolher a exceção de pré-executividade e julgar extinta a Execução Fiscal 2005.38.00.002556-4, porquanto fundada em título inexigível e ilíquido. Fica prejudicado o pedido de reconsideração formulado pela agravante.

Condeno, ainda, a Fazenda Nacional em honorários advocatícios, que ora arbitro, com base no art. 20, § 4º, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Senhora Presidente, Vossa Excelência, pelo que pude perceber do claro relato, houve um depósito, quando foi impetrado o mandado de segurança. Depositaram *X* reais em dinheiro. Há uma súmula do STJ que diz que tem que ser em dinheiro – salvo engano, a Súmula 102. A Fazenda não impugnou esse depósito – e me lembro que Vossa Excelência cita um suprimento do nosso Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, mestre, que é jurista mesmo. Depois, a Receita, ao executar, acha que o débito seria maior e, portanto, entra com execução de um valor maior; no momento em que havia uma diferença, se percebi bem, a parte complementou, ou seja, todo esse dinheiro está à disposição, e isso ainda está em grau de recurso. Ora, a pré-executividade é construção meramente doutrinária, e, depois, isso tem um arrimo jurisprudencial, porque, como a Relatora já disse, e é também coisa bem sabida, não temos nenhuma lei que fale nisto, em exceção de pré-executividade, mas ela existe, o Direito Pretoriano consagra, e, diante desse quadro, não tenho dúvidas, mas se a equação é essa, creio que a conclusão não pode ser outra.

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento

2005.01.00.053377-4/DF

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

Decisão: 20/07/05

Publicação: DJ 2 de 20/07/05

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto da decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de mandado de segurança impetrado por Farma Service Distribuidora Ltda., contra ato do gerente executivo do INSS em Brasília, indeferiu a liminar pleiteada com o escopo de que a autoridade apontada como coatora se abstivesse de exigir da impetrante a contribuição previdenciária inci-

dente sobre o auxílio-doença pago aos seus empregados nos quinze primeiros dias de afastamento.

Agrava a impetrante, sustentando que o fato de ser o benefício pago diretamente pelo empregador na primeira quinzena de afastamento por motivo de saúde não retira a qualidade de prestação previdenciária do pagamento, não tendo, via de consequência, natureza salarial.

Assevera não se tratar de contraprestação por serviços prestados, não devendo incluir a base de cálculo para a incidência da exação.

Sustenta que as alegações da impetrante são baseadas na diferença entre diretores e conselheiros conforme disposto na Lei de Sociedades Anônimas, contudo a Lei de Cooperativa não somente não diferencia diretores de conselheiros, como equipara um ao outro, como se infere dos arts. 47, §§ 1º e 2º, 48 e 51.

Este agravo, protocolizado em 04/07/05, veio-me concluso em 05/07/05.

Decido

Verifico, de plano, ser manifestamente contrária à legislação pertinente a decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo*, ensejando assim o provimento liminar definitivo.

É de amplo conhecimento que o único benefício devido aos segurados do INSS sobre o qual é devida contribuição previdenciária, ou seja, que integra a base de cálculo para a incidência de contribuição para o custeio da seguridade social é o salário-maternidade, que é pago diretamente pelo empregador, que será ressarcido pela autarquia em momento posterior.

Nesse prisma, é de se concluir que o auxílio- saúde pago pelo empregador aos seus empregados, nos termos da Leis 8.212/91 e 8.213/91, constitui benefício previdenciário de responsabilidade do INSS, ainda que o empregador o pague na primeira quinzena de afastamento, não devendo, destarte, integrar a base de cálculo para a incidência de contribuição previdenciária.

Em sua literalidade, assim dispõe o art. 28 da Lei 8.212/91, por seu § 9º, *verbis*:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta lei, exclusivamente:

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade;

Sendo dispositivo legal expresso, dou provimento ao agravo de instrumento, com fulcro no art. 557, § 1º - A, do CPC e art. 30, XXVI, do RITRF.

Comunique-se ao MM. Juízo prolator da decisão agravada para o imediato cumprimento desta decisão.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Reclamação

2005.01.00.013823-9/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo

Decisão: 25/05/05

Publicação: DJ 2 de 02/08/05

Decisão

Frigorífico Margen Ltda., sociedade empresária com sede na cidade de São Paulo/SP, propõe reclamação, com pedido expresso de suspensão liminar dos atos reclamados, materializados nas Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos (NFLD's) 35.373.901-4, 35.373.902-2, 35.373.903-0, 35.373.904-9 e no Auto de Infração 35.373.905-7, lavrados no dia 19 de julho de 2002, por auditores fiscais da Previdência Social, da Secretaria da Receita Previdenciária – SRP/SP, para, a final, serem declarados nulos, fazendo-se assim preservar a integridade da coisa material formada na Apelação em Mandado de Segurança 1997.01.00.006294-2/GO, alegando:

– que “o instituto da reclamação – insculpido nos arts. 102, inciso I, *i*, e 105, I, *f*, da Constituição Federal, cujo processamento está regulado nos arts. 13 a 18 da Lei 8.038/90 – nasceu de uma construção pretoriana, com o fim de dotar os tribunais de um instrumento capaz de garantir, rápida e eficazmente, a autoridade de suas decisões contra atos de qualquer autoridade que as desrespeitasse e também preservar a sua competência eventualmente usurpada” (fls. 2);

– que “constitucionalizada em 1988, para assegurar a autoridade das decisões do STF e do STJ, bem assim para preservar as suas competências, a reclamação foi também incorporada a Textos Constitucionais dos Estados do Ceará, São Paulo e Goiás, dentre outros, que também a previram com os mesmos fins, ensejando a que os regimentos internos dos respectivos Tribunais de Justiça a inscrevessem como garantias aos cidadãos” (fls. 3);

– que “o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de preceito da Constituição do Estado do Ceará, que instituiu a reclamação para garantir a autoridade das decisões do Tribunal de Justiça e preservar a sua competência, julgou-a improcedente, ficando assim ementado o venerando acórdão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 108, inciso VII, alínea I, da Constituição do Estado do Ceará e art. 21, inciso VI, letra j do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local. Previsão, no âmbito estadual, do instituto da reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal. Inexistência de ofensa ao art. 22, inciso I, da Carta.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.” (fls. 5);

– que “dentre os fundamentos determinantes do reconhecimento da constitucionalidade da reclamação por tribunal estadual, contidos na ementa e nos votos dos senhores ministros, estão:

a) sua inclusão como direito constitucional de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF;

b) o respeito ao princípio da efetividade das decisões judiciais; e

c) o respeito ao princípio dos poderes implícitos dos tribunais, todos aplicáveis também aos Tribunais Regionais Federais.” (fls. 9);

Quanto aos fatos, alega:

– que “em 29 de maio de 1996, o reclamante impetrou, perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, mandado de segurança preventivo contra o diretor estadual do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que

lhe foi negado por sentença do Juízo, o que levou o reclamante a interpor recurso de apelação, que mereceu acolhida e reforma nesta Corte, nestes termos conclusivos: “... dou provimento ao apelo, para reformar a sentença e conceder a segurança, diante da inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870/94, conforme já declarado pelo STF, na ADI mencionada.” (fls. 16);

que “apesar da concessão da ordem, a Previdência Social, através de auditores fiscais Mário Roberto Menegassi (Matrícula 0932396) e Marcelo Takashi Yamaji (Matrícula 0934646), no dia 19 de julho de 2002, em procedimentos fiscais específicos, voltados para análise das notas fiscais de entradas, relativas à aquisição de bovinos para abate, apuraram e efetuaram lançamentos de contribuições, por falta de retenção e recolhimento da contribuição social incidentes sobre a comercialização da produção de empregadores rurais, pessoas físicas e jurídicas, em face da responsabilidade atribuída ao reclamante, por sub-rogação.” (fls. 16);

Quanto ao direito e ao pedido, diz a reclamante que tem em seu favor decisão judicial transitada em julgado, que a exime de retenção (desconto) e do recolhimento da contribuição previdenciária instituída pelas 8.540/92, 8.861/94 e 8.870/94, incidente sobre a produção rural, a partir da competência de março de 1996.

Cita doutrina e, a final, pede a declaração de nulidade das mencionadas notificações fiscais de lançamentos de débitos, “lavradas com desrespeito ao julgado”. (fls. 21)

É o relatório.

Decido

Como se vê, quer o autor da reclamação que este Tribunal dê efetividade à decisão que proferiu em recurso de apelação, em mandado de segurança impetrado contra a Secretaria da Receita Previdenciária, em São Paulo, para eximir-se do pagamento da contribuição previdenciária instituída pela Lei 8.540/92, alterada pela Lei 8.870/94, a partir da competência de março/96, incidente sobre a produção rural.

A petição inicial, vazada em elevados termos doutrinários e consistente de apreciável fundamentação jurídica, data vênua de seus ilustres subscritores, não autoriza as conseqüências jurídicas ali preconizadas.

Não se lhe pode atribuir, é verdade, nenhum defeito técnico de articulação, de eventual ausência de requisitos formais à sua validade, ou de falta de enunciação de fato jurídico sobre o qual o autor assenta a sua justa pretensão. Ela só não é apta a alcançar o fim colimado, porque o seu pedido (frise-se: brilhantemente explicitado) não pode ser acolhido e deferido pelo Tribunal.

Embora incline-me a aceitar a tese de ser aplicável, no âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Regionais Federais, o instituto da reclamação, para garantir a efetividade de suas decisões mandamentais, sobretudo à luz do argumento de que esses pretórios têm poderes implícitos – dentre os quais o cautelar – indispensáveis ao exercício dos seus poderes explícitos, tal como se entendeu no julgamento da ADI 2.212, mencionada pelo autor, em que o Supremo Tribunal Federal reconhece que a adoção desse instituto pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está também em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais, tenho que a discussão acerca do tema, na hipótese presente (ênfasis: especificamente no caso *sub cogitatione*), perde a sua relevância, em face do que se pede objetivamente na inicial: para assegurar o cumprimento de decisão deste Tribunal, proferida em recurso de apelação em mandado de segurança, que se declarem, afinal, nulas as notificações fiscais de débitos, lavrados pela Receita Previdenciária, para assim preservar o respeito da coisa julgada material (fls. 21, *in fine*).

É de se ver, à toda evidência, que o pedido do autor – dê-se-lhe o *nomen iuris* de reclamação ou outro que o seja o direito constitucional de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal, revela-se na essência juridicamente impossível, seja porque o Tribunal, como órgão jurisdicional de revisão dos recursos, não pode tornar-se depois juiz de execução da decisão definitiva, seja porque se se trata realmente de reclamação, não é possível que ela se dirija a órgãos administrativos ou a terceiros, senão às instâncias inferiores, que realmente dão efetividade às decisões prolatadas em grau de recurso. Parece-me incontroverso que o art. 191 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que, julgada procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante do seu julgado, quis referir-se ao juízo de instância inferior, e a mais ninguém.

Demais, de elementar preceito processual que o juízo competente para fazer cumprir a sentença definitiva há de ser o mesmo da ação de conhecimento, enquanto que o Tribunal, no âmbito de sua competência revisional (não originária), julga dizendo o direito, mas apenas confirmando ou reformando a decisão que se lhe apresenta ao reexame.

E o que quer o autor? Em vez de buscar os meios próprios para se apurar a efetividade do seu direito, tenta reproduzir, por linhas transversas, o mandado de segurança, âncora do seu pedido, agora e diretamente a este Tribunal. Formula, portanto, pedido juridicamente impossível: um impulso que lhe não dá a lei, um tipo de tutela reclamada inexistente.

Com as mais respeitosas vênias aos eminentes subscritores da inicial, indefiro-a, nos termos do art. 295, parágrafo único, III, do CPC.

Registre-se.

Publique-se.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

Breviário

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.

Concurso público para juiz do trabalho da 18ª Região. Candidatos deficientes.

Aos candidatos deficientes aplicam-se as mesmas regras de avaliação de conhecimento às quais estão sujeitos os demais candidatos, não sendo de se deferir liminar no sentido de eximi-los da necessidade de classificação geral entre os 200 primeiros colocados, a fim de que possam alcançar as fases subseqüentes do concurso.

Ag 2004.01.00.021909-0/GO

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/07/05

CPMF. EC 21/99. Constitucionalidade. Período protegido por liminar deferida em mandado de segurança individual e em ação civil pública.

Estando suspensa a exigibilidade da CPMF por força de determinação judicial, quer em decorrência de ação individual por parte da apelada, quer em função de liminar proferida em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, não se pode cogitar de mora do contribuinte no período questionado.

AMS 2000.38.00.040253-5/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 29/07/05

Desapropriação. Imóvel rural. Reforma agrária. Fixação da indenização: desprezo da prova pericial.

A lei processual comum dá ao juiz liberdade na apreciação da prova (art. 131 – CPC), mas essa liberdade deve ser exercida de forma persuasiva, com as razões lógicas do convencimento, e não de forma subjetiva e arbitrária, em ordem

a que o juiz, que nomeou o perito por reputar imprescindível a realização da prova pericial, despreze o laudo e, sem determinar a produção de outro, em novos parâmetros, substitua-se ao perito e faça o seu próprio laudo com elementos por ele coletados, alheios às avaliações produzidas nos autos e estranhos à dinâmica da dialética processual: escrituras de transações imobiliárias requisitadas do cartório imobiliário.

AC 2003.01.00.000376-5/MT

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 3ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 08/07/05

Hidrovia Paraguai–Paraná. Autorização do Congresso Nacional que se faz indispensável diante da concretude das intervenções efetivadas a título de “estudos”.

A intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovia, por afetar diretamente interesses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la. Precedentes do TRF-1ª Região.

AC 1999.01.00.068811-3/MT

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 29/07/05

Isenção. Imposto de Renda. Pnud. Possibilidade.

Não incide Imposto de Renda sobre rendimentos percebidos por funcionários pertencentes ao Pnud, mesmo que sejam brasileiros, atuando no Brasil (precedentes do Primeiro Conselho de Contribuintes da Receita Federal).

AC 2001.34.00.012648-5/DF

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias – 8ª Turma

Publicação: *DJ 2* de 22/07/05

Litisconsórcio facultativo. Desmembramento. Preferência do idoso.

O STJ entende que, embora o desmembramento do litisconsórcio facultativo seja faculdade do julgador primário, ele somente se justifica se sua manutenção ensejar prejuízo à defesa ou retardamento do processo.

Se a lei pretendesse que a proteção ao idoso fosse condicionada ao fato de ele apenas poder litigar só, ou somente com os seus pares, teria assim expressamente dito, não havendo falar, pois, em “litisconsorte etário”, figura processual inexistente.

AgTAg 2004.01.00.057108-5/DF

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 15/07/05

SFH. Mutuário proprietário de outro imóvel já integralmente pago. Quitação do contrato de mútuo. Legalidade.

O fato de o impetrante possuir outro imóvel na mesma localidade do financiamento habitacional não impede a quitação do contrato de mútuo, tendo em vista que tal imóvel já estava quitado ao tempo da assinatura do contrato de mútuo e foi adquirido sem os recursos do SFH, além disso, a restrição prevista na Lei 8.100/90 não se aplica aos contratos firmados antes de sua instituição.

