

# Sumário

## Homilia

### **Celebração do Natal do Senhor do TRF-1ª Região**

Arcebispo Dom Lorenzo Baldisseri

## Palestra

### **O Novo Código Civil – Parte Geral**

Ministro José Carlos Moreira Alves

## Artigos Doutrinários

### **A Cofins e as Sociedades Civas de Profissões Regulamentadas: Repensando a Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça**

Juiz Federal substituto Rubem Lima de Paula Filho

### **Competência Administrativa em Matéria Ambiental: Necessidade de Regulamentação do Art. 23 da Constituição da República**

Dr. Lyssandro Norton Siqueira

## Inteiros Teores – Acórdãos

### **Corte Especial – Previdência complementar. Regulamentação. Natureza contratual. Competência**

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Carlos Moreira Alves

CC 2001.34.00.016056-6/DF

### **1ª Seção – Auxiliares locais. Ministério das Relações Exteriores. Estabilidade. Inexistência**

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

EIAC 2002.01.00.028604-6/DF

### **2ª Seção – Prova pericial. Indeferimento. Mandado de segurança**

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

MS 2005.01.00.042522-6/RO

---

**3ª Seção – Concurso público. Critério de nomeação. Candidatos portadores de deficiência aprovados no certame. Ação civil pública. Competência**

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

CC 2005.01.00.060301-0/DF

**4ª Seção – Ação civil pública. Ato judicial apontado como omissivo**

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Carlos Fernando Mathias

MS 2002.01.00.043648-5/AM

**1ª Turma – Execução. Precatório. Fracionamento. Expedição de RPV para pagamento de verba honorária. Impossibilidade**

Rel.: Des. Federal José Amílcar Machado

Ag 2005.01.00.042030-2/MG

**2ª Turma – Gdat. Isonomia. Extensão aos servidores inativos. Inconstitucionalidade**

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

AMS 1999.34.00.028299-1/DF

**3ª Turma – HC contra sentença proferida em MS. Admissibilidade. Atuação de advogado no inquérito policial. Vista dos autos. Sigilo da investigação**

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

HC 2005.01.00.0609384/DF

**4ª Turma – Crime ambiental. Instrumentos do crime. Apreensão. Proporcionalidade. Restituição da coisa apreendida. Cabimento**

Rel.: Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira (convocado)

ACr 2004.37.00.007070-4/MA

**5ª Turma – Ação popular. Privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Possível lesão ao patrimônio público. Anulação da sentença de extinção do processo. Necessidade de perícia**

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

AC 1997.39.00.010817-8/PA

**6ª Turma – Concurso público. Edital. Inscrição via internet**

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

AMS 2003.43.00.028055-6/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 2003.38.00.006937-6/MG

### **8ª Turma – PIS. Cofins. CSLL. Base de cálculo**

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso  
Ag 2005.01.00.023384-9/MG

## **Breviário**

Ensino. Disciplinas. Aproveitamento.

Improbidade administrativa. Seqüestro e indisponibilidade de bens.

Pessoa jurídica. Administrador. Participação nos lucros.

Monopólio postal da União. Conceito de carta. Carnês de IPTU.

Imóvel rural. Anulação de títulos de propriedade. Autarquia federal e Estado membro.

## **JEF'S em Revista**

### **1ª Turma Recursal/MG – MS. Ato que inadmitiu pedido de uniformização nacional. Cópias das decisões. Falta de autenticação. Publicação. Falta de indicação**

Rel.: Juíza Federal Maria Edna Fagundes Veloso  
MS 2005.38.00.712571-8/MG

### **Turma Recursal/PA – Responsabilidade civil do Estado. Resultado de exame falso positivo. Indenização**

Rel.: Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva (convocado)  
Pr 2004.39.00.707334-1/PA

### **2ª Turma Recursal/DF – SFH. Quitação do financiamento com desconto. CEF. Informação equivocada. Aplicação do CDC**

Rel.: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa  
Rc 2004.34.00.705101-0/DF

### **2ª Turma Recursal/MG – Rurícola. Aposentadoria por idade. Incompetência. JEF. Verificação de ofício. Concessão de medida cautelar**

Rel.: Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes  
RI 2004.38.00.790660-0/MG

### **Turma Recursal/RO – FGTS. Transação. Termo de adesão. Falta. Ausência de prova**

---

Rel.: Juiz Federal José Humberto Ferreira

Rc 2005.41.00.706714-7/RO

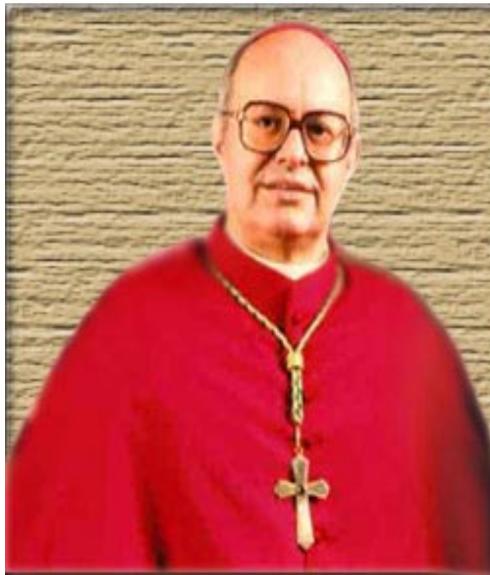
## Os Livros dos Juízes

## 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

# Homilia



## Homilia do Núncio Apostólico, Arcebispo Dom Lorenzo Baldisseri\*, na ocasião da Celebração do Natal do Senhor do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Brasília, 12 de dezembro de 2005

Leituras: Is 56, 1-3.6-8; Sl 96; Gl 4, 4-7; Lc 1, 39-47

“Bem-aventurada aquela que acreditou” (Lc 1, 4). Com essa exclamação é reconhecida a condição de Maria por Isabel, sua parenta idosa que estava também ela esperando um filho, João Batista. Isabel, ao receber a visita da jovem Maria,

---

\*N.E.: Arcebispo Titular de Diocletiana. Núncio Apostólico no Brasil.

ouvindo sua saudação, transborda de alegria ao reconhecer no “menino de Maria” a intervenção poderosa de Deus em favor de Seu povo, Israel, e de toda a humanidade.

Reunimo-nos hoje para, também nós, prestarmos um culto de gratidão, verdadeira Ação de Graças, porque o Senhor teve compaixão da humanidade absorta em si mesma, fechada sobre seus raciocínios obtusos e tantas vezes mesquinhos, humanidade debilitada em sua capacidade de amar e de abrir-se ao serviço do outro. *O Senhor enviou-nos um Salvador, o Filho Bendito da Virgem Maria* que nasceu em Belém, o Filho de Deus, em tudo semelhante a nós, com exceção do pecado.

No Natal do Senhor recebemos a cada ano Sua visita, e hoje não podemos deixar de aprender com Isabel a nos alegrarmos, a exultarmos por esta nossa nova condição, de termos sido considerados “*capazes de Deus*”. Ele veio conviver conosco, e nos foi dada a possibilidade de ouvi-Lo, conhecê-Lo e amá-Lo”

Maria, diante do desígnio divino a seu respeito, silenciou. Entrou no silêncio para acolher a Palavra de Deus que a elevou. Dispôs-se ao plano amoroso de Deus, nele apostando seus sonhos, projetos, juventude, enfim, todo seu ser. Movida pela fé, Maria não parou em si mesma, na própria voz (e opinião), mas deu pleno lugar em seu coração e em seu ventre ao Verbo divino.

Maria teve fé, ingressou na aventura da obediência da fé, e é por isso que ainda gestante, entrando na casa de Isabel, é proclamada feliz, bem-aventurada: “Bem-aventurada aquela que acreditou”.

Como núncio apostólico, representante do Santo Padre, desejo saudar a todos os presentes e acolhê-los a esta celebração. Uma iniciativa que revela a fé de cristãos inseridos no relevante serviço da justiça neste nosso Brasil. Sou-lhes grato pelo convite para presidir a Celebração do Natal de Jesus com os membros do Judiciário. Represento, no Brasil, Bento XVI, o sucessor de Pedro, a quem Jesus elegeu como sendo aquele que devia confirmar os seus irmãos na fé. Desta sua missão de conservar o Colégio Apostólico na unidade da fé e da caridade, deriva a minha missão, que pela sua amplitude e inserção na sociedade atinge todos os setores da vida pública e privada e sobretudo as instituições até o elevado nível do Estado e do governo junto aos quais o núncio é embaixador e decano do corpo diplomático.

Vejo o quanto *nossos tempos estão ansiosos pela limpidez da verdade*, à qual a fé nos possibilita ter amplo acesso!

Verdade, esta, que mesmo o não crente pode encontrar pela busca sincera, já que pode ser guiado a ela pela própria criação. Sem dúvida, a verdade sobre Deus

---

e a verdade sobre o homem exigem a devida submissão, e talvez por esse motivo muitos preferem permanecer na indiferença e na comodidade. Mas estejamos atentos! “Quando o homem põe o seu egoísmo, o seu orgulho e seu bem-estar acima das exigências da verdade, ao final tudo se encontrará às avessas: não se adora mais o Deus ao qual é devida a adoração; e as imagens, a aparência, a opinião corrente assumem então o domínio sobre o homem”<sup>1</sup>. Do desinteresse pela verdade se chega à perda da liberdade. Em outras palavras, poderíamos dizer que do relativismo ideológico nos encaminhamos para o relativismo ético. E como pensar que não seríamos culpáveis?

O que muitas vezes está contra a natureza mesma das coisas e do ser pode acabar chegando a se tornar norma ou critério de decisão e ação.

Precisamos estar muito atentos para uma espécie de ateísmo e de agnosticismo que se difunde com pretensão científica, mas que não se permite perguntas mais ousadas sobre a verdade do homem e da natureza. Trata-se de uma cultura a-religiosa e profundamente acrítica, amordaçando as inquietações e a capacidade contemplativa do ser humano que o levariam sem demora ao reconhecimento do Princípio Primeiro de todas as coisas, de toda bondade e beleza.

Vivemos em tempos em que a verdade, sobre Deus e conseqüentemente sobre o homem, é obscurecida, feita irreconhecível, pela violência que o poder e o lucro exercem sobre nós e nossos contemporâneos.

A esta altura gostaria de convidá-los a voltar novamente o olhar para Maria, que nos traz o Menino-Deus no Natal. Se pensarmos que ela concebeu o Menino em estado virginal, poderemos compreender a resposta que ela é para o homem e a mulher de nossos dias. Acolhendo a plena condição de ser quem é, ela encontra a plenitude, o que chamaríamos de realização, na sua própria verdade diante de Deus. Sua virgindade é autodomínio, posse de si mesma. Em uma palavra: *integridade!*

Mas atenção, falo da posse de si mesma, e não do fechamento sobre si mesma. Maria, virgem, também está aberta ao mistério do amor que faz do homem e da mulher como que “sacramentos” do Amor que é Deus mesmo.

Aberta ao Amor, solícita para com seu Deus e para com seu povo, Maria acolhe com um “*sim*” pleno, absoluto, o desígnio divino. Gera em seu seio virginal o Filho de Deus, por quem todas as coisas foram criadas.

Pergunto-me diante da disponibilidade de Maria sobre a condição dos homens e mulheres de nosso tempo. Interrogo-me, e encontro a perversa lógica da rejeição à vida sendo difundida nas famílias, nas escolas, nos meios de comuni-

cação, e até nos ambientes políticos e institucionais, cuja existência só se justifica pela defesa e promoção mesma da vida humana.

Ouso dirigir-me às mulheres, e o faço tendo os olhos na admirável Mãe de Jesus.

As mulheres, todas as mulheres, são chamadas a valorizar a vida. No evangelho que escutamos, duas mulheres se encontram. Elas, cada uma a seu modo, são objeto de uma intervenção divina. Isabel, estéril e anciã, compreende que para Deus nenhum bem é impossível. Ele pode vencer as limitações da natureza por Ele mesmo criada. Do outro lado se encontra Maria, a jovem Virgem, que gera o Salvador. Esta, por sua vez, canta a misericórdia divina por se ter derramado sobre Israel, enviando-lhe o Rei-Messias tão esperado.

Duas mulheres gestantes se encontram. A vida e a esperança florescem!

Na plenitude dos tempos, como nos disse São Paulo na segunda leitura proclamada, “Deus enviou o seu Filho, nascido de uma mulher” (Gl 4,4). Portanto, na “plenitude dos tempos” também se torna manifesta a extraordinária dignidade da ‘mulher’.<sup>2</sup> Assim, a mensagem cristã, desde a sua origem, reordena as relações entre homem e mulher. Volta-se, pela encarnação do Verbo, e por que não dizer, pelo sim de Maria, à condição original entre os gêneros masculino e feminino, a saber: que “Deus criou o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou, homem e mulher os criou” (Gn 1, 27).

A igual dignidade entre homem e mulher, porém, não será sustentada e promovida, senão pela contínua procura da medida do Evangelho de Jesus Cristo. É falso pensar que a igual dignidade se dá pela anulação das diferenças entre homem e mulher, que incluem a diversidade psicofísica, derivando também os papéis na família e na sociedade.

Garantida a igual dignidade entre homem e mulher, o direito e a justiça devem se encarregar de protegê-la, oferecendo o devido suporte às diferenças existentes entre eles. Homem e mulher foram, sim, criados um para o outro, como insistiu o saudoso Papa João Paulo II em sua Carta Apostólica sobre a Dignidade e a Vocação da Mulher. Diz o Papa: “Na ‘unidade de dois’, o homem e a mulher são chamados, desde o início, não só a existir ‘um ao lado do outro’ ou ‘juntos’, mas também a existir reciprocamente ‘um para o outro’”<sup>3</sup>.

No matrimônio, o dom recíproco da pessoa abre-se, então, ao “dom de uma nova vida, de um novo homem, que é também pessoa à semelhança de seus pais. A maternidade implica desde o início uma abertura especial para a nova pessoa: e precisamente esta é a ‘parte’ da mulher. Nessa abertura, ao conceber e dar à luz o filho, a mulher ‘se encontra por um dom sincero de si mesma’. O dom da

---

*disponibilidade interior para aceitar e dar ao mundo o filho está ligado à união matrimonial, que deveria constituir um momento particular do dom recíproco de si por parte tanto do homem como da mulher”<sup>4</sup>.*

Todos sabemos que nem sempre uma nova vida humana é gerada no ambiente saudável e seguro do matrimônio. Mas o direito deve assistir a mãe e o embrião nos momentos em que as condições não forem tidas por favoráveis a esta gestação. O princípio da vida não pode se submeter ao da morte, nem no seu início, nem em qualquer outra fase de seu desenvolvimento, até o advento do seu termo natural.

É obrigação, diria, vocação, do legislador e do magistrado defender e promover a vida no seu alto ofício de fazer leis e aplicá-las. O princípio de justiça *unicuique suum* impõe que a todas as pessoas humanas sejam garantidos e respeitados seus direitos inerentes à sua natureza, em primeiro lugar o direito à vida, a partir da concepção – início da vida, como afirmam os mais sérios cientistas – até a morte natural. Diante de contrastes ou conflitos de interesses, a lei tem como seu dever, por seu próprio ser, proteger os mais débeis, contra a lei do mais forte, a lei da selva. Hoje, mais que nunca, é preciso ter coragem num mundo que se inclina a tornar-se uma civilização não da vida, mas da morte.

Assim diz o Senhor pelo profeta Isaías: “Observai o direito e a justiça” (cf. Is 56, 1). Que o fraco e o pobre não tenham de duvidar da ação favorável de Deus em suas vidas por causa de nossa falta de justiça. Ao contrário, que fortalecidos pela Boa-Nova do nascimento do Salvador, possamos todos assumir nossa parte da busca da verdade na defesa da vida humana.

Ao celebrarmos o Natal de Jesus, festejamos a vida, rendamos graças pelo Natal, o nascimento de cada menino e menina ao longo deste ano de 2005, seja em nossas famílias, seja no mundo inteiro.

Que Maria Santíssima, quem invocamos neste dia como Nossa Senhora de Guadalupe, proteja o Brasil e a América Latina. Mostrando-nos o Menino Jesus, indique a todas as mães quanto é grande a maternidade, quanto é maravilhoso ter um filho, que é um dom de Deus, que deve ser protegido, também, pela sociedade com leis justas e em favor da vida.

Um abençoado e feliz Natal para todos!

Dom Lorenzo Baldisseri

Arcebispo Titular de Diocletiana

Núncio Apostólico no Brasil

## Notas

<sup>1</sup> Ratzinger, J. *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Roma-Siena 2005, 117.

<sup>2</sup> João Paulo II. *Carta Apostólica Mulieris Dignitatem*, 4.

<sup>3</sup> Ibid, 7.

<sup>4</sup> Ibid, 18.

# Palestra

## O Novo Código Civil – Parte Geral\*

Ministro José Carlos Moreira Alves\*\*



Convidado para vir a este curso, pareceu-me, e foi essa a conversa que tive com o Professor Mathias – o Desembargador Mathias, daqui, e Professor, lá na UnB e também aqui – sobre o que eu deveria tratar com os senhores, tendo em vista a circunstância de que os senhores são juízes federais substitutos, de modo que, Parte Especial do Código Civil não teria grande valia, embora, obviamente, o Direito Civil, que rege as nossas vidas desde antes do nosso nascimento até depois da nossa morte, sempre tenha a sua importância, às vezes mais do que o Direito

---

\* Palestra proferida em 25/06/05 no Curso para Juízes Federais Substitutos da 1ª Região aprovados no X Concurso

\*\* Professor titular da Universidade de Brasília – UnB e da Universidade de São Paulo – USP

---

Público; que os publicistas não me ouçam, mas, evidentemente, para um curso dessa natureza, pareceu-me que seria conveniente fazer uma análise, que não pode ser, evidentemente, de toda a Parte Geral do Código Civil, que, em última razão de ser, nada mais é do que uma verdadeira Teoria Geral do Direito.

A Teoria Geral do Direito Privado, embora os romanos fossem juristas mais práticos do que teóricos, surge, justamente de textos que existem há mais de dois mil anos. Conseqüentemente, ela tem uma larga história, uma larga evolução, ao contrário do que ocorreu com o Direito Público, que tem duzentos anos de elaboração e que montou muito na Teoria Geral do Direito Privado. Isso é uma questão até de ancianidade, mas uma ancianidade que fez com que realmente se desenvolvesse mais essa Teoria Geral.

Daí a razão pela qual pareceu-me conveniente fazer uma análise das principais inovações do Código Civil no tocante à Parte Geral, que é do meu especial carinho pelas circunstâncias de que, ainda relativamente moço, eu tive a honra de ser escolhido pelo Professor Miguel Reale como supervisor da Comissão que elaborou o anteprojeto do Código Civil, para justamente redigir o anteprojeto da Parte Geral, que, em última análise, foi muito pouco mudado pelo Congresso Nacional. O Congresso Nacional se preocupou mais, principalmente, com o Direito de Família e o Direito das Sucessões, tendo em vista as modificações introduzidas pela Constituição de 1988, não com a Parte Geral, que é uma parte mais estratificada e que é bem mais técnica e, conseqüentemente, não tem nenhum aspecto emocional, ninguém fica entusiasmado, se emociona com a disciplina da ausência, ou com a disciplina da capacidade de fato, ou com a disciplina do negócio jurídico, ao contrário do que ocorre com o Direito de Família, que sempre foi o ponto controvertido e que tem dado margem a muita discussão, a muita emotividade, ocasionando, inclusive, a retirada do projeto do Professor Orlando Gomes, de 1965, que tinha sido encaminhado ao Congresso Nacional pelo governo e que foi dias depois retirado, justamente pela grita que ocorreu naquela época em face da disciplina do Direito de Família, que se considerou altamente avançada para a época e que, hoje, já se considera que está ultrapassada, dada a circunstância de que a situação, no tocante ao problema social e sociológico, tem variado bastante. Conseqüentemente, nisso é que os senhores encontram até a razão de ser de uma das críticas que o novo Código tem sofrido, que é a de ter dado poder demasiado ao juiz com as chamadas cláusulas abertas. Isso foi uma das orientações da Comissão que elaborou o anteprojeto, que se transformou depois em projeto, e, posteriormente, no Código Civil, justamente para tirar um pouco o engessamento de que são criticados os códigos, que engessaria o Direito; e a maneira de não se permitir o engessamento é justamente essa, mediante as chamadas cláusulas

pétreas – perdão, isso ainda é um dos atos falhos vindos do Supremo Tribunal Federal, onde, praticamente, só se aplica, hoje, Direito Constitucional –, mas, dessas cláusulas abertas, como a boa-fé objetiva, como os bons costumes, como o abuso de direito considerado como ato ilícito e os inúmeros dispositivos que permitem ao juiz ter uma certa flexibilidade; não é arbítrio – não sei qual é a opinião dos senhores, mas fico arrepiado quando ouço falar em alternatividade. Juiz alternativo é juiz que coloca o seu critério de justiça acima do critério de justiça da lei, que pode ser até injusta, mas que tem pelo menos uma vantagem: sabe-se, de antemão, pelo menos o que se vai fazer. Porque, para mim, é realmente a supina injustiça o indivíduo que cumpre uma lei com receio de ser punido pela sanção nela existente, embora cumpra-a sob protesto, porque a considera, no seu critério de justiça, supinamente injusta, e, posteriormente, num litígio, tem a desgraça de cair na mão de um juiz que acha a mesma coisa, e ainda o puna porque ele cumpriu a lei, quando não devia ter cumprido.

No entanto, quando se fala em cláusulas abertas, isso não quer dizer que se esteja dando arbítrio a este ou àquele magistrado, mas, sim, estabelecendo-se certos princípios que são controláveis, embora dêem uma margem de flexibilidade que permita justamente essa adequação dos princípios que vêm num código como o Código Civil – e no mundo inteiro se observa isso – é um Código de uma permanência bastante larga. Aliás, um dos grandes artífices da chamada descodificação do Direito Privado, que foi o italiano Natalino Irti, dizia, em 1972, que era preciso descodificar o Direito Privado, porque o que dava unidade ao ordenamento jurídico, inclusive ao ordenamento jurídico privado, era a Constituição da Itália. Com isso, então, ele inaugurou, na Europa, esse movimento de descodificação, principalmente com relação ao Direito Privado. Ninguém nunca quis descodificar o Direito Penal, o Processo Civil, o Processo Penal, mas, no Direito Privado, levantou-se essa tese. E sabem os senhores que quando há um resfriado na Europa ou em outros países mais desenvolvidos que o nosso, aquilo se transforma em uma “gripe espanhola”, que matou uma multidão de pessoas.

Pois bem, no Brasil, ficamos entusiasmados com isso, quando este mesmo Natalino Irti, professor ordinário da Universidade de Roma *La Sapienza*, em 1992, quando o Código Civil italiano de 1942, que é o segundo Código Civil da Itália, o primeiro é de 1865, escreveu um artigo na Revista de Direito Civil sobre o velho Código Civil de 1942. Dizia ele que estava chegando à conclusão de que o que dava unidade mesmo a todo o Direito Privado era o velho Código Civil, porque a Constituição italiana estava em crise. Em 1995, quando escreveu um livro sobre o Código Civil e a sociedade política, reafirmou essa sua assertiva, que, no Brasil, nem se fala. Temos uma Constituição de 1988 e já temos 46 emendas, fora as cen-

tenas de projetos de emenda que correm pelo Congresso com as quais, às vezes, nos assustamos quando abrimos o *Diário Oficial* e vemos uma nova emenda. A Emenda 45 já está ficando para trás, no sentido cronológico, porque já há uma Emenda 46, e Deus sabe quantas ainda virão por aí, de 1988 até o ano de 2005.

Ao fazer uma exposição – perdoem-me o pleonasma – puramente expositiva, um dos debatedores, que era o catedrático da Universidade de Roma *La Sapienza*, que é a mais antiga delas, o Professor Silvio Elia, quando lhe deram a palavra, me fez a seguinte pergunta: A Constituição Brasileira é provisória? Eu disse a ele que não. Mas por que colocaram, então, que daqui a cinco anos, necessariamente, terá de haver uma revisão. Quer dizer que ela vai perdurar cinco anos e, depois, vindo uma revisão, pode ser totalmente modificada. Até porque o sistema de modificação é muito menos complicado, menos complexo do que o sistema normal de emenda constitucional. Mas, por razões de ordem política, nem isso ocorreu, essa revisão não se deu da maneira como poderia ter-se dado.

Bem, tudo isso dito para justificar porque estou aqui, para fazer uma análise das principais inovações daquilo que me parece mais importante com relação a essa Teoria Geral do Direito Privado, que, em última análise, é o fundamento da Teoria Geral do Direito. Como é sabido, o novo Código Civil – e isso tem sido muito divulgado – orientou-se com base em certas diretrizes do governo da época, que vinha de um período em que já se tinha encaminhado para o Congresso Nacional um projeto de reformulação do Código Civil que fora retirado, isso em 1965. Essa Comissão foi constituída em 1969. Portanto, relativamente pouco depois dessa tentativa frustrada.

Uma das diretrizes foi, justamente, manter no nosso Código Civil tudo aquilo que merecesse ser ainda acolhido, por não estar ultrapassado. Isso, por uma razão, porque, sem dúvida alguma, o nosso Código de 1916, com as falhas que tinha realmente, mas que não eram tantas, era, sem dúvida, o nosso maior monumento legislativo. Isso era absolutamente pacífico para todos aqueles que se dedicavam ao estudo do Direito. Conseqüentemente, os princípios de um Código com 80 anos de aplicação não deveriam ser retirados ou afastados apenas pela vaidade de se dizer que estamos mudando tudo, mudando por mudar, apenas para dizer que fomos originais. Aqui, não há originalidade. O que se pretendeu fazer foi isso: manter o que vinha do Código anterior e mais, aquilo que fosse necessário ser modificado, só se fizessem modificações que já estivessem estratificadas na doutrina e na jurisprudência.

O Código Civil não é campo de experimentação, por isso mesmo, quando se critica o Código Civil é dizendo que não tratou do problema da fertilidade *in vitro*, do problema de clonagem, dos problemas das chamadas barrigas de aluguel

e coisas dessa natureza. Não se tratou conscientemente, porque, primeiro, naquela época em que foi elaborado o projeto, muitos desses avanços da ciência ainda não tinham ocorrido, mas, ainda que tivessem ocorrido, porque outros já haviam se sucedido, não entrariam no Código Civil, porque isso é para a legislação extravagante, de experiência, que pode ser modificada com muito mais facilidade do que um sistema complexo, como é o sistema do Código Civil.

Daí a razão pela qual não se encontra, aqui, nada de extraordinário, de originalíssimo. A originalidade apenas é essa, a da modernização daquilo que se estratificou como Teoria Geral do Direito Privado, conseqüentemente, entendeu-se que fosse conveniente ser incluído no sistema do Código, para efeito da sua modernização. Por isso mesmo, foi mantido o plano de disposições relativo à Parte Geral, que vinha do Código de 1916, ou seja, uma Parte Geral dividida em três livros, em que se tratava, no primeiro, das pessoas como sujeitos de direito e, conseqüentemente, como sujeitos de direito numa relação jurídica.

Em segundo lugar, um livro referente às coisas como objeto de direito. Neste livro relativo às coisas, não se tratou de todos os objetos de direito, porque, ao lado das coisas, como objeto de direito, temos também a atuação ou até a omissão humana como objeto de direito. Mas isso ficou justamente para ser examinado na Parte Especial no Livro do Direito das Obrigações e, hoje, também, sob certos aspectos, no livro que, de certa forma, fez uma unificação parcial do Direito Privado, com a conjugação de princípios que eram então disciplinados no Código Comercial e em leis comerciais e que foram introduzidos no Livro do Direito das Empresas, que, a princípio, se chamava Da Atividade Negocial.

Finalmente, a parte mais importante da Parte Geral, que é a relativa aos fatos e aos atos jurídicos como fatos e atos que dão nascimento a direitos e obrigações e, conseqüentemente, dão nascimento às relações jurídicas, em que vem tratado inclusive um capítulo que me parece de suma importância, que é justamente o da prescrição e o da decadência, dada a circunstância de que se procurou simplificar esse problema, que era um dos problemas bastante complexos, em face do Código Civil de 1916, que não fazia distinção entre prescrição e decadência, e da jurisprudência e da doutrina, que confundiam, muitas vezes, prescrição com decadência. Nós tínhamos coisas que eram incoerentes. Por exemplo, considerava-se que era prazo de decadência aquele que dizia respeito à anulação e à nulidade do casamento; isso era considerado prazo de decadência. Agora, com relação à anulação e à nulidade dos negócios jurídicos, embora o Código não falasse nada a respeito de nulidade e de atos jurídicos, nem como decadência nem como prescrição, considerava-se que havia prescrição, e a jurisprudência criou aquela prescrição

---

de vinte anos para efeito de uma certa convalidação pelo decurso de tempo dos negócios jurídicos nulos.

Hoje, como veremos sumariamente no final dessa exposição, procurou-se adotar: primeiro, uma distinção nítida entre essas duas figuras; segundo, uma norma que não está escrita no Código, veio apenas salientada na exposição de motivos do Professor Miguel Reale, e já vinha anteriormente numa das exposições de motivos parciais por mim feita durante os trabalhos de evolução do anteprojeto final, que se transformou posteriormente em projeto de Código Civil.

Por isso, vamos fazer uma análise, em primeiro lugar, das inovações que me parecem merecer destaque no livro concernente às pessoas. Em menor número, no livro concernente às coisas e, finalmente, em maior número, no livro concernente aos fatos e atos jurídicos, no qual se trata principalmente da figura do negócio jurídico, fazendo uma distinção entre o negócio jurídico e outros atos jurídicos lícitos que não são negócios jurídicos e que, pela sua generalidade, pela sua multiplicidade não deram margem, ainda, à estratificação de uma Teoria Geral. Eis a razão pela qual, no art. 188 do Código Civil, os senhores têm um título de um artigo só, que diz que os demais atos jurídicos que não são negócios jurídicos, a eles se aplicará o que couber a disciplina destes.

Vamos, então, iniciar pelo Livro das Pessoas. Com relação ao Livro das Pessoas, nós temos, em primeiro lugar, uma modificação que apresenta um certo relevo no tocante à chamada capacidade de fato. Os senhores não levem a mal se, de vez em quando, eu fizer uma pequena recapitulação, porque não estou dizendo que os senhores não saibam disso, porque é coisa absolutamente corriqueira, mas, de qualquer forma, não custa nada, para se enquadrar o assunto dentro da teoria. Os senhores sabem que nós temos três conceitos: o de personalidade jurídica, o de capacidade jurídica e o de capacidade de fato, considerando muitos autores, que a personalidade e a capacidade jurídica são sinônimos, o que me parece absolutamente errado. Ao lado desses dois conceitos, temos a capacidade de fato. Parece-me, essa sinonímia, absolutamente errônea, por uma razão: personalidade jurídica, toda pessoa que nasce com vida, por essa simples circunstância a ela se atribui a aptidão de ter direitos e contrair obrigações, que é um conceito absoluto. Não se examina qual é a extensão dessa aptidão, mas, desde que se tenha aptidão para ter alguns direitos ou contrair algumas obrigações, tem-se personalidade jurídica. Já a capacidade jurídica – e a expressão capacidade já indica isso – é uma medida de grandeza, é a medida de grandeza dessa personalidade. Por isso que os senhores vêem que um cego, por exemplo, obviamente, tem personalidade jurídica, mas a capacidade jurídica dele é menor do que a de um que não seja cego, com relação a todos aqueles atos jurídicos em que há necessidade de o indivíduo ter

visão. O Supremo Tribunal Federal, anos atrás, teve uma grande discussão sobre se seria possível um candidato num concurso para juiz da Justiça Comum que era cego ser nomeado como juiz e, portanto, passar no exame físico, dada a circunstância de que se dizia que um cego não pode ser juiz, porque há certas atividades num juiz, uma vistoria visual, uma vistoria perpétua, por exemplo, de ele verificar quais as reações fisionômicas de uma testemunha, que ele não pode fazer. Depois de uma larga discussão entendeu-se que ele não poderia ser juiz e, conseqüentemente, que esse defeito lhe impediria de assumir a profissão. Isso seria mais ou menos como se houvesse uma equipe de futebol oficial e um indivíduo sem uma das pernas quisesse jogar nessa equipe. Evidentemente ele tem uma personalidade jurídica, mas a dele é menor do que a de outros, como ocorre com os estrangeiros e nacionais.