AMS 2001.38.00.002422-6/MG

Rel.: Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva(convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 29/07/05

Monografia

Ações Afirmativas no Brasil: Sistema de Cotas, Amplitude e Constitucionalidade

Davi Alvarenga Balduino Ala*

Introdução

(...) Estás preso à vida como numa jaula.
Estamos todos presos
nesta jaula que Gagárin foi o primeiro a ver
de fora e nos dizer: é azul.
O certo é que nesta jaula há os que têm
e os que não têm
há os que têm tanto que sozinhos poderiam
alimentar a cidade
e os que não têm nem para o almoço de
hoje.

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

(...) Há muitas armadilhas no mundo e é preciso quebrá-las.

Ferreira Gullar¹

Dois acontecimentos recentes no Brasil, que aparentemente não possuem relação entre si, na verdade demonstram a forte presença do racismo, da intolerância e do preconceito racial no País. Além do mais, algo que os aproxima é a maneira como a mídia conduziu os assuntos. No começo, o debate era fortalecido até mesmo porque a sociedade se sentia mobilizada – e era uma forma de aumentar a audiência – mas, depois, os dois eventos se eclipsaram na escuridão e na falta de tato generalizada que o brasileiro possui em discutir um tema que o amedronta, pois a ferida novamente torna-se exposta: existe ou não racismo no Brasil?

Em agosto de 2000, um grupo de sem-teto pacificamente reivindicou o direito de visitar um *shopping center* na cidade do Rio de Janeiro e se deparou com uma turba de lojistas freneticamente baixando e trancando as portas em sinal claro de que não era bem-vindo aquele tipo de consumidor². Será que realmente eles estavam lá para consumir algo ou só queriam sentir o cheiro de roupa nova e de um prato de comida que provavelmente não fazem parte do seu cotidiano? Seriam aquelas pessoas, na maioria negras, que lutam para conseguir um teto e abrigar suas famílias, uma afronta para as elites que rondam por lá diariamente? Afinal, o *shopping* é ou não um lugar público?

Três anos depois, nas comemorações do Dia da Consciência Negra em 20 de novembro, a cidade de Goiânia recebeu oito esculturas dos deuses do orixá, feitas pelo artista Tatti Moreno e exibidas no Parque Vaca Brava, região nobre da capital.

Como estavam expostas ao ar livre, fiéis evangélicos radicais proclamaram o descontentamento, realizando manifestações para que a Prefeitura retirasse as imagens. O ápice ocorreu quando evangélicos e militantes do Grupo Umbanda e Candomblé de Goiânia encontraram-se no lago e houve troca de acusações³. Novamente pergunta-se: a praça é um lugar público?

Ademais, podemos ilustrar os dois eventos com o testemunho de duas pessoas envolvidas. Abel Jair Mota, um dos líderes dos sem-teto que participou da ida ao *shopping* disse: “a discriminação da sociedade é muito pior às vezes que as condições em que vivemos”⁴. Ele estava se referindo indiretamente à dona de um quiosque que rapidamente fez questão de agarrar o mostruário de jóias de dezoito quilates. Já em Goiânia, durante a visita de mulheres da comunidade Kalunga às esculturas dos orixás, elas foram surpreendidas por freqüentadores gritando frases como: “chegaram mais macumbeiros ao parque”, em sinal claro de discriminação. Marta de Oliveira, assessora técnica da Superintendência da Mulher, que acompa-

nhava o grupo, denunciou: “o povo goiano é pobre de informações sobre a cultura negra”⁵. O fato é: não tiramos o direito de os fiéis reclamarem as suas desavenças, o problema todo era que a exposição dos deuses tinha caráter artístico-cultural, e não de provocação religiosa. Por isso, não cabia à Prefeitura censurar tais manifestações garantidas constitucionalmente.

Nesse sentido, ambos os fatos se interligam em torno do “espaço público”, ao qual estamos acostumados em denominar *shopping* e praça de “públicos”, porque permite a qualquer um freqüentá-los sem distinção de cor, raça ou sexo. Pouco se discute, mas o racismo existente no País extravasa-se nestes momentos em que parece ser apenas uma simples proibição, entretanto mescla-se com preconceito de classe, no caso do *shopping*, e ausência de liberdade de expressão, no tocante às esculturas. No Brasil, o racismo não antagoniza a sociedade em “branco” e “negro”, como por muito tempo ocorreu nos Estados Unidos e no *apartheid* da África do Sul. Ele, na verdade, está por trás da pobreza, da desigualdade social e, sem dúvida, também se esconde na intolerância. O que é mais desconcertante ao examinarmos os dois momentos é que as figuras do negro e da sua cultura ainda são inferiorizadas em pleno século XXI, mas que não é à toa se verificarmos a predominância elitista e branca na sociedade. Tomemos, como exemplo, o fim da escravidão em 1888. Nada se fez na tentativa de amparar aquela massa saindo do campo em direção às cidades, em busca de emprego e de lar. Esta massa que sem outra solução começou a subir os morros e construir as favelas que conhecemos hoje, a viver com subempregos e sendo obrigada a conviver com a violência e com a discriminação em ritmo acelerado. Mesmo assim, acreditou-se que a miscigenação praticada em larga escala nos casarões e nas senzalas abrandou as relações raciais, que negro, branco e índio convivem em uma “harmonia racial”, que em nenhum outro lugar do mundo é possível se presenciar, uma falácia que hoje não se aceita mais. Deste modo, formou-se um círculo vicioso, em que o papel da miscigenação fora glorificado, o afro-brasileiro foi se aglomerando nas classes mais baixas da população e o racismo a cada dia foi sendo negado com mais fervor.

À guisa de mostrar que, ao contrário do que se pensa, existe uma forte discriminação contra o negro e um racismo dissimulado na sociedade e de que ainda há saídas viáveis para a situação, faz-se presente este trabalho. A intenção é levantar alguns pontos e diagnosticar que a comunidade afro-brasileira e diversos militantes intelectuais já estão agindo para mudar esse quadro. E uma das possíveis soluções reside na concretização das ações afirmativas, que ganharam impulso a partir da segunda metade da década de noventa, embora ainda consistam em um tema polêmico, dividindo opiniões, mas que não deixam de ser necessárias para vislumbrarmos uma diminuição do preconceito e do racismo. E mesmo que fosse possível um consenso em torno das ações afirmativas sensíveis à raça elas

precisariam ganhar corpo legal e constitucional, introduzindo-as de vez no contexto sociojurídico brasileiro, marcados em sua maioria pela histórica exclusão do afro-brasileiro. Acreditamos que a saída de um “ideal” para um “real”, ou de um “dever ser” para um “ser” no tocante a tais políticas só seria possível se elas se tornassem legítimas. Como veremos, a chave para a legitimidade das ações afirmativas – mesmo esbarrando em alguns obstáculos – assenta-se na formação de um espaço público, condição *sine qua non* para a inserção do afro-brasileiro, seja nas universidades, no engajamento político, seja no livre expressar de idéias em demais organizações.

Tematicamente, o estudo se desdobrará em quatro momentos. Em primeiro lugar, verificaremos o conceito atual de ação afirmativa e de como se deu a sua origem nos Estados Unidos nas décadas de cinquenta e sessenta. Nesta nação, as políticas afirmativas surgiram para diminuir a forte segregação racial, mas tiveram como motivo condutor as diversas manifestações em prol dos direitos civis das minorias. Ao contrário, no Brasil nunca houve segregação nos moldes estadunidenses, entretanto por aqui surgiu um “racismo à brasileira” como caracterizou Roberto Damatta (1984), no qual se esconde uma profunda injustiça social por meio da separação de classes.

Na segunda parte temos a discussão voltada para a legitimidade das ações afirmativas em si. É o tópico mais importante, não só para dialogar com a nossa hipótese, mas para chamar a atenção daqueles que compartilham com a implantação de tais políticas para a urgência de que seja construído um âmbito público para o afro-brasileiro. Nas páginas que seguem, discutimos igualmente a questão da violência explícita e implícita contra o afro-descendente e da necessidade de que as políticas afirmativas sejam obedecidas em nome da lei. Por isso o papel do Estado em alavancar a discussão, pois é ele quem detém a autoridade. Antes de tudo, é preciso deixar bem claro que a maioria das expressões utilizadas ao longo do texto — como é o caso de “autoridade” e “violência” —, buscamos como referência teórica Hannah Arendt, pensadora de origem alemã, em cujos escritos esteve sempre presente a filosofia e a teoria política. Com um arguto juízo reflexivo, Arendt debatia os principais acontecimentos do mundo de forma crítica e lúcida, efetuando distinções conceituais não só para melhor situar o leitor, como também demonstrar as possíveis mudanças que um termo ganha durante o tempo. Nesse sentido, a sua obra foi o *leitmotiv* para o desenvolvimento de nossas observações.

No terceiro tópico, verificaremos alguns obstáculos que as ações afirmativas raciais no Brasil enfrentam. Algumas dessas barreiras são “importadas” pelas críticas nos Estados Unidos, como aquelas que se dão em torno do mérito individual e da igualdade formal; mas a principal reside na persistência do aclamado mito da

“democracia racial”, pelo qual durante muito tempo acreditou-se que o País não pudesse conviver com o preconceito e com o racismo.

Na quarta parte, depois de levantar os pressupostos da legitimidade das ações afirmativas, priorizou-se a forma em como se daria a efetivação destas iniciativas, uma vez que sendo legítimas aos olhos do Estado e da sociedade não significa que automaticamente elas tornar-se-iam concretas, palpáveis. Por último, finalizamos o trabalho com algumas considerações finais, ou melhor, com algumas “reflexões finais”, pois longe de querermos esgotar o assunto, o objetivo é incitar a todos que aspiram a uma nação mais igualitária e plural a tomar a direção para que se combata em seu seio o racismo e seus mais drásticos efeitos.

Para Murilo de Carvalho, “a desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática” (2004, p.229). Para uma doença como o câncer, um rápido diagnóstico impede que ela ganhe força e mate a pessoa. Já no caso da desigualdade social, que há muito tempo se conhece as causas mas pouco se fez para preveni-la, não existe outra alternativa além de buscar o remédio da consciência individual e coletiva e ir atrás das melhores vacinas contra uma outra moléstia: o racismo.

1. Conceito e origem das ações afirmativas

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional. Elas buscam também corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (Gomes, 2001, p.40-1). Sua presença no cenário político contemporâneo é recente, datada a partir da segunda metade do século XX, um período que ficou na História pelas marcas deixadas pelos crimes de genocídio e de racismo praticados em larga escala.

Limitar-nos-emos aqui a discutir a implantação de ações afirmativas sensíveis à raça e à inserção do afro-descendente na sociedade brasileira. Não que as outras minorias como índios, portadores de deficiência, mulheres e homossexuais não mereçam atenção, apenas queremos restringir o escopo do trabalho a um tema polêmico, que é o racismo dissimulado e a apatia da elite e de certos grupos políticos em querer tratar um assunto tão caro ao Brasil. Além disso, devemos limitar ainda mais o modelo específico de ação afirmativa com o qual estaremos lidando.

O atual debate em torno da aplicação das políticas afirmativas, que na Europa apareceram com o nome “discriminação positiva” pode ser dividido em dois gru-

pos. O primeiro grupo é o dos argumentos que sustentam o caráter indenizatório da ação afirmativa entendendo-a como uma compensação pelos prejuízos históricos sofridos pelas minorias, cuja situação se quer inverter. Podemos denominar esse conjunto de argumentos de *compensatórios*. Já o segundo grupo é formado pelos argumentos que defendem a ação afirmativa pelos benefícios de longo prazo que ela poderá gerar, conhecido como *conseqüencialistas* (Sell, 2002, p.19). Não tiramos o crédito dos que vêem as ações afirmativas como uma forma de compensar os afros-descendentes pela histórica espoliação sofrida, apenas acreditamos que esta é “tarefa dos cientistas sociais”, como ressalta o Professor Sell (*idem*, p.21). Desta forma, não cabe aos filósofos, aos cientistas políticos e aos juristas a simples análise de dados, e concluir que, se no passado os negros ajudaram a construir as grandes fortunas da elite branca por meio do suor da escravidão, seria a hora de compensá-los justamente. Na verdade, estes estudiosos devem buscar soluções *a posteriori*, questionando se as ações afirmativas seriam legítimas e legais perante o Estado Democrático de Direito; quais seriam os seus desdobramentos para garantir uma sociedade plural e um espaço público e, por último, se elas teriam como meta o devido reconhecimento da diversidade sociocultural no País. É por esse motivo que as ações afirmativas são também consideradas no seio deste segundo conjunto como *discriminações lícitas*, que podem amparar/resgatar uma fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada (Cruz, 2003, p.182).

Portanto, é no grupo dos *conseqüencialistas* que nos inserimos na discussão, perguntando: é possível que a nação brasileira comporte em seu seio as ações afirmativas como forma de se buscar uma sociedade mais igualitária para todos, excluindo, assim, qualquer forma de discriminação ou preconceito racial? Vejamos primeiramente os fatos.

Sabemos que no Brasil impera uma desigualdade socioeconômica gritante, que somos um País repleto de riquezas naturais, que temos uma pobreza assolando nossas cidades, configurada em violência e discrepância de renda entre os grupos sociais. Somos, como bem apontou o economista Edmar Bacha, uma “Belíndia”, ou seja, um País composto de uma pequena Bélgica com altos níveis de desenvolvimento e de uma grande porção pobre identificada com a Índia⁶.

Quando se fala, portanto, da aplicação de políticas afirmativas no Brasil, a grande parcela das classes média e alta “fecham a cara” e “balançam a cabeça” negativamente, na tentativa de dizerem peremptoriamente que não vale a pena desatar algo que já está incrustado em nossa História de escravidão e dominação do mais fraco pelo mais forte. Logo, afirma-se que o problema do afro-brasileiro é meramente a pobreza decorrente dos fatos históricos, nada invejáveis. Mas será que é só isso mesmo? Será que não falta maior divulgação do que seria realmen-

te, do que se pretende e de quais são as prováveis conseqüências das ações afirmativas? Hoje a mídia silencia diante do debate, deparando-se muitas vezes em confundir o sistema de cotas — que na verdade é apenas uma das modalidades de ação afirmativa⁷ — com algo muito mais abrangente, que busca estender a mão a uma parcela do povo brasileiro não acostumado a freqüentar os corredores das universidades e outros locais públicos. A atual função dos grandes meios de comunicação nos parece muito mais de deixar as classes média e alta “preocupadas” do que abrirem seus olhos, mostrando como o afro-brasileiro é capaz de adquirir condições iguais de oportunidade, dependendo somente da maior participação do Estado na discussão e do restante da população em querer abandonar progressivamente os seus preconceitos e estereótipos.

1.1. Ação afirmativa nos Estados Unidos

O conceito e a utilização da ação afirmativa (*affirmative action*) ganha terreno na política social nos Estados Unidos das décadas de cinquenta e sessenta⁸, período em que claramente era visível um racismo institucionalizado em lei. O país conviveu em ambas as décadas com movimentos de desobediência civil, com vistas a criticar o comando da política externa e concomitantemente buscava-se a ampliação dos direitos civis das minorias étnicas.

Desde a campanha para Presidência, John F. Kennedy já denunciava o des-caso e a negligência a que as classes minoritárias eram submetidas em setores como educação, saúde e previdência social. Estes temas foram apresentados como prioridades a serem enfrentadas no seu governo, juntamente com a corrida espacial e a defesa do país perante o temor comunista. Desta forma, dois meses após assumir o cargo, Kennedy expediu a *Executive Order*⁹ 10.925, com o fito de criar um órgão para fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho. Ao mesmo tempo, foi empregada pela primeira vez em um texto oficial, ainda que com uma conotação restrita, o termo *affirmative action*. De acordo com esta *Executive Order*, nos contratos celebrados com o governo federal,

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração à sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado (*apud* Menezes, 2001, p.88).

Com a morte de Kennedy em novembro de 1963, Lyndon Johnson assumiu a Presidência, procurando dar continuidade aos programas de inserção de minorias.

Aproveitando-se da sensibilidade e da perplexidade da sociedade estadunidense devido ao assassinato de Kennedy, Johnson conseguiu a aprovação do *Civil Right Act*, em julho de 1964¹⁰ que, entre outras garantias às minorias, assinala: a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho baseada em raça, cor, sexo ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo-se a universidade, pública ou privada (Título VII) (*idem*, p.90).

Sem dúvida, o ponto máximo que o debate atingiu na época foi o discurso de Johnson na *Howard University*, em junho de 1965, fazendo a seguinte consideração:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, “você está livre para competir com todos os outros”, e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões (*apud* Bernardino, 2002, p. 260; Menezes, *idem*, p. 91).

É com estas palavras e com a adoção da *Executive Order* 11.246 que veio à tona a amplitude do termo “ação afirmativa”. Em seu texto, exigia-se que não apenas fossem banidas práticas discriminatórias, como também se estabelecessem medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, com o escopo de corrigir as iniquidades decorrentes de discriminação presente ou passada¹¹. Segundo Menezes:

A *Executive Order* 11.246 reveste-se de um grande significado histórico, pois é a partir de seu surgimento que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas *positivas* crescem em importância e passam a ser avaliadas sob a ótica de *políticas governamentais*, o que viria sedimentar o conceito que se tornou conhecido por ação afirmativa (grifos do autor) (*idem*, p. 91-2).

A iniciativa dos EUA de combater de vez a segregação racial em seu território possibilitou que as ações afirmativas ganhassem vóo e alcançassem uma dimensão mundial. Como exemplo temos a adoção da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968) pela ONU, que deixa bem claro em seu art. 4º a defesa de “medidas especiais” para as minorias¹². Anos depois, o exemplo foi seguido pela Constituição canadense e após o regime do *apartheid*, o uso de ações afirmativas como medidas compensatórias foi garantido em lei na África do Sul.

Para Gomes, as políticas afirmativas nos EUA foram concebidas inicialmen-

te como mecanismos para solucionar o “dilema americano”, a saber, a marginalização social e econômica do negro na sociedade, estendendo, posteriormente, às mulheres, às outras minorias étnicas e aos índios e aos deficientes físicos (*in* Lobato *et al*, 2003, p.21). Não obstante as críticas que desde o início surgiram, as ações afirmativas conseguiram um relativo sucesso, tanto em relação aos diversos casos julgados pela Suprema Corte quanto pelo aumento do número de afro-descendentes que entraram nas universidades e no mercado de trabalho¹³. Ao analisarmos a questão da legitimidade das ações afirmativas, veremos o porquê de os EUA conseguirem um relativo êxito na implantação destas políticas, como também as principais críticas do modelo que, como veremos, são transformadas igualmente nos argumentos centrais dos que são contra a aplicabilidade das discriminações positivas no Brasil.

2. Sobre a legitimidade das ações afirmativas

Reportemo-nos à interrogação: é possível que a nação brasileira comporte em seu seio as ações afirmativas como forma de se buscar uma sociedade mais igualitária e, conseqüentemente, mais justa e sem qualquer forma de discriminação ou preconceito racial? A resposta é sim e acreditamos que as ações afirmativas exercem um papel importante para que tamanha ambição ganhe corpo. Além do mais, as ações afirmativas sensíveis à raça possuem um campo vasto de aplicação no Brasil, pois os negros representam quase 50% (negros e pardos) do total da população e, no entanto, encontram-se subjugados a uma elite branca dominante¹⁴. Porém, para que as ações afirmativas alcancem um certo êxito, elas precisam de se tornar “legítimas” tanto em relação ao Estado quanto em relação à sociedade civil.

O filósofo inglês Ernest Gellner certa vez disse: “houve tempo em que era moda ter crises de fé. Hoje temos crises de legitimidade”¹⁵. Mesmo carregada por uma euforia precipitada, uma vez que o debate em torno da crença divina ainda faz-se presente no cenário contemporâneo (principalmente em tempos de fundamentalismo), a afirmação de Gellner nos leva a refletir acerca de nossos passos como seres humanos e sobre a era em que vivenciamos agora, repleta de questionamentos críticos em relação à esfera composta pelo Estado e por suas leis. É claro que isto sempre esteve presente no debate dos autores clássicos, porém, muitas vezes o poder estatal vinculava-se ao poder clerical. Fé e legitimidade eram como irmãs siamesas.

Ao propormos levantar algumas considerações em torno da legitimidade das ações afirmativas no Brasil somos tentados a concordar com Gellner que existe, sim, alguma crise de como a aparelhagem do Estado é capaz de lidar com a situ-

ação das políticas sociais e raciais no País. É visível que a atitude da nação brasileira perante às minorias perpassa por delicadas situações, ainda que no Governo FHC tenha dado alguns avanços. Se hoje se discute a concretização ou não de políticas afirmativas é devido ao fato de que algo está em crise. A legitimidade e a autoridade do Estado para poder futuramente ampará-las é apenas um exemplo de uma turbulência ainda mais preocupante.

Neste tópico, procuraremos visualizar qual seria o verdadeiro teor de considerarmos as ações afirmativas como legítimas, interrogando: a) qual a importância das ações afirmativas para a fundação de um espaço público plural e democrático? e b) qual o papel do Estado no enfrentamento da discussão? Antes disso, vejamos um pouco sobre o conceito de legitimidade.

Embora o conceito de legitimidade seja de origem romana – do adjetivo *legitimus*, que significa “em conformidade com a lei” – tendo alguns resquícios na Grécia clássica¹⁶, o tema da “legitimidade do poder” ganhou dimensão na teoria e na filosofia política a partir de Max Weber, advindo juntamente com uma série de conceituações do autor, como os tipos de dominação (tradicional, carismática e legal), direito formal e direito material, ética da convicção e ética da responsabilidade¹⁷. As idéias weberianas, com um certo ingrediente vindo do realismo político, afirma que o Estado é o detentor do “monopólio legítimo da violência física”, ou seja, “considera-se o Estado como fonte única do direito de recorrer à força” (2003, p. 9). Tais considerações remetem aos fundamentos do tipo específico de dominação conhecida como legal, baseada na “crença da validade do estatuto legal e da competência funcional baseada em normas racionalmente definidas” (*idem*, p.11). Para Weber, o fato de o Estado deter o monopólio da força é importante devido a dois fatores: primeiro, por questões de sobrevivência, pois sem a aparelhagem complexa estatal corremos o perigo da volta ao estado de natureza, isto é, o retorno à guerra de todos contra todos, já ilustrado por Hobbes em *Leviatã*¹⁸. Em segundo lugar, somente o Estado é capaz de assegurar a obediência às normas, pois é daí que emerge o poder legítimo: “toda dominação organizada que pretenda manter certa continuidade administrativa requer uma conduta humana direcionada à obediência àqueles que pretendam ser depositários do poder legítimo” (*idem*, p.13). Ou seja, segundo Weber, o Estado desaparecerá quando não houver mais a necessidade de um poder coativo para induzir os indivíduos e os grupos a obedecer às regras necessárias para uma convivência pacífica.

Em uma interpretação das idéias weberianas, Bobbio afirma:

O monopólio da força é a condição necessária (...) para a existência de um grupo político que possa ser definido como Estado. Em todos os contextos, Weber acrescenta que essa “força” deve ser “legítima”. (...) O problema que antes se nos apresenta é que somente um poder legítimo está destinado a

durar no tempo e somente um poder duradouro e contínuo pode constituir um Estado (2000, p.137).

Não obstante Weber tenha aprimorado os sentidos contemporâneos de legitimidade, ainda é clara a dominância do princípio *ex parte principis* (da parte do governante) sobre o *ex parte populi* (da parte do povo), uma vez que a preocupação central do autor é a mera subordinação dos cidadãos ao Estado, sendo ele o único detentor do poder legítimo. Afirmamos que há uma predominância *ex parte principis* até mesmo pelo fato do próprio Weber ser considerado o “Marx da burguesia” (Bobbio, 2000, p.131) e em seus escritos sobre a legitimidade a noção que prevalece sempre é de “cima para baixo”, e não o contrário.

Na verdade, a dinâmica da conceituação de legitimidade – que obviamente acompanha a evolução dos organismos sociais – leva-nos a questionar se é possível a ausência das idéias de violência e força, estruturadas conseqüentemente por uma via que possibilite a participação da sociedade civil (*ex parte populi*). Acreditamos que esta seja a saída para a inserção de minorias (em nosso caso, dos afro-brasileiros) possibilitando no futuro próximo uma esfera pública mais participativa e inclusiva no País.

De início, podemos utilizar a atual definição de Lucio Levi, para quem a legitimidade nada mais é do que:

Um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão (*in Bobbio et al, 2004a, p.675*).

A esclarecida conceituação de Levi vem complementar a afirmação de Merle e Moreira, quando estes dizem que:

Não existe nenhuma ordem jurídica ou estatal absolutamente legítima: uma legitimidade absoluta tornar-se-ia um sistema incontestável de princípios de justiça, que pressuporia o cumprimento dos mesmos e o consentimento unânime por parte dos cidadãos (2003, p.10).

Com efeito, quando o assunto é a aplicabilidade das ações afirmativas no Brasil, pouco ou nenhum consenso tem havido em torno delas (Bernardino, 2004, p.15). Isto porque vivemos em uma sociedade plural, que tolera em seu âmago a diversidade de opiniões. Um consenso e um consentimento por parte dos cidadãos é impossível de ser atingido, mas o respeito à diversidade, configurada posteriormente na obediência às regras (sem, é claro, da recorrência à força) levará gradativamente à adesão da maioria, formalizando assim a legitimação do poder.

Quando pensamos a possibilidade da não-utilização da força (e como ve-

remos, a força distingue-se de poder) por parte do Estado, a primeira coisa que nos vem à mente seria a estabilidade democrática e uma maior participação do cidadão nas decisões públicas. A própria Constituição de 1988 garantiu alguma forma de participação política, conjugada nos artigos que compõem o Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Entretanto, quando pensamos nas políticas de inserção de minorias étnicas e raciais, verifica-se que ainda caminham a passos lentos, quase parando. Para Hannah Arendt, “a incapacidade do governo em funcionar adequadamente” é “de onde brotam as dúvidas dos cidadãos sobre sua legitimidade” (1999, p.34). Logo, ao proclamarmos o conteúdo legítimo das ações afirmativas, recuperamos paralelamente o sentido de governabilidade e da construção de um espaço público mais participativo.

2.1. Poder e violência: dilemas para a construção de um espaço público

Antes de adentrarmos na questão da legitimidade das ações afirmativas, vale a pena empreender uma breve análise sobre o significado da esfera pública segundo Arendt. Para a autora, tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. “Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública, em comparação com a qual até mesmo a mais fecunda e satisfatória vida familiar (...)”, como ela disse em *A Condição Humana* (2003a, p.67). Arendt afirma que a constituição e a manutenção de um espaço comum entre os homens surgiu primeiramente na Grécia Antiga com o nascimento da *polis*:

Antes que os homens começassem a agir, era necessário assegurar um lugar definido e nele erguer uma estrutura dentro da qual se pudessem exercer todas as ações subsequentes; o espaço era a esfera pública da *polis* e a estrutura era a sua lei (...). A *polis* não era Atenas, e sim os atenienses (*idem*, p.207).

Tais considerações são de importância vital para compreendermos o conceito de poder político segundo Arendt:

É o poder que mantém a existência da esfera pública, o espaço potencial da aparência entre os homens que agem e falam. (...) Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam (*idem*, p.212).

E mais:

O poder preserva a esfera pública e o espaço da aparência e, como tal, é princípio essencial ao artifício humano, que perderia sua suprema *raison d'être* se deixasse de ser o palco da ação e do discurso, da teia dos negócios e relações humanas e das histórias por ele engendradas (*idem*, p.216)¹⁹.

Como já constatado por João Adeodato, a metodologia arendtiana rotinei-

ramente tem em vista as diferenciações; ou seja, a autora estabelece distinções, “investiga(ndo) através da análise etimológica e semântica de certos termos-chave a observação de fenômenos históricos (...) como acontecimentos únicos” (Adeodato, 1989, p.101). Dentre os conceitos analisados por Arendt em algumas de suas obras, o *poder* e a *violência* merecem destaque. Como vimos, o poder está sustentado por uma pluralidade de homens quando decidem agir em conjunto, diferenciando-se da força, que é meramente individual. Por sua vez, a violência é entendida como detentora de um caráter instrumental, que depende sempre de meios técnicos para se efetivar, confundindo-se, assim, com a força²⁰. “A violência sempre pode destruir o poder; do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder” (Arendt, 1994, p. 42). Deste modo, Arendt conclui:

Insuficiente dizer que poder e violência não são o mesmo. Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, ela conduz à desaparecimento do poder (*Idem*, p.44).

Um exemplo empírico pode ser identificado em manifestações populares que acabam em conflito. Em primeiro lugar temos o *poder* na forma de cidadãos nas ruas, lutando para atingir um fim ou um objetivo e ação comuns. É por intermédio desses indivíduos que reside a pluralidade humana e a constituição de uma esfera pública, de acordo com Arendt. Em segundo plano, temos a polícia, que possui a *força*. Força que é sinônimo de “meio de coerção”. Por último temos a *violência*, que surge no momento em que as armas (instrumentos) dos policiais vêm à tona para massacrar o *poder*. Arendt mesmo pontua que a violência sempre necessita de implementos, mas mesmo assim ainda possui uma perigosa destruição: uma arma de fogo automática consegue abater inúmeros manifestantes populares. Logo, poder e violência se antagonizam quando expressos em caráter público, mas que não deixam freqüentemente de aparecer juntos (ilustrado por um eventual ataque dos manifestantes em direção à polícia).

Com isso, algumas indagações podem ser formuladas: qual a ligação, enfim, existente entre a formação de uma esfera pública em nome do poder — como conclama Arendt — e o conceito de legitimidade proposto por Levi?