E, finalmente, o problema da capacidade de fato. O Código Civil se preocupa mais, obviamente, com as questões relativas à capacidade de fato, porque essa capacidade é aquela faculdade, por si só, de exercer os atos da vida civil. Conseqüentemente, têm de vir estabelecidos no Código Civil, na Parte Geral, aqueles fatores que acarretam a incapacidade, porque aqui temos uma circunstância curiosa: enquanto no Direito Público, a competência, que é o *pan dans*, que é o correspondente da capacidade no Direito Privado, é excepcional. É preciso, portanto, que haja uma norma de competência que atribua competência a alguém. Já no Direito Civil é o contrário. Nós temos que a capacidade é a regra, por isso é que não se diz absolutamente capaz ou relativamente capaz, mas se diz absolutamente incapaz ou relativamente incapaz. Com referência a esses fatores que acarretam a incapacidade, seja ela absoluta, seja ela relativa, o Código Civil apresentava alguns problemas. O primeiro deles era o problema da ausência. Considerava-se que o ausente era absolutamente incapaz, o que é uma monumental erronia, por uma razão: porque o ausente, se estiver vivo ainda em lugar incerto e não sabido pelas demais pessoas, é capaz, de modo que não precisa de proteção nenhuma; se ele já tiver falecido, obviamente também não precisa de proteção nenhuma, porque já está falecido. Daí a razão pela qual, na ausência, à medida que o tempo vai passando, nós passamos daquela fase inicial de representação ou curadoria àquela fase intermediária de sucessão provisória, e uma fase que também não é absolutamente final, porque é possível ainda reverter, que é a sucessão definitiva. De modo que se retirou deste capítulo concernente à capacidade esta causa que o Código de 16 considerava de incapacidade, que era a ausência. O ausente é capaz se vivo; se morto, obviamente, termina o problema, pela extinção da personalidade jurídica. Por outro lado, também se estabeleceram certas incapacidades que foram ou alteradas para melhor concepção teórica ou que foram acrescentadas no novo Código

Civil. Observa-se isso com referência aos arts. 3º, que trata dos absolutamente incapazes, e 4º, que trata dos relativamente incapazes. Com referência aos absolutamente incapazes, manteve-se a minoridade até os 16 anos e, com referência aos loucos de todo gênero, afastou-se essa expressão, que já no tempo da elaboração do Código Civil tinha sido muito discutida, muito criticada. Nina Rodrigues, um médico baiano, escreveu um livro sobre os alienados no Direito Civil, em que ele combatia brutalmente essa expressão dizendo que “loucos de todo gênero” era uma expressão tão ampla que ia muito além daquilo que o Código Civil pretendia. Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência foram aparando as arestas e se considerou que qualquer doença ou debilidade mental se incluía nessa expressão “loucos de todo gênero”, embora a Medicina se rebelasse contra isso. Por isso, no inciso II do art. 3º, ao invés de se falar em “loucos de todo o gênero” dizer-se “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Esse “necessário” aqui significa que eles não têm discernimento, não é que tenham algum discernimento, eles não têm discernimento algum, em face da lei, para a prática dos atos da vida civil. Em seguida, vem o inciso III, que afastou a figura dos surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade, porque era um fator de incapacidade bastante limitado, quando havia outras situações que deveriam ser também consideradas de relativamente incapazes. É o inciso III que diz: “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Esse “mesmo” aqui foi a Câmara que colocou, a redação originária era “ainda quando”, mas se considerou que isso era muito clássico, então colocou-se esse “mesmo”, que é bastante discutível com relação à pureza da linguagem. Mas o certo é que, com isso, abarcaram-se os casos do surdo-mudo que não pudesse exprimir a sua vontade, como de todas as deficiências físicas que, por causa transitória, não lhes permitiam exprimir a sua vontade.

Quando redigi esse inciso III, lembrei-me do caso de um professor, nosso colega da Universidade de São Paulo, Professor Oscar Barreto, um dos grandes comercialistas brasileiros, que, ainda relativamente moço, na faixa dos 50 e poucos anos sofreu de paralisia quase absoluta, apenas suas pálpebras ainda tinham movimento. A senhora dele, para verificar se ele tinha ou não consciência, se não era um espírito aprisionado pelo seu corpo, disse a ele e fez um teste no sentido de que toda vez que ele quisesse dizer sim abaixasse a pálpebra uma vez, quando dissesse não, abaixaria a pálpebra duas vezes. E, aí, fez aquelas perguntas óbvias e jamais ele errou em qualquer delas, o que demonstrava que era um homem que não podia exprimir juridicamente a sua vontade, mas que, pelo Código de 1916, só por construção é que se poderia considerar absolutamente incapaz. Daí a razão de se colocar “mesmo por causa transitória”, porque esses casos de paralisia, em-

bora de muito difícil cura, por vezes há milagres que a Medicina não explica, mas que o indivíduo se recupera.

Por outro lado, com referência aos absolutamente incapazes, houve também algumas modificações. A primeira delas foi o rebaixamento da idade para dezoito anos. Eu confesso aos senhores, sempre fui considerado no Supremo Tribunal Federal como um juiz conservador, eu assumo o meu conservadorismo; aliás, o Ministro Gilmar escreveu um livro da minha contribuição, *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, em que diz que tudo aquilo de inovatório que havia no Supremo decorria geralmente de um acórdão de que eu fora o Relator. E ainda terminou dizendo: “e ainda dizem que esse homem é conservador”. Mas acontece que para certas coisas o conservadorismo é uma certa prudência. Nós, em Direito, não podemos ir nem tanto ao mar nem tanto à terra. Temos de ter uma certa prudência. Por isso, eu disse que fui contrário ao rebaixamento dos vinte e um para dezoito anos, porque à medida que as relações jurídicas mais se complicam nós estamos rebaixando a idade. Isso não é *capitis deminutio* para ninguém. Essa história de dizer que o sujeito podia ir à boate, podia dirigir automóvel, podia obter a carteira, podia ir à guerra para atirar, os senhores sabem que qualquer garoto de seis, sete, oito anos de idade, se tiver força de puxar um gatilho, é mais perigoso do que um bandido profissional. De modo que isso não é problema de *capitis deminutio*, o problema é de proteção, e proteção justamente por isso, porque quanto mais se complica a vida jurídica, quanto mais se complicam as relações jurídicas – e nós muitas vezes, depois de cinquenta anos de atuação no Direito, ainda somos ludibriados –, nós começamos a baixar. Recordo até que ocorreu uma passagem muito curiosa comigo e com a Deputada Rita Camata, que é tida como progressista, quando me pediram para fazer uma exposição perante a comissão da Câmara dos Deputados. Na volta do projeto para essa comissão, eu fiz uma exposição e falei, inclusive, nessa modificação que fora colocada no Senado pelo Senador Josafá Marinho. Ela me perguntou qual era a minha opinião. Eu pensei “com meus botões”: vou sofrer aqui uma diatribe, uma catirínaria terrível. Eu disse: “Fui contra, por isso e por isso ....”. Dei essa explicação. O que achei curioso é que ela se virou para mim e disse: “Graças a Deus encontrei alguém que pensasse como eu”. De modo que tudo isso é muito relativo. O certo é que se baixou a idade para dezoito anos, e isso teve até influência com relação ao Direito de Família, tendo em vista aquela distinção entre capacidade nupcial e capacidade de fato. Por outro lado, também se colocou uma norma expressa com relação aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos deficientes mentais que tenham o discernimento reduzido e, portanto, não sejam absolutamente deficientes mentais. E tratou-se também dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, tendo em vista justa-

mente essas gradações que a Medicina procura fazer. Isso, evidentemente, teve repercussão com relação a outros dispositivos concernentes às pessoas, como, por exemplo, o problema da cessação da minoridade, tendo em vista justamente esse problema dos dezoito anos para o efeito de cessação voluntária ou cessação de natureza legal.

Uma outra questão a ser aludida é a questão da morte. Uma questão jurídica séria é justamente saber, primeiro, o momento em que ocorre a morte. Isso não foi colocado no Código Civil porque até hoje nem a Medicina sabe exatamente. Antigamente, para saber se alguém morreu pegava-se uma velinha, colocava-a perto do nariz para ver se estava respirando ou não estava. Depois, se disse não. Evidentemente, isso era coisa para leigo, é lógico. A morte ocorre quando o coração pára de bater, e o indivíduo, aparentemente, não respira. Morte é a morte cerebral. Depois, veio a Medicina e disse: “– Bem, não é bem a morte cerebral, é a morte do cerebelo”. E aí é preciso saber como se comprova isso. Recordo-me que uma vez fui convidado para fazer uma palestra num congresso internacional sobre questões médicas e me pediram para falar sobre o conceito jurídico de morte. Então, eu disse que o conceito jurídico de morte é um conceito que vem a lei e dá, porque os senhores que são médicos até hoje ainda não chegaram a um acordo. E pior, depois fui assistir a um painel em que uma equipe de médicos do Paraná tinha feito uma série de trabalhos para demonstrar o exato instante da morte, que é muito importante para efeito de transplante, porque há certos tecidos e certos órgãos que, depois de algum tempo, não têm mais nenhuma validade para o transplante, o que muitas vezes, inclusive, induzia equipes que faziam transplantes a apressarem a morte daqueles que ainda, definitivamente, não tinham morrido. O certo é que era preciso saber exatamente o momento, e eles apresentaram um painel em que quando terminou eu me dirigi ao chefe do painel, àquela figura principal, e disse: “– Olha, acho que se tivermos que esperar tanto tempo para ter essa prova que os senhores exigem é melhor pegar aquela velinha e colocar na frente do nariz para ver se o sujeito está respirando ou não está”. Por isso, o Código Civil não tratou desse problema, mas tratou de um outro problema que vinha sendo tratado por legislação extravagante, que é justamente o relativo à morte presumida sem ser por ausência, porque o Código Civil de 1916 só tratava da morte presumida quando ocorria a ausência, que era aquela sucessão definitiva. Hoje se incluiu no Código Civil, porque isso já está absolutamente estratificado, essa morte presumida sem a ausência, que é aquilo que ocorre quando: art. 7º – “Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação da ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;” ou “II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término

da guerra”, sendo que essa declaração “somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”. Isso tem influência até com relação à morte presumida de ausência com relação ao casamento em que este se desfaz. Ao contrário do Código de 1916, em que não havia esse desfazimento.

E, finalmente, também merece alguma alusão específica o problema do tratamento dos chamados direitos de personalidade, que é um capítulo novo, que não havia no Código Civil de 1916. E não havia por uma razão: na época em que ele foi elaborado, – o projeto é de 1899 –, depois é que veio aquela discussão, lá até foi pior do que aqui. A discussão foi mais de natureza gramatical do que de natureza jurídica, mas o certo é que o projeto era do Século XIX, quando se discutia ferozmente, sendo que os maiores nomes da civilística alemã, inclusive, eram contrários à admissão dos direitos de personalidade, porque diziam eles: “– Não é possível que alguém seja sujeito e objeto de direito ao mesmo tempo”, como também entendiam que não seria possível se destacarem da personalidade certos aspectos dela, como é o caso da honra, da liberdade, da integridade física, do nome etc. O certo é que essa controvérsia doutrinária só vem depois da elaboração do Código Civil e da sua promulgação, que veio a ser assentada na doutrina. Hoje ninguém mais discute a possibilidade ou não da existência dos direitos de personalidade. Por isso mesmo, no Código Civil se incluíram princípios que se entenderam os principais. Obviamente, não se fez aqui exaustivamente o tratamento dos direitos de personalidade. Não se encontra, mesmo nos códigos mais modernos, uma exuberância de princípios a esse respeito, exceto no Código de Quebec em que se encontram mais de quarenta artigos sobre os direitos de personalidade. Por isso, é um Código muito extenso, razão pela qual o nosso Código, que é um Código muito pouco extenso, tem hoje dois mil e quarenta e poucos artigos, apesar de ter incluído todo um livro, que foi esse da unificação parcial do Direito Privado, que é o livro do Direito de Empresas.

Em seguida, vem o problema das pessoas jurídicas. Nas pessoas jurídicas o aspecto principal é que se separou nitidamente a associação da sociedade. O Código Civil tinha um grave defeito, dizia associação ou sociedade. E aí surgiu o problema de saber bem o que é associação e o que é sociedade. A doutrina fazia distinções, mas pelo Código seriam como sinônimos. Evidentemente não com relação às sociedades comerciais, que estavam destacadas, mas com relação às sociedades civis, tivessem ou não tivessem intuito lucrativo. Não havia disciplina nenhuma das associações, de modo que se aplicava a elas por causa dessa sinonímia com as sociedades civis, os princípios relativos ao contrato de sociedade que vinham no Direito das Obrigações. Hoje se fez o inverso. Colocou-se uma disci-

plina das associações na Parte Geral, sendo que esses princípios gerais são subsidiários dos princípios relativos às sociedades, que vêm tratada na Parte Especial no livro concernente ao Direito de Empresas. Este capítulo hoje está sendo muito alterado – não sei se já foi sancionado, mas subiu à sanção, uma lei que faz uma segunda série de alterações neste capítulo. A primeira, a meu ver, foi desastrosa. Como havia o art. 59, que estabelecia um *quorum* muito alto para instalação e votação nas assembléias gerais, para efeito de se eleger dirigentes das associações ou se excluir do quadro associativo esses dirigentes, houve um exagero. Bato sempre no peito a *mea culpa*, porque a comissão que elaborou o anteprojeto que foi mantido foi um pouco além da marca, exigindo um *quorum* muito elevado, e muito elevado porque se considerou que era uma matéria de suma gravidade, mas que podiam dificultar o funcionamento dessas associações. Então, o que se fez? Com relação às organizações religiosas e com relação aos partidos políticos, se por legislação posterior ao Código Civil, incluíram-se naquele dispositivo que diz são pessoas jurídicas de Direito Privado, quer dizer, são estruturalmente pessoas jurídicas de Direito Privado as associações, as sociedades e as fundações, daí colocaram organizações religiosas – confesso que não sei o que é isso, porque organização religiosa ou são os templos e, conseqüentemente, aquilo que está diretamente ligado à religião, ou são as associações religiosas que estariam disciplinadas pela estrutura das associações. E pior, colocaram os partidos políticos quando a Constituição é expressa no sentido de que embora sejam pessoas jurídicas de Direito Privado deveria haver uma lei especial para isso. Colocaram partido político como se fosse estruturalmente uma espécie diferente de pessoa jurídica. Agora, se fizeram ainda, confesso que não sei se já foi promulgado, sei que subiu para sanção algumas alterações com referência a esse capítulo, alterações essas que confesso que ainda não examinei, sei apenas que a principal delas foi aquilo que aliás se dizia antes, esse problema do *quorum* era só colocar que em certas matérias os estatutos é que vigorariam, e não a lei estabelecendo aquela competência exclusiva da assembléia geral.

Por outro lado, em matéria de domicílio, há uma modificação substancial. O Código de 16 dizia que nós temos dois conceitos de domicílio: um, o conceito geral de domicílio civil, que é a residência com intenção de permanência; e temos um outro, um conceito indireto, que é aquele que decorria da possibilidade da pluralidade de domicílios, quando dizia que domicílio era qualquer residência com intenção de permanência ou o centro de atividade habitual. Era considerado, portanto, o centro de atividade habitual também como domicílio civil e, conseqüentemente e indiretamente, era um conceito também de domicílio civil que

assim apresentava dois conceitos: um, de residência habitual e outro de centro habitual de ocupação.

Eduardo Spíndola, pouco depois da elaboração do Código Civil, fez uma crítica jocosa a respeito. Disse que centro de ocupação habitual é um conceito tão amplo, que domicílio de bêbado que se embebeda toda tarde num determinado bar também seria um centro de ocupação habitual.

Hoje, fez-se o seguinte: deu-se como conceito único de domicílio civil aquele que é o da residência com intenção de permanência. E se transformou aquele centro habitual de educação não como um centro habitual de ocupação, mas como um domicílio de natureza profissional. Por isso, quando vem a disciplina de domicílio ainda nesse livro, temos o art. 72: “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta profissão é exercida”, o que, de certa forma, faz uma correspondência com aquele princípio que ocorre com referência às pessoas jurídicas, quando se diz que é domicílio da pessoa jurídica não apenas a sua sede, mas também as filiais ou as suas agências, quando a relação jurídica daí decorrer. É aquele caso do banco que faz um empréstimo por uma agência e, com relação àquele empréstimo, o domicílio do banco é aquela agência, e não a sede dele. Aqui, portanto, temos um domicílio profissional da pessoa física.

Esses são os pontos. Há outros que vou passar por cima, porque não têm maior importância.

Com relação ao Livro II, concernente às coisas como objetos de direito, que tratou apenas de uma parte dos objetos de direito – porque os atos e as omissões humanas que geram efeitos jurídicos vêm tratados no livro concernente ao Direito das Obrigações – as modificações não foram muitas, porque este capítulo que vem do Código de 1916, em última análise, estabelecia justamente as classificações desses bens.

Vou abrir um parêntese para chamar a atenção para um fato: neste livro, podem ser encontrados os artigos concernentes às coisas públicas, como, no primeiro livro das pessoas, artigos concernentes às pessoas jurídicas de Direito Público interno e internacional. Isso, evidentemente, é uma incoerência teórica, é uma incoerência sistemática, mas se manteve por pragmatismo. Como não temos nenhum Código de Direito Público, e não havia uma outra lei que estabelecesse esse princípio, manteve-se no Código Civil; foi conscientemente mantido, não foi por efeito de negligência, imprudência ou imperícia.

Com referência às coisas como objeto deste Livro II, não se fala mais em coisas, usa-se a nomenclatura “bens” para significar que nem toda coisa é um

---

bem, porque há coisas no mundo exterior que não são bens jurídicos, como por exemplo: a Lua, os planetas, o Oceano Pacífico. Podemos até vender água do Oceano Pacífico ou do Oceano Atlântico, mas, obviamente, não se está vendendo o oceano. De modo que são coisas que não são bens jurídicos. Daí por que só se usar a expressão “bens”, embora no livro concernente ao Direito das Obrigações ainda se mantenha aquela nomenclatura tradicional de coisas incertas e coisas certas, falando em coisas. Mas, na Parte Geral, adotou-se essa nomenclatura: “bem é a coisa tomada no seu sentido jurídico, e, portanto, tudo aquilo que é capaz de ser apropriado”.

Nessas diferentes classificações já encontradas no Código de 1916 e no Código atual, os senhores vão verificar que houve algumas mudanças. A primeira delas diz respeito à não-alusão mais a bem imóvel por destinação do proprietário. Isso não existe mais em função da introdução, nessas classificações, no concernente às classificações que se baseavam no critério das coisas consideradas em relação a outras coisas. Acrescentaram-se dois dispositivos no tocante às chamadas pertencas, que, pelo Código Civil, são consideradas aquelas coisas acessórias que podem ser objeto de relações jurídicas independentes. Ou seja, quando se transfere a coisa principal, elas necessariamente não são transferidas, pelo contrário, elas só excepcionalmente são transferidas, o que no nosso Direito já ocorria. Os senhores, quando vendiam um automóvel, tiravam os tapetes do automóvel – se os tiravam, muitos não tiravam, porque já estavam tão gastos e não adiantava tirar –, mas tirar tapete de automóvel, por exemplo, é um exemplo bastante xucro, chulo, mas é um exemplo bastante expressivo. Disso nunca ninguém reclamou, dizendo que, quando se vendia automóvel, também tinham de se entregar os tapetes que, porventura, nele estivessem, o que, de certa forma, era justamente esse conceito de pertença: que não acompanhava o principal, salvo se isso estabelecesse que haveria esse acompanhamento. De modo que é uma coisa acessória que não segue, necessariamente, a sorte do principal. Essa coisa acessória que não segue, necessariamente, a coisa principal é justamente aquilo que dava margem àquele conceito de imóvel por destinação do proprietário.

Por outro lado, também se aludiu expressamente às universalidades: a universalidade de fato e a universalidade de direito. Uma modificação substancial na lei é aquela relativa às coisas divisíveis. O Código Civil de 1916 considerava divisíveis apenas as coisas fracionáveis e cuja fração mantinha as mesmas qualidades do todo, o que não era bastante. Imaginem aquela hipótese – gosto sempre de dar exemplos meio caricatos, para ninguém ter dúvida a respeito – de alguém que era dono de um diamante de quinhentos quilates, único no mundo, e falecia, deixando dez herdeiros. Ora, a coisa era divisível, então era possível fracionar em dez

diamantes de cinquenta quilates, cujo preço, na sua totalidade, era muito inferior ao preço daquele de quinhentos quilates, por ser o único no mundo. Pois bem, um herdeiro espírito de porco, querendo prejudicar os outros e pouco se lixando de prejudicar a si próprio, dizia: “Quero a divisão, não quero que se venda a unidade, mas quero a divisão.” Com isso, então, prejudicava a todos. Por isso, o novo Código Civil, quando conceitua os bens divisíveis e bens indivisíveis, estabelece a seguinte conceituação: “Bens divisíveis são os que se podem fracionar, sem alteração na sua substância”, e aí acrescentou: “diminuição considerável de valor”, é essa a hipótese – “ou prejuízo do uso a que se destinem”. É aquele caso em que o indivíduo tem um terreno com vinte metros de frente, deixa os dez herdeiros, e eles resolvem dividir em dez terrenos com dois metros de frente, que não dá, evidentemente, a não ser para corredor, e corredor começa do nada e vai para coisa alguma, de modo que, por isso, estabeleceu-se essa complementação.

Vamos agora, então, ao Livro III, que é o mais importante deles. O Livro III é o que trata dos fatos e atos jurídicos, dispensando tratamento primordial à mais importante figura dos atos jurídicos, que é a figura do negócio jurídico. E faz uma distinção que é rigorosamente necessária para que as pessoas não sejam induzidas a erro: a distinção entre negócio jurídico e outros atos jurídicos que não são negócios jurídicos. Por isso mesmo é que, hodiernamente, quando estudamos os fatos jurídicos, fazemos uma classificação da seguinte forma: os fatos jurídicos, em sentido amplo, são quaisquer mudanças no mundo exterior que produzam efeitos jurídicos.

Esses fatos jurídicos em sentido amplo subdividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles acontecimentos independentes da vontade, são os fatos da natureza que produzem efeitos jurídicos – caso um raio caia em uma árvore, extingue-se o direito de propriedade sobre a árvore que pereceu – e os atos jurídicos que podem ser lícitos ou ilícitos. Há autores que dizem que é absurdo se falar em ato jurídico ilícito, como se fosse alguma coisa extravagante, quando não é. Ato jurídico é toda ação humana que produz efeito jurídico, seja lícito seja ilícito. Nunca ninguém teve dúvida de que crime é um instituto jurídico. E não há nada mais ilícito do que crime. Conseqüentemente, isso significa dizer que, nessa classificação, incluem-se os atos jurídicos lícitos e os ilícitos. Os atos jurídicos lícitos, pelo Código de 1916, aparentemente eram todos iguais. Recordo-me de que, quando estudante da antiga Faculdade Nacional de Direito, escrevi um artigo que, graças a Deus, ninguém mais deve ter, porque nem eu mais tenho a revista do Caco, que era o Centro Acadêmico, em que dizia, com grande empáfia, que o Código Civil estava errado. E está errado por uma razão: no seu art. 82, diz assim: “São requisitos de validade do ato jurídico: a capacidade do agente”, que era a

capacidade de fato. Eu dizia: “Então, está errado, evidentemente, por uma razão: se a Mariazinha, com seus 5 anos de idade, pedisse uns tostões à sua mãe para comprar um sorvete no boteco da esquina, chegaria lá, entregaria o dinheiro, o rapaz do bar entregaria o sorvete, e ela sairia chupando tranquilamente o sorvete”, nunca ninguém imaginou que isso fosse um contrato nulo, por incapacidade absoluta de fato. E por quê? Porque seguimos o que até hoje os franceses ainda teimam em sua maioria seguir, falar em ato jurídico em geral, como se todos eles fossem disciplinados da mesma maneira, quando, na realidade, todos os princípios que estavam no Código Civil de 1916 sobre atos jurídicos eram princípios que diziam respeito aos atos jurídicos em que havia a chamada vontade negocial, ou seja, uma vontade capaz de criar, modificar ou extinguir efeitos que estavam na lei, ainda que, muitas vezes, as partes se submetessem apenas ao regime legal, ao contrário do que ocorre com outros atos em que não sucede isso. E havia atos em que não se exigia sequer a vontade por força da lei. É o caso da especificação, que é um dos modos de aquisição da propriedade móvel, em que o indivíduo faz uma espécie nova, com matéria-prima alheia. É o caso daquele escultor louco, mas um gênio, porque uma coisa não exclui a outra, que vê no terreno do vizinho uma bela pedra de mármore – não é tão louco que vá pular o muro, sabendo que o vizinho está lá. Ele espera que o vizinho se afaste, pula o muro e esculpe uma belíssima estátua. Ele torna-se proprietário da estátua. Ou aquele outro poeta, também gênio, mas louco, que escreve uma série de poemas e os publica. Ele é titular dos direitos de autor, independente, porque a lei não leva em consideração se ele tem vontade ou não; o que interessa é apenas o resultado material. De modo que, por vezes, a lei nem sequer leva em consideração a vontade. Aí, os senhores não encontram como aplicar nenhum daqueles princípios que no Código de 1916 vinham rotulados como relativos aos atos jurídicos em geral. E no Código atual, vêm na parte concernente aos negócios jurídicos. Por isso, nessa Parte Geral, fez-se essa distinção: atos jurídicos lícitos e atos jurídicos ilícitos; os atos jurídicos lícitos ou são negócios jurídicos, que é a modalidade principal dos atos jurídicos, ou são outros que não os negócios jurídicos. E se dividem em duas categorias – isso ainda é controvertido, os autores divergem em matéria de nomenclatura –, mas a nomenclatura que me parece mais simples, pelo menos, é aquela que distingue em atos fatos jurídicos – é uma denominação de origem germânica, adotada no Brasil por Pontes de Miranda. São ações humanas, e, por isso, atos naturalisticamente, mas tratados pela lei como se fossem fatos da natureza, porque ela não leva em consideração a vontade, como é o caso dessa especificação, como é o caso do achado de tesouro, em que o indivíduo, se der um esbarrão em uma aresta de uma arca – aquelas hipóteses que infelizmente nunca ocorrem – que tem um tesouro, só por esse esbarrão, sem que ele saiba, inclusive, porque ele esbarrou e em que esbarrou, se torna proprietário, pelo menos, da metade do conteúdo daquela arca.

Por que, isso? Porque é um ato, é uma ação humana, naturalisticamente, mas para a lei é considerado como um fato, independente da vontade. Por isso, não se aplicam a esses atos fatos nenhum dos princípios que estão nos negócios jurídicos.

Há uma outra categoria, a mais complicada, aquela dos atos jurídicos em sentido estrito, que abarcam alguns em que se exige a consciência e abarcam outros em que se exige vontade qualificada, e que, por isso, se assemelham aos negócios jurídicos. Aqueles que implicam apenas consciência, temos um exemplo na ocupação. Quanto à ocupação, diz o Código Civil que um dos modos de aquisição da propriedade imóvel é a ocupação, ou seja, é o assenhoreamento de coisa sem dono. E o assenhoreamento, quer dizer, tornar-se senhor, traduz a idéia de ter consciência. Pode não saber que se chama direito de propriedade, de ocupação, mas tem a consciência de que está praticando aquele ato para apoderar-se da coisa. É como no caso de um garoto de cinco anos que vai pescar, pesca um peixe, que é coisa sem dono, e se torna proprietário do peixe, ainda que nunca na vida dele tenha sabido que existe algo chamado direito de propriedade; o que ele sabe é que o peixe é dele, vai entregar para a mãe dele e vai comer o peixe assado depois. De modo que, exige-se apenas a consciência ou o que juridicamente se chama de capacidade natural, que é a capacidade de entender e de querer. Entender o que está fazendo e querer aquilo que está sendo feito.

Em geral, não há nenhum princípio nos negócios jurídicos que se aplique a esses atos. Há outros atos jurídicos em sentido estrito que exigem vontade qualificada, e aí há possibilidade de alguns dos princípios dos negócios jurídicos serem aplicáveis. Por isso, depois de toda a disciplina do negócio jurídico, foi incluído um título de um artigo só – aliás, não é o art. 188, me desculpem, é o art. 185. Os senhores sabem que ficamos velhos, começa-se a esquecer nome de gente e número. Conto sempre a história dos três velhinhos, não sei se conhecem: são dois velhinhos e uma velhinha. O velhinho do meio se vira para o velhinho da esquerda e diz: – Você se lembra do nome daquela flor, que é uma flor muito bonita, muito cheirosa, muito perfumada, a rainha das flores? Ele pensa e diz: – Ah, é a rosa. Então, ele se vira para a velhinha e diz: – Oh, Rosa, como é o nome desse nosso amigo aqui do lado? Trata-se do art. 185, Título II – Dos Atos Jurídicos Lícitos, que dispõe: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”. E isso por quê? Porque esses atos são em número imenso. Os dois principais autores que trataram dessa matéria são dois autores germânicos do começo do Século XX: Alfred Manigk e Peter Klein, um alemão e o outro austríaco, que procuraram sistematizar esses atos. Mas isso é quase impossível, porque o que há de ato jurídico: aviso, notifi-

cação, recusa, intimação, além de outros, gestão de negócios e ofertas, enfim uma série enorme que não se enquadra necessariamente na categoria negócio jurídico, mas que apresenta uma certa semelhança, e, por isso, alguns dos princípios podem ser usados neles. Esses atos jurídicos em sentido estrito só produzem efeitos de natureza legal, os efeitos previstos na lei. Por isso se diz que eles não admitem a chamada vontade negocial, essencial aos negócios jurídicos, ou seja, aquela vontade que pode afastar efeitos da lei, criar ou modificar efeitos que estão na lei. Por isso se faz essa distinção que permite, inclusive, que esses atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, como eles só têm efeitos legais, esses efeitos legais podem ser modificados, sem qualquer violação do princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, como elementos constitucionais que impedem a aplicação imediata da norma que modifique esses efeitos legais, não aqueles que decorrem do negócio jurídico, que são efeitos convencionais, ainda que, por vontade das partes, se siga exatamente o que está previsto na lei. Daí a razão pela qual os efeitos futuros de fatos passados, os efeitos de um contrato, por exemplo, ainda que venham depois da lei, seja lei de ordem pública, seja lei que não é de ordem pública, se admitirmos que cessam os efeitos – por isso o art. 2.035, na sua primeira parte do livro complementar do Código Civil, é inconstitucional – o Supremo já fixou isso nitidamente, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que fui Relator, que é a 493, em que declarou justamente isso. Isso é para Direito estrangeiro, em que o princípio da irretroatividade é um princípio legal, de modo ao legislador poder dar efeito retroativo a uma lei especial, independentemente daquele princípio geral, mas é um princípio que vincula os juízes, e nesses países é que se diz que o juiz também não está vinculado a esse princípio da irretroatividade quando se tratar de lei de ordem pública. No Brasil, temos um conceito constitucional, de modo que não apenas o juiz mas o legislador também está vinculado, e, mais, vinculado a qualquer espécie de lei. Não há distinção entre lei de ordem pública e lei que não é de ordem pública. Pois bem, neste caso não há esse problema, porque se trata de regime legal. O Supremo Tribunal Federal já há muito considera que não há violação dos princípios constitucionais do art. 5º, XXXVI, quando se trata de modificação de regime legal. Isso daí já saiu um pouquinho da Parte Geral, mas é bom sempre fixarmos esses conceitos, até para explicar a importância dessa distinção entre negócio jurídico e ato jurídico lícito que não seja negócio jurídico que, no que couber, só admite esse no que couber aqueles atos jurídicos em sentido estrito em que se leva em consideração a vontade, embora essa vontade não seja uma vontade negociável.

Por outro lado, é também importante salientar que houve uma série de modificações até com relação à concepção do negócio jurídico. Pelo Código Civil

de 1916, tínhamos uma concepção, estritamente subjetiva, em que se considerava que o que prevalecia no negócio jurídico era a declaração de vontade interna, nem sequer a vontade declarada; daí se fazia aquela distinção entre conceito objetivo e subjetivo. Quando se levava em consideração a vontade declarada, tratava-se do conceito objetivo; quando se levava em consideração a vontade interna, como estava embutida no psiquismo daquele que declarava, então se tinha a concepção subjetiva. Posteriormente, surge a chamada teoria preceptiva, que considera que os negócios jurídicos, objetivamente, nada mais são do que autodeterminação das normas que vão reger a relação jurídica deles nascida. Essa concepção, encontrada em alguns autores da Itália, teve muita repercussão, mas nós nunca adotamos. No Código Civil, o que se adotou foi uma concepção mitigada dessa concepção subjetiva, ou seja, aquela segundo a qual o que importa é a vontade interna. Mas para a segurança do comércio jurídico levam-se em consideração a auto-responsabilidade do declarante e a confiança do recipiendário dessa declaração. Ou seja, se a declaração for mal feita da vontade interna do declarante, ele responde por ela, e, conseqüentemente, por responder por ela, faz com que a declaração tenha valor preponderante sobre a vontade interna, mas desde que o recipiendário tenha confiança naquela declaração, porque, se ele souber que aquela declaração está mal feita, que tem um sentido que não é aquele aparente, então, nesse caso, não se aplica aquele princípio da auto-responsabilidade, porque os dois são conjugados. É preciso que um responda pelos defeitos da sua declaração, desde que o outro tenha confiança em que aqueles efeitos da declaração eram, realmente, os efeitos que a vontade interna do declarante queria produzir. E os senhores encontram isso em alguns artigos do novo Código Civil. O art. 85 do Código Civil de 1916 dizia: “Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” Hoje, se diz, no art. 112: “Nas declarações de vontade, se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas”, então se incluiu “nelas consubstanciadas” para traduzir, justamente, que há essa auto-responsabilidade do declarante, conjugada, evidentemente, com a confiança do recipiendário, porque, se ele souber que aquela declaração tem um sentido, ainda que aparentemente não o seja, mas o sentido real do que o declarante quis, obviamente, não haveria por que não se considerar que a vontade interna deve ser mantida e, portanto, deve prevalecer. E há outros dispositivos com relação ao erro em que os senhores também vêem a aplicação dessa concepção subjetiva mitigada, que veio, aliás, do Código Civil italiano de 1942.