Arendt é enfática ao dizer que “o poder não precisa de *justificação*, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que ele realmente precisa é de *legitimidade* (o grifo é nosso)”. Ao contrário da violência, “que pode ser justificável, mas nunca será legítima” (*Idem*, p.41). Logo, é transparente a distinção da noção de legitimidade vinda de Weber, que afirma que o poder legítimo deriva somente do Estado, detentor do “monopólio da força”. Em outras palavras, Arendt parte de uma idéia *ex parte populi*, ou seja, que o poder deriva de “bai-

xo para cima”, cuja máxima é: o poder é a essência de todo governo, mas não a violência. É por isto que não convém buscar obediência às leis pela violência (ou pela força, como assinala Levi), pois indica simplesmente a ilegitimidade de tal ato. Quem está no “poder”, não deve esquecer que quem os colocou lá foram os cidadãos, e estes buscam a ordem e, ao mesmo tempo, a participação assegurada por meio da estabilidade das leis. Sobre os dois pilares do espaço público, que são a obediência às leis e a participação nas decisões políticas pela população, André Duarte, no rastro do pensamento arendtiano, afirma:

É a partir da ênfase na questão da legitimidade do poder efetivado em atos e palavras não violentos que o fenômeno da obediência às leis e às instituições políticas de um país, assim como o próprio caráter dessa obediência, pode ser compreendido e diferenciado em relação àquela que é extorquida sob a ameaça da violência iminente. Enquanto a violência é imediatamente inquestionável, a obediência política é mediada pelo reconhecimento das determinações legais e pelo consentimento popular que lhes confere a sua legitimidade (...) Para que a própria legitimidade do poder constituído não se desgaste, é preciso que o espírito ou o princípio que presidiu a fundação do corpo político possam ser renovados cotidianamente, por meio da participação política dos cidadãos (2000, p.250;253).

Tais características são de suma importância para a implantação das ações afirmativas raciais no Brasil, já que elas almejam a maior participação do afro-brasileiro na sociedade (como no mercado de trabalho e no ensino superior), como também a devida anexação de cunho legal à Carta Magna, ou seja, tornando-se políticas públicas reconhecidas como leis e respeitadas por todos. Bernardino ressalta que as políticas de ações afirmativas visam a construir espaços caracterizados pelo respeito à diferença e que valorizem a diversidade (2004, p.36). Tais idéias podemos encontrar em Arendt, pois, para esta autora, a pluralidade humana tem o duplo aspecto de igualdade e diferença: se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais. Se não fossem diferentes, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Logo, “a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares” (Arendt, 2003a, p.188-9).

Além disso, vale atentar para as palavras de Carlos Wolkmer, que em seu artigo *Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito*, afirma que o pluralismo é o “paradigma nuclear das sociedades contemporâneas” (in Merle *et al*, 2003, p.419), construído ao longo das últimas décadas, cujo cimento é a inserção de novos atores, novos valores culturais e novos horizontes institucionais. Neste quesito, a globalização foi um fator-chave para a derrubada de fronteiras, possibilitando o intercâmbio, e na ênfase recente que pesquisadores e estudiosos estão dando para a sociedade civil democrática ao invés de serem guiados somente pelo Estado e pelo mercado.

O pluralismo pode ter como metas práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado. Certamente que o pluralismo jurídico tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas (*Idem*, p.420).

Em suma, é com o tripé “participação-pluralidade-obediência” que se constrói a legitimidade das ações afirmativas, concentradas na formação de um espaço público que acolhe as diferenças. Segundo Souza Cruz, “as ações afirmativas legitimam -se com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito”, e a necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige “a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades” (*op.cit.*, p.181-2).

Desta maneira, queremos enfatizar que as ações afirmativas no Brasil têm o mérito de ser construídas e debatidas nesta seara, de um País mais democrático do que antes, alicerçado por uma Constituição “cidadã”, que emergiu preocupada com a questão das minorias na sociedade, algo até então pouco sentido nas suas precedentes. Obviamente, muito há que ser feito ainda. A violência e o preconceito contra o negro persistem no âmago do problema. Se observarmos, por exemplo, os dados apresentados por Peter Fry, das 330 pessoas mortas pela polícia em São Paulo em 1998, nada menos que 128 (38,8%) eram negras. E não é só isso. Um estudo do sistema de justiça criminal do mesmo Estado revelou que entre os presos e acusados de roubo, tráfico de drogas, estupro e assalto à mão armada, os negros saíram perdendo em todas as etapas do sistema: 58% dos negros acusados foram presos em flagrante, contra apenas 46% dos brancos. Da mesma forma, uma proporção maior de brancos (27%) do que de negros (15,5%) aguarda julgamento em liberdade (*in* Bethell, 2002, p. 166). A violência contra o negro, se pudermos precisamente datá-la, remonta ao passado escravista do País e vem, dia após dia, aumentando devido à desigualdade econômica e à debilidade das instituições políticas²¹. Sem contar que ainda se perpetuam dois fatores que denunciam uma violência “tácita” contra o negro no País.

Em primeiro lugar, temos a prática corrente do insulto racial através da ofensa verbal. Entendemos o insulto como um “ato, observação ou gesto que expressa uma opinião bastante negativa de uma pessoa ou grupo” (Flynn *apud* Guimarães, 2002, p.171). No caso das injúrias raciais, elas são instrumentos da construção de uma identidade social estigmatizada, que visa à humilhação, em que “sua eficácia reside justamente em demarcar o afastamento do insultador em relação ao insultado, remetendo este último para o terreno da pobreza, da anomia social, da sujeira e da animalidade” (Guimarães, *ibidem*, p.169-173). O sociólogo Antônio

Sérgio Guimarães, após uma pesquisa das queixas registradas na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo, entre 1997 e 1998, constatou que o grande número de insultos registrados (76%) foi de ataques à honra pessoal. No entanto, os insultos aparecem na maioria das queixas relativas à discriminação nas esferas do trabalho, da vizinhança e do consumo, “o que reforça minha convicção de que as injúrias são usadas de forma bastante licenciosa, na sociedade brasileira” (*idem*, p.170-1). O autor acrescenta que a função ou a intenção do insulto estão ligadas a uma relação de poder, tanto no tocante à reprodução de uma ordem moral quanto à hierarquização entre grupos sociais. No caso brasileiro, especialmente na cidade de São Paulo, onde os dados foram coletados, para Guimarães, o insulto racial deve ser capaz de, simbolicamente: a) fazer o insulto retornar a um lugar inferior já historicamente constituído e b) re-instituir esse lugar (*idem*, p.171;194). É por isso que os insultos sempre visaram a algum estigma social, como a pobreza, o bairro que se mora, a religião, a escolaridade etc. Inversamente, a pesquisa demonstra que nenhuma característica física, além da cor – cabelos, lábios ou nariz, por exemplo – foi invocada nos insultos registrados, “ainda que saibamos serem comuns em canções e ditos populares” (*idem*, p.194). Com efeito, as conclusões do autor denotam que o objetivo dos insultos raciais, pelo menos em São Paulo, são a manutenção do *status quo* social e que a posição do negro na sociedade é imutável e inquestionável, garantindo, portanto, a perpetuidade do velho ditado popular que diz: “nós não temos um problema racial. No Brasil, os negros conhecem seu lugar”.

O segundo tipo de violência considerada “tácita” em relação ao afro-brasileiro deriva do mito da não-violência no Brasil²², segundo o qual o povo brasileiro tem a imagem de si mesmo como um povo generoso, alegre, sensual, solidário, que vive num paraíso edênico, desconhecendo o racismo, o machismo, o preconceito sexual e outras práticas criminosas. O mito da não-violência tem como aliado ao mesmo tempo o silêncio dos meios de comunicação em relação às novas propostas políticas para o fim da exclusão racial. É o que podemos constatar se observarmos que no País o racismo e a violência contra o afro-brasileiro estão no outro bairro, na outra empresa, na outra universidade, na outra cidade, entre outros, menos em nós mesmos (Santos *in* Lobato *et al*, 2003, p.86-7). Sempre achamos que as práticas discriminatórias derivadas do mito nunca estão entre nós, que aquilo que presenciamos cotidianamente pela televisão ou pelos jornais são meros casos isolados ou de uso exclusivo do “monopólio legítimo da força” do Estado weberiano.

Por isso, vale a pena, mais uma vez, recorrer a Arendt para clarear algumas de nossas reflexões:

O racismo, branco ou negro, é por definição repleto de violência porque

contesta fatos orgânicos naturais – uma pele branca ou negra – que nenhuma persuasão ou poder poderia mudar; tudo o que se pode fazer, jogadas as cartas, é exterminar os seus portadores. O racismo, enquanto distinto da raça, não é um fato da vida, mas uma ideologia, e os atos a que ele conduz não são atos reflexos, mas ações deliberadas baseadas em teorias pseudocientíficas. A violência na luta inter-racial é sempre assassina, mas não é “irracional”; é a consequência lógica e racional do racismo, que eu não compreendo como certos preconceitos vagos de cada um dos lados, mas como um sistema ideológico explícito (1994, p.55-6).

Por conseguinte, se lembrarmos as violências contra o afro-brasileiro, sejam aquelas explícitas ou implícitas, é para enfatizar que a violência institucional – aquela em que procura manter a opressão política por meio da predominância das classes dominantes (Corbisier, 1991, p. 218) –, ainda possui os seus reflexos no País, na forma de um “sistema ideológico explícito”, qual seja, na persistência da crença da não-violência juntamente com aqueles que insistem que não há racismo. Em outras palavras, é aquilo que Florestan Fernandes disse: no Brasil surgiu “uma espécie de preconceito reativo: o preconceito contra o preconceito ou o preconceito de ter preconceito” (1972, p.42)²³. Na mesma medida, se o conceito de classe é insuficiente para dimensionar a pobreza e a espoliação que o negro sofre no País, somos tentados a dizer que a cor, sim, é ainda um fator para se revelar as desigualdades econômicas. Desigualdades que se tornam preconceitos, que se torna “racismo tácito” e, por fim, viram barreiras “invisíveis” na busca de um consenso em torno da formulação de ações afirmativas.

Em suma, a violência que se opõe à formação de um poder impede o “querer” em torno de uma esfera comum entre os homens, fazendo-os dispersar para o interior da vida privada, como ensina Arendt. Ora, mas não é exatamente isso que presenciamos atualmente? A perpetuação da violência conjugada com a inexpressiva atitude do cidadão perante a vida pública? Estaríamos todos condenados ao nosso individualismo de cada dia e deixando ao léu as coisas como estão? É possível reverter tal quadro à luz da proposta da revitalização de um espaço público que comporte a pluralidade em seu seio?

2.2. O resgate da autoridade e da obediência às leis

Se o que se busca é a implantação das ações afirmativas no Brasil, e estas, apesar dos pesares, foram bem sucedidas nos Estados Unidos, foi devido ao fato de que já havia uma preocupação por lá de se formar uma esfera pública democrática para seus cidadãos. Na verdade, nosso País deveria se espelhar nas atitudes que lograram mundo afora, ultrapassando os obstáculos que impedem a concretização de propostas que eliminem a discriminação racial. Logicamente, tudo à sua maneira, com políticas que se encaixam na atual situação social do Brasil, e não

meramente “copiando” modelos prontos como de nossos vizinhos do Norte. Mas para alcançar os objetivos de nosso trabalho – vislumbrar se as ações afirmativas são legítimas à luz do resgate de um espaço público que inclua a pluralidade dos homens – não podemos deixar de diagnosticar o mérito que os “pais fundadores” da República americana tiveram em se preocupar com o nascimento de uma esfera comum para que os cidadãos pudessem ter voz e fossem ouvidos.

De acordo com Arendt, uma das grandes distinções que a Revolução Americana (1776) obteve frente à Revolução Francesa (1789) foi justamente a preocupação com o espaço público. Com o fim do *Ancien Régime*, os revolucionários franceses queriam colocar um fim no sofrimento e na miséria do povo, ou seja, libertando-o da tirania e da opressão. Ao passo que, como a pobreza degradante nos Estados Unidos era desconhecida, os “pais fundadores” da Revolução Americana permaneceram empenhados na fundação da liberdade e no estabelecimento de instituições duradouras. Assim, “nada que estivesse fora da esfera da lei civil era permitido” (Arendt, 2001, p.112)²⁴. Para Arendt, esta é a idéia central da revolução, “que é a instauração da liberdade, ou seja, a fundação de um corpo político que garanta o espaço onde a liberdade pode surgir” (*idem*, p.153). Portanto, a vantagem que a Revolução deste lado do Atlântico obteve sobre aquela foi o estabelecimento da Constituição e de um poder legítimo, que se assenta nas mãos do povo e nele se perpetua pela criação de um espaço público, que dá aos cidadãos a oportunidade de “serem republicanos e de agirem como cidadãos” (*idem*, p.311). Em suma, o que os “pais fundadores” fizeram foi simplesmente um “resgate” do significado de autoridade conhecido desde a época romana.

Por um lado, se o conceito de poder vinculado à esfera pública nasce na *polis*, Arendt afirma que durante toda a história grega não houve conhecimento do significado da autoridade, apenas da tirania. “Para a *polis*, o governo absoluto era conhecido como tirania, e as principais características do tirano era governar por meio de pura violência, protegendo-se do povo por uma guarda pessoal (...)” (2003b, p.143). A guinada no uso do termo autoridade se dá apenas na vida romana, uma vez que participar na política da época significava, antes de mais nada, preservar a fundação da cidade de Roma. Foi nesse contexto que o vocábulo e o sentido de autoridade apareceram originalmente: “a palavra *auctoritas* é derivada do verbo *augere* – ‘aumentar’ – e aquilo que a autoridade ou os de posse dela constantemente aumentam é a fundação” (*idem*, p.163-4). É por isso que Arendt acrescenta: quem era dotado de autoridade na antiga Roma era o Senado, que tinha o papel de resguardar a fundação e a tradição dos romanos.

Enquanto o poder se concentrava no povo, a autoridade era depositada no Senado — *potestas in populo, auctoritas in senatu* —, pois ali se encontravam os mais velhos, aqueles que estavam mais próximos do evento originário da fundação. O envelhecimento não era concebido como um avançar no

tempo, mas como um retroceder ao passado, um retornar às origens (Duarte, 2000, p.259).

Dizer que o importante é o resgate do sentido de autoridade para o Estado, de maneira alguma deve ser confundido com o “autoritarismo” que o passado brasileiro freqüentemente conviveu. Na verdade, queremos com isso afirmar duas coisas. Em primeiro lugar, com toda uma década de neoliberalismo, o papel do Estado para com as políticas sociais foi subjugado a favor da política econômica. Se poder e autoridade não são sinônimos mas apenas “bons amigos”, como salientou Adeodato (op.cit., p.176), somente quando o complexo estatal começar a atentar para o desenvolvimento social, tomando a dianteira em relação à aplicação de políticas públicas corretas, a sua legitimidade, aos poucos, poderá ser recuperada perante os cidadãos, pois são estes que detêm o poder. Parafraseando a célebre expressão de Weber, o Estado, na verdade, deteria o “monopólio legítimo da autoridade” e o povo o “cartel do poder”.

Em segundo lugar, a autoridade requer obediência, logo não adianta em nada a entrada em cena de propostas sociais, transformadas em leis, se elas de fato não forem obedecidas. Para Adeodato:

Mesmo considerando que o poder resulta do agir conjunto, há aquele momento inevitável em que, diante do ilimitado da natureza humana e das infinitas opiniões, por mais livre e democrático que o regime jurídico-político se apresente, é preciso decidir entre alternativas incompatíveis, agradar uns e desagradar outros; é aqui que uma certa dose de autoridade é desejável, ela obtém obediência sem apelar à possibilidade de força ou violência (*idem*, p.176).

Como vimos, o Executivo estadunidense deu o pontapé inicial para a adoção das ações afirmativas, proclamando definitivamente uma luta contra a segregação racial. Por lá, apesar das críticas, elas foram sendo gradualmente implementadas, pois havia o Poder Judiciário defendendo a atitude do Executivo e uma boa parcela da população (principalmente aquela engajada com as manifestações pelos direitos civis) que se sentia farta por tamanho racismo institucional. Portanto, queira ou não, houve nos EUA a obediência às leis, sem uso estrito da violência e nenhuma arbitrariedade foi utilizada, já que o poder político continuou com os cidadãos.

Como já afirmado, por aqui as ações afirmativas não vêm agradando a todos, mas há de se ter em mente que elas são necessárias para se corrigir as distorções sociais do passado e propiciar um espaço público mais igualitário e democrático no futuro. Uma postura mais ativa do Estado brasileiro seria um fator multiplicador, levando a discussão também para as empresas privadas, ONG's, escolas particulares, universidades, mídia entre outras²⁵. A recuperação da autoridade e o encorajamento do Estado em levar adiante as políticas afirmativas têm o mérito de barrar a

discriminação racial; propiciar uma igualdade de oportunidades até então inédita no Brasil; incentivar a população em favor da tolerância e, por último, o mais importante: buscar o fim da violência contra o afro-brasileiro, a saída viável para a promoção de um espaço público que comporta a pluralidade e o “agir em conjunto”, nos termos de Arendt. Um agir em conjunto que se assemelha ao “agir afirmativamente” de Joaquim Gomes, que é ter consciência dos problemas e tomar decisões coerentes com o objetivo de remediá-los (*in* Lobato *et al*, *op.cit.*, p.37).

3. Entraves para a implantação das ações afirmativas

Vimos que as ações afirmativas só podem ser consideradas legítimas em um espaço público que contenha em seu seio a diversidade e a pluralidade dos cidadãos. Autores como Gomes (2001), Siss (2003), Guimarães (2002) e Telles (2003) enfatizam que a aplicação de discriminações positivas sempre esbarra na: a) crença generalizada dos benefícios da miscigenação, que impossibilitou a separação de raças no Brasil, aliada à dificuldade de se compreender o significado de “raça” no País; b) pouquíssima divulgação da diferença entre “igualdade formal” e “igualdade material” e c) formação de uma meritocracia – semelhantemente da que nasceu nos Estados Unidos – que se traduz no direito ao mérito individual de cada cidadão. Analisaremos cada uma respectivamente.

3.1. A noção de raça e o mito da “democracia racial”²⁶

Desde a segunda metade do século XX, o conceito de “raça” vem sendo criticado pelas novas descobertas biológicas, uma vez que a espécie humana não comporta várias raças, onde o *homo sapiens* é singular em todo lugar do planeta, pelo menos na composição biogenética. Porém, seu uso não foi descartado pelos cientistas sociais, já que seu conceito é aplicado nos estudos sobre desigualdades socioeconômicas ou sobre a pobreza, revelando aspectos que o conceito de “classe” não poderia abranger. De acordo com Guimarães, “raça” é não apenas uma categoria política, necessária para organizar a resistência ao racismo, mas também é uma categoria analítica indispensável, a única que revela que as discriminações e desigualdades que a noção brasileira de “cor” enseja são efetivamente raciais e não apenas de “classe” (2002, p.51;77). Em um mesmo diapasão, Telles afirma: “raça é uma construção social, que fortalece distinções sociais, não possui(ndo) qualquer valor biológico (...) Continua a ser imensamente importante nas interações sociológicas” (2003, p.38).

Entretanto, já no final do século XIX, estudiosos não enxergavam as relações sociais desta maneira. O emergente campo da eugenia considerava os negros e mulatos como seres inferiores. Referindo-se diretamente ao Brasil, pesquisadores europeus e norte-americanos concluíam que devido ao clima tropical, ocorria um

enfraquecimento da integridade biológica e mental dos seres humanos. “Assim sendo, os eugenistas do século XIX estavam convictos de que a população brasileira exemplificava a degeneração biológica” (*idem*, p.43). Por aqui, os pressupostos da eugenia chegaram enfraquecidos pelo fato de que a idéia de miscigenação já estava confirmada, ao ponto de Sílvio Romero, em 1888, afirmar: “formamos um País mestiço.... somos mestiços se não no sangue, ao menos na alma” (*apud* Telles, *op.cit.* p.41). Todavia, isto não foi suficiente para retirar o temor da elite agrária de não se inserir no mercado capitalista e acabou sendo como solução a política de “branqueamento”, misturando brancos com não-brancos, como única forma de purificar a sociedade brasileira. O “branqueamento” no Brasil foi uma das principais sustentações da intensa imigração européia em direção às fazendas de café. Para os acadêmicos da época, o objetivo era duplo. Em primeiro lugar, esperava-se que os imigrantes brancos acabassem se mesclando à população nativa, de modo a diluir a grande população negra e, em segundo, de “melhorar a qualidade” da força de trabalho braçal, substituindo os ex-escravos (*idem*, p.46).

Concomitante ao declínio da imigração européia, a sociedade científica brasileira do início do século XX se deparou com a publicação de uma obra que veio acalorar o debate, ao proclamar que a miscigenação era o fator primordial, se não o único, a construir a identidade nacional do brasileiro: *Casa-grande & senzala*, de Gilberto Freyre. Já no prefácio da obra, Freyre afirma: “a miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que doutro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala” (2001, p.46). Ventura (2000) nos chama a atenção para o fato de que *Casa-grande & senzala* fora publicado em 1933, no mesmo ano em que Hitler chegou ao poder, durante o auge das idéias racistas na Europa, que desembocaram finalmente no maior dos genocídios de todos os tempos. Ou seja, a proposta freyreana era de dizer que no Brasil não existia qualquer prática que levasse ao racismo, aos moldes maniqueístas dos Estados Unidos (brancos e não-brancos), como também de negar que poderia ocorrer uma exterminação de outra raça como levado a cabo pelo nazismo. Portanto, uma das teses centrais da obra é demonstrar o caráter suave e benevolente da escravidão no Brasil, cuja violência teria sido amortecida pelo sistema patriarcal da família e pelos traços culturais do colonizador português (Ventura, 2000, p.42), possibilitando uma mistura entre as “três raças” e uma certa harmonia entre elas.

A influência de *Casa-grande & senzala* foi enorme nos círculos acadêmicos e governamentais, chegando na alta cúpula de Vargas, cujo governo utilizava-se dessa confraternização multirracial para levantar o orgulho dos brasileiros em torno de símbolos nacionais, como o carnaval e o futebol e, ao mesmo tempo, reconhecia a Frente Negra Brasileira (FNB) – a organização negra mais importante

da primeira metade do século XX. Logo, com a obra freyreana, cogitou-se então no País de que não havia qualquer tipo de discriminação e preconceito racial, que era impossível demarcar uma “linha de cor” e afirmar que “aquele é branco e este é negro” devido à forte miscigenação aqui ocorrida no passado. Logo, a figura ambígua do mulato transformou-se numa categoria intermediária entre o branco e o negro, demonstrando a mobilidade social defendida no País. É a partir disso que ocorre o despertar da expressão “democracia racial”²⁷.

3.1.1. Ascensão e queda de um mito

A ilusão de que no Brasil não havia nenhum tipo de discriminação e preconceito contra o negro, onde as “três raças” conviviam em uma “democracia racial”, teve o seu auge no período do regime militar (1964–1985). Mas isto não significa que antes já não havia os críticos dessa grande falácia. Já na década de cinquenta, a Unesco convidou alguns estudiosos do Brasil, dentre eles Florestan Fernandes, para compreender qual seria o segredo da nossa “paz racial”, em face do mundo marcado pelos horrores do genocídio e do racismo. No entanto, Fernandes surpreendeu a organização ao dizer que, mesmo que não possa parecer, o racismo estava muito difundido na sociedade brasileira, porém ficava coberto pela crença na miscigenação e na “democracia racial”.

Portanto, as circunstâncias histórico-sociais apontadas fizeram com que o mito da “democracia racial” surgisse e fosse manipulado como conexão dinâmica dos mecanismos societários de defesa dissimulada de atitudes, comportamentos e ideais “aristocráticos” da “raça dominante”. Para que sucedesse o inverso, seria preciso que ele caísse nas mãos dos negros e dos mulatos; e que estes desfrutassem de autonomia social equilibrante para explorá-lo na direção contrária, em vista de seus próprios fins, como um fator de democratização da riqueza, da cultura e do poder (Fernandes *apud* Guimarães, 2002, p.155).

Com a entrada em cena dos militares em 1964, o mito chegou em seu ápice e a “mera menção de raça ou racismo resultava em sanções sociais e, frequentemente, qualquer um que mencionasse a questão seria rotulado de racista” (Telles, *op.cit.*, p. 57). Foi, na verdade, uma situação confortável para os governantes. Pois ao mesmo tempo em que se reprimia qualquer sinal de contestação do movimento negro no País, exilando os principais acadêmicos na área de relações raciais – críticos cada vez mais ferrenhos ao mito da “democracia racial” –, os militares ratificavam a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 1968 e exaltavam a cultura afro-brasileira, como a Umbanda e, após a vitória da seleção brasileira na Copa do Mundo de 1970, “endeusando” jogadores negros como é o caso de Pelé. Com isso, garantia-se que no País a miscigenação ocorrida no passado fora salutar, pois esvaziou qualquer tipo de preconceito ou discriminação racial. E se levarmos em conta o “milagre eco-

nômico”, uma certa “coesão” social (à base da repressão, é claro) era necessária para que o Brasil continuasse nos trilhos do crescimento.

Com a “lenta e gradual” abertura política, iniciada com a revogação do AI-5 em 1978, abriu-se espaço novamente para a contestação civil. Neste mesmo ano, surge o Movimento Negro Unificado (MNU), que, na esteira dos seus antecedentes²⁸, principalmente a extinta FNB, luta pela inserção do negro na sociedade brasileira. Grosso modo, o MNU, em sintonia com a redemocratização, traz em sua agenda política três alvos principais, como ressalta Guimarães: a) a denúncia do racismo, da discriminação racial e do preconceito de que eram vítimas os negros brasileiros; b) a denúncia do mito da “democracia racial”, como ideologia que impedia a ação anti-racista e c) a busca de construção de uma identidade real positiva: através do afro-centrismo e do quilombismo, que procuram resgatar a herança africana no Brasil (2002, p.160).

No final da década de oitenta, mais precisamente em 1988 – ano do centenário da Abolição –, foi criada a Fundação Cultural Palmares que, entre outros objetivos, busca valorizar a cultura negra e formular políticas públicas contra a discriminação racial²⁹. Em outubro do mesmo ano, foi aprovada a nova Constituição Federal, considerada a “mais liberal e democrática que o País já teve, merecendo por isso o nome de Constituição cidadã” (Carvalho, 2004, p.199). Nela, finalmente, reconheceu-se o multiculturalismo, a defesa dos direitos humanos e da dignidade individual. No tocante à questão anti-racista, o art. 5º, inciso XLII, instituiu a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei³⁰. Sem dúvida, a nova Carta Magna possibilitou a ampliação da luta do movimento negro em prol da inserção do afro-brasileiro na sociedade, sem qualquer discriminação ou preconceito racial, além de colaborar para a derrubada do mito da “democracia racial”, chamando a atenção de todos para o racismo, que no País sempre esteve presente, mas de forma dissimulada, cuja raiz é a falsa idéia de que a miscigenação possibilitou um convívio pacífico entre as “três raças”.

Por fim, chegamos à década de noventa e início do século XXI com a forte presença do debate em torno da aplicação de políticas afirmativas. A partir da manifestação em homenagem aos 300 anos da morte de Zumbi, em 20 novembro de 1995, ativistas do movimento negro expuseram suas reivindicações ao Congresso e em reunião com o então Presidente Fernando Henrique Cardoso. No mesmo dia, o Chefe de Estado anunciou a criação do GTI – Grupo de Trabalho Interministerial –, que tinha como meta o desenvolvimento de políticas públicas de valorização da população negra. Tal medida abriu portas para uma série de contribuições tanto do Governo FHC quanto do Governo Lula que, no tempo presente, vem aprimorando as ações afirmativas no País. Vejamos algumas:

– seminário internacional sobre multiculturalismo e racismo, financiado pelo

Ministério da Justiça em 1996³¹;

– criação do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) no mesmo ano. A curto e médio prazos o programa buscava o estudo e o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso do negro aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta. A longo prazo, os objetivos eram abolir todas as leis discriminatórias, desenvolver políticas e regulamentações que buscassem combater a discriminação racial (Telles, *op.cit.*, p.78);

– Projeto de Lei 3.198/00, conhecido também como “Estatuto da Igualdade Racial”, de autoria do Senador Paulo Paim (PT/RS). Entre outras medidas contidas no projeto, estabelece 20% de cotas para afro-brasileiros nas universidades, nos concursos para cargos públicos e nas empresas com mais de vinte empregados. O estatuto também estabelece que filmes e programas televisivos deverão apresentar imagens de pessoas afro-brasileiras em proporção não inferior a 20% do número total de atores e figurantes. E, por último, institui o Fundo de Promoção da Igualdade Racial para a implementação de políticas públicas voltadas para a igualdade de oportunidades³²;

– em dezembro de 2001, o Ministério do Desenvolvimento da Agricultura e o Ministério da Justiça assinaram uma portaria que determina a contratação de 20% de negros para o quadro de funcionários (Moehlecke, 2005, p.209);

– concessão de “bolsas-prêmio” para candidatos afro-descendentes no concurso de admissão à carreira diplomática do Instituto Rio Branco. Tem início a partir de maio de 2002, por convênio com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), e com a participação de outros Ministérios e Secretarias de Estados do Governo Federal³³;

– criação da Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece a inclusão obrigatória na rede de ensino da temática “História e Cultura Afro-Brasileira” (art. 1º, §1º) e a inclusão no calendário escolar do dia 20 de novembro como “Dia Nacional da Consciência Negra” (art. 79-B)³⁴;

– em março de 2004, publica-se o primeiro edital do vestibular da UnB que destinou 20% das vagas para concorrência por candidatos negros (Moura *in* Bernardino *et al*, 2004, p.227-8).

Feita a reconstrução histórica da formação, persistência e posterior declínio do mito da “democracia racial”, ficamos convencidos de que o Estado vem colaborando com a inserção do afro-descendente, principalmente após a redemocratização, ganhando vigor a partir do primeiro mandato do Governo FHC. Todavia, não é possível proclamar que o mito está morto. Ao contrário, ele continua vivo, seja para moldar a cultura brasileira ou para erguer barreiras a favor do “racismo à brasileira”, constituído de discriminação e preconceito dissimulado e de violência

tácita em forma de insultos contra os afro-brasileiros.

3.2. O princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um outro fator que críticos e intelectuais conservadores recorrem quando querem desestabilizar as ações afirmativas. De acordo com este princípio – sustentado por um Estado liberal –, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie. Sua origem remonta à Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), que foi o primeiro documento visando a reconhecer a existência de direitos que são inerentes a todos os seres humanos, seja qual for o seu sexo, raça, religião, cultura ou, ainda, posição social. Posteriormente, com o advento da Revolução Francesa, um de seus objetivos era a abolição dos privilégios existentes para determinadas classes sociais. Por isso, ficou consignado na Declaração de 1789, no art. 6º, que: “todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos” (*apud* Vilas-Bôas, 2003, p.17-8).