Por outro lado, nas disposições gerais relativas ao negócio jurídico, houve o tratamento de algumas figuras que não eram tratadas no Código de 1916. A primeira delas é a reserva mental. Sempre que ia dar aula para bacharelado – hoje

estamos impedidos de dar aula devido à aposentadoria, a não ser em faculdade particular, pois se considera que o juiz já está meio gagá –, naquele tempo eu dizia que isso é aquilo que, no meu tempo de garoto, quando um guri queria fazer uma declaração para outro que não correspondia à vontade dele, fazia uma figa e colocava a mão para trás para o outro não perceber, de modo que, em última análise, isso é reserva mental. Ou seja, ele diz que quer não querendo, aí surge aquele problema se a outra parte souber que ele não quer. Discute-se, e alguns dizem que é nulo, outros que é um ato inexistente. Na nossa sistemática leva-se ao mesmo resultado, não produz qualquer efeito; agora, se a outra parte não souber, essa reserva mental não tem a mínima importância, porque, tendo em vista a circunstância de que quando se emitiu aquela vontade a outra parte já recebeu, sem saber que havia a reserva mental, o negócio se mantém absolutamente válido. Por outro lado, há o silêncio. No art. 111 do novo Código Civil se estabeleceu um princípio relativo ao silêncio. Quanto ao silêncio, sempre houve aquela controvérsia que vem do Direito Romano e do Direito Canônico, em que o silêncio é equívoco, não se diz nem que sim nem que não, e há outro sistema que considera que quem cala consente, e conseqüentemente, que quem silenciou é porque estava consentindo. O que, evidentemente, não é correto, porque se alguém me perguntar se quero vender alguma coisa e ficar olhando para ele, e ele olhando para mim, sem que eu diga se vendo ou não, obviamente, ele vai ficar o resto da vida sem saber se quero vender ou não. Por isso é que se estabeleceu no art. 111: “ O silêncio importa anuência quando a circunstância ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Então, nesse caso, o silêncio, como comportamento concludente, que leva a se inferir qual a manifestação de vontade, produz os seus efeitos.

Por outro lado, adotou-se o critério da boa-fé objetiva, que é um problema um pouco mais complexo, que podemos sintetizar da seguinte forma: o Código Civil não tinha nenhum princípio categórico sobre a chamada boa-fé objetiva. Tinha princípios sobre a boa-fé subjetiva, que, nada mais é – e aí há uma divergência também de concepções –, ou é a convicção de que não se está ferindo direito alheio, ou é a ignorância de que se está ferindo direito alheio. Há uma dicotomia, e isso é importante, porque a ignorância, por exemplo, a dúvida é compatível com a ignorância, quando se adota o critério subjetivo de que a ignorância não está ferindo o direito alheio, a dúvida traduz ignorância e, portanto, é também boa-fé. Enquanto que, quando se considera que a boa-fé é a convicção de que não se está ferindo direito alheio, aí a ignorância não pode ser considerada como boa-fé, porque para ter convicção é preciso não ignorar. Mas isso é boa-fé subjetiva, é aquela boa-fé interna, é o interior da pessoa que está agindo; enquanto que a chamada

boa-fé subjetiva, aquela que um dia o nosso Código Comercial de 1850, no art. 151, se não me falha a memória, quando falava na interpretação dos contratos comerciais com base na boa-fé, que não poderia ser, evidentemente, na boa-fé das partes, porque uma poderia estar de boa-fé num sentido, e a outra de boa-fé em outro sentido. Mas era justamente isso que a doutrina moderna denominava de boa-fé objetiva, ou seja, aquela boa-fé normativa, a boa-fé que estabelece certos deveres secundários que não estão previstos no contrato, nem na lei, mas que são efeitos secundários, também chamados instrumentais, que decorrem do princípio de lealdade, de honestidade, de moralidade, como por exemplo o princípio pré-contratual de respeito ao sigilo daquilo que as partes nas suas tratativas passam a conhecer dos negócios entre si. Assim, é preciso que se mantenha o sigilo, a transparência daquilo que desejam. Em se tratando da execução, o não impedir que o contrato seja executado de acordo com aquilo que foi tratado, e, portanto, embaraçando a atividade da outra parte, e até mesmo depois do contrato, quando não há mais contrato, em que a manutenção do dever de sigilo é um desses deveres que não estão nem no contrato nem na lei, mas que decorre justamente dessa boa-fé objetiva, que é uma das chamadas cláusulas abertas. E os senhores encontram aqui essa boa-fé objetiva na interpretação do negócio jurídico, quando se diz, art. 113 – “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”. São cláusulas abertas. Essa boa-fé aqui, em matéria de interpretação, só pode ser a boa-fé objetiva. E o mesmo ocorre com relação ao art. 187, que trata de abuso de direitos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé e pelos costumes”. Aqui é essa boa-fé normativa, que é chamada boa-fé objetiva pela doutrina moderna. Em seguida, vem um capítulo novo na Parte Geral que trata da representação. Eu, quando elaborei o anteprojeto, tratava tudo de representação – o que é convencional, o que é legal aqui –, mas a comissão do anteprojeto entendeu, por maioria, que só se deviam estabelecer aqui os princípios gerais e deixar a representação convencional para ser disciplinada conjuntamente com o contrato de mandato, dada a circunstância de que o mandato no nosso Direito, ao contrário do que ocorria, por exemplo, no Direito Romano, necessariamente implica a representação, cujo instrumento é a procuração – é a representação convencional. Na Parte Geral tratou-se apenas de princípios gerais, e aí se estabeleceram alguns dispositivos específicos, quer da representação convencional, quer da representação legal. Por exemplo, o problema do contrato consigo mesmo, que vem no art. 117. É aquele contrato em que o indivíduo celebra como representante de uma parte com outra pessoa, ou então, como representante de duas partes que se opõem – um que quer vender, ele é representante do vendedor e também é representante do que quer comprar. É esse o

chamado contrato consigo mesmo. Há um dispositivo expresso, art. 117, que diz: “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único: Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante do negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos”. De modo que se aplica também, apenas para esclarecer bem, seria até supérfluo, que o substabelecimento segue a mesma regra do estabelecimento da representação. Há algumas modificações no capítulo concernente à condição, ao termo e ao encargo. Com relação ao encargo, estabelece-se uma norma sobre os encargos ilícitos e impossíveis, mas não há problema maior. Nos defeitos do negócio jurídico há modificações com relação aos chamados vícios da vontade e os vícios sociais do negócio jurídico. Os vícios da vontade, são aqueles em que, no processo de formação da vontade interna, atua um elemento externo: o indivíduo amanhece querendo uma coisa, depois, por um fator externo, passa a querer outra e declara que esse seu querer segundo é correspondente ao seu querer primeiro. É o caso do indivíduo que amanhece querendo comprar um relógio de ouro, vai a uma relojoaria, vê um relógio dourado, – ele não sabe fazer a distinção –, entusiasma-se pela aparência do relógio dourado e passa a querer comprar aquele relógio como se fosse de ouro. O elemento externo é a aparência; conseqüentemente, aí temos um vício da vontade. Há dolo quando ele é induzido ao erro. Há coação quando tem violência física apenas, temos o caso de falta de vontade, e, conseqüentemente, não há sequer vício da vontade. Quando se trata da ameaça, que é aquela coação compulsiva, nesse caso, temos que a ameaça também é o elemento externo que faz essa variação no processo de formação da vontade. Aqui se retirou um vício social do negócio, a simulação, que vinha no Código de 1916, tratada nesse mesmo capítulo concernente ao defeito dos negócios jurídicos, e, por isso mesmo, a sanção era a anulabilidade.

Simulação, hoje, foi para o capítulo da invalidade. Simulação é negócio jurídico nulo, negócio simulado é negócio jurídico nulo, sempre, seja absoluta, seja relativa. E se introduziram duas figuras que não havia no Código anterior de 1916: o estado de perigo e a lesão. A lesão é considerada não exclusivamente objetiva, como era no Direito português antigo, aqui também apresenta um elemento subjetivo. Não é aquele dolo de aproveitamento encontrado na chamada usura real, que é uma forma de lesão, na Lei de Crimes contra a Economia Popular, em que se exigia o dolo de aproveitamento justamente porque era crime e, conseqüentemente, como tinha reflexo no Direito Privado, também se exigia esse dolo de aproveitamento. Aqui, o elemento objetivo é a desproporção de valores. Não se

estabelece, como no Direito antigo, a lesão enorme, enormíssima, se a desproporção fosse de 50% ou de dois terços. Nada disso. É o juiz que vai verificar se é considerável ou não. Exige-se um elemento subjetivo, não com referência àquele que se aproveita da lesão, mas àquele que é vítima dela, porque se exige necessariamente que ela seja ocasionada por inexperiência ou por premente necessidade da vítima, de modo que o elemento subjetivo se desloca do que é favorecido pela lesão, aquele dolo de aproveitamento da Lei de Crimes contra a Economia Popular, para a vítima, que tem de ter sofrido a lesão, por sua inexperiência ou por sua premente necessidade. O estado de perigo não é exatamente a lesão, apresenta diferenças (não tenho tempo aqui de dispor todas), mas diz respeito a problema de risco, que hoje se diz risco de morte. No meu tempo era risco de vida, embora hoje seja mais lógico dizer risco de morte.

Em seguida, vem o capítulo concernente à invalidade, e aí se destaca a nítida distinção entre negócio nulo e anulável. O Código de 1916 de vez em quando dispunha sobre a nulidade e tratava de anulabilidade, outras vezes tratava tanto de nulidade, quanto de anulabilidade. O Código atual procurou ser mais técnico. Trata genericamente da invalidade, que admite aquelas duas formas tradicionais: a nulidade para defeitos mais graves e a anulabilidade para defeitos menos graves.

Na nulidade, há um rol que, a meu ver, chega a ser exaustivo, que é o do art. 166, quando dispõe:

Art. 166 É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Isso é novo. Se for indeterminado, obviamente, não há negócio jurídico. Não posso vender uma casa que não sei qual é, e o comprador comprar uma casa que ele, também, não saiba qual seja.

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

É o caso justamente do indivíduo que contrata alguém para matar outrem. O motivo determinante é ilícito. Por isso não temos aqui um ato ilícito daqueles que no Código de 1916 vinham disciplinados no art. 159; aqui o que temos é um negócio jurídico ilícito, porque, em si mesmo, é um ato lícito. O que é ilícito é o motivo determinante dele, comum a ambas as partes. Se for comum a apenas uma das partes e a outra não souber, o que prevalece é a declaração de vontade.

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

É o problema, por exemplo, do número de testemunhas em matéria de testamento. Não é problema propriamente de forma escrita ou não, mas diz respeito à solenidade.

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

Isso é importante, porque na teoria da fraude à lei há uma controvérsia de séculos: é saber se a sanção deve ser a mesma da violação direta da lei ou se ela deve ser mais grave, porque ocorre justamente quando, por meios lícitos, alcança-se uma finalidade ilícita. Alguns autores dizem: “Se, violando diretamente, o problema é de anulabilidade, o problema da fraude à lei deve ser também de anulabilidade.” Outros dizem, e foi a concepção adotada pelo Código: “A fraude à lei é mais danosa do que a violação direta.” Pela violação direta se verifica nitidamente que a lei está sendo violada, enquanto que na indireta não. Há justamente a fraude, que consiste em aparentemente os atos serem lícitos, mas o resultado ser ilícito, daí sempre ser nulidade, ainda que a violação direta acarrete apenas anulabilidade.

Em seguida vem o artigo da simulação, em que a disciplina é completamente diferente da anterior, embora se admita a simulação absoluta e a relativa. A absoluta é quando não há subjacente nenhum negócio dissimulado, e a relativa, quando há. Mas se considera sempre que o negócio simulado é nulo, seja simulação absoluta, seja relativa. Quando for absoluta, não há efeitos do negócio; quando relativa, aflora o negócio dissimulado e aí vai-se examinar se ele é nulo, anulável ou válido. E, ainda, não há mais aquela regra de simulação inocente – qualquer simulação acarreta nulidade –, tampouco aquela de que a torpeza não pode beneficiar a quem a pratica, quando se dizia que o simulante não podia alegar simulação com relação a outro. Eu me lembro sempre de um caso do Supremo Tribunal, fui o Relator, no tempo do recurso extraordinário para matéria legal, em que surgiu um problema de que, graças a uma simulação relativa, se ocultava um negócio jurídico usurário e uns juros absolutamente exorbitantes. Surgiu aquele problema de que a vítima da usura não podia alegar, de acordo com a letra do Código, porque o simulante não podia alegar simulação contra outro. E o tribunal local entendeu que não, que era um caso excepcional, mas não justificou bem o que era. Quando chegou ao Supremo – naquele tempo era por violação à lei ou por divergência de jurisprudência em caso dessa natureza –, a saída foi esta: como havia autores que consideravam que nesse caso um simulante podia alegar simulação com relação ao outro, entendeu-se que a interpretação era razoável e se aplicou aquela súmula, que sempre considerei a mais genial das súmulas do Supremo, que considerava que, embora não fosse a melhor interpretação, não sendo desarrazoada, não há que se alegar negativa de vigência à lei. E, realmente, se ficar no terreno puramente da interpretação, isso não é problema de se estar negando a lei, mas de divergência

de interpretação. Com isso resolveu-se o problema, que hoje não existe, porque não há mais esse princípio.

Há também nesse capítulo o instituto da confirmação. O Código Civil anteriormente falava em ratificação, o que era uma falha, porque só se ratifica representação quando o representante não tem certos poderes ou quando ele tem menos poderes do que o ato que ele praticou. Aqui é confirmação do negócio, que só é admissível com referência aos negócios anuláveis, em que é possível haver a confirmação quando o vício cessa, como é o caso do relativamente incapaz que celebra um contrato. Quando ele se torna capaz, pode confirmar aquele contrato.

Algo absolutamente importante é que, tanto a anulabilidade quanto a nulidade são sujeitas à decadência. Perdão. A anulabilidade, porque em matéria de nulidade não se admite a convalidação nem pelo tempo, nem por confirmação. Quando há um negócio jurídico nulo, não se pode sequer confirmá-lo pelo tempo ou propriamente, porque, nesse caso, é preciso que se pratique um novo ato, um ato que é novo, quando cessar o vício e não se confirmar aquele que vinha anteriormente ou se bloquear a possibilidade de se decretar a sua anulabilidade, que seria o caso de nulidade.

Temos que, com relação à anulabilidade, o prazo é de decadência, por isso encontra-se nos arts. 178 e 179. O 178 diz: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico”, e vêm aqui aqueles vícios da vontade e os vícios do negócio jurídico. E, no art. 179, que é um princípio residual: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável (não é nenhuma anulabilidade daqueles vícios), sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.” Vejam que hoje é prazo de decadência, não há dúvida alguma. E, mais, quando se diz que a nulidade não pode nem convalidar pelo tempo, nem por confirmação, diz-se ser um absurdo, porque o indivíduo vai ficar com a espada de Dâmocles o resto da vida sobre a sua cabeça. Ocorre que a repetição do indevido é suscetível de prazo de prescrição.

Com relação aos direitos reais, os senhores têm o instituto usucapião. Eu continuo a falar do usucapião, essa história de que em latim era feminino, isso qualquer latinista de septuagésima classe sabia, inclusive o Padre Manoel Bernardes, que foi, ao que parece, o primeiro autor que usou essa expressão em português, dizia o usucapião, e ele sabia mais latim do que quase todos os latinistas modernos, principalmente esses que vivem dizendo: “um erro dramático, absoluto falar em o usucapião”. Depois daquela discussão de Ernesto Ribeiro com Rui Barbosa, em que discutiram tudo o que havia em matéria de gramática, nenhum deles ficou horrorizado quando o Código Civil de 1916 falava em o usucapião. O usucapião é um instituto que afasta aquele perigo da espada de Dâmocles, porque, no fim de

---

certo tempo, embora a transferência seja nula, o indivíduo adquire o direito real compatível com a natureza da sua posse.

Posteriormente, vem o capítulo dos atos ilícitos – e eu já estou chegando à conclusão – e são os atos ilícitos absolutos. Temos duas espécies de atos ilícitos: os relativos e os absolutos. Os absolutos são aqueles que violam direito absoluto; os relativos são aqueles que violam direitos relativos, é o caso do inadimplemento contratual. Esses atos jurídicos ilícitos relativos vêm tratados no livro concernente a Direito das Obrigações. Os relativos absolutos é que estão neste capítulo, e aqui houve duas modificações que são importantes, no art. 159 do Código Civil. Hoje se diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano” estava ou causar dano. Ora, causar dano sem violação de direito são aqueles casos de atos ilícitos danosos que dão margem inclusive a ressarcimento em certos casos, que são os casos de responsabilidade objetiva. E aqui, não. Aqui é ato ilícito absoluto em que não há responsabilidade objetiva, tanto que no capítulo concernente à responsabilidade civil, que é a subjetiva, faz alusão expressamente a esse art. 186 e em seguida ao 187, como vamos ver agora. Portanto colocou-se “e causar dano”. Violar direito e causar, não violar direito ou causar dano, como se o dano fosse ato ilícito absoluto, causar dano sem violar direito. E mais: “ainda que exclusivamente moral”. Isso já vinha desde o anteprojeto. Hoje se diz que isso foi incluído por causa da Constituição, mas é muito anterior a ela. Confesso que bato no peito a esse respeito, porque tenho sérias dúvidas hoje sobre dano moral. No Supremo, logo que entrei, os dois únicos que votavam a favor éramos o Ministro Djaci e eu. Todos os outros eram contrários, geralmente juízes de carreira. Depois é que fui perceber nitidamente o porquê: a coisa mais difícil que há é avaliá-lo. Então, uma de duas: ou se faz como nos Estados Unidos, em que se vive rezando para ser ofendido, para passar de miserável para rico, ou então nós fazemos aquela tarifação: um dedo vale tanto; a honra até certo ponto vale tanto. Realmente é o grande dilema do juiz quando ele põe a sua consciência em jogo para saber o que ele deve fazer. Por isso mesmo é que isso é, em última análise, uma pena privada que se transmite aos herdeiros. Tanto assim, que verifica-se aqui um fato curioso: na responsabilidade civil, agora se modificou um pouco isso, mas, na responsabilidade civil clássica, não se tomava conhecimento do ofensor, o que interessava era a vítima, era saber o dano que ela sofrera. Por isso, dizia-se que juiz de vara cível, quando ia para vara penal, era terrível, por quê? Porque estava preocupado com o dano. Porque ele, que estava acostumado com o dano, só passava a se preocupar com o ofensor. E, aí, ele era muito mais severo do que aquele outro que, desde o começo, preocupava-se com o ofensor. Por essa razão é que os senhores pegam o Código Penal e encontram

toda aquela parafernália de dolo, dolo de risco, dolo de perigo, dolo eventual, culpa próxima de dolo, culpa grave, gravíssima, leve. No Direito Civil, observem que não existe mais nada disso. O Código Civil agora é que adotou alguma coisa disso, mas na responsabilidade tradicional não se adotava isso. Por quê? Porque o que interessava era saber se houve ou não houve dano. O dano é decorrente de um ato ilícito absoluto? É. Interessa saber se houve dolo, se houve culpa, grave ou gravíssima, leve ou levíssima? Não. O que interessa é o dano. Pois bem, então, este dispositivo, que é o 186, apresenta esses dois pontos: violar direito e causar dano, e a outra é o dano moral expresso. E o 187 trata do abuso de direito, configurando o que se entende por abuso de direito, e qual é a consequência dele, o que também era muito discutível em matéria doutrinária, dizendo: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Uma observação importante: esse ato ilícito de abuso de direito não requer os elementos subjetivos que são requeridos pelo artigo anterior, que são aqueles dois. A culpa em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido amplo, e a imputabilidade que nada mais é do que a capacidade de delinquir, de praticar ato ilícito absoluto. Esse abuso de direito não exige isso, só exige o nexo de causalidade, levando em consideração o fim social ou econômico do negócio, a boa-fé e os bons costumes.

Em seguida, vem um capítulo primordial, um capítulo de grande relevo na Parte Geral, que é a distinção entre prescrição e decadência. Prescrição só ocorre quando há violação de direito subjetivo, que dá margem ao que o código novo chama de pretensão – não é ele, ele não inventou nada. Isso vem de uma célebre discussão entre Windscheid e Muther, na Alemanha, no Século XIX, em que Windscheid criou a figura do *Anspruch*, que traduzimos em língua neolatina – e os italianos falam *pretesa* – como pretensão. Quando um direito subjetivo não foi violado, a pretensão é uma, quando ele foi violado, essa pretensão se altera. Antes da violação, por exemplo, se eu contrato alguém para pintar o meu retrato, um pintor, e ele pinta o retrato, ele cumpriu o contrato; se ele não pinta, porque se arrependeu, dizendo não estar conseguindo pegar a fisionomia, com receio de estragar o seu nome com esse retrato, então, ele rompe o contrato. Ela tem que ser resistida, quer dizer, tenho que exigí-la, e, hoje, admite-se que, até em juízo, se faça isso. Mas, de qualquer forma, isso mostra que essa resistência em geral se faz no próprio terreno do direito material. Quando ocorre uma pretensão, e, portanto, algo que decorre da violação de um direito subjetivo, temos que os prazos para o exercício da ação – porque a ação é imprescritível, obviamente. A ação, hoje, pela teoria predominante, que é a teoria da abstração, nada mais é do que o requeri-

mento de alguém de pedir ao Estado que venha prestar jurisdição, ainda que não se tenha razão nenhuma. E, mais, nas ações declaratórias negativas, ele ainda vai em juízo para que se declare direito nenhum contra ele. Pois bem, a prescrição é dessa pretensão. Toda vez que se promover uma ação, é preciso ver se está prescrita ou não a pretensão. E aí vêm aqueles fatores de interrupção, de suspensão, de impedimento, de prescrição, problema de renúncia, enfim, todos aqueles princípios que não dá tempo, evidentemente, de examiná-los. Mas o que é importante é isto: prescrição diz respeito à pretensão, ou seja, violado um direito subjetivo, corre prazo de prescrição com referência a essa pretensão.

Quando se trata de direitos potestativos, ou seja, aqueles direitos que não exigem a colaboração da parte contrária, mas impõe a ela uma submissão, é o caso do direito de despedir. O patrão não tem de ter colaboração do empregado para isso. Na retrovenda, é a mesma coisa: o direito de resgate é exercido independentemente de saber se o comprador quer ou não que haja uma retransferência da propriedade. Nesses casos, o que temos é que, para o exercício desses direitos, havendo prazo, esse prazo é o prazo de decadência, que é importante com relação à distinção da prescrição, quando o exercício do direito tiver de ser feito por meio de uma ação judicial e não apenas extrajudicialmente. É o que ocorre com relação a casamento, à nulidade e à anulação de negócio jurídico – a nulidade não, porque a nulidade se declara e não é susceptível de prescrição e, aqui, não há que se falar em decadência, porque ela não é susceptível em prazo algum, uma vez que não se admite a sua confirmação, nem a verificação da decadência contra ela. Assim, quando se tratar de direito potestativo, o que temos é prazo de decadência, quer no Direito Privado, quer no Direito Público. Por isso mesmo é que aqueles 120 dias do mandado de segurança são prazo de decadência. Por quê? Porque se decai do direito de se utilizar daquele meio processual, antigamente chamado de heróico e, hoje, muitas vezes ordinárrissimo, pior, às vezes, que ação ordinária em matéria de tempo. O que é certo é que o mesmo ocorre com relação ao problema da ação rescisória em que também é a declaração de que a sentença é uma sentença inválida, e isso está no campo dos direitos potestativos.

Uma observação: adotou-se um pragmatismo com relação a esse problema. Como no Brasil isso sempre foi altamente discutível, o que se adotou foi o seguinte: todos os prazos de prescrição desse Código estão nesses artigos que estabelecem os prazos de prescrição, que são os arts. 205 e 206. Tudo o mais que falar em prazo no Código é prazo de decadência. Às vezes, diz-se prazo de decadência, outras vezes, prazo apenas, com exceção de dois artigos que foram colocados no tratamento do Direito de Transportes, em que essa regra não foi observada e, de-

pois, no art.1.601, quando o Congresso Nacional introduziu o seguinte princípio que não constava do projeto:

Art. 1.601 Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Aqui, os erros são dois: sendo direito potestativo, não há pretensão, nem se fala em ação. Ação não prescreve nunca. O erro já fala em ação. E, em seguida, diz “imprescritível”. Quando houvesse mesmo o problema de prazo, ele seria de decadência, porque o marido não tem de consultar a mulher, se ela quer colaborar com ele para que ele conteste ou não a sua paternidade. Isso é direito potestativo, e ela está submissa ao exercício desse direito. O que se deveria ter dito aqui é que não há prazo para que o marido conteste a paternidade dos filhos de sua mulher. Toda exceção confirma a regra, e, aqui, confirma-se que tudo é prazo de decadência, que não esteja nos arts. 205 e 206, excetos nesses casos excepcionais: dois no contrato de transporte, e esse dispositivo que fala em imprescritibilidade dessa ação, quando não há ação ou imprescritibilidade, porque seria caso de decadência que também não ocorre.

Finalmente, para concluir, temos de manter isso no Código Civil, a inclusão do tratamento da prova, tirando-se do Código de Processo Civil tudo aquilo que disser respeito aos modos de provas admissíveis em Direito. Isso não é processo, isso é direito material, tanto assim que, muitas vezes, se tem de provar fatos extrajudiciais. O que ficou para o Código de Processo Civil – e isso é importante, porque não foi revogado, obviamente – são aquelas normas que dizem como é que, no processo, se fazem as provas. Como é que se procede no processo para a aplicação das provas. Isto é material processual. Agora, saber quais são os meios de prova admissíveis em Direito, isto é matéria de direito material, e, conseqüentemente, por isso, à semelhança do que ocorre com o Código Civil, foi pelo menos essa orientação que se adotou, as provas vêm neste capítulo. E aqui há um artigo importante que diz respeito ao problema de o indivíduo se recusar a permitir a produção de uma prova. No Supremo, houve um caso curiosíssimo em que uma juíza – e as mulheres, nesse caso, são muito mais rígidas que os homens –, diante da necessidade de uma prova de paternidade ou não, a realização de DNA, portanto, o homem dizia: “Tenho terror, pânico de injeção, quanto mais de tirar sangue da veia, de modo que me recuso, e o meu direito constitucional de liberdade me permite essa recusa”. A juíza não teve dúvida: mandou que tirasse sangue dele sob vara, ainda que com o emprego da força. E ele, então, impetrou um *habeas corpus* que chegou ao Supremo Tribunal Federal, e houve uma grande discussão no Plenário do Supremo. Curiosamente, os conservadores concederam o *habeas corpus*, e os liberais negaram, considerando os conservadores que ele não podia,

realmente, ter o seu direito de liberdade ofendido, porém, com isso, não podia tirar vantagem a outra parte. Então, o que acontecia? Invertia-se o ônus da prova, e ele é quem tinha que provar que não era pai. E essa prova é realmente uma prova difícil de fazer, principalmente diante das circunstâncias, porque, se ele não admitia o DNA, não adiantava ele dizer que não era pai ou que não havia grandes indícios, ou pelo menos dificultava muito a prova dele. Por isso é que se colocou aqui um dispositivo na parte final das provas que atende a isso, a essa situação: aquele que se nega a permitir a produção da prova não pode tirar vantagem dessa sua negativa.

Agradeço a gentileza dos senhores e tive muita satisfação de tê-los aqui como ouvintes dessa fala de mais de hora e meia.

Muito obrigado.

## Artigos Doutrinários

### A Cofins e as Sociedades Civas de Profissões Regulamentadas: Repensando a Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça

Rubem Lima de Paula Filho\*

#### 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo a análise de um dos temas de maior conhecimento e polêmica no âmbito da Justiça comum Federal, mais precisamente na seara constitucional-tributária. Falo acerca da incidência da Contribuição para a Seguridade Social – Cofins sobre as receitas decorrentes das sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

O tema em destaque ganha relevância uma vez que, não obstante o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da edição de sua Súmula 276, o Poder Executivo, por meio da Secretaria da Receita Federal, entende não mais subsistir o fenômeno isentivo, haja vista a aceitação adminis-

---

\*Juiz federal substituto na Seção Judiciária do Distrito Federal. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, exerceu os cargos de técnico judiciário na Seção Judiciária do Maranhão, defensor público e juiz de Direito naquele Estado, bem como de juiz federal substituto na Seção Judiciária do Ceará.

trativa plena da revogação do art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/91 pelo art. 56 da Lei 9.430/96, o que será melhor explicitado no desenvolvimento da questão.

Não se limitará o presente estudo, no entanto, apenas a expor a problemática da situação, mas, também, a identificar os motivos que levaram à edição da Súmula 276, acima destacada, bem como traçar um juízo de conformação entre o entendimento jurisprudencial expresso no referido enunciado e o modo como o Supremo Tribunal Federal vem encarando a subsunção constitucional dos elementos que estruturam as contribuições para a Seguridade Social.

## 2. A Legislação a ser analisada e o histórico da problemática

Inúmeros são os mandados de segurança impetrados e as ações sob o rito ordinário ajuizadas objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as autoras, sociedades civis de profissão legalmente regulamentada, e a União, tendo por supedâneo a isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, malferida pelos ditames do art. 56 da Lei 9.430/96, os quais, respectivamente, têm as seguintes redações:

São isentas da contribuição:

(....)

II – as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

As sociedades de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991.

Com o advento da Lei Complementar 70/91, foi levada a termo a situação de transitoriedade estipulada no art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, mantenedor da contribuição do Finsocial, regulamentando-se a previsão constitucional de que incidiria contribuição social sobre o faturamento das pessoas jurídicas, nascendo, desta forma, a Cofins.

Como já transcrito acima, referido texto legal criou isenção em seu art. 6º, abarcando com a benesse legal as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o qual tem a seguinte disposição:

A partir do exercício de 1989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços regulamentada, registradas no registro civil das pessoas jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Logo o Poder Judiciário foi procurado pelas sociedades civis que se entendiam como destinatárias da isenção já examinada, uma vez que a Secretaria da Receita Federal estabelecera um óbice manifestamente ilegal para sua fruição, qual seja, a imprescindibilidade de que as interessadas se sujeitassem ao regime jurídico tributário do Imposto de Renda, como asseverado no Decreto-Lei 2.397/87.

Em boa hora, então, os Tribunais Regionais Federais firmaram entendimento de que nenhuma relação haveria entre a isenção da Cofins (art. 6º, II, LC 70/91) e o regime jurídico tributário determinado no art. 1º do DL 2.397/87, servindo este apenas como elemento indicador de quais entidades seriam beneficiadas pelo favor legal. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, bem recepcionou o entendimento enfocado, conforme expresso no julgamento dos Recursos Especiais 209.629/MG<sup>1</sup>, 192.156/PE<sup>2</sup>, 260.960/RS<sup>3</sup>, 221.710/RJ<sup>4</sup> etc.

Em seguida à discussão em tela, o advento da Lei 9.430/96 trouxe nova questão ao Poder Judiciário, desta vez acerca da revogação ou não do art. 6º, II, da LC 70/91 pelo art. 56 daquela, em que se determinou o recolhimento da Cofins por parte das sociedades civis elencadas no art. 1º do DL 2.397/87.

O Poder Judiciário Federal filiou-se, de forma não uníssona, ao entendimento apresentado pelas então autoras e impetrantes, no sentido de que, em virtude do princípio da hierarquia das normas jurídicas, não poderia a lei ordinária alterar os ditames já previstos em sede de lei complementar, cujo processo genético é mais dificultoso.

Após inúmeros julgamentos semelhantes, em sessão realizada em 14 de maio de 2003, decidiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pela emissão da Súmula de número 276, com a seguinte redação: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”.

Este, pois, o quadro atual da jurisprudência a respeito do tema, sendo que o mesmo serve de fundamento às causas de pedir das ações cujos ajuizamentos se noticiam acima.

### **3. Análise da Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Nos feitos judiciais aludidos, a Fazenda Nacional e as autoridades impetrantes, via de regra, sustentam que a Súmula 276 somente teve por escopo declarar que a isenção ali prevista não impunha nenhuma condição para gozo, não afetando a validade da revogação da Lei Complementar 70/91 pela Lei 9.430/96, posto que aquela se configura materialmente como ordinária.

No que tange à primeira das argumentações, tenho-a como desprovida de substrato fático e jurídico.

O teor da Súmula 276 do STJ é claro o suficiente para que dele se extraia que a Corte de Unificação do Direito Federal teve a intenção de declarar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais quanto ao recolhimento da Cofins. A conclusão final – irrelevante o regime tributário adotado – somente serviu para lançar uma pá de cal sobre as exigências anteriormente efetuadas pela Receita Federal. Ademais, em leitura aos votos proferidos nos julgamentos que serviram de precedentes à enunciação da súmula (Agravos Regimentais nos Recursos Especiais 226.386/PR<sup>5</sup>, 297.461/PR<sup>6</sup>, 422.342/PR<sup>7</sup> etc. e Recursos Especiais 227.939/SC<sup>8</sup>, 260.960/RS<sup>9</sup> etc.), verifica-se que a motivação primeira foi a necessidade de garantir a supremacia da lei complementar sobre a lei ordinária, em virtude da complexidade do processo legislativo daquela, enquanto a matéria referente ao regime tributário das beneficiadas com a isenção tramitou em um segundo plano.

Relativamente à qualificação da Lei Complementar 70/91 como materialmente ordinária, uma análise mais cuidadosa é exigida nesta parte do estudo.

Aventam a União e as autoridades coatoras que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/DF, firmou o entendimento de que, por haver expressa previsão constitucional para a tributação do faturamento (art. 195, I, em sua redação original), através de contribuição social, não haveria necessidade de que a regulamentação de tal regramento se fizesse por meio de lei complementar, tratando-se, na verdade, a Lei Complementar 70/91, de norma materialmente ordinária, podendo ser, destarte, alterada por outra de igual estatura material.

De fato, as asserções do ente público são coerentes com a posição firmada pela Corte Constitucional pátria.