Segundo Gomes:

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal, o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional (*in* Lobato *et al*, *op.cit.*, p.18).

É nesse sentido que o princípio da igualdade hoje não comporta em seu seio somente esta versão “estagnada” da igualdade, derivada do que foi expresso nas Revoluções Americana e Francesa³⁵. Assim, o princípio fora desdobrado em duas vertentes: a) igualdade formal (isonomia), que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei³⁶, significando que os “órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça” e b) igualdade material, que se refere ao princípio da redução das desigualdades, “o qual decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas” (Vilas-Bôas, *op.cit.*, p.20-1).

Já é perceptível, então, qual a *fonte constitucional* das ações afirmativas, que, ao contrário do que se possa pensar, não viola o “direito de propriedade de cada indivíduo” e não é a “institucionalização de um racismo” como afirmou Tostes (2005, p.1;3). O fundamento ético e jurídico deita apenas na capacidade de interpretação à luz da igualdade material, cabendo ao Estado Democrático “abrir os portões da oportunidade” – retomando o discurso de Johnson –, para aqueles que

historicamente nunca tiveram vez. Em outras palavras, não é uma determinação constitucional estática, acomodada na fórmula “todos são iguais perante a lei”. Pelo contrário, a *raison d'être* da igualdade material é propiciar condições para que se busque realizar a equalização de condições desiguais; ou melhor, trata-se apenas de “quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam”, como dito por Rui Barbosa (*apud* Menezes, *op.cit.*, p.152).

As conseqüências da interpretação da igualdade material levaram – e ainda levam – a inumeráveis debates travados tanto nos EUA quanto no Brasil. Discute-se muito se o Estado deve tomar realmente uma postura ativa e acabar por “ferir” as idéias vindas desde a época da fundação da República, que aqui no Brasil foram espelhadas desde a Constituição de 1824. Ora, se o fim a ser almejado é simplesmente a extinção das desigualdades sociais e do preconceito racial, possibilitando inclusive a inserção do afro-descendente em uma esfera pública, em nada o princípio da igualdade material vem de encontro com o que a nossa Constituição de 1988 sintetiza no preâmbulo, ao dizer que o Estado democrático é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”³⁷. Além do preâmbulo, alguns artigos da Carta Magna já versam sobre a preocupação com o direito à diferença e a superação das desigualdades a serem defendidos no País³⁸.

Ao tomar a dianteira para a superação dos vários tipos de discriminação, o Estado nada mais faz que renunciar à suposta neutralidade defendida pelos ideais iluministas de isonomia, adotando uma postura ativa em relação às questões sociais. Curiosamente, Gomes, ao analisar a distinção entre o princípio da igualdade formal e o da igualdade material, concluiu:

Diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos “instrumentos” de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade (*in* Lobato *et al*, *op.cit.*, p.38).

Já Arendt, em uma de suas reflexões sobre a segregação nos EUA, afirmou:

O princípio da igualdade, mesmo na sua forma americana, não é onipotente; não pode igualar características naturais, físicas. Esse limite só é atingido quando são eliminados os extremos das desigualdades da condição econômica e educacional (....) A igualdade não só tem a sua origem no corpo político; a sua validade é claramente restrita à esfera política. Apenas nesse âmbito somos todos iguais (2004, p.268;272).

Logo, a autora corrobora duas de nossas preocupações aqui explicitadas. A primeira, da necessidade de o Estado pensar a igualdade material, igualando as

condições de oportunidades dos historicamente excluídos, e a segunda, do imperativo de se permitir um espaço público mais igualitário, sem distinção racial na sociedade brasileira, única forma de garantir que sejamos considerados “iguais” perante o próximo e perante a lei.

3.3. Cotas e mérito individual

O mérito individual é considerado um dos pilares da construção da idéia de igualdade formal, e ela não é de hoje. Platão já afirmava que a igualdade dependeria do mérito individual, sendo assegurada a todos os cidadãos as mesmas oportunidades de adquirir o conhecimento necessário (*apud* Vilas-Bôas, *op.cit.*, p. 4). Tanto no Brasil quanto nos EUA, os críticos das ações afirmativas se apegaram muito com a questão do mérito de cada um para dizer que tais políticas são inconstitucionais. Vejamos primeiro o caso estadunidense.

Os argumentos contrários pelos opositores da *affirmative action* nos EUA se dividem em três ramificações: a) do argumento meritocrático; b) da estigmatização dos sujeitos dessas políticas e c) da formação de uma *underclass* no país.

Pela própria formação individual da nação, a maior parte da elite branca é contrária à implantação das ações afirmativas, porque elas caminham no sentido contrário ao sistema meritocrático. Ao estabelecerem outras características ou critérios de eleição não lastreados na habilidade, qualificação profissional e educacional dos indivíduos, elas contrariam fortemente o credo americano no mérito individual, demonstrado na competição entre os indivíduos a partir de oportunidades iguais. Segundo Siss, “a ideologia do individualismo e da meritocracia constituem o núcleo central desse argumento. Direitos individuais e direitos coletivos estão aqui em confronto direto” (2003, p.119). Em segundo lugar, o argumento em relação à estigmatização dos sujeitos deriva justamente da primeira crítica. Aqui, afirma-se que os que se beneficiam das políticas de ação afirmativa tendem a ser percebidos e a perceberem-se a si mesmos em termos de inferioridade, quando comparados aos que foram selecionados pelo princípio do mérito individual.

Por último, as políticas afirmativas nos EUA são criticadas por serem tidas como responsáveis pela formação de uma *underclass*, ou seja, por um segmento populacional que seria caracterizado, em grande parte, por afro-americanos, que “tornou-se altamente dependente do *welfare* – previdência social, afastou-se do mercado de trabalho, e possui uma alta incidência de mães solteiras e/ou adolescentes” (*idem*, p.119).

Ao contrário, pelo fato de o Brasil nunca ter conhecido um estado de bem-estar social (*welfare state*), é impossível surgir uma *underclass* por aqui, pois a pobreza ou espoliação que os afro-brasileiros vivem hoje fala por si só, e o Estado pouco fez para inverter a situação. Sobre a estigmatização, acredita-se que se um

afro-brasileiro garantiu o diploma universitário por meio de cotas, o seu diploma seria considerado como de “segunda categoria”. Por fim, os contrários à ação afirmativa no Brasil ultimamente apelam para a noção de mérito individual para desestruturar a utilização das cotas; a forma mais extrema, porém mais rápida a garantir o acesso à universidade e à carreira pública. Segundo Telles, “os críticos partem do princípio de que a admissão à universidade, que é totalmente baseada apenas no resultado de provas de admissão (o vestibular), é inequivocamente baseada em mérito” (*op.cit.*, p.287). É o que certa vez disse uma estudante para o antropólogo Peter Fry: “quando fiz o vestibular, o critério para ingresso foi a nota da minha prova e não a cor da minha pele” (*op.cit.*, p.192).

Para Sales Santos, após realizar uma pesquisa na UnB quanto à pós-graduação no primeiro semestre de 2002, constatou que 68,3% dos pós-graduandos não concordam com a implantação das cotas e deste percentual, 15,5% acreditam que o mérito deve ser o critério exclusivo de seleção da universidade. Nesse sentido:

Os dados aqui apresentados nos mostram que o conceito de mérito ou a capacidade, a habilitação, a inteligência, o talento ou simplesmente a qualidade que torna alguém digno de prêmio, conforme nos indica o *Dicionário Aurélio*, não pode ser medido ou invocado somente na linha de chegada à universidade, o vestibular (...). Não se trata aqui de negar o mérito de quem passou no vestibular, mas de ampliar esse conceito, para não excluirmos outros alunos talentosos que experienciaram condições desfavoráveis de estudo (*in Lobato et al, op.cit.*, p.121)

O mérito individual é formalizado em lei e está consagrado no art. 208, inciso V, da Constituição de 1988, que postula o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a *capacidade de cada um* (o grifo é nosso)”³⁹. No entanto, não podemos deixar de verificar que o vestibular é um instrumento categoricamente excludente e elitizado de ingresso ao ensino superior, pois somente aquele candidato que estudou em uma boa escola de ensino médio e/ou pagou pelos melhores “cursinhos” estão verdadeiramente aptos para fazer uma boa avaliação. Sem contar que é necessária uma dedicação quase exclusiva aos estudos. Portanto, é dentro deste contexto que verificamos a pequena absorção de jovens afro-brasileiros nas universidades públicas e privadas do País. Guimarães considerou cinco fatores que levam ao não-ingresso do negro no ensino superior: a) pobreza; b) a qualidade da escola pública; c) preparação insuficiente; d) pouca persistência (pouco apoio familiar e comunitário) e e) a forma de seleção (o exame de vestibular não deixa espaço para que outras qualidades e potencialidades do aluno sejam avaliados) (*in Lobato et al, op.cit.*, p.78).

Ao que tudo indica, a sociedade brasileira está se mobilizando para tentar reverter a situação. Temos como exemplo a explosão de cursos pré-vestibulares dedicados exclusivamente para afro-brasileiros carentes, coordenado na maioria

das vezes pelo movimento negro e movimento religioso⁴⁰; e a inédita aprovação do edital do processo seletivo da UnB com sistema de cotas, anteriormente citado. Contudo, ainda persistem as ríspidas argumentações em favor do “mérito” acadêmico, vindas principalmente de reitores, intelectuais e pela ala conservadora do Poder Judiciário, esta última insistente em expedir mandados contra a reserva de vagas no ensino superior, como recentemente ocorreu com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Uerj). Pergunta-se: haveria um consenso na sociedade contra a inclusão de cotas nas universidades?

Em pesquisa realizada em 1995 pelo Instituto DataFolha sobre racismo, dentre as perguntas do questionário, desejava-se saber a opinião do brasileiro sobre as cotas⁴¹. O resultado não é nada surpreendente. Quem, na verdade, *rejeita* as cotas é a classe média e a elite branca (53,3%), ocorrendo o inverso em relação aos negros (pretos e pardos), que são a favor das reservas de vagas (51,5%). A proporção aumenta ainda mais quando se leva em conta o grau de escolaridade do entrevistado. Entre os que tinham quatro ou menos de quatro anos de formação escolar, entre 76% e 86% da população preta e parda e entre 59% e 78% dos brancos apoiavam as cotas. Entre os brancos com nível universitário, só 4% apoiavam (Telles, *op.cit.*, p.288). Ou seja, evidentemente, quanto mais se aumenta a renda dos grupos favorecidos, mais são contrários às cotas, em sinal claro de preservação do *status quo* de seus privilégios.

A questão do mérito individual, somada com a parca idéia da igualdade formal entre todos e do mito da “democracia racial”, forma a tríplice barreira contra a implantação de ações afirmativas no Brasil. Em outras palavras, o problema derivava-se ao mesmo tempo de uma concepção social, jurídica e histórica, a qual sempre impediu a inserção e a busca de maior representatividade do afro-brasileiro na sociedade. Como vimos de forma teoricamente satisfatória, o espaço público necessita em seu âmago da ausência de violência, mas ao mesmo tempo da formação do poder baseado na pluralidade e no interesse comum. Seria, então, o Estado brasileiro capaz de estruturar e garantir a concretização de políticas afirmativas sensíveis à raça? Se sim, quais são os pressupostos para a sua efetivação?

4. Da legitimidade à efetividade das ações afirmativas

Segundo Bobbio, é com base no princípio da efetividade que um ordenamento continua legítimo; caso contrário, cabe aos cidadãos o direito à resistência (2004c, p. 91-2). Este, um direito inalienável, pois se a autoridade do Estado é que garante a eficácia da obediência, o poder para retirá-la do mesmo está nas mãos do povo. Nesse sentido, quando se leva em conta as políticas públicas de inclusão do afro-brasileiro é necessário a observância do tripé “participação-pluralidade-

obediência”, do qual se origina a fonte de sua legitimidade, mas isso não significa que as mesmas tornar-se-iam, de cara, efetivas.

Para isso, precisa-se tanto de uma postura ativa do Estado brasileiro quanto de uma intensa mobilização da sociedade – principalmente da elite que insiste em refutar as ações afirmativas – para que alguns pressupostos se tornem realizáveis e não leve a autoridade ao descrédito. Verificar alguns destes pressupostos é o objetivo deste penúltimo tópico.

4.1. Participação: novas políticas universais

Sem dúvida, a primeira característica que chamamos a atenção para a efetividade das ações afirmativas é a que possibilita a maior participação do afro-brasileiro na esfera pública. É notável que a posição do negro no País está muito condicionada à sua condição na hierarquia racial e social, relegado às classes baixa e média baixa. Desta forma, são poucos os que chegam à universidade – *status* necessário para o acesso ao mercado de trabalho altamente competitivo – e aos processos políticos, qual seja, da militância nos diversos movimentos e da dinâmica governamental. Isto porque a pobreza e a desigualdade social são fatores negativos persistentes que a estabilidade econômica da segunda metade da década de noventa não conseguiu eliminar.

No Brasil, a maioria dos defensores das ações afirmativas conclui que elas só poderiam ser implantadas se viessem acompanhadas por políticas mais amplas ou universais, única maneira de garantir a diminuição do racismo e da discriminação racial e, ao mesmo tempo, pudesse combater a pobreza e os seus males. É daí que parte o valor positivo das ações vindas desde o Governo FHC no tocante à tentativa de erradicar o trabalho infantil; em quebrar as patentes dos remédios contra a Aids e em criar a Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Mais recentemente, no Governo Lula, temos o combate à fome por meio do “Programa Fome Zero” e também a inédita aprovação da Reforma do Judiciário. Segundo Siss:

As políticas de ação afirmativa não dispensam, de forma alguma, as políticas de caráter universalistas, de equidade de oportunidades. Se assim fosse, seriam antes privilégios, que reparadoras de direitos (...) Elas devem, portanto, ser implementadas por tempo determinado nas áreas – quase todas, no nosso caso – em que as desigualdades de acesso e de realização com base na raça ou cor das pessoas se manifestem comprovadamente (*op.cit.*, p.191).

Outra vantagem que possui o “casamento” de ação afirmativa com políticas universalistas é a de elevar a auto-estima dos afro-brasileiros, levando-os a recorrer e a identificar-se com a cultura negra. Desta forma, permite-lhes também buscarem papéis mais ativos na sociedade, de se auto-reconhecerem como partes de um movimento em prol da diversidade e do fim do preconceito racial. Isto tem

reflexo na formação de novos espaços públicos, seja na universidade, nos centros de cultura negra, ou mesmo no seio de organismos não-governamentais, que queira ou não, garantem a pluralidade e a discussão em pauta sobre a preservação da cidadania e a ampliação de políticas públicas em seu favor. Sem dúvida, esta reflexão encontra respaldo no pensamento de Arendt, pois o espaço público não possui uma localização geográfica fixa, fazendo-se presente onde o poder é capaz de surgir entre os homens, quando estes sentem a necessidade de um “agir em conjunto”, de *serem ouvidos e terem voz*.