Com efeito, quando do julgamento da ADC 1/DF, o STF decidiu pela configuração material ordinária da Lei Complementar 70/91. Transcrevo, na oportunidade, excerto do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, naquela ocasião:

Sucedo, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do art. 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

*Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – Lei Complementar 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de*

*contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.<sup>10</sup> (Grifo Nosso)*

Assim, importa aferir a repercussão que tal julgamento provoca no conhecimento da matéria tratada neste estudo, tornando-se, por certo, o busílis.

Analisando os precedentes que deram azo à enunciação da Súmula de Jurisprudência 276 do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que as decisões limitaram-se a proclamar a superioridade hierárquica da lei complementar em face da lei ordinária, ante a complexidade do processo de elaboração e também a desnecessidade de adequação do regime tributário para usufruto do benefício da isenção. Em momento algum, a posição firmada pelo STF quando do julgamento da ADC 1/DF foi trazida à baila.

Todavia, somente após a edição da Súmula 276, o Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente a Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Eliana Calmon, conheceu da matéria.

Tratava-se, na oportunidade, do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 382.736/SC, sob a Relatoria do eminente Ministro Castro Meira. Na oportunidade, a Turma ratificou, *majoritariamente*, o entendimento já exposto na Súmula 276.

Por sua importância, merece comentários o julgamento em apreço.

Na ocasião, o Relator, Ministro Castro Meira, acompanhado do Ministro Teori Albino Zavascki, votaram pela revisão da súmula em destaque. Tendo em vista o seu manifesto confronto redacional com o entendimento já sufragado pelo STF, propuseram, inclusive, que sua redação fosse a seguinte: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais, até o advento da Lei 9.430/96, são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”.

Como se vê, Suas Excelências reconheceram a caracterização material de lei ordinária à Lei Complementar 70/91, autorizando-lhe modificações mediante aquele instrumento legal.

Não obstante as conclusões acima, a tese não logrou êxito em sagrar-se vencedora, sucumbindo ao entendimento já sufragado na Súmula 276.

O voto condutor foi da lavra do Ministro Peçanha Martins, a quem peço vênia para transcrever e analisar:

Sra. Ministra Presidente, chegou às minhas mãos um acórdão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, declarando que a competência para o julgamento desta matéria é do Superior Tribunal de Justiça. Significa dizer que, pelo menos em princípio, aquele eminente magistrado, constitucionalista que é, não reconheceu na hipótese a competência, pelo menos exclusiva, do Supremo Tribunal Federal. Essa é a lição que extraio daquela decisão.

Estiveram comigo os ilustres representantes da Fazenda Nacional e dos advogados. Conversamos, como faço para me esclarecer. As leis são hierarquizadas. Temos a Constituição, leis complementares, leis ordinárias, decretos-leis, decretos, portarias... . À lei complementar, nos termos da Constituição, cabe:

“art. 146: .... definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes.”

No caso em discussão, a lei complementar não fez incidir o tributo àquelas sociedades de advogados. Indaga-se: podia fazê-lo? Nos termos da Constituição, podia, porque as pessoas físicas e jurídicas são as contribuintes de modo geral, mas não o fez quanto aos advogados.

*O que, parece-me, declarou o Supremo Tribunal Federal com relação à possibilidade de alteração de leis complementares por leis ordinárias diz respeito à alíquota e só quanto a ela. É que, na dicção do art. 146, a definição dos contribuintes dos tributos é matéria reservada à lei complementar.*

Há que ser levada em conta a natureza das leis e as pessoas a que se destinam a lei; e, em princípio, há de ser levado também em conta que o Código Tributário Nacional não foi votado pelo Congresso Nacional como lei complementar. Foi como tal, definido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Suas regras gerais e suas normas podem ser alteradas por leis especiais ou por lei que não tenham a característica de complementares. *Mas a lei complementar que definiu quais os contribuintes, parece-me, não poderia ser modificada por lei ordinária ou qualquer outra lei ordinária, porque contraria o disposto no art. 146, III, a, da CF/88.*

Somente a lei complementar, para cuja aprovação exige-se maioria absoluta (art. 69, CF), pode definir os tributos e suas espécies e, quanto aos impostos discriminados na Constituição, “a dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” (art. 146, III, a, CF).

*Ora, como admitir-se possa a lei complementar ser alterada por lei ordinária para incluir novos contribuintes de tributos?*

Por essas razões e pedindo vênias aos que pensam em contrário, sou pela manutenção da súmula e nego provimento ao agravo regimental.<sup>11</sup> (Grifo nosso).

Como se vê, portanto, o exercício hermenêutico efetivado acima prima pela autenticidade, uma vez que emanado pela mesma Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, da qual a Primeira Turma faz parte, de onde se originou o entendimento expresso na Súmula 276.

Objetivando afastar a possibilidade de a lei complementar ser alterada por lei ordinária, assim se manifestou o prolator do voto condutor: “...*O* que, parece-me, declarou o Supremo Tribunal Federal com relação à possibilidade de alteração de leis complementares por leis ordinárias diz respeito à alíquota e só quanto a ela. É que, na dicção do art. 146, a definição dos contribuintes dos tributos é matéria reservada à lei complementar...”.

Conquanto se reconheça a autoridade jurídica do eminente Ministro Peçanha Martins, o que é fato notório, ousa-se discordar de sua posição acerca do tema, uma vez que, a princípio, em manifesto confronto com a jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao instrumento legal destinado a regulamentar os elementos estruturantes das contribuições para fomento da Seguridade Social.

O problema já foi examinado pelo Excelso Pretório, o qual, pelo ínclito Ministro Carlos Velloso, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 138.284-8/CE, manifestou-se da seguinte forma:

Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao CTN (art. 146, III, *ex vi* do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: *porque não são impostos, não há exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte estejam definidos na lei complementar* (art. 146, III, a).

(....)

A norma matriz das contribuições sociais, bem assim das contribuições de intervenção e das contribuições corporativas, é o art. 149 da Constituição Federal. O art. 149 sujeita tais contribuições, todas elas, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Isto, entretanto, não quer dizer, também já falamos, que somente lei complementar pode instituir tais contribuições. Elas se sujeitam, é certo, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). *Todavia, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes* (art. 146, III, a). *Somente para aqueles que entendem que a contribuição é imposto é que a exigência teria cabimento. Essa é, aliás, a lição sempre precisa do eminente Sacha Calmon Navarro Coelho, hoje professor titular da UFMG* (Sacha Cal-

*mon Navarro Coelho, Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, Forense, 1990, p. 145/146.*<sup>12</sup> (Grifo nosso).

Como se vê, a questão encontra-se sedimentada em sede jurisprudencial, a qual se mantém firme no sentido de que desnecessária a edição de lei complementar, não obstante o silêncio do Código Tributário Nacional, para definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes das contribuições sociais, caso da Cofins.

Peço licença para transcrever mais uma ementa a respeito:

*Constitucional. Tributário. Contribuição: Sebrae: contribuição de intervenção no domínio econômico. Lei 8.029, de 12/04/90, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28/12/90. Lei 10.668, de 14/05/03. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.*

I. As contribuições do art. 149, CF – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrente de “outras fontes”, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. *Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: CF, art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.*

II. A contribuição do Sebrae 3/4 Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/03 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240, CF.

III. Constitucionalidade da contribuição do Sebrae. Constitucionalidade, portanto, do § 3º do art. 8º da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/03.

IV. Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.<sup>13</sup> (Grifo nosso).

Diante de tal posicionamento da Corte Suprema, coerente com a melhor interpretação dada ao Texto Constitucional, torna-se imperioso afirmar que a necessidade de instituição de normas gerais, por lei complementar, que definam fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, nos termos do art. 146, III, *a*, da CF/88, não se aplica às contribuições sociais para a Seguridade Social.

Só por este motivo, pode-se declarar desprovidas de fundamento constitucional as conclusões exaradas no julgamento do Agravo Regimental no Recurso

Especial 382.736/SC, posto que a definição de contribuintes, por via transversa, também abrange a concessão de isenção, matéria, como se vê, afeta à lei ordinária.

Não tem, desta feita, a lei complementar o espectro proclamado pelo eminente Ministro do STJ com relação às contribuições sociais, ainda mais se desnecessária a instituição de referido tributo por aludida modalidade de norma (ADC 1/DF).

A prescindibilidade de lei complementar quanto à regulamentação no plano infraconstitucional das contribuições sociais não se limita, portanto, somente à figura da alíquota, tornando-se, por conseguinte, desnecessária a todos os elementos estruturantes do tributo, o que inquina de afrontosa à interpretação do tema dada pelo STF a motivação do julgado no agravo regimental em destaque.

O raciocínio é claramente extensível à possibilidade de alteração de uma lei complementar por lei ordinária, aquilatada, obviamente, sua caracterização material.

Cai por terra, então, a motivação sustentadora dos fundamentos que originaram a Súmula 276 do STJ, posto que a mera alegação de respeito à hierarquia das normas se tem por impertinente ao desate da lide, ante a conclusão extraída da ADC 1/DF, de que a Lei Complementar 70/91 materialmente seria uma lei ordinária, conquanto possua *status* diversificado.

Não se pode olvidar que tal posição foi albergada pelo STF em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 1/DF), cujos resultados, por determinação constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF/88).

Considera-se, ainda, a postura do mesmo Excelso Pretório acerca da desnecessidade de a lei complementar regular os elementos estruturantes das contribuições sociais, contrariamente ao decidido pelo STJ (Agravo Regimental no Recurso Especial 382.736/SC).

Ora, a partir do momento em que a Lei Complementar 70/91 é qualificada como materialmente ordinária, por força de julgamento em ADC – com efeitos *erga omnes* e vinculantes – e não mais para a definição dos elementos estruturais das contribuições – caso dos contribuintes – exige-se a edição de lei complementar, pergunta-se, então, ante tais conclusões extraídas de julgados da Corte Suprema, o que justificaria ainda a imprescindibilidade de o art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91 ser revogado somente por outra lei complementar? Creio que nada!

Finalizando a questão, observo que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem hodiernamente firmando o entendimento de que a apreciação de matéria rela-

tiva à hierarquia das leis sequer é de sua competência, haja vista tratar de questão de natureza eminentemente constitucional, conforme se vê abaixo:

*Processual Civil. Agravo regimental. Embargos de divergência. Matéria de cunho constitucional examinada na corte a quo. Impossibilidade de análise do apelo excepcional.*

1. Embargos de divergência em recurso especial oposto contra acórdão segundo o qual “no âmbito deste recurso, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria de cunho constitucional, de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da Constituição Federal”.

2. *Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada basiliou-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional (constitucionalidade da revogação da isenção da Cofins concedida às sociedades civis de prestação de serviços e aplicabilidade do art. 195, I e § 4º, da CF/88).*

3. Preliminar de não-conhecimento por trazer o acórdão de 2º grau matéria nitidamente constitucional que esbarra na possível confrontação entre os textos dos acórdãos recorrido e os apontados como dissidentes, razão pela qual impõe-se a descaminhada dos embargos.

4. Agravo regimental não-provido.<sup>14</sup> (Grifo nosso)

*Tributário e Processual Civil. Cofins. Sociedade civil. Isenção. Acórdão vergastado. Fundamento eminentemente constitucional. Competência do STF.*

1. *O Tribunal a quo negou a pretensão da recorrente sob a ótica essencialmente constitucional, de competência do STF e, portanto, fora do âmbito de apreciação do recurso especial, a teor do art. 102 da Carta Magna.*

2. Agravo regimental improvido.<sup>15</sup> (Grifo nosso)

## 4. Conclusão

Conforme se conclui do presente estudo, impõe-se o cancelamento ou revisão da Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que em manifesto desacordo com o entendimento já solidificado no Supremo Tribunal Federal, na qualidade de último intérprete da Constituição Federal, de que as contribuições para a Seguridade Social, desde que previstas no art. 195 da Carta Magna, prescindem de regulamentação pela via da lei complementar, bem assim de que à referida modalidade tributária não se aplica o disposto no art. 146, III, *a*, do mesmo texto normativo. Destarte, sem nenhum vício de constitucionalidade a revogação tácita promovida pelo art. 56 da Lei 9.430/96 ao art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91.

## Notas

- <sup>1</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 209.629/MG. Rel. Ministro Milton Luiz Pereira. Julgamento em 28/09/99. *DJU* 16/11/99, p. 192.
- <sup>2</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 192.156/PE. Rel. Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 04/05/99. *DJU* 28/06/99, p. 58.
- <sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 260.960/RS. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento em 13/02/01. *DJU* 26/03/01, p. 378.
- <sup>4</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 221.710/RJ. Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento em 04/10/01. *DJU* 18/02/02, p. 288.
- <sup>5</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 226.386/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. Julgamento em 13/08/02. *DJU* 09/09/02, p. 185.
- <sup>6</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 297.461/PR. Rel. Ministro Francisco Falcão. Julgamento em 03/04/01. *DJU* 03/09/01, p. 153.
- <sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 422.342/PR. Rel. Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 15/08/02. *DJU* 30/09/02, p. 199.
- <sup>8</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 227.939/SC. Rel. Ministro Milton Luiz Pereira. Julgamento em 19/10/00. *DJU* 12/03/01, p. 97.
- <sup>9</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 260.960/RS. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento em 13/02/01. *DJU* 26/03/01, p. 378.
- <sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/DF. Rel. Ministro Moreira Alves. Julgamento em 1º/12/93. *DJU* 16/06/95, p. 18.213.
- <sup>11</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 382736/SC. Rel. Ministro Castro Meira. Julgamento em 08/10/03. *DJU* 25/02/04, p. 91.
- <sup>12</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 138.284/CE. Rel. Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 1º/07/92. *DJU* 28/08/92, p. 13.456.
- <sup>13</sup> Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 389.001/PR. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 10/02/04. *DJU* 05/03/04, p. 30.
- <sup>14</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 734437/RJ. Rel. Min. José Delgado. Julgamento em 28/09/05. *DJU* 24/10/05, p. 166.
- <sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 761506/PR. Rel. Min. Castro Meira. Julgamento em 04/10/05. *DJU* 24/10/05, p. 296.

## Competência Administrativa em Matéria Ambiental: Necessidade de Regulamentação do Art. 23 da Constituição da República

Lyssandro Norton Siqueira\*

### 1. Introdução

\*Mestrando pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, procurador do Estado de Minas Gerais e advogado.

A constante preocupação do ser humano com a crescente degradação do planeta tem dado ao Direito Ambiental grande significância nos dias atuais.

No Brasil, País que, pelo remanescente acervo natural, tem atraído a atenção de todo o mundo, o ordenamento jurídico ambiental tem buscado a regulação do desenvolvimento econômico de forma sustentável.

Neste aspecto, aos empreendimentos que possam gerar impacto ao meio ambiente, tem sido imposta a adequação de suas atividades e futuros projetos às exigências ambientais dos Municípios, Estados e União.

No Direito Ambiental há, contudo, um grande ponto controvertido, que funciona, em alguns casos, como verdadeiro entrave ao desenvolvimento.

Trata-se do conflito de competência administrativa entre os entes federados em matéria ambiental.

Com efeito, não raras vezes Municípios, Estados e União exigem simultaneamente licenças ambientais para o mesmo empreendimento ou, até mesmo, negam-se a emitir autorizações para determinada atividade já autorizada por outro ente federado.

O presente trabalho buscará a identificação dos problemas existentes, tentando apontar as possíveis soluções.

## **2. Da política nacional de meio ambiente.**

Como grande marco na história da legislação de proteção ao meio ambiente, a Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispôs sobre a política nacional de meio ambiente, criando o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama:

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, assim estruturado:

I – órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; (redação dada ao inciso pela Lei 8.028, de 12/04/90, *DOU* 13/04/90)

II – órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a finalidade de assessorar, estudar e propor, ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado

e essencial à sadia qualidade de vida; (redação dada ao inciso pela Lei 8.028, de 12/04/90, *DOU* 13/04/90)

III – órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (redação dada ao inciso pela Lei 8.028, de 12/04/90, *DOU* 13/04/90)

IV – órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (redação dada ao inciso pela Lei 8.028, de 12/04/90, *DOU* 13/04/90)

V – órgãos seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; (redação dada ao inciso pela Lei 7.804, de 18/07/89, *DOU* 20/07/89)

VI – órgãos locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; (Inciso acrescentado pela Lei 7.804, de 18/07/89, *DOU* 20/07/89).

O Sisnama representa a integração de todos os órgãos públicos destinados à proteção do meio ambiente, demonstrando a necessidade de cooperação entre eles para que possam alcançar seus objetivos. Inegável, assim, a importância do referido diploma legal para o Direito Ambiental brasileiro, como bem destacado pelo Procurador do Estado de São Paulo, Guilherme José Purvin Figueiredo:

Verdadeiro marco legislativo do Direito Ambiental, esta lei consagrou o princípio da responsabilidade civil objetiva pelo dano ao meio ambiente e ofereceu conceitos legais basilares sobre poluição e poluidor. Referido texto legislativo, na verdade, é uma reação ao desolador quadro socioambiental nos centros industriais: nessa mesma época o mundo inteiro tomava conhecimento da gravíssima situação na região de Cubatão/SP, considerada a região com mais elevado nível de poluição industrial do planeta. O avanço de nossa legislação ambiental é, nesse período histórico, inversamente proporcional à qualidade ambiental do desenvolvimento econômico de nosso País. (Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. P. 168/169).

Posteriormente, o constituinte de 1988 inovou ao destinar, de forma enfática, um capítulo específico à proteção ao meio ambiente. Neste sentido, destaca-se a lição de Alexandre de Moraes:

Não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas, que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para a África por quatro anos, se o dano fosse mínimo, caso contrário, o degredo seria para sempre; as nossas

Constituições anteriores, diferentemente da atual, que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam. (Moraes, Alexandre de. direito Constitucional – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2000. P. 646).

Em que pese a importância e a eficiência tanto da legislação ordinária, como da Constituição da República, na proteção ao meio ambiente, restou controversa a forma de atuação dos entes federados para o exercício da competência administrativa nas questões ambientais.

Com efeito, em estrita obediência ao disposto no art. 23 da Constituição da República, a proteção ao meio ambiente é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(....)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

Tanto a Lei 6.938/81 como a Constituição da República confirmam a preocupação da sociedade brasileira com o meio ambiente, destacando-se a manifestação de Gustavo Trindade:

A opção do legislador constituinte pela competência comum para a defesa do meio ambiente, bem como do legislador ordinário pela criação do Sisnama, sinalizam a importância que se deu à proteção ambiental, tendo como decorrência a necessidade de cooperação de todos os entes federados, seus órgãos e entidades, na proteção e execução daqueles temas a que se deu dignidade constitucional.

(....)

Desta forma, pode-se afirmar que a todos os integrantes do Sisnama se atribuiu a responsabilidade pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, tendo em vista ter sido tal sistema nacional criado com o fim de operacionalizar, dar efetividade e eficiência à proteção ambiental. (Parecer 312/Conjur/MMA/04, datado de 04/09/04, da lavra do Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente, Dr. Gustavo Trindade).

Contudo, conforme já afirmado, tal delegação de competência comum a todos os entes federados para atuação em matéria ambiental acabou por criar um grande impasse.

Ocorre que, na falta de critérios legais objetivos, União, Estados e Municípios engalfinham-se, não raras vezes, no exercício pleno desta competência comum. Lado outro, os mesmos entes federados, em algumas hipóteses, se omitem, permitindo que ocorra, até mesmo, degradação ambiental.

Como tentativa de solução desta polêmica, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, pela Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997, estabeleceu alguns parâmetros para o exercício desta competência comum, regulando aspectos do licenciamento ambiental, com prevalência para o exame da abrangência do impacto ambiental em detrimento da dominialidade do bem afetado.

Entretanto, a Resolução 237, em que pese a elogiosa iniciativa, não se mostrou como dirimente de todos os conflitos existentes, conforme se depreende dos seguintes julgados:

*Meio ambiente. Licenciamento. Competência.* O licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local ou regional é de competência dos órgãos ambiental municipal ou estadual, respectivamente, nos termos dos arts. 5º e 6º da Resolução 237/97 do Conama. O licenciamento obtido pelo impetrante em órgão estadual é válido, não podendo o Ibama, que não tem competência para licenciar o projeto, embargar o empreendimento. Eventual conflito de competência entre os órgãos estadual e municipal somente pode ser atacado por parte quem tenha legítimo interesse. Havendo licença estadual, sem insurgência do Município, não pode o Ibama questionar a validade do licenciamento que não lhe diz respeito. Apelo e remessa oficial improvidos. (TRF-4ª R. – AMS 2000.04.01.079732-4/SC – 4ª T – Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto – DJU 12/06/02);

*Administrativo e Constitucional. Agravo de instrumento/agravo regimental. Ação civil pública. Empreendimentos de carcinicultura no Estado do Ceará. Concessão de licença ambiental por parte do Semace e Ibama. Possibilidade em face da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para proteção do meio ambiente. Exclusão do Semace e reconhecimento da competência exclusiva do Ibama. Impossibilidade. Ausência de prejuízo ao Ibama.* 1. Objetiva-se no presente recurso a reforma parcial do despacho, no quanto admitiu que o licenciamento da atividade de carcinicultura procedido por autoridade estadual, no caso o Semace, considerando a competência legislativa concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre a política nacional do meio ambiente, constitucionalmente prevista; 2. Encontra-se, *prima facie*, legal o licenciamento ambiental da atividade de carcinicultura procedido através do órgão ambiental estadual, no caso a Semace, do ponto de vista de competência, no quanto a competência para a proteção do meio ambiente é, por força do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal, comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e da Lei 7.661/88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências, que após definir no parágrafo único do seu art. 1º, o que considera zona costeira, estabelece, especificamente em seu art. 6º e § 2º que: “O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da zona costeira, deverá observar, além do disposto nesta lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro”; 3. Do mesmo modo, aparentemente legal se apresenta

a Resolução 312/02 do Conama, atendendo que a competência do Conama para a expedição da referida Resolução encontra-se prevista no art. 8º, I, da Lei 6.938/81; 4. Na verdade, o que se levou em consideração na presente decisão foi exatamente saber se a Resolução 312/01 Conama encontra-se ou não cumprindo seu papel primordial, qual seja a proteção do meio ambiente e neste sentido é que se fundamentou a decisão que, em face do princípio da precaução, decidiu por manter a decisão agravada que exigiu o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA) como requisito para a concessão de licenças para a exploração da atividade de carcinicultura, independentemente do tamanho do empreendimento, na zona costeira e nos terrenos de marinha, tanto pelo Ibama como pela Semace, de modo a evitar possíveis danos ao meio ambiente, danos esses que na maioria das vezes se tornam irreversíveis, razão pela qual o entendimento adotado não trará prejuízo algum ao Ibama; 5. Por tais razões, não há como deferir-se o pedido deduzido de ser o Ibama o órgão exclusivo para a concessão de licenças para exploração de carcinicultura no Estado do Ceará; 6. Agravo regimental improvido. (TRF 5ª Região – AGTR 2004.05.00.017179-3 – (56531) – CE – 2ª T – Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira – DJU 28/04/05 – p. 838).

Além disso, a legalidade e constitucionalidade da Resolução Conama 237/97 mostram-se por vezes questionadas.

Destaque para a lição de Andréas Krell:

Da mesma forma, a União não pode impedir que os Estados e Municípios licenciem projetos e atividades no seu território, sob a alegação de que o licenciamento somente caberia ao órgão federal invocando simplesmente as normas da Resolução 237/97. (KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. P. 117).

Persiste, portanto, a necessidade de se dar solução à controvérsia.

### **3. O art. 23 da Constituição da República**

Como já afirmado, em decorrência da interpretação do disposto no art. 23 da Constituição da República, há entre os órgãos ambientais, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, um “conflito positivo de competência” para o exercício do poder de polícia administrativa.

Tal conflito é, às vezes, negativo, quando nenhum dos entes federados atua em face de determinado caso concreto, em absurda convivência com a degradação ambiental.

A competência comum, regulada pelo citado art. 23 da Constituição da República, diz respeito às diretrizes, políticas e preceitos relativos à proteção ambiental. Destaque para a lição doutrinária:

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental. Encontramos competência material exclusiva, competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente.

(....)

O art. 23 da Constituição dispõe sobre a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa competência diz respeito à prestação dos serviços referentes àquelas matérias, à tomada de providências para a sua realização.

(....)

Já no tocante ao meio ambiente natural, encontramos a competência comum para protegê-lo e para combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), assim como para preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Essa é uma competência mais voltada para a execução das diretrizes, políticas e preceitos relativos à proteção ambiental. (Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. P. 72/74).

O parágrafo único do citado dispositivo estabelece, por seu turno, que a regulamentação do *caput* dar-se-á por lei complementar:

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Até a presente data, contudo, a citada lei não foi editada, o que, como já afirmado, tem provocado um estado de verdadeira insegurança jurídica tanto para os entes federados como para os administrados.

Com efeito, a competência comum, em face do atual ordenamento jurídico, constitui, para alguns autores, instrumento fomentador da inoperância dos entes federados.

Cumprido, neste aspecto, destacar a lição doutrinária:

O perigo da simultaneidade de competências para a implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna. (Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. P. 104).

Com o objetivo de que seja, extirpadas as dúvidas relativas à matéria, necessária se mostra, portanto, a regulamentação do disposto no art. 23 da Constituição da República.

#### 4. Da necessidade de regulamentação da Constituição da República

Em face da ausência de regulamentação do dispositivo constitucional e da conseqüente insegurança jurídica, os operadores do Direito têm buscado soluções para a controvérsia, sem alcançar, contudo, um consenso.

Inicialmente, cumpre distinguir a competência legislativa, prevista no art. 24 da Constituição da República, da competência administrativa, prevista no art. 23 da mesma Carta.

Enquanto a competência para legislar é concorrente, a competência administrativa é comum. Destaque para a lição de Paulo Affonso Leme Machado:

A competência dos Estados para legislar, quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal, se editada de acordo com a Constituição Federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado de “fidelidade federal”. Não é a mesma situação perante a implementação administrativa da lei (art. 23 da CF), onde não há hierarquia nas atuações das diferentes Administrações Públicas. A Administração Pública federal ambiental não está num plano hierárquico superior ao da Administração Pública ambiental estadual, nem esta situa-se em plano superior ao da Administração Pública ambiental municipal. (Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. P. 99).

Para o citado autor, a solução da controvérsia quanto à competência administrativa comum se daria pela aplicação do princípio da subsidiariedade, com a atuação precípua dos Municípios:

Na redução das situações de conflito no licenciamento ambiental merece ser utilizado o “princípio da subsidiariedade”. Nesse sentido, aborda o tema, de forma percuciente, Paulo José Leite Farias. *Quem deve resolver o problema inicialmente é quem está perto dele. No quadro das pessoas de Direito Público é o Município que deve ter competência administrativa prioritária para controlar e fiscalizar as questões ambientais*. Contudo, sem embargo de meu entusiasmo pela atuação dos Municípios nesse campo, assinalo que não é matéria fácil essa municipalização do licenciamento ambiental, pois muitos deles não têm recursos financeiros e alguns deles usarão de forma ineficiente o controle ambiental, querendo aumentar a receita ou o emprego, com sacrifício da sanidade do ambiente. A implementação da política ambiental não pode desconhecer a dimensão dos ecossistemas, principalmente os aquáticos, que não estão contidos só nos Municípios. (Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. P. 101) – com grifos.

No mesmo sentido é a lição de Andréas J. Krell:

*O Município possui competência de licenciar qualquer empreendimento ou atividade no seu território (até – se tiver – uma usina nuclear!), independentemente de se o mesmo será desenvolvido em áreas pertencentes ou sob controle especial da União ou do estado (v.g.: terrenos da Marinha). Qualquer atividade industrial, comercial ou de construção civil – entre outras – desenvolvida no território do Município, afeta imediatamente o seu interesse local. E o fato de que os impactos de uma atividade (efluentes, emanações etc.) ultrapassem os limites do seu território não afasta de forma alguma a competência municipal para licenciar o empreendimento ou a atividade. (KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. P. 116) – com grifos.*

Tal interpretação, contudo, não se mostra a mais adequada à realidade fática brasileira atual. Com efeito, boa parte dos Municípios brasileiros não possui, ainda, condições materiais para o exercício precípua da competência administrativa em matéria ambiental.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, do total de 5.560 municípios brasileiros, somente 3.769 possuem alguma estrutura na área de meio ambiente. Destes, apenas 326 possuem em sua organização administrativa uma secretaria exclusivamente de meio ambiente. (IBGE – Pesquisa de informações básicas municipais – Perfil dos Municípios brasileiros – Suplemento de meio ambiente – Maio de 2005).

Segundo a mesma fonte de pesquisa, apenas 1.895 municípios possuem conselhos municipais de meio ambiente. Destes, apenas 1.451 realizaram alguma reunião nos últimos 12(doze) meses.

Assim, sem embargo da interpretação literal da norma, não se pode, em face da importância do tema, desconsiderar simplesmente a atual precária situação dos Municípios brasileiros, em um sistema centralizador de captação de recursos.

Para a aplicação da norma no sentido proposto, deve-se, previamente, “diminuir ou solucionar problemas enfrentados pelos Municípios”, conforme recomendado pela lição de Patrícia Azevedo da Silveira:

Ao disciplinar a competência comum, o art. 23 incluiu igualmente os Municípios, seguindo a ótica de que os mesmos integram o quadro de cooperação e de planejamento na articulação e nas engrenagens do Estado federal. De modo geral, ela constitui um instrumento para diminuir ou solucionar problemas enfrentados pelos Municípios, sobretudo de ordem financeira e organizacional. Aí reside a importância de iniciativas de aproximação entre os Municípios, sobretudo nos períodos de crise, em que as dificuldades proliferam. Lembre-se de que o esforço cooperativo não escapa da idéia de comando geral a ser estabelecido pela União, pois a leitura do art. 23 atrela-se

ao comando do art. 24, que estabelece a fixação de normas gerais por parte da União. (Silveira, Patrícia Azevedo da. *Competência ambiental*. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2004. P. 78/79).

Mais acertado parece que, em face da ausência de regulamentação, o art. 23 da Constituição da República deva ser interpretado em sentido amplo, conferindo-se aos entes políticos competência solidária para a proteção do meio ambiente. Este é o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Em relação à lei complementar mencionada no dispositivo, deve ser dito que, enquanto não elaborada, a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e solidária a todos os entes da Federação. (Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 5ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70).

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

*Constitucional e Tributário. TCFA. Ibama. Exigibilidade. 1- Em face da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem limites específicos, para a proteção do meio ambiente, pode o Ibama, no cumprimento do seu mister, amparado nas normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, exigir a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA. Inteligência do art. 17-B da Lei 6.938/81, com redação dada pela Lei 10.165/00. 2 – Agravo de instrumento provido. (TRF 5ª Região – AGTR 51230 – (2003.05.00.025013-5) – CE – 4ª T – Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria – DJU 22/12/03 – p. 224) – com grifos;*

*Criminal. Recurso especial. Utilização de motosserra para cortar madeira sem autorização da autoridade competente. Possível crime ambiental. Lesão a bens, serviços ou interesses da União não-demonstrada. Competência da Justiça Estadual. Súmula 91/STJ. Cancelamento. Recurso desprovido.*

Não há ilegalidade no acórdão que confirma a decisão monocrática que declinou da competência para que a Justiça comum Estadual processe e julgue feito que visa à apuração de possível crime ambiental, consistente, em tese, na utilização de motosserra, para cortar madeira, sem a competente autorização.

Existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal não demonstrada.

*Cuidando-se de competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, para legislar sobre normas relativas à proteção do meio ambiente – criação e administração de áreas de proteção ambiental e, principalmente, para exercer o poder de polícia para a fiscalização do cumprimento destas normas – seria necessário, para fins de fixação da competência da Justiça Federal, que os interesses do Ibama sejam afetados de forma específica, e não genérica.*

Cancelamento da Súmula 91 por esta Corte. Recurso desprovido. (STJ – REsp 592.932/TO – Relator: Ministro Gilson Dipp – DJ 08/03/04) – com grifos.

Mostra-se patente, entretanto, que não haverá solução definitiva para a controvérsia sem uma lei complementar para melhor estabelecer os critérios de exercício cooperado desta competência comum. Veja-se, mais uma vez, o entendimento doutrinário:

A questão delicada e ensejadora deste estudo é saber o que cabe a cada pessoa jurídica de direito público apreciar. Quais os empreendimentos de competência do órgão licenciador municipal, estadual e federal? Isto porque é inadmissível mais de um licenciamento a respeito do mesmo empreendimento (cf. art. 7º, Resolução 237/97)

Tem-se que a fixação do órgão licenciador competente dependerá da *área de influência direta* que o empreendimento atingir, seja na sua construção (instalação), seja quando utilizado (em funcionamento).

O interesse ambiental preponderante indicará o ente federativo competente, pois, como explica José Afonso da Silva, a exemplo do que ocorre na divisão de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local....” (*Curso de Direito Constitucional positivo*. 5ª ed., p. 412).

(...)

Bem verdade que referida Resolução Conama 237 por vezes afasta-se deste critério (do raio de influência ambiental), entrando em rota de colisão com a autonomia dos entes federados, fixando, por exemplo, a competência licenciadora pelo critério da dominialidade do bem (art. 4º, inciso I, “....em unidade de conservação do domínio da União”).

Estes dispositivos, contudo, devem ser desconsiderados (ou declarados inconstitucionais), pois desrespeitam a Constituição Federal, dando competência licenciadora a quem pode não detê-la dentro do ordenamento legal, como é facilmente verificável.

(...)

Por derradeiro, poderá haver progresso no processo de licenciamento, com reflexos positivos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando da edição e implementação da lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição da República. Através dela se fixarão “....normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Referida cooperação, se não tiver o condão de alterar a competência implementadora estabelecida na Lei Maior, propiciará melhor

articulação entre os órgãos licenciadores com intercâmbios de informações, estratégias conjuntas e tantos outros avanços necessários na prevenção e reparação ao dano ambiental. (Fink, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso Jr., Marcelo Dawalibi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002. P. 44/50).

## 5. Dos limites da lei complementar

Quanto aos limites da citada lei complementar, a doutrina é igualmente controversa.

Inicialmente, cumpre destacar os limites genéricos e formais de uma lei complementar, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária, decorrem conseqüências inexoráveis e óbvias.

Em primeiro lugar, a lei complementar não pode contradizer a Constituição. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria e pelo *quorum* de aprovação. Tanto não o é, que foi prevista à parte pelo constituinte. Tanto não o é, que seria um *bis in idem* se tivesse a força da emenda. Daí decorre que pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida.

Em segundo lugar, a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em conseqüência disso, não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem. (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1989. P. 184).

Para alguns, a lei complementar teria o condão de delimitar competências, extirpando todas as dúvidas hoje existentes sobre o tema. Para Andréas J. Krell a lei complementar teria, inclusive, o poder de “reformular” o regramento constitucional de competências administrativas:

A tradição da autonomia administrativa sempre dominante no Brasil nunca permitiu uma restrição das tarefas e dos serviços municipais pela legislação estadual ou federal. Uma reformulação dessas competências administrativas comuns seria possível somente através da citada lei complementar, que deve regulamentar o art. 23, parágrafo único, CF. Na falta dessa lei, são comuns os conflitos institucionais entre os diferentes órgãos administrativos, gerando ineficiência na consecução das políticas ambientais dos diferentes entes estatais, o que acaba beneficiando os poluidores e causadores de degradações do ambiente. Da mesma forma, a União não pode impedir que os Estados e Municípios licenciem projetos e atividades no seu território, sob a alegação de que o licenciamento somente caberia ao órgão federal, invocando simplesmente as normas da Resolução 237/97. (KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos

jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. P. 117).

Por outro lado, há quem entenda que a lei complementar não poderia sequer ultrapassar os limites de norma geral:

Bem sabemos que o parágrafo único do art. 23 não se repete no art. 24. Para este, o legislador determinou que *lei complementar fixará normas para a cooperação, (...) tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*. Parece-nos desprovida de sentido a elaboração de normas de cooperação através de lei complementar, sobretudo pela natureza administrativa da cooperação, que não deve ser engessada. Aliás, os consórcios municipais em matéria ambiental tendem a confirmar tal posicionamento.

Em princípio, pode até parecer que não há hierarquia, devido à idéia de esforço comum e de cooperação que norteiam o sistema de repartição de competências. Ocorre que uma lei a ser nesses termos editada não poderá transcender o campo da norma geral, sob pena de ferir a autonomia dos demais entes da federação. E essa idéia está contida no art. 24. (Silveira, Patrícia Azevedo da. *Competência ambiental*. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2004. P. 78/79).

O Professor Paulo Affonso Leme Machado, por seu turno, impõe distintos limites à abrangência da lei complementar:

A lei complementar, com base no art. 23, parágrafo único, da CF, deve ter como fundamento a mútua ajuda dos entes federados. Dessa forma, essa lei não visa, e não pode visar, à diminuição da autonomia desses entes, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, ainda que não as exerçam, por falta de meios ou de conscientização política. A lei complementar não pode, pois, especificar quais os tipos de licenças ambientais a serem fornecidas pelos Estados e pelos Municípios. Não é função da lei federal mencionada estabelecer prazos para os procedimentos administrativos estaduais e municipais, pois essa matéria integra a organização administrativa autônoma desses entes.

(....)

A União poderá limitar-se em sua atuação a elaborar a lei complementar do art. 23 da CF, pois se trata de uma lei federal e, assim, decidirá em causa própria.

(....)

A lei complementar precisa interessar-se em fornecer diretrizes sobre a forma de as empresas públicas e privadas retribuírem as atividades governamentais de fiscalização no setor ambiental. (Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. P. 103/104).

## 6. Da proposta para uma lei complementar

Dúvida não há, portanto, quanto à necessidade de edição da lei complementar, regulamentadora do art. 23 da Constituição da República, para a solução das controvérsias acerca do tema.

Considerando o risco de uma abrupta ruptura com o ordenamento jurídico hoje vigente, mostra-se mais acertada a manutenção, na lei complementar, dos princípios basilares da Resolução Conama 237/97, extirpando-se, assim, os questionamentos quanto à legalidade ou constitucionalidade dos dispositivos nela constantes.

Deve prevalecer, portanto, a consagração do critério da abrangência e magnitude dos impactos ambientais.

Algumas inovações são, entretanto, necessárias.

Além do critério relativo ao exame da extensão do impacto ambiental, em detrimento da dominialidade do bem afetado, explicitado na citada resolução, há que se considerar também, em hipóteses específicas, o porte e potencial poluidor da atividade.

Assim, a lei complementar autorizaria ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama a, independentemente do âmbito territorial do impacto, definir as atividades e empreendimentos sujeitos às ações de política ambiental e licenciamento ambiental, em função do porte e potencial poluidor. O mesmo procedimento poderia ser adotado no âmbito de atuação dos respectivos Conselhos Estaduais de Política Ambiental.

Tal regramento traria segurança jurídica, consagrando o princípio de que o licenciamento ambiental deve ser realizado por um único ente federado. Afastados restariam os conflitos positivos de competência para o licenciamento ambiental, que acabam por funcionar como fomentadores de dúvidas em matéria ambiental.

A norma, neste sentido, seria constitucional, pois os entes federados estariam exercendo a competência comum de forma cooperada. Este é, cumpre lembrar, o mandamento do parágrafo único do art. 23 da Constituição:

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Em que pese a opinião daqueles que pensam que a competência comum não pode ser “compartilhada”, entendo que não há, no que se refere à proteção ao meio ambiente, meios para o exercício desta competência cooperada sem a divisão de atribuições entre os entes federados, consagrando, principalmente, o princípio constitucional da eficiência.

Com efeito, a identificação de atribuições entre os entes de federados é inerente à própria essência da cooperação. Lado outro, estaríamos perante um quadro de verdadeira desordem, posto ser inadmissível que um mesmo empreendimento seja submetido a licenciamentos distintos por Municípios, Estados e União Federal. A simultaneidade de competências, sem qualquer cooperação, acabaria por gerar, outrossim, a ausência de atuação.

Cumprido, neste sentido, destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 2.544-9/RS:

(...) a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas. (STF – ADI 2.544-9 RS – Min. Sepúlveda Pertence – *DJ* 08/11/02).

A definição das regras de cooperação entre os entes federados para o exercício da competência comum poderá eliminar boa parte dos conflitos hoje existentes, consagrando instrumentos como os consórcios, os acordos e os convênios.

Além disso, mostra-se igualmente importante que a citada lei defina os critérios e regras para que se dê a atuação supletiva nas hipóteses de omissão do ente federado precipuamente vinculado ao caso concreto, no exercício das atividades de fiscalização.

Definindo-se os critérios para a atuação precípua e supletiva no exercício das atividades de fiscalização, estaríamos solucionando os inúmeros conflitos negativos de competência, em que, não raras vezes, os órgãos ambientais assistem passivos à degradação ambiental.

## 7. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que, em face da ausência de sua regulamentação, o art. 23 da Constituição da República deve ser interpretado em sentido amplo, conferindo-se aos entes políticos competência solidária para a proteção do meio ambiente.

Com efeito, até que seja elaborada a lei complementar a que se refere o parágrafo único do art. 23, os entes políticos federados deverão atuar conjuntamente, considerando a legislação infraconstitucional, hoje em vigor, no que se refere à competência administrativa, para definir os critérios de atuação precípua.

Assim, no que se refere ao licenciamento ambiental, devem ser observados os regramentos impostos pela Resolução Conama 237/97. Já no que tange às atividades de fiscalização, os entes federados deverão atuar conjuntamente, não se

permitindo qualquer ação poluidora sem a intervenção imediata do Poder Público.

Tal situação persistirá até que seja editada a necessária lei complementar que, por seu turno, deverá buscar, nos termos propostos neste trabalho, a redução da controvérsia hoje existente acerca do tema, proporcionando uma segura cooperação entre os entes federados, dentro dos limites do *caput* do art. 23. A citada lei deverá, portanto, contemplar critérios expressos para a cooperação entre os entes, para extirpar os conflitos existentes.

No que diz respeito ao licenciamento ambiental, será conveniente que o legislador adote a extensão do impacto ambiental, como critério definidor da atuação de cada um dos entes federados. Em hipóteses específicas, deverá ser considerado o porte e potencial poluidor da atividade, ficando a cargo do Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama a definição de atividades e empreendimentos sujeitos às ações de política ambiental e licenciamento ambiental, independentemente do âmbito territorial do impacto. O mesmo procedimento poderá ser adotado no âmbito de atuação dos respectivos Conselhos Estaduais de Política Ambiental. Conforme já afirmado, o novo modelo traria segurança jurídica, consagrando o princípio de que o licenciamento ambiental deve ser realizado por um único ente federado, afastando os conflitos positivos de competência para o licenciamento ambiental. Já no que se refere às atividades de fiscalização, deverá haver expressa previsão quanto às hipóteses de atuação supletiva quando houver omissão do ente federado diretamente vinculado ao caso concreto, evitando-se com tal normatização os conflitos negativos de competência.

#### Referências Bibliográficas

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1989.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1995.

Fink, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*./Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso Jr., Marcelo Dawalibi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 5ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

Krell, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional* – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.

Silveira, Patrícia Azevedo da. *Competência ambiental*. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2004.

Trindade, Gustavo. Parecer 312/Conjur/MMA/2004, datado de 04/09/04.

# Acórdãos Inteiros Teores

## Corte Especial

### Conflito de Competência

**2001.34.00.016056-6/DF**

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Rel. p/ acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Autor:	Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região
Advogados:	Dr. Luís Antônio Castagna Maia e outros
Autora:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Réus:	Os mesmos
Remetente:	Juízo Federal da 2ª Vara/DF
Suscitante:	Des. Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	Des. Federal da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	DJ 2 de 1º/12/05

### Ementa

*Conflito de competência. Mandado de segurança. Regulamentação da previdência complementar. Questionamento em face daqueles que já participavam dos planos existentes. Natureza contratual.*

I. Não dizendo o objeto da ação mandamental com benefícios previdenciários, mas, sim, com a interferência de nova regulamentação dos planos de previdência complementar, privada, na situação daqueles que deles já participavam, assim controversia de natureza contratual, envolvendo o contrato de adesão, define a competência para seu processo e julgamento a disposição inscrita no art. 8º, § 3º, inciso III, do Regimento Interno da Corte.

II. Conflito conhecido, declarada a competência da egrégia Terceira Seção, assim do suscitante.

---

## Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, vencidos o Relator e os Desembargadores Federais Catão Alves, Olindo Menezes, Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira, declarar competente a 3ª Seção, suscitante, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que lavrará o acórdão.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 29/09/05.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator p/ acórdão.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — A AMS 2001.34.00.016056-6/DF foi originariamente distribuída (distribuição automática) ao Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, integrante da 1ª Turma/1ª Seção, que, por decisão (fls. 291) datada de 18/12/03, declinou da competência para uma das Turmas que compõem a 3ª Seção, ao entendimento de que a matéria de fundo (previdência privada complementar) discutida nos autos é matéria da competência da 3ª Seção, em estrita observância ao disposto no art. 8º, § 3º, do RITRF1.

Redistribuídos os autos em 21/01/04 à Des. Federal Selene Maria de Almeida, integrante da 5ª Turma/3ª Seção. O MM. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado), por decisão (fls. 300/1) datada de 16/08/05, suscitou conflito negativo de competência:

A Corte Especial do Tribunal (...) reconheceu a competência da Primeira Seção para o julgamento dos processos que versem sobre benefícios previdenciários, sendo irrelevante que a origem da discussão seja sobre previdência pública ou privada.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

*“Conflito negativo de competência. Agravo de instrumento interposto contra decisão que recebeu apelo apenas no efeito devolutivo. Autorização para migração entre planos previdenciários privados. Nulidade do ato administrativo.*

1. A ação mandamental que deu origem ao agravo de instrumento objeto deste conflito foi impetrada com objetivo de anular ato de aprovação das alterações que instituíram a figura das ‘migrações’ entre planos de previdência privada.

2. Verifica-se, assim, que a competência se estabelece em obediência ao disposto no § 5º do art. 8º do RI/TRF-1ª Região, segundo o qual ‘os feitos

relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da Seção a cuja especialização esteja afeta a matéria de fundo, conforme parágrafos anteriores'. Como a matéria de fundo é relativa a benefícios previdenciários, competente, no caso, é a Primeira Seção.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do suscitado”. (CC 2004.01.00.025480-4/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Corte Especial, DJ de 28/01/05, p. 1).

*“Conflito de competência entre Seções do Tribunal. Benefício previdenciário decorrente de contrato de complemento de aposentadoria devido pela Funcef.*

Incluem-se na competência da Primeira Seção o processo e julgamento dos feitos relativos a benefícios previdenciários, sejam esses públicos ou privados, decorrentes da própria lei ou do contrato.

Assim, pelo princípio da especificidade, se se trata de benefício previdenciário, como *in casu*, opera-se a atração pela competência específica, ainda que se trate de contrato”. CC 92.01.07745-9/DF, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, Corte Especial, DJ de 1º/06/92, p. 15.103)

Dessa forma, suscito conflito negativo de competência perante a Corte Especial....

A PRR opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente a 1ª Seção, suscitada.

Autos recebidos em gabinete, com parecer, em 12/09/05.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — A inicial do MS reflete a situação fático-processual:

Foi publicado no *Diário Oficial da União* de 09/10/01 o Decreto 3.721, do dia anterior. O novo decreto altera o anterior, Decreto 81.240/78, cuja função foi regulamentar a Lei 6.435. Tal lei – Lei da Previdência Complementar – ....

...o novo decreto determinou relativamente ao Decreto 81.240/78 –

a) a inclusão da expressão “idade mínima” no inciso II do art. 20;

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Olindo Menezes, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Carlos Moreira Alves, I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso e Assusete Magalhães. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Aloísio Palmeira Lima, Tourinho Neto, Jirair Aram Meguerian, Carlos Fernando Mathias, Souza Prudente, Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

b) o *acrécimo* de seis meses até 2010, a partir de julho de 2001, da idade mínima para aposentação, a partir dos 55 anos, para os participantes dos chamados planos de contribuição definida. A idade mínima para aposentadoria em tais planos será de 60 anos, portanto;

c) o *acrécimo* de seis meses até 2020, a partir de julho de 2001, da idade mínima para aposentação, a partir de 55 anos, para os participantes dos chamados planos de benefícios definidos. A idade mínima para aposentadoria em tais planos, portanto, será de 65 anos....

(....)

Há, portanto, agressão do Decreto 3.721/01 ao art. 5º, II, da Constituição Federal — *cláusula pétrea que dispõe inexistir obrigação de fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei*; ao art. 84, IV, do mesmo Texto Maior, ao disciplinar o uso do decreto pelo presidente da República; ao art. 37 da Carta Magna, que determina ser o princípio da legalidade o primeiro norte da Administração Pública.

A matéria de fundo, então, diz com as condições para aquisição do benefício de aposentadoria em entidades de previdência privada, matéria de cunho eminentemente previdenciário, de competência da 1ª Seção, consoante disposto no art. 6º, I, c/c o art. 8º, § 1º, II, ambos do RITRF-1ª Região.

Esta Corte Especial já teve oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, explicitando que a competência da 1ª Seção abrange tanto o benefício previdenciário da autarquia previdenciária federal como aquele concedido por instituição privada em complemento àqueloutro.

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente a 1ª Seção, suscitada. É como voto.

### **Antecipação de Voto Vogal**

*O Exmo Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Senhor Presidente, antecipando o meu voto, o que verifico é que, no caso, se trata da chamada previdência complementar, mas a matéria é eminentemente contratual. O meu entendimento é que a competência da 1ª Seção refere-se a benefícios previdenciários institucionais, legais. Veja bem, o Regimento não colocou “matéria previdenciária”, e sim matéria relativa a “benefícios previdenciários”. Quais são os benefícios previdenciários? São os benefícios da Lei 8.213. Tanto é assim que o Regimento Interno colocou separadamente benefícios previdenciários e servidores públicos. Benefícios previdenciários são aqueles da Lei 8.213; benefícios de aposentadoria de servidor público, também são previdenciários, mas estão enquadrados na matéria relativa a servidores públicos. O que é que se discute? Em

alguns desses processos, a parte vem questionando cláusula contratual, cláusula que abriu a possibilidade de transferência de algumas pessoas do fundo anterior para o atual.

Aliás, trazem para a Justiça Federal apenas e tão-somente impugnando um ato da autoridade da previdência complementar da Previdência Social que teria homologado aquele instrumento que estabeleceu o plano de previdência privada.

Indagaria do eminente Relator se seria essa hipótese, ou se estão discutindo um benefício específico?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Não. Não é um benefício específico. O impetrante é o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região, que impugna a alteração introduzida pelo Decreto 3.721/01, que altera um decreto de 1978 que regulamenta a Lei 6.435, que é a Lei da Previdência Complementar. O novo decreto estabeleceu a inclusão da expressão “idade mínima”, no inciso II do art. 2º, o acréscimo de seis meses até 2010, a partir de julho de 2001, da idade mínima para aposentação, a partir dos 55 anos, para os participantes dos chamados planos de contribuição definida, a idade mínima para aposentadoria em tais planos será de sessenta anos, portanto, e o acréscimo de seis meses até 2020, a partir de julho de 2001, da idade mínima para a aposentação, a partir dos 55 anos, para os participantes dos chamados planos de benefícios definidos. A idade mínima para aposentadoria em tais planos, portanto, será de 65 anos, ou seja, ele alterou as condições para que o contribuinte da previdência complementar por entidade privada de previdência adquirisse esse benefício complementar, que é um benefício. Ele impugna exatamente essas alterações.

Assim, quando me referi aos precedentes, há precedentes de 2005, deste ano, da relatoria do Desembargador Hilton Queiroz, desta Corte, que diz o seguinte: “Verifique-se que a ação mandamental deu origem ao agravo de instrumento, objeto deste conflito, que foi impetrado com o objetivo de anular ato de aprovação das alterações que instituíram a figura das migrações entre planos de previdência privada. Verifique-se que a competência se estabelece em obediência ao disposto (...), com matéria de fundo relativa a benefícios previdenciários, competente, no caso, é a 1ª Seção. Conflito conhecido. Declarada a competência do suscitado”. Acórdão desta Corte de janeiro de 2005. O acórdão é antecedente de 1992.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — São dois precedentes, um do Dr. Eustáquio e outro do Dr. Hilton, mas todos eles analisaram a questão como se fosse benefício previdenciário. O que chamo a atenção é que a situação não é esta. A matéria em discussão é eminentemente contratual. O

que eles querem é alterar cláusulas do contrato de adesão ao plano de previdência privada, que não tem nenhuma vinculação com o regime geral da Previdência Social.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:* — Não, Desembargador Antônio Sávio, quem fez essa alteração foi o decreto. Há uma lei que regulamenta a previdência privada. O decreto mudou essas condições. Agora, a lei regulamenta essas condições, naturalmente que há um contrato de adesão. Essas alterações foram perpetradas pelo decreto, e a irresignação do sindicato para os seus associados é contra essas alterações. Ele impugna essas alterações feitas pelo decreto, estabelecendo ou alterando a condição de se adquirir o benefício complementar de aposentadoria paga por entidade privada.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Correto. É apenas essa questão que eu queria focar: a matéria é contratual e não de benefícios previdenciários. O decreto introduziu alteração no plano de previdência, no contrato de adesão do plano de previdência privada.

Com essas considerações, Senhor Presidente, peço vênua ao eminente Relator e dou pela competência da 3ª Seção.

### **Voto Vogal Vencedor**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Sr. Presidente, a antecipação de voto por parte do eminente Desembargador Federal Antônio Sávio, e os esclarecimentos prestados pelo não menos eminente Relator para que ela fosse levada a efeito, me deixaram suficientemente claro que o objeto da ação mandamental não diz com benefícios previdenciários, mas, sim, com a interferência de nova regulamentação dos planos de previdência complementar, privada, sobre aqueles que deles já participavam, assim com o contrato de adesão a tais planos, envolvendo, pois, questão contratual, a fazer afeta a competência para processo e julgamento do *mandamus* à egrégia Terceira Seção, a teor do quanto disposto no art. 8º, § 3º, inciso III, do Regimento Interno desta Corte.

Esclarecido sobre essa circunstância e convencido, a exemplo do que ocorreu com o eminente Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, de que na verdade a questão em causa diz especificamente com o contrato de previdência privada, de que decorre a obrigação do órgão da entidade que a presta, de natureza contratual, peço licença ao eminente Relator e concluo pela competência da colenda Terceira Seção desta Corte Regional.

---

É como voto.

### **Voto Vogal**

*A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:* — Senhor Presidente, pelo que pude perceber, na ação, impugna-se ato expedido por autoridade, e que interferiria no âmbito da relação contratual que fixou o direito ao benefício complementar da Previdência Social. Em assim sendo, vou pedir a mais respeitosa vênia ao eminente Relator e aos doutos votos que o acompanharam, para acompanhar a divergência.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Senhor Presidente, em face do Regimento, temos um certo desconforto para enquadrar essa questão, mas, até que haja uma melhor explicitação, parece-me que o Relator defendeu melhor posição. Creio que a hipótese não é puramente contratual. Essa hipótese é mais estatutária. Pode haver um contrato de adesão, mas ele é uma pura projeção de um regulamento estatutário; portanto, imutável, porque a parte tem apenas que aderir. Trata-se, em verdade, de hipótese em que a contratualidade é apenas simbólica, não podendo ser considerada como decisiva para fins de fixação de competência. À míngua de uma melhor matriz regimental, julgo correto que o feito seja distribuído no Tribunal à Seção que julga a matéria previdenciária. Acompanho o Relator, *data venia* da divergência. É o voto.

### **Voto Vogal**

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Senhor Presidente, pelas colocações feitas pelos colegas, inclusive pelo Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, a matéria parece-me ser de ordem contratual.

Peço vênia ao Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, e acompanho a divergência.

## **Primeira Seção**

---

**Embargos Infringentes na Apelação Cível**  
**2002.01.00.028604-6/DF**

---

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Embargantes:	Diana Lúcia Porto de Cerqueira e outros
Advogados:	Dra. Izabel Dilohe Piske Silvério e outros
Embargada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação:	DJ 2 de 05/12/05

---

### **Ementa**

*Administrativo. Auxiliares locais. Ministério das Relações Exteriores. Estabilidade. Art. 19, § 2º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta Constitucional de 1988. Integração ao Regime Jurídico Único instituído pela Lei 8.112/90. Inexistência de direito.*

I. A contratação de auxiliares locais, por brasileiros ou estrangeiros selecionados pelos chefes de missões diplomáticas e repartições consulares para prestação de serviços nas embaixadas e consulados brasileiros no exterior, tem caráter precário, sendo passível de demissibilidade *ad nutum*, pelo que se insere na hipótese prevista no § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta Constitucional de 1988.

II. Inexistência de estabilidade e, muito menos, de direito a enquadramento no Regime Jurídico Único instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, até porque dele decorreria efetividade sequer cogitada pelo legislador constituinte.

III. Embargos infringentes rejeitados.

### **Acórdão**

Decide a Primeira Seção, após o voto de desempate do Desembargador Federal Mário César Ribeiro, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e Jirair Aram Meguerian, rejeitar os embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 18/10/05.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — Diana Lúcia Porto de Cerqueira e outras auxiliares locais, admitidas ao serviço da Embaixada do Brasil em Paris, manifestam embargos infringentes a venerando acórdão da egrégia Segunda Turma desta Corte Regional que, por votação majoritária, negou provimen-

to ao recurso de apelação por elas deduzido, sintetizando suas razões na seguinte ementa:

*Constitucional. Administrativo. Auxiliar local. Impossibilidade de inclusão no Regime Jurídico Único. Constituição, art. 37 e art. 19, § 2º, do ADCT. Leis 8.028/90, 7.501/86 e 3.917/61.*

I. A regra imperativa, para investidura em cargo ou emprego público, é a da imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, ressalvada, naturalmente, a investidura nos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

II. O disposto no art. 19, § 2º, do ADCT, não se aplica às hipóteses de admissão que a lei declare de livre exoneração.

III. A Lei 3.917/61, em seu art. 44, ao tratar dos auxiliares locais, previu expressamente que a admissão seria feita a título precário, por isso que demissíveis *ad nutum*.

IV. A Lei 7.501/86, ao revogar a Lei 7.517/86, expressamente, ressalvou (art. 65) os admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917/61.

V. A Constituição de 1988 (art 37, IX) remete à lei infraconstitucional a disciplina de contratação temporária de pessoal, de excepcional interesse público.

VI. Tal lei, presentemente, é a de número 8.745/93, que, ao dar nova redação ao art. 67 da Lei 7.501/86, também não agasalha a pretensão dos apelantes.

VII. Negado provimento à apelação (fls. 167).

Pedindo a prevalência do douto voto vencido, de pena ilustre do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, aduzem as embargantes, em síntese, chamando à colação precedente a respeito, já haver esta Corte afirmado inaplicável aos empregados brasileiros que prestam serviços permanentes no exterior os preceitos da Lei 3.917, de 14 de julho de 1961, não podendo ser afastados dos direitos e garantias oriundos da Lei Fundamental de seu próprio País. Ponderam que mesmo admitido o ingresso a título precário, desnaturou-se por completo a precariedade, pois a prestação do trabalho deixou de ter natureza eventual para ter continuidade no tempo, por mais de dez anos, consumando-se, entre elas e o Poder Público brasileiro, uma longa e incontestável relação empregatícia, assecuratória, diante do período transcorrido, da estabilidade excepcional preconizada no art. 19 das Disposições Transitórias da Lei Fundamental de 1988. Argumentam, outrossim, que à época em que esta veio a lume já se encontrava revogada, pela Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, a legislação de 1961, estabelecendo o novel diploma que os auxiliáres locais admitidos sob o império da disciplina pretérita também passariam a integrar o pessoal dos postos no exterior, regidos pela legislação brasileira aplicável, respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza do serviço e das

condições do mercado de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio e assim, à mingua de disposição específica para contratação de servidores públicos federais, sempre se aplicou, desde quando editado o Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Consolidação das Leis do Trabalho para regular as relações funcionais envolvendo os empregados públicos não concursados e a União Federal. Sustentam, por fim, não lhes alcançar a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, prevista no inciso II do art. 37 da Carta Constitucional em vigor, como condição para a investidura em cargo público de provimento efetivo, porque admitidas ao serviço mais de cinco anos anteriores à vigência da mesma; não lhes abarcar a exceção inscrita no § 21 do art. 19 das Disposições Transitórias da Lei Fundamental, nem lhes ser aplicável a normação destinada à admissão por tempo determinado para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, porquanto não enquadrável no conceito de temporária contratação que já perdura há mais de dez anos, para desempenho de funções e caráter permanente.

Regularmente intimada, deixou a embargada fluir, sem qualquer manifestação, o prazo para resposta ao recurso, conforme certificado a fls. 192.

Por petição de fls. 203, foi requerida desistência do feito quanto à autora Sandra Callegari e, em consequência, desistência dos embargos, tendo eu homologado, por decisão de fls. 206, a desistência do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:* — A questão é amplamente conhecida por todos os magistrados que integram esta colenda Primeira Seção, tendo eu a propósito dela me pronunciado inúmeras vezes junto à egregia Segunda Turma da Corte em igual sentido ao preconizado pelo douto voto condutor do acórdão embargado. Transcrevo o voto de vista por mim proferido quando do julgamento da Apelação Cível 1998.01.00.014431-8/DF que, a exemplo do aresto embargado, também fora de relatoria do ilustre Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias:

Pedi vista dos autos para examinar, com mais vagar, a pretensão dos autores, ora recorrentes, auxiliares locais admitidos aos serviços da Comissão Naval Brasileira em Washington, Estados Unidos da América, de verem reconhecido direito à estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 e, em virtude da disposição

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amilcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Jirair Aram Meguerian, Neuza Maria Alves da Silva e Mário César Ribeiro (voto-desempate).

inscrita no art. 243 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ingresso no Regime Jurídico Único por ela instituído.

Meu entendimento sobre a questão coincide com o do eminente relator e com o precedente invocado pela ilustre autoridade judiciária de primeiro grau para julgar improcedente a pretensão deduzida na lide, sendo incensurável, a meu ver, a motivação do voto condutor do mencionado aresto, de autoria do então Juiz, hoje eminente Ministro do colendo Superior Tribunal de Justiça, Aldir Passarinho Júnior:

“A admissão de pessoal pelas embaixadas e consulados do Brasil no exterior é feita tanto em relação a brasileiros como a estrangeiros. O critério é de escolha subjetiva pelos responsáveis maiores de cada posto e atende a peculiaridades locais quanto às condições do serviço, jornada, feriados etc.

Não há nem nunca houve submissão dos admitidos a concurso público, externo ou interno.

A Lei 3.917/61 dispunha o seguinte:

Art. 44. Os chefes das missões diplomáticas e repartições consulares *poderão admitir a título precário auxiliares locais demissíveis ad nutum*, (destaquei).

Como se vê da norma acima reproduzida, exatamente pelas condições de admissão – sem concurso, escolha subjetiva, adequação às peculiaridades de cada um dos cerca de duzentos postos no exterior, prestação de serviços por brasileiros e estrangeiros – ela se faz de forma precária, ou seja, enquanto perdurar a necessidade da embaixada ou consulado, sem vínculo para o auxiliar local.

Argumentam os autores que tendo sido a Lei 3.917/61 revogada pelo art. 93 da Lei 7.501, de 27/06/86, a natureza daquela admissão a título precário se alterou, passando os auxiliares locais a ocupar cargo permanente.

Ora, o fato de a Lei 3.917/61 ter sido revogada não significa, entendo eu, em modificação alguma da precariedade do seu vínculo, dado que as mesmas condições de antes se mantêm. A natureza era e continuou a mesma, a da demissibilidade *ad nutum*.

Ademais, a Lei 7.501/86 disse o seguinte:

‘Art. 65. Além dos funcionários do Serviço Exterior, integram o pessoal dos postos no exterior auxiliares locais, *admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917, de 14 de julho de 1961.*’

Em primeiro lugar, exsurge evidente que ao se referir à admissão dos auxiliares locais, ‘... na forma do art. 44 da Lei 3.917 ...’, o novel diploma legal, claramente, repisou, reafirmou, *encampou*, enfim, a regra que conceituava a admissão como *precária* e autorizava a *demissibilidade ad nutum*.

Em segundo, note-se que o *caput* do art. 65 faz, também, nítida distinção, mencionando, separadamente, ‘... funcionários do Serviço Exterior e auxiliares locais’. Estes não estão compreendidos dentre aqueles. Não são funcionários do quadro do Ministério das Relações Exteriores.

Ainda reza a mesma Lei 7.501/86 que:

‘Art. 66 Auxiliar local é o brasileiro ou *estrangeiro* admitido para prestar serviços ou desempenhar atividades de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, ou usos e os costumes do País onde esteja sediado o posto.

Parágrafo único. Os requisitos da admissão de auxiliar local serão especificados em regulamento, atendidas as seguintes exigências:

I – possuir escolaridade compatível com as tarefas que lhe caibam; e

II – ter domínio do idioma local ou estrangeiro de uso corrente no País, sendo que, no caso de admissão de auxiliar local estrangeiro, dar-se-á preferência a quem possuir melhores conhecimentos da língua portuguesa.

Art. 67 O auxiliar local será regido pela legislação brasileira que lhe for aplicável, *respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza especial do serviço e das condições do mercado local de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio*’ (destaquei)

Constata-se, sem muito esforço, a nítida preocupação do legislador com a particularidade da admissão dos auxiliares locais, que pela variedade encontrável em cada País em relação à situação específica de cada lugar, cada continente, na América ou na Ásia, na Europa ou na África, não tem como se submeter aos regimes tradicionais, como defendem os autores. Aliás, não se pode esquecer que ditos auxiliares podem também ser *estrangeiros* (cf. art. 66, *caput*), sendo curioso que se pudesse admitir uma situação de estabilidade por força de condições preenchíveis até por alienígenas.

A preocupação quanto à peculiaridade da situação, que a torna excepcional, tem se repetido inclusive na legislação subsequente, notadamente nas Leis 8.028/90 e 8.745/93.

Tão pouco o prolongamento dos serviços dos autores no curso do tempo não tem o condão de desnaturar a precariedade do vínculo, porquanto o que configura tal qualidade é a definição legal. Basta lembrar que muitos são os casos, inclusive dentro do Poder Judiciário, de pessoas sem vínculo permanente com o serviço público e que, no entanto, ocupam cargos de DAS há anos, igualmente precários e demissíveis *ad nutum*, e que não geraram direito à estabilidade.

O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reza que:

‘Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

(...)

§ 2º O disposto neste artigo *não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração*, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor' (destaquei).

Destarte, sendo o cargo de auxiliar local de natureza precária por todas as razões acima alinhadas e como inclusive evidenciado pelas especiais condições de admissão e desempenho das atividades nos inúmeros postos das missões diplomáticas do Brasil no exterior, estou em que os autores se acham justamente enquadrados na exceção prevista no § 2º do art. 19 do ADCT, pelo que não tem como se beneficiar da regra constante do seu *caput* quanto à estabilidade, para efeito de admissão no Regime Jurídico Único da Lei 8.112/90.