Em um outro diapasão, as políticas afirmativas vêm no sentido de solidificar as categorias raciais, pois a identidade afro-brasileira iria ser exaltada como nunca. Esta é uma outra característica que contraria a elite brasileira, porque isto poderia “polarizar o País” em branco e negro, como disse Telles (*op.cit.*, p.283). O segundo argumento da elite remete à noção de igualdade formal, cujo foco é a igualdade de todos e que a lei não distingue grupos. Ora, o que podemos dizer é que as ações afirmativas buscam a extinção do racismo dissimulado, com a inserção do afro-brasileiro em espaços públicos antes inatingíveis, demonstrando que brancos e negros possuem as mesmas faculdades e o que precisam é de alçar as mesmas oportunidades. Isto é o que o princípio da igualdade material aspira e, como vimos, alguns artigos da Carta Magna já enfocam este tema. E, diferentemente do que se pensa, o Brasil não será polarizado, pois a miscigenação, apesar de toda a sua glorificação, é um fator que impede o segregacionismo, nos moldes estadunidenses.

4.2. Pluralidade: educação e diversidade

A educação brasileira é um espelho que reflete os maiores índices de desigualdades raciais e de renda. E não é só no ensino superior. O preconceito aparece desde a pré-escola e as crianças são alvos fáceis, pois a reação delas, na maioria das vezes, é o silêncio, e quando reagem, são recriminadas pelos professores. Em pesquisa realizada por Eliane Cavalleiro, foi constatado que no ambiente pré-escolar existe um tratamento mais afetivo em prol da criança branca. Em um dos relatos, observou-se que no término da aula, os professores beijavam quase todos os alunos brancos, envolto de perguntas como “que criança mais linda, você quer ser minha filha?”, o que raramente ocorria com alunos negros e pardos. Estes sentiam que havia discriminação, pois eram excluídos das brincadeiras com outros coleguinhas, sendo vítimas até de insultos raciais de outras crianças, na presença de outros professores que, por fim, se mostravam indiferentes (*apud Queiroz, in Bernardino et al, 2004, p.141*)⁴².

Em uma outra situação, Telles cita o caso de uma professora no Sul do Brasil, que se manifestou da seguinte maneira para um grupo de estudantes brancas: “es-

sas meninas são as mais disciplinadas e caprichosas. São muito inteligentes, são mais claras. As mães são mulatas e os pais parecem brancos. Elas estão sempre limpas e não se misturam muito”. Sobre o grupo de alunos negros disse: “eles não conseguem aprender, são preguiçosos e desistem rapidamente. Eles só querem saber de samba e futebol. Está no sangue” (*op.cit.*, p.241).

O que ocorre no início da vida escolar tem um efeito extremamente nocivo no futuro, onde a auto-estima é corroída, fazendo as crianças evitarem o círculo escolar por inúmeros motivos. Sem contar que a imagem e a identificação com a cultura afro-brasileira são depreciadas em favor da cultura branca, cujo objetivo final é de se tornarem parecidos com aquele modelo preestabelecido de beleza e de comportamento. Ademais, aqueles que conseguem “driblar” os obstáculos do trajeto escolar e estão decididos a continuar estudando são confrontados agora pelo vestibular e sua “seletividade” que já tivemos a chance de discutir. Os números não mentem. A quantidade de afro-brasileiros nas universidades é realmente ínfima. A USP, maior instituição de ensino superior do País, em 2001, contava com apenas 8,3% de negros (dentre eles, 7% de “pardos” e 1,3% de “pretos”) para uma população de 20,9% de “pardos” e 4,4% de “pretos” no Estado de São Paulo! (Guimarães *in* Lobato *et al*, *op.cit.*, p.75). No entanto, quando conseguem entrar, a maioria deles está alojada nos cursos denominados de “baixo prestígio”, como Pedagogia, Geografia, Artes, entre outros. Por outro lado, as graduações que exigem uma nota mais alta na prova de seleção como Medicina, Direito, Engenharia Civil e Psicologia que, invariavelmente, são mais “concorridas” no mercado de trabalho, simplesmente ignoram o fato de suas salas de aula não terem afro-brasileiros.

O que podemos concluir é que o sistema de cotas, a curto prazo, seria uma alternativa viável para a inclusão afro-brasileira na universidade. Para tanto, é necessário o abandono pela elite branca do ideal de “mérito individual”, pois, como sabemos, a aprovação no vestibular não se trata de nenhum mérito, e sim que o candidato teve condições financeiras para melhor se preparar para as provas.

Sem dúvida, a escola possibilita a formação do futuro cidadão e de acordo com o que se viveu no passado, reflete-se no futuro de suas ações como adulto. A criança, portanto, para crescer no seio de uma sociedade plural e democrática há que ser instruída desde cedo para a diversidade, que ser acostumada a lidar com as diferenças naturais de cada um, aprendendo, assim, a respeitar o outro. Bobbio enfatiza que o preconceito e o racismo nascem na cabeça dos homens e é preciso combatê-los justamente *na cabeça dos homens*, isto é, com o desenvolvimento das consciências e com uma educação orientada para valores universais: direitos humanos, dignidade humana, ética, pluralidade racial etc. (2002, p.117;130). Hélio Silva, por sua vez, afirma que com a “psicologia reversa” já é possível lidar com

isso no processo educativo brasileiro, uma vez que, segundo o ex-coordenador do GTI, “as pessoas não nascem racistas”. Para ilustrar uma hipotética situação, Silva afirma que se pegarmos um grupo de recém-nascidos e colocá-los em uma ilha, tendo ali todas as etnias possíveis juntamente com educadores adequados, um chinês vai perceber que o negro tem o olho diferente do dele, um cigano vai perceber que o outro tem um cabelo diferente, mas essas diferenças físicas não serão suficientes para fazer com que um discrimine o outro. Resumindo, “a sociedade é que discrimina a partir do físico” (2002, p.36).

4.3. Obediência: anti-racismo e o fim da violência

Como vimos anteriormente, a violência contra o afro-brasileiro pode ser presenciada por aquela “explícita”, quanto por aquela denominada “implícita” ou “tácita”.

A primeira verifica-se por meio do aparelho coercitivo do Estado na forma da polícia, que não mede esforços para ter o negro como o principal da lista de possíveis acusados de crime. Os defensores das ações afirmativas sempre são confrontados com a seguinte pergunta: “mas como identificar quem é negro e quem não é?”. Ela pode ser respondida com muita facilidade por qualquer homem ou mulher policial, que quase sempre vê o negro como culpado previamente de um delito. A despeito disso, o abuso policial e a discriminação não são de hoje, cujas raízes repressivas remontam ao fim da abolição, com a introdução da “Lei da Vadiagem”, uma política que criminalizava a desocupação ou o perambular nas ruas, geralmente aplicada contra homens negros desempregados, cuja culpa é da maneira com que os ex-escravos foram abandonados e lançados à rua sem direito algum. Mais recentemente, a redemocratização e a Constituição cidadã de 1988 não conseguiram diminuir muitas das práticas próprias do regime militar, como a tortura e a execução sumária, pois ainda faz-se presente a militarização da segurança pública, cuja organização estrutural assemelha-se bastante com a da ditadura e é preservada ainda hoje.

A segunda forma de violência contra o afro-brasileiro é alicerçada pelos inúmeros casos de insultos raciais ou piadas de “humor negro”, onde temos como consequência a queda da auto-estima do insultado e a perpetuação do mito da não-violência. Isto porque, acredita-se, que é necessário levar “tudo na brincadeira”, que a alegria e a piada fazem parte da natureza do brasileiro. Mas, com isso, a discriminação e o preconceito se fortalecem, uma vez que se pratica inconscientemente.

Ambas as formas de violência são perniciosas e denigrem a identidade afro-brasileira, mas podem ser combatidas reforçando as leis anti-racismo no País. Atualmente o racismo é considerado crime tal como dispõe o art. 5º, inciso XLII,

da Constituição. A Lei 7.716/89 define, por sua vez, os crimes resultantes do preconceito de raça ou de cor. Todavia, a jurisprudência aceita o crime somente se ele é explícito e quando há claramente a intenção de ser praticado. Novamente Telles:

A legislação anti-racismo se limita aos tipos de racismo mais ostensivos, que normalmente envolvem injúria, representando, portanto, uma pequena parcela das várias formas de discriminação racial e refletindo a percepção estreita do sistema judicial sobre o que constitui racismo na sociedade brasileira (*op.cit.*, p.268).

Em vista disso, o racismo sutil nas formas de piada e insultos do dia-a-dia, fica em aberto e sem qualquer tipo de repreensão, justamente pela falta de provas necessárias. Uma das soluções em voga parte justamente dos advogados do movimento negro. Estes que buscam aprovar uma legislação civil para inverter o ônus das provas. Ou seja, em vez de a vítima ter de provar que sofreu a discriminação, o acusado passa a ter de provar que tomou medidas para não discriminar. Caso contrário, entra em cena as sanções cabíveis. Este caminho tem o valor de incentivar os insultados a procurarem os seus direitos e a não se sentirem intimidados diante da lei, geralmente alegada como “inútil” ou “letra morta”.

O novo caminho do anti-racismo no País não se efetivaria se não fosse acompanhado pela postura ativa do Estado em levar o debate para o Congresso, engendrando o resgate da autoridade – tal como proposto por Arendt –, que em última instância é capaz de garantir a obediência dos cidadãos às regras do Estado Democrático, sem a recorrência à força propriamente dita. A obediência também serve para frear a constante violência e arbitrariedade policial, que se julgam acima de tudo, isto é, tendem a ver o Estado de Direito como obstáculo ao invés de garantia efetiva da segurança pública, na maior parte “acreditando que seu papel é proteger a sociedade de ‘elementos marginais’ por qualquer meio disponível, ainda que sejam ilegais”, como apontou Paulo Sérgio Pinheiro em seu texto *Governo Democrático, Violência e estado de (não) direito* (*in* Bethell, *op.cit.*, p.248).

Contudo, acreditamos que o fim da violência contra o afro-brasileiro, em geral, deve vir seguido de amplas reformas constitucionais, que garantam a ampliação das leis anti-racismo. A dificuldade se assenta no fato de que, no Brasil, a violência é intrinsecamente ligada à desigualdade social e ao papel da grande mídia em escancarar-la pela sua banalização; e em diversas vezes insiste em mostrar os negros como inferiores e/ou transformá-los em “culpados” pela busca de retirar o histórico *status quo* da elite branca por meio da luta por políticas afirmativas.

Considerações Finais

Arendt, em suas reflexões sobre o totalitarismo, demonstra que as minorias varridas da Europa pelos regimes nazista e stalinista foram privadas fundamentalmente de um lugar no mundo, de serem capazes de opinarem e de agirem. Este é um sinal claro do que realmente houve com judeus e outros povos, onde já não mais se identificavam com a comunidade e, como a autora pontua, “só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade” (1988, p.330-1). Eles não só foram expulsos, mas a massa humana que se dirigia involuntariamente para os campos de concentração foi transformada em homens e mulheres supérfluos, destinados a padecerem no esquecimento. É daí que emerge a preocupação arendtiana com o “direito a ter direitos”, imbricada com a idéia de cidadania, entendida como a igualdade em dignidade humana e no pertencimento a uma comunidade política, porque somente com a cidadania resguardada é possível requerer os outros direitos humanos.

E quando recordamos os dois fatos que abriram este trabalho, agora sob a análise da legitimidade das ações afirmativas, percebemos uma tentativa oculta em privar os afro-brasileiros de agirem e de se expressarem livremente na esfera pública. Não que um *shopping* e uma praça de lazer sejam espaços públicos *par excellence*, mas são em locais de pequena representação assim, que se reflete numa queda abrupta da auto-estima e cresce o sentimento de inferioridade, impedindo-os de recorrerem a seus direitos e garantias que provenham da lei. Sendo assim, conclui-se que os eventos no Rio de Janeiro e em Goiânia podem ser vistos por uma mesma ótica, pois são sinônimos do descaso com que a cultura e a identidade dos afro-brasileiros são tratadas. E mais: a privação do ser humano como solução totalitária pode muito bem continuar sem o regime totalitário, pois sempre estará presente quando “pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem” (*idem*, p. 511).

Nesse sentido, deriva a nossa preocupação com a implantação das ações afirmativas. Estas políticas têm a prioridade de buscarem a compensação do afro-brasileiro pelo passado sofrido e, principalmente, de garantir-lhes um âmbito público digno no futuro, capaz de mostrar a todos os cidadãos que eles possuem os mesmos dotes e valores, necessitando apenas da eliminação dos preconceitos e do abandono do mito da “democracia racial”. Ferreira Gullar indica que vivemos em uma jaula e que estamos todos presos nela, “nesta jaula que Gagárin foi o primeiro a ver/de fora e nos dizer: é azul”. Um lugar em que há os que têm e os que não têm nada, “(...) sozinhos poderiam/alimentar a cidade/e os que não têm nem para o almoço de hoje”⁴³. Nesta poesia, intitulada *No mundo há muitas armadilhas* e que serviu de epígrafe a este trabalho, verifica-se mais uma vez a urgência de quebrarmos as armadilhas da desigualdade, que fazem questão de esconder uma suposta “democracia racial” e uma meritocracia.

O verbo “agir”, que vem do grego *archein*, significa “começar”, “ser o primeiro”. Desta maneira, nada mais oportuno para o Brasil que a abertura de um espaço para se debater a importância das ações afirmativas. E reafirmando mais uma vez, elas não só entendidas como políticas que visam estabelecer a igualdade de oportunidade para todos, mas que, fundamentalmente, possibilitam um “agir”, um “começar a caminhar” em direção à justiça social. A justiça que podemos sintetizar no velho adágio *fiat justitia et perae mundus* (faça-se justiça mesmo que o mundo pereça) e que é o fim último de qualquer sociedade que busca a democracia e, no caso brasileiro, quicá uma verdadeira democracia racial.

Notas:

¹ *Toda poesia*. 6^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001, p.164.

² Amora, Dimmi. Sem-teto no templo do consumo. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 5 de agosto de 2000, p. 1.

³ Barros, Renata. Religiosos à beira de confronto. *Diário da Manhã*, Goiânia, 20 de novembro de 2003, p. 3.

⁴ *Apud Amora, op.cit.*, p. 2.

⁵ Viana, Ludmila. Mulheres kalungas são hostilizadas. *Ibidem*. 23 de novembro de 2003, p. 1.

⁶ Cf. www.economiabr.net/colunas/henriques/belindia.html. Acesso em: 03/01/05.

⁷ Cf. Carvalho (2005, p. 1) e Siss (2003, p. 146).

⁸ Autores como Vilas-Bôas (2003, p.34) e Martins da Silva (*In Lobato et al*, 2003, p.64) enfatizam que algo parecido com ações afirmativas já ocorria na Índia desde a década de quarenta. Entretanto, a nosso ver, era mais uma política de cotas e assistencialista em prol das castas mais baixas, garantindo-lhes acesso a empregos e às universidades. Para uma visão das ações afirmativas em outros lugares do mundo, ver Sowell, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico*. Rio de Janeiro: Ed. Univercidade, 2005.

⁹ A *Executive Order* consiste em uma ordem ou regulamentação promulgada pelo presidente ou alguma autoridade administrativa dos Estados Unidos sob sua orientação para “o fim de interpretar, implementar ou dar efeito administrativo a uma norma da Constituição ou de alguma lei ou tratado” (Menezes, 2001, p.77).

¹⁰ A versão integral do *Civil Right Act* está disponível em www.eeoc.gov

¹¹ Cf. também Sykes (2004).