Apreciando hipótese idêntica à presente, tanto a colenda 2ª Turma desta Corte decidiu no mesmo rumo, consoante se infere do aresto prolatado na AC 94.01.23619-4/DF, conduzido pelo percuente voto do ilustrado Juiz Carlos Fernando Mathias, e que veio a receber a seguinte ementa, *litteris*:

‘Constitucional. Administrativo. Auxiliar local. Impossibilidade de inclusão no Regime Jurídico Único. Constituição, art. 37 e art. 19, § 2º, do ADCT. Leis 8.028/90, 7.501/86 e 3.917/61.

1. A regra imperativa, para investidura em cargo ou emprego público, é a da imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, ressalvada, naturalmente, a investidura nos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração;

2. O disposto no art. 19, § 2º, do ADCT, não se aplica às hipóteses de admissão que a lei declare de livre exoneração;

3. A Lei 3.917/61, em seu art. 44, ao tratar dos auxiliares locais, previu expressamente que a admissão seria feita a título precário, por isso que demissíveis *ad nutum*;

4. A Lei 7.501/86, ao revogar a Lei 7.517/86, expressamente, ressalvou (art. 65) os admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917/61;

5. A Constituição de 1988 (art. 37, IX) remete à lei infraconstitucional a disciplina da contratação temporária de pessoal, de excepcional interesse público;

6. Tal lei, presentemente, é a de número 8.745/93, que, ao dar nova redação ao art. 67 da Lei 7.501/86, também não agasalha a pretensão dos apelantes;

7. Negado provimento à apelação'. (Por maioria, DJU de 15/08/96)''

Acompanho, pois, Sua Excelência, negando provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.

De fato, os autos em momento algum dão notícia de que as autoras Diana Lúcia Porto de Cerqueira, Maria Eugênia Vasconcelos Ramos e Sílvia Beatriz Hazan Menascé, admitidas ao serviço da Embaixada do Brasil em Paris em 11 de abril

de 1980, 6 de abril de 1982 e 1º de fevereiro de 1983, respectivamente, mantém vinculação com o Poder Público em decorrência de prévia habilitação em concurso de provas ou de provas e títulos, razão pela qual se lhes reconhecer, com base na literalidade do quanto disposto no art. 243 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, significa impor efetiva contrariedade ao disposto no art. 37, inciso II, da Lei Fundamental, que condiciona a efetividade ao cumprimento desse requisito, e mesmo ao quanto disposto no art. 19 do Ato de suas Disposições Transitórias, pois ainda quando se compreenda se encontrem elas fora da disciplina preconizada em seu § 2º, limitou-se o preceito transitório a outorgar estabilidade excepcional a favor de seus destinatários, condicionando direito à efetivação à aprovação em concurso para esse fim, jamais realizado. A propósito, é de expressiva significação a orientação jurisprudencial da Suprema Corte, sintetizada nos arestos reproduzidos por suas respectivas ementas:

*Ementa:* I. Estabilidade excepcional (ADCT, art. 19): reconhecida a continuidade dos períodos sucessivos de serviço, não obsta à estabilidade a falta ao trabalho nos dois últimos dias do primeiro: a assiduidade absoluta não foi erigida em requisito essencial de estabilidade do art. 19 das Disposições Transitórias. II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, dependente de concurso interno. (RE 187.955/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/11/99, p. 27).

*Recurso extraordinário. Constitucional. Estabilidade excepcional: art. 19 do ADCT/CF/88. Efetividade: necessidade de concurso público.*

1. *O preceito do art. 19 do ADCT-CF/88 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II, da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público.*

2. *A Lei Estadual 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não.*

3. *Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores, a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19 do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público.*

*Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 181.883/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/02/98, p. 18 – os destaques não constam do original).*

*Direito Constitucional, do Trabalho e Processual Civil. Mandado de segurança impetrado por servidores do Tribunal Superior do Trabalho, visando ao enquadramento em cargos públicos. Art. 37, II, da parte permanente da Constituição Federal e art. 19 e seus §§ 1º e 2º do ADCT.*

1. Havendo sido abordados, não só no próprio acórdão recorrido, mas, também, em votos vencedor e vencido, expressamente declarados, os temas relativos ao art. 37, II, da CF de 1988, e do art. 19 do ADCT, resta atendido, pelo RE, o requisito do prequestionamento.

2. *Para que os impetrantes, ora recorridos, pudessem ser providos em cargos do Tribunal Superior do Trabalho, sem o concurso público de provas ou de provas e títulos, de que trata o inciso II do art. 37 da parte permanente da Constituição Federal de 1988, seria necessário que se encontrassem em situação excepcional contemplada na própria Constituição ou em seu ADCT.*

3. *Nem aquela nem o ADCT lhes deram esse tratamento excepcional, privilegiado.*

4. *O próprio caput do art. 19 do ADCT apenas conferiu estabilidade no serviço público, e não enquadramento em cargos, e, ainda assim, para os que se encontravam em exercício na data da promulgação da Constituição (05/10/88) “há pelo menos cinco anos continuados”, não sendo esse o caso dos impetrantes, recorridos, todos admitidos no período de 1984 a 1988.*

5. *Ademais, o § 1º do art. 19 deixou claro que “para fins de efetivação” os servidores referidos no caput haveriam de se submeter a concurso.*

6. E o § 2º ainda aduziu que o disposto no artigo “não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança”, que seria, em princípio, a situação dos recorridos.

7. Precedentes.

8. RE conhecido e provido, para denegação da segurança, cassada a liminar. (RE 190.364/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 1º/03/96, p. 5.030 – os destaques não constam do original).

É certo que as embargantes, em petições de fls. 195/197 e 199/201, chamam à luz precedentes da Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça em favor do direito por elas reclamado, orientação jurisprudencial, aliás, fonte de inspiração do voto condutor do acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte quando do julgamento da Apelação Cível 1999.34.00.032736-6/DF, de relatoria da ilustre Desembargadora Federal Assusete Magalhães. Fiquei, porém, vencido na oportunidade, com a seguinte consideração:

Sra. Presidenta, peço licença a Vossa Excelência para, coerente com os votos que tenho preferido a propósito, divergir e pedir, inclusive, a juntada de cópia de voto escrito que tenho a propósito. Examinei a legislação que disciplina a situação desses auxiliares locais e a conclusão a que cheguei é que, ao menos até a legislação de 1993, citada por Vossa Excelência, que manda se observe a legislação do local da prestação de serviço, o vínculo jurídico que se formava entre esses auxiliares locais e o Poder Público brasileiro era muito precário, inclusive o assemelhando por demais do regime dos cargos em comissão, fazendo com que a demissibilidade, em virtude da própria característica especialíssima desse serviço, fosse *ad nutum*.

Vossa Excelência se referiu a precedentes da Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, e tenho, até mesmo por princípio de racionalização de jurisdição, aderido à orientação majoritária da Corte Superior quando se firma a propósito de determinado assunto. Assim tenho feito as mais das vezes, e apenas não o faço nessa hipótese não por teimosia, mas por me parecer se cuide de questão eminentemente constitucional, afeta à última palavra da Suprema Corte. Esclarece Vossa Excelência, pela pesquisa que fez na jurisprudência, não haver encontrado nenhum precedente do Excelso Pretório. Com efeito, a questão é eminentemente constitucional porque, mesmo quando se reconheça a esse servidor o vínculo trabalhista, o máximo que se poderia admitir, em seu favor, seria a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta da República, nunca direito à efetivação, assim enquadramento no Regime Jurídico Único instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A sentença, verifico, além de reconhecer o vínculo trabalhista, determina o enquadramento do autor no Regime Jurídico Único, à luz da literalidade do disposto no art. 243 do mencionado diploma legal, embora esse preceito somente possa ter aplicação, de forma compatível com a ordem constitucional, quando seus destinatários tenham vínculo com o poder público decorrente de prévia aprovação em concurso público.

O autor, inequivocamente, jamais prestou concurso público para a função da qual foi dispensado e enquadrá-lo, sem esse pressuposto, no Regime Jurídico Único, significa se impor ostensiva contrariedade não só aos preceitos constitucionais que pressupõem, para a formação de vínculo efetivo com o Poder Público, a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, como à própria disposição inscrita no art. 19, § 1º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta Constitucional de 1988, que expressa e escancaradamente reclama aos destinatários da estabilidade extraordinária prévia aprovação em concurso, para fins de efetivação. Se, portanto, a própria Constituição negou efetivação àqueles que ingressaram no serviço público sem prévia habilitação em concurso, não me parece possível se lhes possa ela ser reconhecida por meio de interpretação literal de norma da legislatura infraconstitucional, sob pena de se admitir que o legislador ordinário pode conferir direitos expressamente negados pelo legislador constitucional.

Por isso, pedindo licença a Vossas Excelências, mas coerente com meu entendimento, e atento à circunstância de ser a Suprema Corte a instância última a propósito das questões, como a presente, de índole constitucional, dou provimento ao recurso e à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente a ação. Em virtude da sucumbência, condeno o autor no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 60,00 (sessenta reais). Quanto às questões preliminares, acompanho Vossas Excelências.

Na mesma linha de entendimento, e diante da inexistência, pelo menos do quanto seja de meu conhecimento, de precedente da Suprema Corte que tenha reconhecido direito à efetivação, em cargo público, em benefício de quem jamais fora aprovado em concurso de provas ou de provas e títulos, rejeito os embargos.

---

É como voto.

### Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira:* — Nos presentes autos, pretendem as autoras no pedido inicial que seja reconhecido o direito de serem “(...) incluídas no Regime Jurídico instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na forma prevista no seu art. 243, tendo em vista o comando legal inscrito nos arts. 65 a 67 da Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, bem como o disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – CF/88” (fls. 9).

Ora, do que se depreende dos autos, as autoras, brasileiras, foram contratadas pela Embaixada do Brasil em Paris, França, por um período de pelo menos cinco anos continuados, antes da promulgação da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e lá permaneceram prestando serviços administrativos e técnicos, embora precários, mas de natureza não eventual, aferindo remuneração paga pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme apontam os documentos de fls. 19/36, 45/54 e contracheques de fls. 57/83.

De fato, o art. 44 da Lei 3.917/61, vigente à época das contratações (1980, 1982 e 1983), estabelecia que os chefes das missões diplomáticas poderiam admitir, a título precário, auxiliares locais demissíveis *ad nutum*, ou seja, auxiliares que poderiam ser dispensados a qualquer momento.

Nada referia a lei, nem as contratações assim fizeram constar, que esses contratos eram por prazo determinado, ficando consignado apenas que eles não tinham a natureza de vínculo permanente e efetivo, em virtude das próprias circunstâncias das funções a serem desempenhadas.

Em 27 de junho de 1986, antes da promulgação da novel Constituição, a Lei 7.501, disciplinou o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior. Em seu art. 65, dispôs sobre os auxiliares locais, destacando, no entanto, expressamente, os que haviam sido admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917, de 14 de julho de 1961.

Os arts. 65 a 67 da Lei 7.501/86, em sua redação original, previam que:

Art. 65 Além dos funcionários do Serviço Exterior, integram o pessoal dos postos no exterior auxiliares locais, admitidos na forma do art. 44 da Lei no 3.917, de 14 de julho de 1961.

Art. 66 Auxiliar local é o brasileiro ou o estrangeiro admitido para prestar serviços ou desempenhar atividades de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do País onde esteja sediado o posto.

Parágrafo único. Os requisitos da admissão de auxiliar local serão especificados em regulamento, atendidas as seguintes exigências:

I – possuir escolaridade compatível com as tarefas que lhe caibam; e

II – ter domínio do idioma local ou estrangeiro de uso corrente no País, sendo que, no caso de admissão de auxiliar local estrangeiro, dar-se-á preferência a quem possuir melhores conhecimentos da língua portuguesa.

Art. 67 O auxiliar local será regido pela legislação brasileira que lhe for aplicável, respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza especial do serviço e das condições do mercado local de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio.

Ocorre que a mencionada Lei 7.501/86, apesar de continuar prevendo a existência de auxiliares locais, revogou expressamente “as Leis 3.917, de 14 de julho de 1981, 5.887, de 31 de maio de 1973, e 6.859, de 24 de novembro de 1980” (cf. art. 93).

Essa disciplina, de que o auxiliar local deveria ser regido pela legislação brasileira, no que lhe fosse aplicável, restou reafirmada pelo art. 87 do Decreto 93.325, de outubro de 1986.

Nessa época, sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional em 1969, os servidores da Administração Pública Federal ou eram funcionários públicos, titulares de cargo público, criado por lei (de provimento efetivo e/ou em comissão), ou empregados públicos sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Logo, se as contratadas pela Embaixada do Brasil em Paris (França), mesmo a título precário, sem vínculo permanente, não eram titulares de cargo público e estavam regidas pela legislação brasileira, somente poderiam ser celetistas.

Já em outubro de 1988, a Constituição Federal, excepcionalmente, declarou estáveis os servidores públicos civis em exercício na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, de acordo com os requisitos previstos no art. 19 do ADCT, assim concebido:

Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º – O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º – O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare

de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se tratar de servidor.

Assegurada a estabilidade funcional, pelo art. 19 do ADCT, em seguida, o art. 243 da Lei 8.112/90, também em sua redação original, estabeleceu que:

Art. 243 Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

(...) § 6º Os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos.

Não se tem notícia, nem alegou a União, que as autoras tenham sido contratadas por prazo determinado, tanto que, na propositura da ação, em 1993, ainda se encontravam em serviço na Embaixada do Brasil em Paris, portanto, há *treze, onze e dez* anos, pelo menos.

O contrato, originalmente, como visto, era precário, o que não significa, considerado o lapso decorrido, fosse necessariamente temporário, não obstante não existisse nele vínculo permanente com a Administração.

Este vínculo veio depois, excepcionalmente, e também para tantos outros empregados celetistas, que ingressaram no serviço público sem concurso, com a estabilidade garantida pela Constituição Federal, de 1988, no artigo acima referido.

Ressalte-se que o próprio legislador constituinte considerou o prazo de cinco anos como tempo mínimo razoável para que a relação não fosse mais considerada precária e, por conseguinte, àqueles que já tinham implementado tal prazo conferiu a estabilidade.

Na hipótese, é de se afastar, também, a Lei 8.028, de 12 de abril de 1990, e a Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, eis que a situação das autoras já se encontrava consolidada desde 1988, quando conferida a aludida estabilidade.

Assim, no momento da promulgação da Constituição, em 1988, as autoras eram celetistas e, portanto, faziam jus à estabilidade excepcional conferida pelo Texto Constitucional.

Na matéria, ainda existem outros aspectos que merecem reflexão.

O fato de existir a possibilidade, pela legislação vigente no momento da contratação das autoras, de se admitir *estrangeiro* para prestar os mesmos serviços, não afasta o almejado direito à estabilidade, até porque, naquele momento histórico, existiam estrangeiros ocupantes no Brasil de funções públicas. É o que se vê da redação do § 6º do art. 243 da Lei 8.112/90, acima transcrito.

De outro lado, a não-submissão das autoras a concurso público também não impede que elas sejam admitidas no Regime Jurídico Único, nos moldes previstos na Constituição Federal de 1988.

Excepcionalmente, como dito, a nova Constituição conferiu aos servidores públicos, em sentido amplo, a estabilidade, desde que tivessem pelo menos cinco anos de serviço público e não estivessem ocupando cargo, função ou emprego de confiança ou em comissão, nem de livre exoneração, certo que esta última hipótese pressupõe a existência de cargo criado por lei, já que os empregados celetistas eram demitidos e não exonerados. Para os demais servidores, não há outras restrições, nem a submissão a futuro concurso.

De todo razoável, outrossim, o entendimento de que o § 1º do art. 19 do ADCT/88, tão-só visou assegurar ao servidor, na eventualidade de no futuro se submeter a concurso público, que esse tempo de serviço seja computado para os efeitos do *caput* do art. 19.

Não obstante tenha afirmado o Supremo Tribunal Federal os conceitos de servidor efetivo e estável são diferentes, não está a significar isto que a estabilidade excepcional reclame, necessariamente, a aprovação em concurso público para que os empregados públicos possam se submeter ao regime da Lei 8.112/90.

No tema, ademais, José Santos de Carvalho Filho anota:

(...) no caso visto acima, em que a Constituição estabiliza servidores, podemos concluir sem dificuldade que o servidor passou a ter a garantia da estabilidade, mas não tinha efetividade, porque não ocupava qualquer cargo efetivo antes da promulgação da Carta. Terá, pois, estabilidade sem que tenha efetividade!

Com efeito, os servidores contemplados pelos dispositivos legais referenciados eram estáveis, mas poderiam não ser efetivos. Este fato, aliás, não passou despercebido da legislação, que no art. 243, § 1º, da Lei 8.112/90, expressamente incorporou os antigos empregos públicos como cargos da Administração, sem lhes conferir, contudo, as características de carreira, que são próprias dos cargos efetivos.

Destaco, por fim, que, na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado de maneira favorável à tese esposada pelas autoras, ora embargantes, consoante se pode ver das ementas abaixo transcritas:

Administrativo. Mandado de segurança. Auxiliar local em assunção. Ministério das Relações Exteriores. Enquadramento como servidor público. Art. 243 da Lei 8.112/90. Aposentadoria. Requisitos. Direito líquido e certo reconhecido. Segurança concedida.

1 – Faz jus ao enquadramento no Regime Jurídico Único instituído pela Lei 8.112/90, com todos os direitos decorrentes desta extensão, o prestador de serviço a órgão público sob o regime da CLT, contratado por tempo indeterminado, *in casu*, auxiliar local, haja vista que, na vigência da citada norma, já havia transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos de prestação de serviços. Incidência do art. 243 da Lei 8.112/90.

2 – Precedentes desta Terceira Seção (MS 8.012/DF, 7.198/DF, 5.132/DF e 4.811/DF).

3 – Segurança concedida para que a autoridade coatora proceda ao enquadramento do impetrante como servidor público, conforme o art. 243 da Lei 8.112/90, e, conseqüentemente, permita-lhe a obtenção de aposentadoria, verificado se atendidos os requisitos da mesma. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ (MS 8.936/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJI de 08/03/04, p. 168).

*Constitucional. Administrativo. Servidor público. Auxiliares locais de embaixada brasileira no exterior. Regime jurídico.*

– Sob o mérito da Carta Magna de 1969, os servidores da Administração Pública Federal direta ou eram funcionários públicos, titulares de cargo público criado por lei – de provimento efetivo ou em comissão –, ou eram empregados públicos sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, já que o regime especial previsto no seu art. 106 não foi instituído, à míngua da regulamentação ordenada.

– Os servidores públicos federais lotados nas embaixadas brasileiras no exterior, nominados de *auxiliares locais*, não sendo titulares de cargos públicos, enquadravam-se, necessariamente, na categoria de empregados públicos, sob a regência da legislação trabalhista brasileira, de vez que caracterizada a atividade não eventual, em regime de subordinação funcional e mediante salário certo, na precisa situação conceitual do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

– A legislação especial que dispôs sobre a situação dos funcionários do Serviço Exterior – Lei 7.501/86, Lei 8.745/93 e Decreto 1.570/95 – assegurou a tal categoria de servidores a aplicação da legislação brasileira, inclusive dispondo sobre o direito de opção.

– Assegurada a estabelecida funcional pelo art. 19 do ADCT, aos servidores públicos com mais de cinco anos na data da edição da Nova Carta,

e absorvidos os celetistas estáveis Lei 8.112/90, é de rigor o enquadramento dos *auxiliares locais* no novo regime estatutário, transformando-se os empregos em cargos públicos, *ex vi* do art. 243 do mesmo diploma legal.

– Mandado de segurança concedido” (MS 7851/DF, Rel. p/ acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, *DJI* de 02/08/04, p. 296, RJADCOAS v. 59, p. 109).

Outro não foi o posicionamento, em algumas oportunidades, das 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal Regional Federal, *verbis*:

*Constitucional e Administrativo. Auxiliar local contratado, pela União, para trabalhar em embaixada e repartição consular, no exterior. Art. 44 da Lei 3.917/61. Prestação de serviços por mais de 24 anos. Dispensa. Reintegração. Direito. Art. 19 do ADCT da CF/88. Enquadramento no regime da Lei 8.112/90 (art. 243). Possibilidade.*

I. Auxiliar local que laborou, de forma ininterrupta, para o Serviço Exterior da União Federal, de 25/01/75 a 30/08/99, perfazendo mais de 24 (vinte quatro) anos de serviço, e demitido em 30/08/99, sem qualquer indenização, faz jus à reintegração e posterior enquadramento no regime jurídico da Lei 8.112/90, por força do art. 19 do ADCT da CF/88 e do art. 243 da Lei 8.112/90. (MS 7.198/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção do STJ, unânime, *in DJU* de 29/10/01, p. 180).

II. Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial, tida como interposta, improvidas. (AC 1999.34.00.032736-6/DF, Relatora Des. Federal Assusete Magalhães, 2ª Turma, por maioria, *DJ II* de 18/03/04, p. 20).

Administrativo. Auxiliar local. Natureza do contrato. Regime Jurídico Único. Embaixada brasileira. Enquadramento. Possibilidade.

1. O caráter de precariedade da contratação de auxiliares locais, em contratos prorrogados indefinidamente, desaparece com a sucessiva renovação do contrato.

2. Prestação de serviço permanente com subordinação hierárquica, sob dependência econômica e mediante salário caracteriza relação de emprego.

3. O art. 243 da Lei 8.112/90 submete ao Regime Jurídico Único os empregados da União regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, que não tenham sido contratados por prazo determinado (AC 2001.01.00.012204-0/DF, Relator Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, Primeira Turma, unânime, *DJ II* de 23/10/01, p. 52).

Isto posto, divergindo do Relator, acolho os embargos infringentes apresentados pelas autoras, ora embargantes, para que prevaleça o voto do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

É como voto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves:* — Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator, e acompanho a divergência em homenagem aos precedentes desta Casa e também do STJ.

### Voto Vogal

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Senhor Presidente, em que pese a autoridade do argumento, não me senti suficientemente convencida da tese esposada pela divergência. Assim, pedindo vênia aos eminentes Desembargadores que assim votaram, vou acompanhar o Relator, até porque não consigo absorver a idéia de que servidores chamados auxiliares locais, que não se submetem a regra de concurso, sejam considerados celetistas, e, para essa finalidade, atribuir-lhes estabilidade dissociada da efetividade. Entendo que se configuram num terceiro gênero dentro daqueles que se dizem ocupantes de cargos com demissibilidade *ad nutum* e que, por isso, não fazem *jus* ao que pleiteiam. Isso tudo sem embargo de evoluir no estudo que pretendo fazer a respeito da matéria e, se for o caso, mudar minha opinião. Mas, pelo que entendi até aqui, acompanho, sentindo-me confortável, a relatoria do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

### Voto-Desempate

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — Diana Lúcia Porto, Maria Eugênia Vasconcelos Ramos, Sandra Callegari e Silvia Beatriz Hazan Menascé, de nacionalidade brasileira, ajuizaram ação ordinária contra a União Federal, objetivando “seja reconhecido o direito das autoras de serem incluídas no Regime Jurídico instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na forma prevista em seu art. 243, tendo em vista o comando legal inscrito nos arts. 65 a 67 da Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, bem como o disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – CF/88”, por isso que foram admitidas no serviço da Embaixada do Brasil em Paris, França, em 1º/02/73, 1º/04/80, 06/04/82 e 1º/02/83, nos cargos de auxiliar técnico e auxiliar administrativo.

Sustentam, em síntese, que, tendo sido contratadas por tempo superior a cinco (5) anos, contados da promulgação da Constituição Federal, encontram-se amparadas pelo art. 19 do ADCT, que lhes assegurou o direito de estabilidade no serviço público, fazendo jus, desta forma, aos direitos e vantagens previstas na Lei 8.112/90.

O MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou improcedente o pedido (fls. 128/133).

Irresignadas, interpuseram as autoras recurso de apelação (fls. 135/140).

A Segunda Turma desta Corte, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação, conforme acórdão assim ementado:

*Constitucional. Administrativo. Auxiliar local. Impossibilidade de inclusão no Regime Jurídico Único. Constituição, art. 37 e art. 19, § 2º, do ADCT. Leis 8.028/90, 7.501/86 e 3.917/61.*

1. A regra imperativa, para investidura em cargo ou emprego público, é a da imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, ressalvada, naturalmente, a investidura nos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

2. O disposto no art. 19, § 2º, do ADCT, não se aplica às hipóteses de admissão que a lei declare de livre exoneração.

3. A Lei 3.917/61, em seu art. 44, ao tratar dos auxiliares locais, previu expressamente que a admissão seria feita a título precário, por isso que demissíveis *ad nutum*.

4. A Lei 7.501/86, ao revogar a Lei 7.517/86, expressamente, ressaltou (art. 65) os admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917/61.

5. A Constituição de 1988 (art. 37, IX) remete à lei infraconstitucional a disciplina da contratação temporária de pessoal, de excepcional interesse público.

6. Tal lei, presentemente, é a de número 8.745/93, que, ao dar nova redação ao art. 67 da Lei 7.501/86, também não agasalha a pretensão dos apelantes.

7. Negado provimento à apelação. (fls. 167)

Contra esse acórdão, interpuseram as autoras embargos infringentes (fls. 169/176), pedindo a prevalência do voto vencido, lavrado pelo eminente Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, sustentando, em síntese, que “sob a ótica adotada no venerando voto vencedor, pelo fato das recorrentes terem sido admitidas, com fulcro no art. 44 da Lei 3.917/91, a título precário e demissíveis *ad nutum*, entendeu ele que foram alcançadas pelo § 2º do art. 19 do ADCT, que afasta da garantia de estabilidade no serviço público os ocupantes de cargos que a lei declare de livre exoneração”, porém “a matéria clama por novo julgamento, vez que, conforme se observa do voto dissidente, esse egrégio Tribunal, quando do julgamento do RO 89.01.25110-8/DF, já reconheceu que a Lei 3.917/61 não se aplica aos empregados brasileiros que exercem serviços permanentes, a exemplo das ora embargantes, pelo que, efetivamente, não poderiam ter sido afastadas dos direitos e garantias oriundos da Lei Fundamental de seu próprio País” (fls. 171/172).

Aduzem que: “a) têm nacionalidade brasileira; b) foram admitidas, junto à Embaixada do Brasil, em Paris, há mais de dez anos; c) vêm prestando trabalho não eventual em favor do Estado brasileiro; d) em solo considerado brasileiro; e) com percepção de salário oriundo dos cofres brasileiros e f) com subordinação hierárquica às autoridades consulares brasileiras”, ficando, desta forma “evidente que se consumou, entre elas e o governo brasileiro, uma longa e incontestável relação de emprego, nos moldes do art. 3º da CLT, que ‘considera empregado toda a pessoa que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário’.” (fls. 172)

Sustentam, ainda, que a Lei 3.917/61 já havia sido expressamente revogada pelo art. 93 da Lei 7.501/86, quando da promulgação da Constituição Federal, valendo dizer que “a livre exoneração ou exoneração *ad nutum*, prevista no art. 44 da Lei 3.917/61, deixou de existir com a revogação daquele diploma legal”; que através da mesma Lei 7.501/86, “em seu art. 65, ficou estabelecido que os auxiliares locais, a exemplo das recorrentes, admitidos sob a égide do art. 44 da Lei 3.917/61, também passariam a integrar o pessoal dos postos no exterior, colocando-se, assim, em pé de igualdade com os funcionários do Serviço Exterior”; que no “art. 67 da Lei 7.501/86 ficou, de uma vez por todas, estabelecido que o ‘auxiliar local’, a exemplo das embargantes, seria regido pela legislação brasileira que se lhe for aplicável”; que “a regra prevista no inciso II do art. 37 da CF/88, que se impõe para investidura em cargo público ou emprego público, somente é obrigatória a partir da vigência da atual Carta Política, não alcançando as recorrentes porque contratadas há mais de cinco anos anteriores a sua vigência” ( fls. 172/174).

Diante disso, requereram o provimento dos embargos infringentes com a conseqüente procedência da ação ordinária.

O eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Relator dos presentes embargos infringentes, rejeitou-os, com base nos seguintes fundamentos, que destaco:

(....) os autos em momento algum dão notícia de que as autoras Diana Lúcia Porto de Cerqueira, Maria Eugênia Vasconcelos Ramos e Sílvia Beatriz Hazan Menascé, admitidas ao serviço da Embaixada do Brasil em Paris em 1º de abril de 1980, 6 de abril de 1982 e 1º de fevereiro de 1983, respectivamente, mantém vinculação com o Poder Público em decorrência de habilitação em concurso de provas ou de provas e títulos, razão pela qual se lhes reconhecer, com base na literalidade do quanto disposto no art. 243 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, significa impor efetiva contrariedade ao disposto no art. 37, inciso II, da Lei Fundamental, que condiciona a efetividade ao cumprimento desse requisito, e mesmo ao quanto disposto no art. 19 do Ato

de suas Disposições Transitórias, pois ainda quando se compreenda se encontrem elas fora da disciplina preconizada em seu § 2º, limitou-se o preceito transitório a outorgar estabilidade excepcional a favor de seus destinatários, condicionando direito à efetivação à aprovação em concurso para esse fim, jamais realizado. (...)

(....)

É certo que as embargantes, em petições de fls. 195/197 e 199/201, chamam à luz precedentes da Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça em favor do direito por elas reclamado, orientação jurisprudencial, aliás, fonte de inspiração do voto condutor do acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte quando do julgamento da Apelação Cível 1999.34.00.032736-6/DF, de relatoria da ilustre Desembargadora Federal Assusete Magalhães. Fiquei, porém, vencido na oportunidade, com a seguinte consideração:

“Sra. Presidenta, peço licença a Vossa Excelência para, coerente com os votos que tenho proferido a propósito, divergir e pedir, inclusive, a juntada de cópia de voto escrito que tenho a propósito. Examinei a legislação que disciplina a situação desses auxiliares locais e a conclusão a que cheguei é que, ao menos até a legislação de 1993, citada por Vossa Excelência, que manda se observe a legislação do local da prestação de serviço, o vínculo jurídico que se formava entre esses auxiliares locais e o Poder Público brasileiro era muito precário, inclusive o assemelhado por demais do regime dos cargos em comissão, fazendo com que a demissibilidade, em virtude da própria característica especialíssima desse serviço, fosse *ad nutum*.

Vossa Excelência se referiu a precedentes da Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, e tenho, até mesmo por princípio de racionalização de jurisdição, aderido à orientação majoritária da Corte Superior quando se firma a propósito de determinado assunto. Assim tenho feito as mais das vezes, e apenas não o faço nessa hipótese não por teimosia, mas por me parecer se cuide de questão eminentemente constitucional, afeta à última palavra da Suprema Corte. Esclarece Vossa Excelência, pela pesquisa que fez na jurisprudência, não haver encontrado nenhum precedente do Excelso Pretório. Com efeito, a questão é eminentemente constitucional porque, mesmo quando se reconheça a esse servidor o vínculo trabalhista, o máximo que se poderia admitir, em seu favor, seria a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta da República, nunca direito a efetivação, assim enquadramento no Regime Jurídico Único instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A sentença, verifico, além de reconhecer o vínculo trabalhista, determina o enquadramento do autor no Regime Jurídico Único, à luz da literalidade do disposto no art. 243 do mencionado diploma legal, embora esse preceito somente possa ter aplicação, de forma compatível com a ordem constitucional, quando seus destinatários tenham vínculo com o Poder Público decorrente de prévia aprovação em concurso público.

O autor, inequivocamente, jamais prestou concurso público para a função da qual foi dispensado, e enquadrá-lo, sem esse pressuposto, no

Regime Jurídico Único, significa se impor ostensiva contrariedade não só aos preceitos constitucionais que pressupõem, para a formação de vínculo efetivo com o Poder Público, a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, como à própria disposição inscrita no art. 19, § 1º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta Constitucional de 1988, que expressa e escancaradamente reclama aos destinatários da estabilidade extraordinária prévia aprovação em concurso, para fins de efetivação. Se, portanto, a própria Constituição negou efetivação àqueles que ingressem no serviço público sem prévia habilitação em concurso, não me parece possível se lhes possa ela ser reconhecida por meio de interpretação literal de norma da legislatura infra-constitucional, sob pena de se admitir que o legislador ordinário pode conferir direitos expressamente negados pelo legislador constitucional.

Por isso, pedindo licença a Vossas Excelências, mas coerente com meu entendimento, e atento à circunstância de ser a Suprema Corte a instância última a propósito das questões, como a presente, de índole constitucional, dou provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente a ação. (...)"

Na mesma linha de entendimento, e diante da inexistência, pelo menos do quanto seja de meu conhecimento, de precedente da Suprema Corte que tenha reconhecido direito a efetivação, em cargo público, em benefício de quem jamais fora aprovado em concurso de provas ou de provas e títulos, rejeito os embargos (cf.fl.s. 211/219).

Acompanharam o Relator, os Desembargadores Federais José Amilcar Machado e Neuza Maria Alves da Silva.

O eminente Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira proferiu voto-vista, acolhendo os embargos, para fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, inaugurando a divergência, com base nos seguintes fundamentos:

Nos presentes autos, pretendem as autoras no pedido inicial que seja reconhecido o direito de serem "(...) incluídas no Regime Jurídico instituído pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na forma prevista no seu art. 243, tendo em vista o comando legal inscrito nos arts. 65 a 67 da Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, bem como o disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – CF/88" (fls. 9).

Ora, do que se depreende dos autos, as autoras, brasileiras, foram contratadas pela Embaixada do Brasil em Paris, França, por um período de pelo menos cinco anos continuados, antes da promulgação da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e lá permaneceram prestando serviços administrativos e técnicos, embora precários, mas de natureza não eventual, aferindo remuneração paga pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme apontam os documentos de fls. 19/36, 45/54 e contracheques de fls. 57/83.