¹² Art. 4º: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais (...)”. Disponível: www.camara.gov.br/cdh. Acesso em: 04/12/04.

¹³ Siss pontua que graças ao incentivo das ações afirmativas na esfera da educação, em 1970, 23% dos afro-americanos se matricularam em cursos de nível superior. Em 1980, eles já somam 8% do total dos graduados nas faculdades e universidades do país. Em 1993, o índice de ingresso dos afro-americanos em algum curso superior girava em torno dos 33% (*op.cit.*, p.124).

¹⁴ Dados segundo Telles (2003, p.47) de acordo com o censo de composição racial do IBGE, ano

2000.

¹⁵ *Apud* Merquior, José Guilherme. O problema da legitimidade em Política Internacional. In: José Guilherme Merquior, *Diplomata*. Vários Autores. Brasília: Funag, IPRI, 1993, p.49-50.

¹⁶ Para João Adeodato, “o poder legítimo se origina, para os gregos, na faculdade para a ação política propiciada pela liberdade, em relação ao cidadão não ter senhor, e pela igualdade, em relação a seus pares” (1989, p.31).

¹⁷ Cf. Weber, Max. *Economia e Sociedade*. Vs. 1 e 2. 3^a ed. Brasília: Ed. UnB, 1994 e *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Tradução: José Marcos Mariani. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

¹⁸ Cf. Hobbes, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.95-100.

¹⁹ Habermas equipara o conceito de poder arendtiano com a sua teoria da ação comunicativa: “H. Arendt faz remontar o poder político exclusivamente à práxis, à fala recíproca e à ação conjunta de indivíduos (...). A ação comunicativa é o meio em que se forma um mundo vital (*Lebenswelt*) intersubjetivamente partilhado. Esse é o ‘espaço de manifestação’ (*Erscheinungsraum*) em que os atores aparecem, se encontram, são vistos e ouvidos” (1980, p.104;110).

²⁰ A violência, da forma aqui explicitada por Arendt, aproxima-se da noção jurídica de coação, que pode ser entendida como a “violência física ou psíquica, que pode ser feita contra uma pessoa ou um grupo de pessoas. (...) A palavra coação é, de certa maneira, sinônimo de violência praticada contra alguém” (Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p.69).

²¹ Telles nos recorda da rotineira prática de violência sexual durante o período da escravidão e muito do que é defendido sobre os benefícios da miscigenação, deriva de tais atos criminosos (2003, p.42-3).

²² Sobre o mito da não-violência, ver Vilas-Bôas (2003, p.51-3). Esta crença assemelha-se bastante com o também mito da “democracia racial” que veremos mais tarde.

²³ Já Thomas Skidmore asseverou: “se questionados sobre relações raciais em termos genéricos, os brasileiros responderão invariavelmente que em seu país não existe preconceito. Mas quando se pergunta a membros da elite branca se eles ‘gostariam que sua filha se casasse com um homem de cor’, a quase totalidade deles responde não. Todos os índices de atitudes de distanciamento social confirmam este padrão” (1973, p.32-3).

²⁴ Se a pobreza e a miséria eram desconhecidas nos EUA no século XVII, a escravidão não era. A própria Arendt afirma que “a ausência da questão social da cena americana era, afinal, extremamente enganadora, e que a miséria abjecta e degradante estava presente em toda a parte sob a forma da escravidão e do trabalho negro” (2001, p.85). Já Lincoln argumentava que “a palavra *escravidão* ocultou-se na Constituição, exatamente como um homem angustiado oculta um tumor ou um câncer, que ele não ousa extirpar de imediato, com receio de sangrar até a morte” (*apud* Menezes, *op.cit.*, p.67).

²⁵ Para o Professor Sell, “ao elaborar políticas de ascensão social preferencial para negros, o Estado estaria evitando que essas comunidades sofressem um vazio de modelo, o que beneficiaria toda a sociedade. A ajuda aos negros seria, então, um meio para se atingir o fim amplamente justificado da construção de uma sociedade menos violenta e problemática” (2002, p.28).

²⁶ Doravante, ao usarmos o conceito de democracia, estamos nos referindo àquilo que Telles afirmou ser a “conotação espanhola” do termo, que significava “irmandade ou relações sociais fluidas, mais que uma referência a um tipo de instituição política” (*op.cit.*, p.51).

²⁷ Guimarães pontua que não existe um consenso de onde primeiro surgiu a expressão, pois em princípio, não apareceu em nenhum livro de Gilberto Freyre. “Ao que parece o termo foi usado pela primeira vez por Roger Bastide num artigo publicado no *Diário de S. Paulo* em 31 de março de 1944, no qual se reporta a uma visita feita a Gilberto Freyre, em Apipucos (...). Provavelmente, trata-se de uma

tradução livre da idéias de Freyre sobre a democracia brasileira”. Portanto, não podemos responsabilizá-lo integralmente. “Ainda que fosse o inspirador da ‘democracia racial’, evitou, no mais das vezes, nomeá-lo assim, tendo-a conservado, ademais, com um significado peculiar” (2002, p.138-9).

²⁸ Após a extinção da FNB, o País presenciou o surgimento do Teatro Experimental do Negro (TEN) em 1944, o Comitê Democrático Afro-Brasileiro em 1945 e a Associação Cultural Negra (ACN) em 1954 (Amado *in* Amado;molina;rassi, 2004, p.72).

²⁹ “Embora a Fundação Cultural Palmares tenha servido como intermediário importante entre o movimento negro e o governo brasileiro, sua ênfase na cultura e nos direitos culturais e sua posição dentro do Ministério da Cultura reflete a preocupação tradicional do governo com a cultura e a história afro-brasileira. Para alguns analistas, a ênfase na cultura forneceu uma distração das necessidades socioeconômicas dos negros de emprego, educação e saúde” (Telles, *op.cit.*, p.71).

³⁰ Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Preâmbulo. 13^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000, p.17.

³¹ Textos e discursos apresentados no seminário foram posteriormente coligidos em Souza, Jessé (org.). *Multiculturalismo e Racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15 Editores, 1997.

³² O Estatuto pode ser lido em www.senado.gov.br/paulopaim e em Lobato, Fátima; Santos, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.156-184.

³³ Cf. Lafer, Celso. *Mudam-se os Tempos: diplomacia brasileira – 2001/2002*. Brasília: Funag/IPRI, 2002, p.97-100. Segundo o então Diretor do IRBr, João Almino, “o programa não cria quotas reservadas a grupos específicos de candidatos, mas sim oferece recursos financeiros e humanos que permitam ao bolsista participar do concurso de admissão em igualdade de condições com os demais candidatos...”. *O Concurso de Admissão à Carreira Diplomática e o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco*. Disponível em www2.mre.gov.br/irbr/irbr/cartabolsapremio.htm. Acesso em: 19/12/04.

³⁴ Publicada no *Diário Oficial da União* em 10/01/03.

³⁵ Para Bobbio, “na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político — o poder sobre os homens chamado de *imperium* — procede de cima para baixo e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para ‘entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem’. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal” (2004b, p.128).

³⁶ Embora o princípio de igualdade formal, rotineiramente considerado sinônimo de *isonomia*, a *polis* grega conheceu este último termo com o significado de “não-mando”, ou seja, sem uma distinção entre governantes e governados. Logo depois, foi sendo ofuscada pela própria palavra *democracia*, que significava, então, o governo da maioria. Cf. Felício (2000, p.80).

³⁷ Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Preâmbulo. *Op.cit.*, p.11.

³⁸ Temos, como exemplo, os seguintes artigos:

– Art. 1º, incisos II, III e V (que resguarda o valor da cidadania, da dignidade humana e do pluralismo político);

– Art. 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como visa à redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

formas de discriminação);

– Art. 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e, enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei);

– Art. 7º, inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);

– Art. 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão);

– Art. 227, inciso II (criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e mental, como também promoverá a integração social do adolescente portador de deficiência);

– Art. 231, §2º (as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, usufruindo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes);

– Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (determina titulação definitiva das terras de remanescentes dos quilombos).

³⁹ Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Op.cit.*, p.119.

⁴⁰ Os pré-vestibulares para afro-brasileiros não são necessariamente novos. Emerson dos Santos localiza já em 1976 a criação de um curso voltado para eles, organizado pelo Centro de Estudos Brasil-África no Rio de Janeiro. Em 1993 é criado o Pré-Vestibular para Negros e Carentes (PVNC), surgido em São João de Meriti, na Baixada Fluminense (*in Lobato et al, op.cit.*, p.130).

⁴¹ Os resultados da pesquisa podem ser consultados em Rodrigues, Fernando. *Racismo cordial*. São Paulo: Ática, 1999.

⁴² Ver, também, Cavalleiro, Eliane dos Santos. Discursos e práticas racistas na educação infantil: a produção da submissão e do fracasso escolar. *in: Queiroz, D. M. et al. Educação, racismo e anti-racismo*. Salvador: Programa A Cor da Bahia: UFBA, 2000 (Coleção Novos Toques), p. 193-219.

⁴³ Gullar, Ferreira. *Toda poesia*. *Op.cit.*, p.164.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Sobre a violência*. Tradução: André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

_____. *Crises da República*. 2ª ed. Tradução: José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *Sobre a Revolução*. Tradução: I. Moraes. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

_____. *A condição humana*. 10ª ed. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003a.

_____. *Entre o passado e o futuro*. 5ª ed. Tradução: Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2003b.

_____. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, 2, Ano 24, 2002, p.247-273.

- _____. GALDINO, Daniela (orgs.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- _____. *Elogio da serenidade*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2002.
- _____. *Dicionário de Política*. 12ª ed. Tradução: João Ferreira. Brasília: Ed. UnB, 2004a.
- _____. *A Era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004b.
- _____. *Estado governo sociedade*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004c.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- _____. *Ação afirmativa, sim; cota, não*. Disponível em: www.ifcs.ufrj.br/~ppghis/pdf/carvalho_acao_afirmativa.pdf. Acesso em: 09/01/05.
- CORBISIER, Roland. *Raízes da violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984.
- DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. *Direitos humanos ou direito a ter direitos?: um diálogo com o pensamento político de Hannah Arendt*. 2000. 112f. Dissertação (mestrado) — Universidade Federal de Goiás, Goiânia (mimeo.).
- FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & senzala*. 42ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- FRY, Peter. Política, nacionalidade e o significado de “raça” no Brasil. In: BETHELL, Leslie (org.). *Brasil: fardo do passado, promessa do futuro*. Tradução: Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: *Habermas*. Tradução: Bárbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1980 (Coleção Grandes Cientistas Sociais, 15), p. 100-118.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative Action) no Direito norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. Rio de Janeiro: Landy, 2003.
- MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra no ensino superior*. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-20072003-172034/publico/capa.pdf. Acesso em: 05/01/05.
- MOURA, Dione Oliveira. Ações afirmativas para a população negra nas universidades brasileiras. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

- _____. Plano de metas para a integração social, étnica e racial na UnB – relato da comissão de implementação. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Governo Democrático, Violência e estado de (não) direito. In: BETHELL, Leslie (org.). *Brasil: fardo do passado, promessa do futuro*. Tradução: Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. Selvagens, exóticos, demoníacos. Idéias e Imagens sobre uma gente de cor preta. *Estudos Afro-Asiáticos*, 2, Ano 24, 2002, p.275-289.
- SANTOS, Hélio. *Caros amigos*. Ano VI, 69, dezembro 2002, p.30-7.
- SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: LOBATO, Fátima.
- SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). Racialidade e novas formas de ação social: o pré-vestibular para negros e carentes. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: Quartet. Niterói: Penesb, 2003.
- SYKES, Marquita. *The origins of affirmative action*. Disponível em: www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.htm. Acesso em: 27/12/04.
- TELLES, Edward Eric. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Tradução: Nadjeda Rodrigues Marques e Camila Olsen. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2003.
- TOSTES, Marcelo. *A ação afirmativa e os argumentos “racionais”*. Disponível em: <http://oindividuo.com/convidado/tostes8.htm>. Acesso em: 10/01/05.
- VENTURA, Roberto. *Casa-Grande e senzala*, São Paulo: Publifolha, 2000 (Coleção Folha Explica).
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- WEBER, Max. *A Política como vocação*. Brasília: Ed. UnB, 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

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97.

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

Editora Nacional de Direito Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência

Normas

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF-1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento

de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF - 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF - 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados na versão do Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br .
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no final e não no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, da norma culta da Língua Portuguesa. Na

seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.

• A *Revista do TRF-1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

• Para dirimir eventuais dúvidas, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

Composição TRF-1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Amilcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Ítalo 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*

1ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Desembargador Federal Amilcar Machado

Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

2ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Tourinho Neto

Desembargador Federal Olindo Menezes

Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Desembargador Federal Hilton Queiroz

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Desembargador Federal Carlos Olavo

3ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus

Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Catão Alves

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Presidente

Desembargador Federal Amilcar Machado

Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

2ª Turma

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

3ª Turma

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente

Desembargador Federal Tourinho Neto

Desembargador Federal Cândido Ribeiro

4ª Turma

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – Presidente

Desembargador Federal Hilton Queiroz

Desembargador Federal Carlos Olavo

5ª Turma

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Presidente

Desembargadora Federal João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus

6ª Turma

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

7ª Turma

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

8ª Turma

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

1ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Presidente
Juiz Marcelo Dolzany da Costa
Juiz João Carlos Mayer Soares
Juiz Mark Yshida Brandão

2ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Presidente
Juiz Flávio Dino de Castro e Costa
Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz
Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes

3ª Turma Suplementar

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti – Presidente
Juiz Wilson Alves de Souza
Juiz Vallisney de Souza Oliveira
Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva

Conselho de Administração

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Vice-Presidente
Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Corregedora-Geral
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal Amilcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente
Desembargador Federal Amilcar Machado
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Comissão de Concurso

Desembargador Federal Catão Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Efetivo
Desembargador Federal Carlos Olavo – Suplente
Desembargador Federal Souza Prudente – Suplente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Suplente

Revista do Tribunal

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor

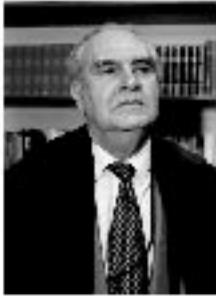
Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – Esmaf

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Vice-Diretor

Seccionais

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

Galeria de Diretores



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
Outubro/89 – Dezembro/91



Desembargador Federal
Catão Alves
Novembro/92 – Outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
Novembro/93 – Junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
Julho/94 – Abril/97



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



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
Maio/99 – Maio/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
Junho/2001 – Maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
Junho/2003 a Julho/2005



Desembargador Federal Carlos
Fernando Mathias
A partir de Agosto/2005

Ficha Técnica

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor

Secretaria Judiciária – Secju

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – Cojud

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv

Coordenação

Selena Lobo de Carvalho

Supervisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Maria Benáurea Santos

Entrevista

Martha Hormann

Editoração Eletrônica

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

Confecção de fotolitos

Technoarte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 314-5377 e 314-5451 – Fax (61) 226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emanadas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

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

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

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
– Vol. 1, n. 1

(out./dez. 1989) – . – Brasília: TRF-1ª
Região, 1989-

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de
2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional
Federal – Jurisprudência

– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região
1.

CDD
340.05

CDU
34(05)

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