De fato, o art. 44 da Lei 3.917/61, vigente à época das contratações (1980, 1982 e 1983), estabelecia que os chefes das missões diplomáticas po-

deriam admitir, a título precário, auxiliares locais demissíveis *ad nutum*, ou seja, auxiliares que poderiam ser dispensados a qualquer momento.

Nada referia a lei, nem as contratações assim fizeram constar, que esses contratos eram por prazo determinado, ficando consignado apenas que eles não tinham a natureza de vínculo permanente e efetivo, em virtude das próprias circunstâncias das funções a serem desempenhadas.

Em 27 de junho de 1986, antes da promulgação da novel Constituição, a Lei 7.501, disciplinou o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior. Em seu art. 65, dispôs sobre os auxiliares locais, destacando, no entanto, expressamente, os que haviam sido admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917, de 14 de junho de 1961.

(...)

Ocorre que a mencionada Lei 7.501/86, apesar de continuar prevendo a existência de auxiliares locais, revogou expressamente “as Leis 3.914, de 14 de julho de 1981, 5.887, de 31 de maio de 1973, e 6.859, de 24 de novembro de 1980” (cf. art. 93).

Essa disciplina, de que o auxiliar local deveria ser regido pela legislação brasileira, no que lhe fosse aplicável, restou reafirmada pelo art. 87 do Decreto 93.325, de outubro de 1986.

Nessa época, sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional em 1969, os servidores da Administração Pública Federal ou eram funcionários públicos, titulares de cargo público, criado por lei (de provimento efetivo e/ou em comissão), ou empregados públicos sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Logo, se as contratadas pela Embaixada do Brasil em Paris (França), mesmo a título precário, sem vínculo permanente, não eram titulares de cargo público e estavam regidas pela legislação brasileira, somente poderiam ser celetistas.

Já em outubro de 1988, a Constituição Federal, excepcionalmente, declarou estáveis os servidores públicos civis em exercício na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, de acordo com os requisitos previstos no art. 19 do ADCT, assim concebido:

“Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º – O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º – O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare

de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se tratar de servidor”.

Assegurada a estabilidade funcional, pelo art. 19 do ADCT, em seguida, o art. 243 da Lei 8.112/90, também em sua redação original, estabeleceu que:

“Art. 243 Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta lei *ficam transformados em cargos*, na data de sua publicação.

(....)

§ 6º Os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos”.

Não se tem notícia, nem alegou a União, que as autoras tenham sido contratadas por prazo determinado, tanto que, na propositura da ação, em 1993, ainda se encontravam em serviço na Embaixada do Brasil em Paris, portanto, há *treze, onze e dez* anos, pelo menos.

O contrato, originalmente, como visto, era precário, o que não significa, considerado o lapso decorrido, fosse necessariamente temporário, não obstante não existisse nele vínculo permanente com a Administração.

Este vínculo veio depois, excepcionalmente, e também para tantos outros empregados celetistas, que ingressaram no serviço público sem concurso, com a estabilidade garantida pela Constituição Federal, de 1988, no artigo acima referido.

Ressalte-se que o próprio legislador constituinte considerou o prazo de cinco anos como tempo mínimo razoável para que a relação não fosse mais considerada precária e, por conseguinte, àqueles que já tinham implementado tal prazo conferiu a estabilidade.

Na hipótese, é de se afastar, também, a Lei 8.028, de 12 de abril de 1990, e a Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, eis que a situação das autoras já se encontrava consolidada desde 1988, quando conferida a aludida estabilidade.

Assim, no momento da promulgação da Constituição, em 1988, as autoras eram celetistas e, portanto, faziam jus à estabilidade excepcional conferida pelo Texto Constitucional.

Na matéria, ainda existem outros aspectos que merecem reflexão.

O fato de existir a possibilidade, pela legislação vigente no momento da contratação das autoras, de se admitir *estrangeiro* para prestar os mesmo serviços, não afasta o almejado direito à estabilidade, até porque, naquele momento histórico, existiam estrangeiros ocupantes no Brasil de funções públicas. É o que se vê da redação do § 6º do art. 243 da Lei 8.112/90, acima transcrito.

De outro lado, a não-submissão das autoras a concurso público também não impede que elas sejam admitidas no Regime Jurídico Único, nos moldes previstos na Constituição Federal de 1988.

Excepcionalmente, como dito, a nova Constituição conferiu aos servidores públicos, em sentido amplo, a estabilidade, desde que tivessem pelo menos cinco anos de serviço público e não estivessem ocupando cargo, função ou emprego de confiança ou em comissão, nem de livre exoneração, certo que esta última hipótese pressupõe a existência de cargo criado por lei, já que os empregados celetistas eram demitidos e não exonerados. Para os demais servidores, não há outras restrições, nem a submissão a futuro concurso.

De todo razoável, outrossim, o entendimento de que o § 1º do art. 19 do ADCT/88, tão-só visou assegurar ao servidor, na eventualidade de no futuro se submeter a concurso público, necessariamente, a aprovação em concurso público para que os empregados públicos possam se submeter ao regime da Lei 8.112/90.

No tema, ademais, José Santos de Carvalho Filho anota:

“(....) no caso visto acima, em que a Constituição estabiliza servidores, podemos concluir sem dificuldade que o servidor passou a ter a garantia da estabilidade, mas não tinha efetividade, porque não ocupava qualquer cargo efetivo antes da promulgação da Carta. Terá, pois, estabilidade sem que tenha efetividade” (*in Manual de Direito Administrativo – Lumen Iuris – 11ª ed., p. 543*).

Com efeito, os servidores contemplados pelos dispositivos legais referenciados eram estáveis, mas poderiam não ser efetivos. Este fato, aliás, não passou despercebido da legislação, que no art. 243, § 1º, da Lei 8.112/90, expressamente incorporou os antigos empregos públicos como cargos da Administração, sem lhes conferir, contudo, as características de carreira, que são próprias dos cargos efetivos.

(....)

Isto posto, divergindo do relator, acolho os embargos infringentes apresentados pelas autoras, ora embargantes, para que prevaleça o voto do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. (cf. fls. 224/228)

O voto vencido proferido pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian no Recurso de Apelação, tem a seguinte conclusão, *in verbis*:

Pelo exposto, com a devida vênia do Relator, dou provimento à apelação e julgo procedente o pedido. Condeno a União nos pedidos da inicial, a saber:

a – seja reconhecido o direito das autoras a serem incluídas no Regime Jurídico instituído pela *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990*, na forma prevista em seu *art. 243*, tendo em vista o comando legal inscrito nos *arts. 65 a 67 da Lei 7.501, de 27 de junho de 1986*, bem como o disposto no *art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-CF/88*;

b – seja condenada a *União Federal (Ministério das Relações Exteriores)*, a proceder a inclusão das suplicantes no Regime Jurídico Único – *Lei 8.112/90* –, bem como no Quadro de Pessoal Permanente daquele ministério, a fim que possam fazer jus a todos os direitos e vantagens previstos naquela norma estatutária, a exemplo da percepção de anuênios, férias, 13º salário, licença-prêmio por assiduidade e demais vantagens, bem como seja contado, para todos os fins legais, o tempo de serviço público federal prestado desde a data da contratação das autoras para o cargo que exercem junto à Embaixada do Brasil em Paris-França;

c – seja condenada a *União Federal*, no pagamento dos valores correspondentes aos anuênios, na proporção de 1% (um por cento), por ano de serviço público efetivo, a contar da vigência da *Lei 8.112/90*, incidente sobre o vencimento que cada uma faz jus, de acordo com o valor indicado em seus contracheques de pagamento devidos a contar de janeiro de 1992 em diante, devendo incidir sobre as parcelas atrasadas juros e correção monetária, na forma da lei. (cf. fls. 163/164)

Acompanharam o voto divergente, os Desembargadores Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves e Jirair Aram Meguerian, vindo-me conclusos os presentes autos, em 9 de maio p.p., para proferir voto-desempate, nos termos do art. 28, inciso I, do RITRF da 1ª Região.

Vejamos.

É certo que tradicionalmente, a estabilidade, no Direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no *serviço público*, o que se tornou, aliás, prática rotineira, entre nós, desde a Constituição de 1946 (art. 23 do ADCT), Constituição de 1967 (art. 177, § 2º), Emenda Constitucional 1, de 1969 (art. 194) e, atualmente, na Constituição de 1988 (art. 19 do ADCT).

Com efeito, a vigente Constituição Federal de 1988, excepcionalmente, conferiu estabilidade a todos os servidores civis admitidos, *sem concurso*, “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, Administração direta, autárquica, e das fundações públicas, que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados”.

E o § 1º do referido art. 19 do ADCT explicitou que quando os aludidos servidores públicos se submeterem a concurso público para fins de *efetivação*, na forma da *lei*, o tempo de serviço prestado será contado como título.

Discorrendo sobre o tema, leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro (*in Direito Administrativo – 12ª ed. – Atlas – p. 460*): “o reconhecimento de *estabilidade* a esses servidores não implicou *efetividade*, porque esta só existe com relação a *cargos* de provimento *por concurso* (...)”.

À vista disso, para a melhor compreensão da controvérsia instaurada nos presentes autos, são relevantes os seguintes esclarecimentos prestados por J. Cretella Jr, ao comentar mencionado dispositivo:

Cabe nesta altura a seguinte observação: se o servidor público adquiriu estabilidade, por ordem constitucional, “que é o mais”, por que irá prestar concurso para efetivar-se, sendo a efetivação “que é o menos”, em relação à estabilidade?

Que é efetivo? Que é estável? Que é efetividade? E estabilidade?

*Efetivo* é a condição do funcionário público nomeado para determinado cargo com esse caráter.

*Efetivação* é o ato de tornar efetivo o funcionário nomeado *para cargo* com esse atributo. Confunde-se, não raro, efetivação com estabilização. Com o decorrer do tempo o funcionário adquire estabilidade “no serviço público”, não efetivação “no cargo específico” para o qual foi nomeado. Por isso, são destituídas de técnica as expressões “aquisição de efetividade”, “efetivação”.

*Efetividade* é o atributo decorrente da natureza da nomeação (“nomeação em caráter efetivo”), vinculada ao tipo de cargo (“cargo de provimento efetivo”). Decorre a efetividade, pois, do tipo especial de nomeação, que a introduz, qualificando o agente. Nomeado, em caráter efetivo, o agente público “adquire” efetividade, na mesma hora, imediatamente, cumpridas as formalidades legais (posse, exercício), independentemente do decurso do tempo. Ninguém, portanto, “é efetivado” no cargo, porque já se entra para o cargo com tal atributo, que não depende de circunstâncias pessoais do agente, ligadas ao tempo de serviço prestado, mas, sim, de traço inerente ao modo de provimento do cargo, pelo ato de nomeação. Do mesmo modo, e paralelamente, “não se adquire” vitaliciedade, porque se entra vitalício, em virtude da natureza do cargo. *Vitaliciedade e efetividade ninguém adquire pelo decurso do tempo: entra-se vitalício e efetivo para o cargo, cuja índole requer titular dessa natureza. Nunca, em hipótese alguma, o extranumerário, ou o interino, pode ser “efetivado” ou “vitaliciado”. Não se “adquirem”, em decorrência do tempo, os atributos da “vitaliciedade” ou da “efetividade”; entra-se para o serviço público, desde o início, com tais atributos (porque eles irradiam do cargo). A estabilidade, ao contrário, adquire-se, pelo decurso de tempo. Não se pode pretender a “aquisição de efetividade”, por exemplo, em cargo ocu-*

pado por outrem; do contrário, seria “admitir que um cargo fosse ocupado por mais de um titular, o que significa uma aberração no sistema de organização do serviço público” (Brandão Cavalcanti, em RTJ, 48:486). *Concretiza-se a efetividade*, por ocasião de seu exercício, pelo titular, preenchidos os requisitos exigidos para o provimento. O instituto da efetividade relaciona-se, regra geral, com o da estabilidade, mas não se pode afirmar que o primeiro seja sempre e necessariamente pressuposto indispensável do segundo. É claro que o funcionário demissível *ad nutum* jamais poderá adquirir estabilidade. No entanto, o constituinte de 1967 estabilizou extranumerários com mais de cinco anos contínuos de serviços públicos. *Estabilidade*, é decorrência do tempo, diz respeito ao serviço público; *efetividade*, ao contrário, *que decorre da natureza do cargo, refere-se ao cargo público, ao tipo de nomeação*. Há cargos de provimento efetivo, mas não existe – é claro – serviço público de provimento efetivo. A *efetividade* é específica, a estabilidade é genérica. A *efetividade* não é “condição” ou “pressuposto” necessário da estabilidade; *pode adquirir estabilidade, ou estabilizar-se, quem nunca foi efetivo*, como, por exemplo, um antigo extranumerário, que completou cinco anos em 1967; nem se pode dizer que a “estabilidade importa na efetividade”, porque há cargos para cuja efetivação *a lei exige requisitos específicos, ausentes do atributo estabilidade, de caráter genérico*. Nunca ocorre a estabilidade em um dado cargo específico, *nem a efetividade se dá no serviço público; nem a estabilidade tem o dom de metamorfosear o cargo efetivo em cargo estável, simplesmente porque não há cargo estável*. Há casos em que o servidor efetivo passa a estável, bastando para isso que, aprovado em concurso, para cargo de provimento efetivo, espere decorrerem dois anos. É erro técnico dizer-se que “ele se efetivou”, no cargo, embora tenha adquirido “estabilidade”, no serviço, e isto lhe assegure o exercício de suas funções, no cargo para o qual foi nomeado. Extinto, porém, o cargo, o servidor não perde a estabilidade. Extinguindo-se o cargo, que é o específico, e não o serviço, que é o genérico, entra o servidor em disponibilidade, se estável até seu aproveitamento “em cargo de natureza compatível com o anteriormente ocupado”. Ora, o instituto do aproveitamento existe em função da estabilidade, não da efetividade. Sendo a *efetividade vinculada ao cargo*, extinto este, não pode o funcionário ser aproveitado, de modo específico, já que desapareceu o cargo, de provimento efetivo, para o qual fora nomeado. É, pois, o serviço público, *in genere*, não o cargo, que lhe garante a possibilidade de continuar a servir, em outro cargo paralelo, o exercício das funções que prestava em determinado cargo. (...)

E, prossegue aquele conceituado autor:

Ao contrário de efetividade, que é *tipo de nomeação* (“nomeação em caráter efetivo”), a *estabilidade, decorre do tempo, não do tipo de nomeação*. Estável é o funcionário que, preenchidos os requisitos constantes da lei, *não é compelido a deixar o cargo, a não ser em virtude de sentença, processo administrativo ou extinção do cargo*. A estabilidade, que é *atributo pessoal* adquirido pelo funcionário, *não se confunde com a efetividade, que é característica do provimento de certos cargos públicos*. Estabilidade é efeito do decurso do tempo. Decorrido o estágio probatório, o funcionário torna-se estável.

“Efetividade” é tipo de nomeação. *No mesmo dia em que o funcionário é nomeado, já é efetivo*: é a nomeação em caráter efetivo. Não se confunda, pois, estabilidade com efetividade. O funcionário pode ser efetivo sem ser estável, como também ter chegado à condição de estável, sem nunca ter sido efetivo. A estabilidade adquire-se. A efetividade nasce com o ato de nomeação. É errado argumentar-se, por exemplo, que a estabilidade, que é o mais, pressupõe a efetividade, que é o menos. “Compreende-se”, argumenta-se, “que o efetivo não seja estável, mas não se compreende que um funcionário seja estável e ao mesmo tempo não disponha de cargo efetivo” (cf. RDA, 110;92). De modo algum. *Efetividade e estabilidade* são coisas heterogêneas, incompatíveis, desconexas. O efetivo, com o decorrer do tempo, pode adquirir estabilidade. É um efetivo-estável. O interino, o extranumerário que, em 1967, data da promulgação da Constituição, tinha cinco anos de serviço público, adquiriu estabilidade. Tornou-se um interino-estável, um extranumerário-estável, sem nunca ter sido, nem ter chegado a ser funcionário efetivo. Não se efetivou. Estabilizou-se. E este segundo *status* não abrange a efetividade. Jamais se efetivou no cargo, mas tão-só, no serviço público, tanto assim que “a Constituição de 1967, no art. 177, § 2º, não distinguiu entre as várias situações jurídicas dos servidores públicos, exigindo-lhes apenas cinco anos de serviço efetivo, ainda que contratados” (STF, em RDA, 104:142). Desse modo, não é a efetividade pressuposto necessário e condicionante da estabilidade. (*in Comentários à Constituição de 1988 – Forense – v. IX – 1ª ed. – 1993 – p. 4.723/4.726 – grifei*).

Pois bem, na hipótese, estou convencido de que em face da legislação de regência, tem razão o eminente Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira ao concluir que: “(...) *no momento da promulgação da Constituição, em 1988, as autoras eram celetistas e, portanto, faziam jus à estabilidade excepcional conferida pelo Texto Constitucional*” (cf. fls. 226).

Contudo, com a devida vênia da divergência, não vejo como acolher os termos da pretensão das autoras ora embargantes.

É que, conforme ficou esclarecido, o disposto no art. 19 do ADCT lhes reconheceu tão-somente o direito à *estabilidade no serviço público*, desde que preenchidas as condições exigidas, ou seja, tão-somente o direito de permanência no serviço público, mas não o direito à efetivação, a não ser que se submetam a concurso público, quando então, se aprovadas e nomeadas, farão jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título.

Aliás, nessa linha de orientação, da ementa do acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 190.364/DF, de que foi relator o Exmo. Senhor Ministro Sydney Sanches, acolhido à unanimidade pelos seus pares, consta expressamente, destaque:

O próprio *caput* do art. 19 do ADCT *apenas* conferiu estabilidade no serviço público, e *não enquadramento em cargos*, e, ainda assim, para que

os que se encontravam em exercício na data da promulgação da Constituição (05/10/88) “há pelo menos cinco anos continuados”(....) (grifei).

E, também, outro não é o entendimento sufragado por aquele Excelso Pretório por ocasião do julgamento do RE 163.715-3/PA, *verbis*:

(....)

2. *Efetividade e estabilidade*. Não há que se confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a *estabilidade* é a aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo.

3. *Estabilidade: arts. 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT*. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público; a *primeira*, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A *segunda*, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é *estável, mas não efetivo*, e possui *somente* o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia *sem incorporação na carreira*, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes.

3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas *não é efetivo*. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza *apenas* de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. *Não tem direito à efetivação*, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem de tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título. (Rel. Ministro Maurício Correa, DJ 19/12/96)

Finalmente, a meu ver, são, ainda, pertinentes os seguintes comentários de Ivan Barbosa Rigolin sobre o art. 243 da Lei 8.112/90:

A União Federal,“(....)na avidez de resolver o problema, que deveria ter solucionado ao longo de um ano e meio após o advento da Constituição, fê-lo do modo mais simplista que alguém pode conceber: simplesmente *transformou contratos de trabalho*, que são atos bilaterais, sinalagmáticos, acordos de vontade, em atos unilaterais de admissão estatutária de servidor público. Estes últimos são atos administrativos isolados, praticados por uma só parte, com a suspensão da vontade da outra.

Não haveria problema algum nessa transformação *se todos* os empregos eventualmente criados por lei federal, e atingidos pelo art. 243 da Lei 8.112,

*estivessem vagos*, mas isto não ocorreu. Milhares de servidores celetistas da União foram estabilizados, em 5 de outubro de 1988, pela Constituição Federal, ADCT, art. 19. *Estabilizaram-se em seus empregos, regidos pela CLT*, por força daquele artigo das Disposições Transitórias, todos os servidores que neles permaneceram por ao menos cinco anos contínuos, nessa situação, naqueles empregos.

*Se a Constituição estabiliza alguém em algum lugar, gera-lhe direito adquirido à permanência nesta condição: isto é de meridiana evidência. Ou não haveria sentido na estabilização.*

Se a União celebra com alguma pessoa um contrato de trabalho perfeito, para o qual tenham sido observadas todas as exigências constitucionais, legais e formais, temos aí um ato jurídico perfeito, no sentido do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. Sabe-se que contrato não é ato, porém reunião de dois atos em sentido contrário. Mas é nesse sentido de negócio jurídico que a Constituição, no inciso XXXVI do art. 5º, se referiu a ato jurídico perfeito, querendo abarcar o conceito de negócio jurídico, de sinalagma jurídico, de acordo de vontades, bem como, evidentemente também, do simples ato jurídico unilateral, praticado pela Administração ou por particular. A noção de contrato jurídico está, portanto, abarcada na expressão *ato jurídico perfeito* que a Constituição, repetindo regra tradicional há várias décadas no Direito Constitucional brasileiro, empregou na sua versão atual, no artigo citado.

Que fez a Lei 8.112, então, para resolver o problema da União? Se precisava ter um regime jurídico único, tratou de obtê-lo com a velocidade do raio, com a rapidez do trovão. Simplesmente ignorou as limitações impostas pelo mesmo inciso XXXVI do art. 5º constitucional para a hipótese, e transmutou, num passe de mágica, *contratos de trabalho*, ocupados por servidores nele estabilizados junto à União, em *atos administrativos unilaterais* de admissão de servidores estatutários. Suprimiu, nesse passo, o elemento volitivo, anteriormente havido, do servidor estabilizado. Transformou a relação jurídica antes estabelecida e cristalizada sob a forma da estabilização contratual, numa outra, de natureza unívoca, ditada e completada pelo Estado, de natureza estatutária.

O art. 243 violou o *direito adquirido* dos servidores celetistas, estabilizados pela Constituição Federal, de no corpo funcional do Estado permanecerem como celetistas estáveis ocupando empregos. Violou também o *ato jurídico perfeito* que foram seus antigos contratos de trabalho celebrados, onde os servidores se estabilizaram.

Mas não pára aí a inconstitucionalidade do artigo, pois que ele também afrontou, *ao transformar emprego em cargo efetivo*, o disposto no art. 19, § 1º, do ADCT da Constituição Federal, que exigia, como exige, *concurso*, seja ele público, seja ele interno, para o fim de efetivação de servidores estabilizados em empregos pela CLT, quando de uma eventual passagem para o regime jurídico estatutário. A União os passou *sem concurso*, por simples determi-

nação de lei, em aberta afronta à exigência constitucional. (*in Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis*, Saraiva, 4<sup>a</sup> ed., p. 368/369 – grifei).

Isto posto, por tais razões e fundamentos, pedindo vênia à divergência, acompanho o Relator, rejeitando os Embargos.

É como voto.

---

Notas:

<sup>1</sup> *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Iuris, 11<sup>a</sup> ed., p. 543.

---

## Segunda Seção

---

### Mandado de Segurança

**2005.01.00.042522-6/RO**

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

Impetrante: Sidney Perrut do Amaral

Advogado: Dr. Maguis Umberto Correia

Impetrado: Juízo Federal da 1<sup>a</sup> Vara/RO

Interessado: Ministério Público Federal

Publicação: DJ 2 de 09/12/05

---

### Ementa

*Processual Penal. Indeferimento de prova. Prova pericial. Mandado de segurança.*

I. Conquanto o indeferimento de prova, no processo penal, possa ser atacado por *habeas corpus*, já que apresenta aptidão, mesmo remota, para violar a liberdade de locomoção, isso não impede que a parte maneje o mandado de segurança, medida mais apropriada, pois ataca somente um despacho proferido nos autos do processo, tido como ofensivo de direito líquido e certo.

II. O juiz, como gerente do processo, não está obrigado a deferir todas as provas requeridas pelas partes, podendo e devendo indeferir as impertinentes, sem relação com os fatos da causa de pedir, ou relativas a fatos já comprovados nos autos; mas, no caso, em que a parte, processada por sonegação fiscal, busca na prova pericial demonstrar realidade diversa da apreendida pelo fiscal, o indeferimento da prova configura cerceamento de defesa.

III. Mandado de segurança admitido. Ordem concedida.

---

## Acórdão

Decide a Seção conceder a segurança, por maioria.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 19/10/05.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes*: — Sidney Perrut do Amaral, brasileiro, comerciante, residente em Ariquemes/RO, impetra mandado de segurança contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara/RO, que, nos autos da ação penal que lhe move o Ministério Público Federal, por sonegação fiscal, nos termos da Lei 8.137/90, indeferiu-lhe pedido de prova pericial, formulado na defesa própria.

Sustenta, em síntese, que está denunciado por crime contra a ordem tributária, pelo fato de haver realizado movimentação financeira da ordem de R\$1.559.104,27, nos exercícios financeiros de 1998 e 1999, sem, contudo, apresentar a sua declaração de rendimentos à Receita Federal, fato que ensejou a quebra dos seus sigilos fiscal e bancário.

Trazidos aos autos os dados fiscais e bancários, requereu, por ocasião da defesa própria, a realização de perícia contábil, objetivando confrontar os dados fiscais do período do fato gerador do lançamento fiscal com os valores da sua movimentação financeira no mesmo período, pois, ao que entende, a existência de movimentação bancária é capaz somente de demonstrar a omissão de receita, mas não o crime de sonegação fiscal, não se justificando, por isso, o indeferimento da prova, em razão do princípio da ampla defesa.

Despachando inicialmente no feito (fls. 321), indeferi o pedido de liminar, prestando informações a autoridade coatora, nos termos da peça de fls. 325-327, para dizer que indeferiu os pedidos de realização de perícia contábil, bem como o de juntada do processo administrativo tributário, porque tais documentos já se encontravam nos autos.

O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pela Procuradora Regional da República Dra. Adriana Costa Brockes (fls. 331/335), manifesta-se, em preliminar, pelo não-conhecimento da impetração, tendo em vista que a quebra do direito de defesa, sendo modalidade de constrangimento ilegal, desafia a impetração de *habeas corpus*, e não a via do mandado de segurança; e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

---

**Voto\***

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Preliminar* – Não procede a preliminar levantada pelo órgão do Ministério Público Federal. Não se trata de hipótese típica de *habeas corpus*, em que a liberdade de locomoção esteja sendo violada ou ameaçada diretamente, de modo a impedir o manejo do mandado de segurança.

Pode-se afirmar que o ato atacado pode ter aptidão, ainda que remota, para violar a liberdade de ir e vir, o que poderia comportar o manejo do *habeas corpus*, mas isso, não sendo obrigatório, não impede o manejo do mandado de segurança, medida mais apropriada para a hipótese, em que se ataca somente um despacho ordinatório do juiz. Admito, portanto, o mandado de segurança.

*Mérito* – No mérito, tenho que deve ser concedida a segurança. No cruzamento de dados obtidos pelo Fisco, em razão da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF e das declarações de renda de pessoas físicas e jurídicas, a Secretaria da Receita Federal detectou fortes indícios de crime contra a ordem tributária em todo o País, requerendo, por conseguinte, a quebra de sigilo fiscal e bancário de diversos contribuintes, constatando-se, no caso do impetrante, que ele, nos exercícios financeiros de 1998 e 1999, movimentou valores superiores a um milhão de reais, sem contudo, apresentar declarações de rendas junto ao fisco.

Conquanto o impetrante não tenha se manifestado, na esfera administrativa, quando chamado para explicar a movimentação financeira, pretende agora, na esfera jurisdicional, demonstrar a nulidade do lançamento fiscal que embasou a denúncia, donde ter requerido, nos autos da ação penal, a realização da prova pericial, com a qual, segundo concebe, pretende demonstrar que a omissão da receita, decorrente do fato de não haver declarado os valores da sua movimentação financeira, não representa, de *per si*, crime contra a ordem tributária.

Decidiu a 2ª Turma do STF, no HC 80.159-5/RJ, julgado em 15/08/00 (DJ 13/10/00), que o requerimento de diligências é ato de discricionariedade das partes, não cabendo ao juiz exigir que a defesa demonstre sua necessidade; tendo a 5ª Turma do STJ, no HC 15.194-PB (DJ 08/10/01), decidido que “Na defesa prévia é permitido requerer-se a produção de todas as provas desde que admitidas em direito. E estando relacionadas com a materialidade e a autoria não pode o ma-

---

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

gistrado simplesmente indeferi-las, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.”

Embora a ação anulatória seja o caminho mais apropriado para a anulação do lançamento, pois esse desiderato não pode ser obtido no bojo do processo penal, o fato é que tem o impetrante, dentro da amplitude do direito de defesa, de envergadura constitucional, o direito de produzir as provas que entender necessárias, inclusive a pericial, pois, mesmo havendo um lançamento fiscal, ele se deu de forma unilateral, sendo do interesse da parte, por um trabalho pericial, fazer um levantamento dos dados obtidos pelo Fisco junto aos bancos, para melhor aparelhar a sua defesa.

Não está o juiz, como gerente do processo, obrigado a deferir todas as provas requeridas pelas partes, podendo e devendo indeferir as impertinentes, sem relação com os fatos da causa de pedir, ou relativas a fatos já comprovados nos autos. Mas, no caso, onde o juiz disse apenas que os documentos requeridos já estavam nos autos (fls. 307), quando o pedido era de produção de prova pericial, resta claro o cerceamento de defesa. Diante do exposto, concedo a segurança, para autorizar a realização da prova pericial, a expensas do impetrante, devendo o juiz do processo tomar as medidas adequadas à realização da prova, depois que o impetrante especificar melhor o real objeto da perícia. (O pedido de fls. 305 não está claro a respeito do objetivo da perícia.)

Custas como de lei. Honorários incabíveis (Súmulas 512/STF e 105/STJ).

É o voto.

### **Voto Vogal Vencido**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:* — Peço vênias a Vossa Excelência e denego a segurança, considerando inexistente o cerceamento de defesa, porque o material probatório já encartado nos autos possibilita, sim, as explicações que sejam possíveis apresentar por parte do impetrante.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Eu denegaria, com a ressalva, Senhor Presidente, sem prejuízo, no momento subsequente, de o juiz reexaminar a possibilidade da necessidade da realização da prova na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

---

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — O que vejo nesses processos é que o Fisco encaminha um amontoado de documentos mal xerocopiados, confusos, que para nós entendermos é uma dificuldade. Para o oferecimento da denúncia, muito bem, agora para julgar seria difícil. Um amontoado de documentos. Vejamos o que o juiz está dizendo: — “que indeferiu os pedidos, porque os documentos já se encontram nos autos”. Com esses documentos o que o impetrante quer? Quer confrontá-los. É isso que ele está dizendo. O objetivo dele é confrontar esses documentos fiscais relativos a um determinado período, porque, se não for assim, das duas uma, a prova já está aí, não há mais nada o que fazer senão a condenação. O que ele vai fazer? Se há omissão, o que o réu vai provar agora? O que ele vai atacar? São esses documentos. Confrontando-se esses documentos “com a minha movimentação financeira – eu não soneguei nada –”, o impetrante não quer apurar o *quantum*, ele quer é que se faça o exame desses documentos que o Fisco já mandou. O juiz vai sentir até dificuldade ao decidir, se não for feita essa perícia. E dizer como o Juiz Hilton disse: — “deixa para a fase do art. 499” é um risco. O advogado não poderia correr esse risco. Já existiam esses fatos para exame na época da defesa prévia, por que não requereu essa prova? Não há nenhum fato novo superveniente, para que se produza, para ser requerida essa prova no prazo do art. 499. Tudo já está agora aqui na época da defesa prévia, por que não requereu essa prova? Por que deixou para depois? E ainda vem até pensar que seria para procrastinar o andamento do feito. E nós todo dia estamos, repito, vendo aí os autos, um amontoado de documentos horrorosos para nós investigarmos, para poder... – e olha que já houve uma decisão de primeiro grau –, para confrontarmos, sentimos dificuldade. Portanto, acho perfeita essa prova pericial para confrontar esses documentos, fazer uma análise da movimentação financeira para ter aqui: houve omissão ou não houve omissão? O perito vai dizer. Data vênia dos Juízes Cândido Ribeiro e Hilton Queiroz, acompanho o Relator.

## Terceira Seção

---

### Conflito de Competência

**2005.01.00.060301-0/DF**

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

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Álvaro Lotufo Manzano

---

Ré:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Suscitante:	Juízo Federal da 22 <sup>a</sup> Vara/DF
Suscitado:	Juízo Federal da 1 <sup>a</sup> Vara/TO
Publicação:	DJ 2 de 12/12/05

---

### **Ementa**

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Concurso público. Critério de nomeação de candidatos portadores de deficiência aprovados no certame. Limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada erga omnes. Competência territorial do órgão prolator. Danos de âmbito nacional. Ausência de exclusividade do foro do Distrito Federal. Precedentes do STJ.*

I. Conflito negativo de competência suscitado nos autos de ação civil pública que versa sobre critérios para nomeação de candidatos portadores de deficiência física aprovados em concurso público para provimento de cargos de servidores do Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região e suas respectivas Seções Judiciárias.

II. O art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 9.494/97, estabelece a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada *erga omnes* ao âmbito da competência territorial do órgão prolator do *decisum*. A sua interpretação não importa na alteração da competência para processar e julgar a ação civil pública, pois cinge-se aos limites subjetivos da imutabilidade do julgado.

III. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o art. 93, II, da Lei 8.078/90 não confere exclusividade ao foro do Distrito Federal para conhecer de ações civis públicas que versem sobre danos de âmbito nacional.

IV. Conflito procedente.

V. Competência do Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, o suscitado.

### **Acórdão**

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar a competência do Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, o suscitado, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

---

3ª Seção do TRF-1ª Região – 08/11/05.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

---

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal em face do Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins nos autos de ação civil pública que versa sobre critérios para nomeação de candidatos portadores de deficiência aprovados no concurso para servidores do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e suas respectivas Seções Judiciárias.

A ação civil pública objetiva seja “determinado à União, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que a próxima nomeação seja do candidato César Claudino de Medeiros Júnior, bem como para que seja adotado, nas nomeações para todos os cargos em todas as Seções Judiciárias da 1ª Região, o critério aqui defendido em relação aos candidatos portadores de deficiência. Assim, sempre que não houver quantitativo de vagas previamente definido, a primeira nomeação após o candidato primeiro colocado deverá ser a do candidato inscrito na reserva de deficientes”.

Distribuídos os autos para a 1ª Vara Federal do Tocantins, o MM. Juízo Federal Substituto argumentou que a única interpretação constitucional do art. 16 da Lei 7.347/85 é a que admite “a limitação espacial do âmbito da coisa julgada (e de quaisquer decisões) aos limites territoriais da competência do juízo, se e quando houve possibilidade de compartimentar o dano”.

Afirmou que a pretensão deduzida na ação civil pública envolve todas as pessoas que participaram ou participarão de concursos públicos para servidores promovidos pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, de modo que o art. 93 do CDC não oferece solução para a questão da competência nessa hipótese, devendo se aplicar o entendimento de que em casos tais, similares à hipótese de dano de âmbito nacional, a competência deve ser da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Por sua vez, o MM. Juiz Federal Substituto da 22ª Vara do Distrito Federal, discordando desse entendimento, afirma que o art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 9.494/97, não tem o condão de alterar a competência para apreciação da ação civil pública, eis que se refere tão-somente aos limites subjetivos da imutabilidade do julgado.

Alega que a apreciação da constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/85 feita pelo juízo suscitado deveria resultar, quando muito, na limitação dos efeitos da coisa julgada ao âmbito de sua competência territorial ou, em caso contrário, na ampliação dos efeitos subjetivos da decisão.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do conflito, a fim de declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal do Tocantins, o suscitado (fls. 115/121).

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — O MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, ao determinar a remessa dos autos da ação civil pública para a Seção Judiciária do Distrito Federal, argumentou que a única interpretação constitucional do art. 16 da Lei 7.347/85 é a que admite a limitação espacial da competência quando o dano, “embora atinja dimensão superior à unidade de competência do juízo, possa objetivamente ser compartimentado no âmbito espacial da competência”.

No seu entender, esse dispositivo não seria aplicável à hipótese vertente, eis que a pretensão deduzida em juízo se dirige a todos os candidatos que participaram ou virão a participar de concursos públicos promovidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Afirmou o MM. Juízo *a quo*, ainda, que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da competência para o julgamento de ações coletivas, não oferece solução literal para a controvérsia, mas que a “lógica do sistema” indica que em casos tais, similares à hipótese de dano de âmbito nacional, a competência deve ser da Seção Judiciária do Distrito Federal.

O art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97, limitou os efeitos subjetivos da coisa julgada *erga omnes* nas ações civis públicas ao âmbito da competência territorial do órgão prolator do *decisum*, exceto na hipótese de improcedência do pedido por falta de provas.

O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 16 A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado im-

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

procedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assiste razão ao juízo suscitado quando afirma que a alteração no texto da supracitada norma, promovida pela Lei 9.494/97, confunde competência com limites subjetivos da coisa julgada. Não se trata de discutir se os efeitos da sentença proferida pelo juiz federal em Tocantins pode ultrapassar os limites territoriais de sua competência, mas de saber quem foi atingido pelo *decisum*. Nesse aspecto reside a questão da coisa julgada nas ações coletivas.

A interpretação do art. 16 da Lei 7.347/85 não tem o condão de alterar a competência para conhecer da ação civil pública, pois cinge-se aos limites subjetivos da imutabilidade do julgado.

A alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei 7.347/85 é alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina especializada, especialmente em virtude do conflito prático gerado em função da regra imposta pela Lei 9.494/97.

A ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover, citada por Pedro Lenza, ao proceder a estudos sobre a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, assim concluiu:

(...) a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.<sup>1</sup>

Por sua vez, a questão da competência para processar e julgar as ações coletivas é regulada pelo art. 93 da Lei 8.078/90, o qual é plenamente aplicável à hipótese vertente, dada a perfeita interação existente entre o Código de Defesa do Consumidor e Lei 7.347/85, como dispõe o art. 21 da Lei 7.347/85.

O art. 93 do CDC está assim redigido:

Art. 93 Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

O entendimento manifestado pelo Juízo da 1ª Vara Federal do Tocantins, no sentido de que em se tratando de dano de âmbito nacional a ação coletiva deve ser processada e julgada no Distrito Federal, não se sustenta. De fato, a redação da supracitada norma não dá margem a essa interpretação.

A norma prevê que, em se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, a competência para conhecer da ação é a do foro da Capital do Estado ou a do Distrito Federal. Não há a exclusividade do foro do Distrito Federal para julgar as ações coletivas que versem sobre danos de âmbito nacional.

Muito embora o art. 93 do CDC tenha ressalvado a competência da Justiça Federal, eis que se referiu à competência da “justiça local”, o caso sob exame reclama a aplicação do disposto no inciso II da referida norma, o que não afasta a competência do Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins para o julgamento da ação civil pública.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que em se tratando de dano de âmbito nacional, inexistente a competência exclusiva do foro do Distrito Federal para processar e julgar a respectiva ação civil pública. É dizer: não há qualquer tratamento diferenciado do foro do Distrito Federal em relação ao foro das Capitais dos Estados para as ações civis públicas de âmbito nacional.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

*Conflito de competência. Ação civil pública. Banco. Caderneta de poupança. Efeito em mais de um Estado.*

A competência para julgar ação civil pública intentada em favor de poupadores com contratos celebrados em mais de um Estado é da Justiça do Estado onde ajuizado o pedido.

Conflito conhecido e reconhecida a competência da Justiça Estadual de São Paulo, devendo continuar o julgamento do recurso no Primeiro Tribunal de Alçada Civil. (CC 21338/DF, Segunda Seção, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 05/05/03, p. 212)

*Conflito de competência. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor.*

1. Interpretando o art. 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do

feito. (CC 17533/DF, Segunda Seção, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 30/10/00, p. 120)

Pelo exposto, conheço do conflito e julgo-o procedente, para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, o suscitado.

É como voto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* — Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto da eminente Relatora e entendo que a matéria é da mais alta relevância, e ainda não se encontra devidamente analisada e solucionada, tanto pela doutrina nacional quanto pela jurisprudência de nossos tribunais, em face da clara disciplina legal da Lei 8.078/90, que regula o nosso Código de Defesa do Consumidor e que expressamente define e distingue as figuras dos interesses difusos, dos interesses coletivos e dos interesses individuais homogêneos, objeto de ações coletivas como a que ora se aprecia.

Em um dos capítulos de minha tese de doutorado, já pronta para defesa, analiso o fenômeno processual da coisa julgada nas ações coletivas de efeitos difusos. Ali, digo: “No âmbito do processo civil tradicional, em que se visa harmonizar basicamente conflitos interindividuais ou entre grupos bem definidos e restritos de pessoas, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472). Essa regra, contudo, não se aplica às ações coletivas em que se busca a tutela de interesses difusos ou metaindividuais ou de interesses coletivos, tais como no caso de interesses difusos do meio ambiente ou de grupos de trabalhadores ou de servidores públicos federais, estaduais, municipais etc”. Nesse novo enfoque processual, a sentença proferida nos autos da ação civil pública ora em referência, visando à tutela de interesses coletivos transindividuais, cujos destinatários são identificáveis através do concurso público para provimento de cargos de servidores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e suas respectivas Seções Judiciárias, os efeitos decorrentes da coisa julgada que se produza nestes autos será *ultra partes* e não *erga omnes*. Correta, pois, nesse passo, a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso, na fala de que “nos conflitos pluriindividuais ou metaindividuais, a coisa julgada não pode funcionar como está regulamentada no CPC, porque nessa dimensão coletiva os legítimos contraditores formam legiões, sendo inviável identificá-los e citá-los para o contraditório, até porque o que mais importa é que o representante legalmente legitimado (art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC) seja reconhecidamente idôneo. Nesta linha de pensar, digo eu, também observa Kazuo Watanabe:

“A finalidade do legislador foi conferir maior peso político às demandas coletivas, para que possa haver a adequada solução dos conflitos coletivos, a fim de evitar decisões conflitantes e, ao mesmo tempo, aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado que vive de demandas fragmentárias”. De acordo com a disciplina da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), nas ações coletivas visando à tutela de interesses difusos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 103, I, do CDC). Os efeitos da coisa julgada, nesse caso, não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade (art. 103, §1º, do CDC). A todo modo, digo eu, as ações coletivas de interesses difusos não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* não beneficiarão os autores das ações individuais se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art.104). Essa restrição, contudo, somente resulta dos efeitos condenatórios da sentença coletiva, pois a eficácia inibitória, resultante do julgamento coletivo, a todos aproveita indiscriminadamente com abrangência *erga omnes*, quer na ação coletiva de interesses difusos, quer na ação coletiva de interesses coletivos, *stricto sensu*. Convém observar-se ainda que a limitação espacial dos efeitos da coisa julgada na ação coletiva, pelo acréscimo introduzido pela Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, alterando o texto do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) não se aplica às ações coletivas de interesses difusos ou transindividuais, mas tão-somente àquelas de interesse coletivo *stricto sensu*, que fazem coisa julgada *ultra partes*, cujos efeitos são limitados a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica-base (CDC, arts. 81, II, e 103, II), como resulta das letras do art. 2º, *a*, da referida Lei 9.494/97, assim redigido: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo, proposta por entidade associativa na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Essa disposição legal, pelo visto, não alcança a abrangência espacial dos interesses ou direitos difusos de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como assim caracterizados nas ações coletivas, ambientais e nas demais ações de interesse dos consumidores de efeitos difusos, cuja tutela mandamental tende a irradiar seus efeitos *erga omnes* por todos os lugares em que se tenham de produzir em defesa dos interessados inominados.

No caso dos autos, Senhor Presidente, a ação civil pública proposta pelo douto Ministério Público Federal é uma ação coletiva de interesses coletivos *stricto sensu* e não de interesses difusos. Portanto, a competência, efetivamente, é do Juízo suscitado da Seção Judiciária de Tocantins, como assim concluiu o voto da eminente Relatora. Acompanho-a, portanto.

### Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Embora eu divirja desse entendimento de que a ação civil pública possa ser ajuizada em qualquer Seção Judiciária, mas, em face da jurisprudência citada pela Relatora, acompanho o seu voto.

Com essa ressalva, acompanho a eminente Relatora.

Nota:

<sup>1</sup> *In Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 271.

## Quarta Seção

### Mandado de Segurança

**2002.01.00.043648-5/AM**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto  
 Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias  
 Impetrante: BMA Indústria e Comércio Ltda.  
 Advogada: Dra. Zoraide de Castro Coelho  
 Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara/AM  
 Publicação: DJ 2 de 09/11/05

### Ementa

*Mandado de segurança. Ato judicial apontado como omissivo. Ação civil pública.*

I. Uma vez que, protocolada petição da impetrante aos 03/12/02, a MM. juíza, no dia imediato, isto é, 04/12/02, proferiu despacho determinando manifestação do Ministério Público Federal, na condição de titular da ação civil pública, na qual se discutia exatamente a fraude que deu origem à apreensão de mercadorias, não há falar-se na pretendida omissão.

II. Aduza-se que, a teor da Lei 2.770, de 04/05/56 (art. 1º) não é possível a concessão de liminar para liberação de mercadorias apreendidas, procedentes do estrangeiro.

III. Segurança denegada e liminar cassada.

IV. Melhor sorte não teria a impetrante, caso vitoriosa a corrente contrária, que com apoio no art. 5º da Lei 1.533/51, sequer admitiam o mandado de segurança na hipótese.

### Acórdão

Decide a Seção admitir o mandado de segurança e denegar a ordem, cassando a liminar, por maioria.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 27/04/05.

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*, Relator p/ acórdão.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. A Exma. Sra. Procuradora Regional da República, Procuradora-Chefe da PRR da 1ª Região, Denise Vinci Túlio, resumiu os dados do presente mandado de segurança nestes termos (fls. 340/343):

Na inicial versada a fls. 2/14 dos autos, BMA Indústria e Comércio Ltda. imputa omissão à MMª. Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas em apreciar pedido urgente que formulara na Ação Civil Pública 2002.32.00.004888-3.

Pretendendo demonstrar que o ato indicado por omissivo estaria a violar direito líquido e certo seu, assegura que os auditores fiscais da Receita Federal que trabalharam na denominada “Operação Rio Negro” apreenderam um contêiner destinado à impetrante, sob o fundamento de que o mesmo encerrava “mercadoria estrangeira com falsa declaração de conteúdo”, apreensão que foi associada a outras, em caso de grande repercussão nacional e que resultou na descoberta de um “astronômico esquema fraudulento contra a Zona Franca de Manaus, no qual as empresas apenas ‘maquiavam’ produtos”.

Que em face daquela descoberta foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público Federal, com pedido de dissolução das empresas tidas por envolvidas no esquema, entre as quais a ora impetrante, tendo sido concedido liminar pelo juízo *a quo*, decisão esta que veio a ser suspensa por decisão da relatora do Ag 2002.01.00.036228-6, que determinou a continuidade das atividades da empresa impetrante.

Entende a impetrante que a decisão obtida no referido agravo lhe concederia igualmente o direito à liberação imediata das mercadorias apreendidas pela Receita Federal, razão pela qual formulou pedido neste sentido junto ao Juízo Federal da 4ª Vara do Amazonas, o qual teria omitido-se de apreciá-lo, razão pela qual impetra a presente segurança.

Assegura, ainda, que a apreensão das mercadorias foi ilegal por duas razões: primeiramente porque ante a constatação de “erro na declaração de importação” teria a impetrante procedido sua retificação, para descrever as mercadorias importadas como produtos acabados e insumos, ultimando o recolhimento dos tributos e multas que entendeu devidos; a segunda ilegalidade decorreria do fato de a conferência dos produtos encerrados no contêiner destinado à impetrante ter-se processado sem a presença do importador ou seu representante legal, em violação ao art. 48 do DL 37/66.

Diz ainda que não haverá qualquer prejuízo com a liberação imediata das mercadorias, pois no caso de sua conduta ser considerada ilegal ao final, é cabível a aplicação da multa substitutiva do decreto de perdimento, consoante arts. 18 e 19 da Lei 9.979/99.

Aduz que o *periculum in mora* resulta da impossibilidade da continuidade de suas atividades com a retenção ocorrida, havendo ainda perigo de obsolescência dos equipamentos eletro-eletrônicos apreendidos, que são de alta tecnologia.

Para finalizar, observa está buscando a plena eficácia do efeito suspensivo deferido no Ag 2002.01.00.036228-6/MA, pelo que seria inócua determinação para mero suprimento da inércia pelo juízo federal *a quo*.

Formula os seguintes pedidos: distribuição, por prevenção à Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, e liberação por liminar, da mercadoria apreendida, a ser confirmada quando da concessão final do mandado de segurança, que igualmente requer.

A liminar requerida foi concedida, por decisão vazada a fls. 299/301.

Na seqüência vieram as informações da autoridade coatora (fls. 309/310), que afirmou ser incabível o mandado de segurança no caso, eis que contra decisão interlocutória o remédio processual adequado é o agravo de instrumento; disse mais, que a impetrante é ré na ação civil pública indicada, e que nesta condição não poderia oferecer naqueles autos pedido de liberação das mercadorias; que não é viável o recolhimento de tributos como forma de regularizar a internação de mercadoria que preenche o tipo penal do contrabando; que existe proibição legal (Lei 2.770/56) que impede a liberação de mercadorias apreendidas mediante concessão de liminar; que a retificação da declaração de importação não pode ser acolhida, posto que já em curso a ação fiscal quando formulado o pedido de retificação. Finaliza dizendo que inexistiu omissão de sua parte, que sequer foi comprovada nestes autos, apontando ainda a ocorrência, no caso, do *periculum in mora* inverso, já que é direito da Receita Federal realizar o leilão, com depósito judicial do preço obtido, até final julgamento do mérito.

Encaminhamos os autos ao Ministério Público Federal foi requerida a intimação do representante ministerial no Amazonas, titular da ação civil pública em referência (fls. 325/326), o que foi deferido pelo Relator a fls. 323 dos autos.

Na sua manifestação, aduziu o representante ministerial que não houve regular importação das mercadorias, pois que foram detectados procedimentos fraudulentos objetivando a internação de mercadoria acabada como se fossem insumos para a produção. Em vista disso, existe ação penal contra os dirigentes da empresa, pelo que os bens em questão devem permanecer acautelados, à disposição da Justiça, como garantia do cumprimento da lei penal.

Que a retificação da declaração de importação também não pode ser aceita porque não passa de outra tentativa de fraude, já que segundo constatado na escuta telefônica procedida nos Autos 2002.32.00.000001-8, os próprios servidores públicos que participavam da importação fraudulenta orientaram os importadores para corrigirem a declaração quando perceberam que o esquema fora descoberto pelas autoridades. Além disso, ainda que assim não fosse, a retificação pretendida em verdade muda completamente a natureza da importação, razão outra para não ser aceita.

Afirmou mais, que as mercadorias apreendidas vinham acompanhadas de manuais e indicativos com informação ideologicamente falsa de terem sido fabricadas no Pólo Industrial de Manaus, quando foram em verdade fabricadas no exterior, em Países diversos.

Que os laudos de produção da empresa aprovados pela Suframa são igualmente fraudulentos, tanto que a ação civil pública volta-se também contra aquele órgão. Assim, a suposta capacidade produtiva da impetrante só pode ser aferida com perícias *in loco*.

Assim, assevera estar ausente direito líquido e certo da impetrante à imediata liberação das mercadorias, posto que em resumo a impetrante, beneficiária de incentivos fiscais, deveria, em contrapartida, desenvolver atividades industriais; não obstante, a empresa estava sendo utilizada para fins ilícitos. Que a Suframa foi usada pela impetrante para conferir aparência de legalidade à suas atividades; o referido órgão deixou de tomar providências que lhe cabiam quando das fiscalizações. Finalmente, que as atividades ilícitas da empresa impetrante (internação de produtos prontos e acabados para revenda, com gozo de benefícios fiscais devidos apenas à importação de insumos e componentes a serem utilizados no fabrico de produtos), resultaram em gravíssimos prejuízos ao Fisco estadual e federal e não geraram os empregos esperados.

## 2. É o relatório.

### Voto\*

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias, Luciano Tolentino Amaral, Leomar Amorim e Mário César Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva e Maria do Carmo Cardoso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. Primeiramente, estes autos foram, em 9 de dezembro de 2002, distribuídos ao Juiz Luciano Tolentino Amaral (termo de fls. 296). Nesse mesmo dia, foram redistribuídos à Juíza Maria do Carmo Cardoso, que compunha a 3ª Seção, em face de ser relatora do Agravo de Instrumento 2002.01.00.036228-6/AM (cf. certidão de fls. 297). No dia 13 desse mesmo mês, a relatora proferiu decisão concedendo a medida liminar requerida, solicitando informações (fls. 299/301). As informações foram prestadas a fls. 309/310. Em seguida, foram os autos remetidos ao Ministério Público por determinação da relatora (fls. 312). Pediu a Procuradora Regional da República, Denise Vinci Túlio, que fosse ouvido o representante do Ministério Público no Amazonas. Nesse ínterim, em 1º de outubro de 2003, o feito foi redistribuído para a 3ª Seção, tendo como relator o Juiz Antônio Souza Prudente (fls. 317v), que se deu por incompetente, sustentando que a matéria era da competência da 4ª Seção (fls. 318). Foram, então, os autos a mim redistribuídos em 16 de dezembro de 2003.

2. Assim manifestou-se o Ministério Público sobre o mérito da questão (fls. 344/346):

Assumindo-se que a segurança dirige-se contra ato judicial há que se dizer, primeiramente, que só se admite a interposição de mandado de segurança contra ato judicial em casos de absoluta e extrema necessidade. Confira-se a posição da jurisprudência pátria:

*“Ato judicial. Casos teratológicos. Permissibilidade do uso e acolhimento da ação mandamental, só tem razão de ser em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, suscetíveis de causar à parte dano irreparável ou de difícil e incerta reparação (art. 535/72, 447/132; JTACivSP 84/167, 74/163, 38/417; RTJ 71/876; 70/504)”*.

No caso verifica-se que *não houve a alegada omissão*. Com efeito, a petição foi protocolada no dia 03/12/02 (doc. fls. 60/64). *No dia imediato (04.12.02) a douta juíza de primeiro grau despachou determinando fosse ouvido o MPF*, titular da ACP na qual se discutia exatamente a fraude que deu origem à apreensão das mercadorias. A própria impetrante o demonstrou, ao juntar documentos referentes ao andamento processual (fls. 27/31). No dia 09/12/03, sob o fundamento de omissão inexistente foi impetrada a segurança.

Não se verifica, portanto, no ato da ilustre magistrada de primeiro grau, em não examinar desde logo o mérito do pedido, qualquer abuso ou teratologia, até porque o pedido mereceu presto exame, com encaminhamento dos autos ao titular da ação civil pública. Houve, sim, cautela da douta magistrada que entendeu ouvir a parte contrária. E nisso nenhum abuso vai, já que no exíguo prazo de seis dias (período que medeou entre o protocolo da petição em primeiro grau e a interposição do *mandamus*) os bens apreendidos não se deteriorariam nem se tornariam obsoletos.

Isso desde logo demonstra a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder que apto a fundamentar a concessão desta segurança.

Admitindo-se que a segurança em verdade, dirige-se contra atos das autoridades alfandegárias, que é o que ressaí das razões apresentadas, o seu exame demonstrará não existir igualmente ato abusivo ou ilegal.

Primeiramente, importa ressaltar que a decisão anterior, adotada pela Relatora nos autos do Ag 2002.01.00.036228-6/AM, não serve, *data venia*, de substrato a fundamentar a decisão liminar concedida neste feito.

Ocorre que nos autos do Ag 2002.01.00. 036228-6/AM a decisão determinou apenas que a empresa retomasse suas atividades normais, praticando atos inerentes aos seus objetivos contratuais, tais como a importação e exportação de bens. Não houve determinação para liberação das mercadorias já apreendidas (fls. 35/39).

Assim, verifica-se grave equívoco na decisão liminar concedida pela relatora que primeiro conheceu destes autos. Com efeito, ao determinar de imediato a devolução das mercadorias em questão mediante o pagamento dos imposto correspondentes, a Relatora substituiu-se à magistrada de primeiro grau, que ainda não apreciara o mérito do pedido que lhe fora apresentado, mediante petição aviada pela empresa na ACP.

*Datissima venia*, não lhe cabia decidir nos termos em que o fez. Se a empresa, sentindo-se prejudicada com a alegada demora da magistrada *a quo* em decidir seu pleito, aviou mandado de segurança visando a corrigir a situação, caberia à Relatora apenas fixar prazo para que a autoridade impetrada decidisse, como inúmeras vezes têm se posicionado nossos Tribunais em situações semelhantes.

No caso, em verdade, a decisão liminar adotada representou supressão de instância decisória do Poder Judiciário, em clara afronta ao duplo grau de jurisdição. Assim, se a final o entendimento dessa egrégia Corte for pela existência de ato omissivo da douta magistrada de primeiro grau, a concessão da segurança deverá limitar-se à fixação de prazo para apreciação do pedido que lhe fora formulado pela impetrante.

#### *IV. Da impossibilidade jurídica do pedido.*

Há que se referir a *existência de norma jurídica que expressamente proíbe a liberação em sede liminar, de mercadorias apreendidas pela Receita Federal*, e sujeitas a pena de perdimento. A norma do art. 1º da Lei 2.770, de 4 de maio de 1956, suprime a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, e dá outras providências – *in verbis*:

“Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa”.

Ressalte-se que este é exatamente o pedido formulado pela empresa ora impetrante, na ação civil pública. Pretende a empresa a liberação, por decisão incidental e liminar, a devolução imediata das mercadorias apreendidas pela Receita Federal.

Sobre as apontadas ilegalidades no ato da apreensão, disse a ilustre Procuradora Regional da República (fls. 349/351):

*Certo que a empresa impetrante não nega que os produtos importados que chegaram ao Porto de Manaus diferiam daqueles constantes da declaração de importação, tanto que promoveu retificação da retificação da mesma declaração, retificação esta, todavia, não aceita pelos agentes fazendários, que decidiram pela lavratura do auto de infração e apreensão das mercadorias.*

Sua insurgência reside no fato de o Fisco não ter aceito a retificação da DI, e optado por lavrar o correspondente auto de infração.

Não assiste razão à impetrante, contudo.

Ocorre que a empresa impetrante em verdade não procedeu a mera retificação da declaração de importação, porém pretendeu apresentar nova DI, eis que *modificadas por completo as mercadorias importadas* que, de componentes e peças, passaram a produtos prontos e acabados, modificando-se também, por completo, o regime de importação a que estavam sujeitas. Como bem referiu o representante ministerial que atuou junto à instância *a quo*, a dimensão das alterações produzidas, que implicaram inclusive acréscimo do valor das mercadorias importadas em quase 4 vezes mais do que aquele inicialmente declarado, indica que não houve mero propósito de retificar eventual equívoco, mas, sim, o de alterar por completo a DI, o que não é admissível nem aceito por nossa legislação aduaneira.

Ademais, somente quando iniciada a fiscalização nas mercadorias importadas, e identificada a discrepância com a DI, cuidou a empresa de proceder a sua retificação, conforme consta do relatório do auto de infração (fls. 160/161). E a empresa o fez, segundo informes do Ministério Público, por orientação dos próprios funcionários da Receita envolvidos na fraude.

Neste ponto é preciso esclarecer certos fatos que foram mencionados por alto no feito e que são do conhecimento desta agente ministerial, que já oficiou em outros processos relacionados ao mesmo caso. No período de janeiro a julho de 2002 a Receita Federal, alertada por denúncia anônima de que estaria ocorrendo fraude de grandes proporções na importação de produtos eletrônicos por empresas sediadas na Zona Franca de Manaus, detonou operação que resultou na apreensão de mercadorias importadas por diversas empresas, entre elas, a impetrante.

Ditas empresas detinham isenção na importação de peças e componentes destinados à industrialização, porém na realidade estavam a importar, com a complacência de alguns agentes do Fisco, produtos e acabados, não obstante na declaração de importação constasse falsamente que as mercadorias importadas eram constituídas de peças e componentes eletroeletrônicos. Como

se disse, o fato motivou a chamada Operação Rio Negro, que foi amplamente noticiada dos jornais daquela cidade e de outras capitais, tendo chegado, certamente, ao conhecimento da impetrante (vide reportagens de fls. 231/240, datadas de antes de 05/02/02 – data do pedido de retificação).

Todas estas circunstâncias elidem por completo, *data venia*, a alegação de que houve mero equívoco, passível de ser corrigido pela retificação da declaração de importação.

Portanto, o que verdadeiramente se extrai do exame dos autos é que não houve, de modo algum, internação regular de mercadoria estrangeira no País, como alega a todo o tempo a impetrante, tendo ao contrário, a conduta da empresa, caracterizado a conduta típica do art. 105, XII, do DL 37/66 e 514, XII, do Regulamento Aduaneiro (Decreto 4.543/02), que sujeita o infrator à pena de perdimento.

A segunda irregularidade aventada na apreensão residiria na ausência de representante legal da empresa ou do despachante quando da inspeção procedida pela Receita Federal. Ocorre que esta formalidade não se presta a invalidar o auto de infração e termo de apreensão lavrados neste caso, eis que o seu fundamento (divergência entre a DI e as mercadorias efetivamente importadas – produtos prontos e acabados, e não peças e componentes) jamais foi negado pela empresa. Ao contrário, foi sempre admitido. Portanto, da ausência de eventual representante não houve qualquer prejuízo para a empresa impetrante, *já que a mesma admite a ocorrência dos fatos que deram origem à lavratura do auto de infração e apreensão das mercadorias*.

E de referência ao *periculum in mora*, sustentou o seguinte (fls. 351):

Ressalte-se que ainda que se entendesse presente este requisito, sua presença isolada não seria suficiente a garantir a concessão de medida liminar na ação civil pública para liberar as mercadorias apreendidas, que é o que pretende a agravante.

Por primeiro, atente-se que as mercadorias em tela, como fartamente comprovado pelos documentos juntados aos autos, *não se constituem em insumos* destinados a manter a DM Eletrônica de Amazônia em operação. A própria empresa o disse, quando promoveu a retificação da declaração de importação. Se assim é, não constitui matéria-prima de uso da empresa, de modo que sua apreensão não tem como afetar o normal desenvolvimento das atividades da impetrante.

De outra parte, embora produtos eletroeletrônicos de fato tornem-se obsoletos com o passar do tempo, tal não se dá em tempo tão curto de molde a justificar a liberação liminar dos produtos regularmente apreendidos, liberação que de resto é proibida pelo ordenamento jurídico, como demonstrado linhas acima.

O parecer está perfeito. Nada há o que acrescentar. Realmente, não houve omissão da Magistrada do primeiro grau, Jaiza Maria Pinto Fraxe. Os autos foram-lhe conclusos com pedido da ora impetrante, datado de 03/12/02, solicitando

que fosse determinada “*incontinenti* a liberação dos *containeres* da peticionaria, para que enfim possa desfrutar dos bens que legitimamente lhes pertence” (v. fls. 60/64). Pelo andamento do processo, juntado pela própria impetrante, no dia seguinte a petição foi despachada, determinando abertura de *vista* ao Ministério Público (v. fls. 27). No dia 9 seguinte, foi impetrado o presente mandado de segurança. Como se vê, não houve omissão por parte da MM. juíza *a quo*.

De referência à liberação das mercadorias apreendidas, não poderia o pedido ser deferido, pois, de acordo com o art. 1º da Lei 2.770, de 4 de maio de 1956, não é possível a concessão de liminar para liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro, apreendidas pela Receita Federal.

Ante o exposto, denego a segurança, cassando a liminar.

É o voto.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias:* — Senhor Presidente, eu ficaria até na carência, no simples exame, pelos próprios argumentos colhidos por Vossa Excelência, mas não vou divergir, porque temos que fazer um processualismo do resultado. O que não pode é ficar esta situação, não há ato algum, quer dizer, dessa omissão caberia até um recurso, mas sem precisar invocar a Súmula 267 do Supremo.

Acompanho Vossa Excelência, não por um corporativismo judiciário, mas para que daí não se extraia um diversionismo.

### **Voto-Desempate**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:* — B.M.A. Indústria e Comércio Ltda. impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da MM. Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas “consistente na omissão em apreciar pedido de caráter urgente deduzido nos autos da Ação Civil Pública em que a ora impetrante figura como ré, cujo feito se processa sob o número 2002.32.00.004888-3”, objetivando a liberação de mercadorias apreendidas pela fiscalização da Receita Federal em Manaus, “objeto do Auto de Infração número 0227600/00003/02”, com a manutenção em depósito de “uma unidade de cada modelo de mercadoria apreendida para fins de realização de eventual perícia e ressaltada a possibilidade de aplicação da multa sucedânea do decreto de perdimento, objeto dos arts. 18 e 19 da Lei 9.779/99, no caso de reconhecimento, por decisão transitada em julgado, da legalidade da apreensão em questão”.

Sustenta, em síntese, que ao não ser apreciado o seu pedido de liminar para liberação das mercadorias apreendidas pela MM. juíza *a quo*, viola direito líquido e certo seu, por isso que “em face da expressiva quantidade de bens apreendidos, insumos e produtos acabados, avaliados pela Receita Federal em R\$859.955,51, a impetrante, atualmente, não dispõe de meios básicos para o prosseguimento das suas atividades industriais”, ficando prejudicados, “de uma só vez, os expressivos investimentos realizados pela impetrante na Zona Franca de Manaus, abrangendo dois milhões e oitocentos mil dólares em engenharia e arquitetura e oito milhões e seiscentos mil cruzeiros em instalações e equipamentos”, bem como “as finanças públicas, já que a impetrante, apenas no exercício de 2001, recolheu dois milhões de reais em tributos” e a levaria a desempregar seus empregados.

Aduz, ainda, que “no caso da impetrante, a omissão da autoridade julgadora de primeiro grau é ainda mais acentuada porque, como reconhecido no Auto de Infração respectivo (AI0227600/00003/02), a impetrante, em tempo hábil, constatando a ocorrência de erro na declaração de importação, providenciou a sua retificação para produtos acabados e insumos, ultimando o recolhimento dos tributos e multas devidos” (cf.fl.s. 6).

Argumenta que o efeito suspensivo ativo concedido nos autos do Agravo de Instrumento 2002.01.00.036228-6, pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, determinando a continuidade das atividades empresarias da impetrante, “concedera igualmente o direito à liberação imediata das mercadorias apreendidas pela Receita Federal”; que a apreensão é ilegal ante a retificação da guia de importação e que a conferência do *container* foi processada sem a presença do importador ou seu representante legal em afronta ao art. 48 do Decreto-Lei 37/66.

Os presentes autos foram distribuídos por prevenção à eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso que, por decisão de fls. 299/301 deferiu o pedido de liminar, determinando a liberação da mercadoria apreendida, ficando mantidos sob a guarda da Inspetoria da Receita Federal, “duas unidades de cada modelo de mercadoria apreendida para a realização de perícia”, bem como o depósito integral dos tributos devidos.

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 309/310) e a Procuradoria da República do Estado do Amazonas, em cumprimento ao despacho de fls. 323, manifestou-se pela denegação da segurança, “por falta de liquidez e certeza do pedido deduzido pela impetrante”.

Nesta instância, também se pronunciou a ilustre Procuradora-Chefe da PRR/1ª Região, Dra. Denise Vinci Tulio, pela denegação da ordem (fls. 339/352).

O eminente Relator do presente *mandamus* Desembargador Federal Tourinho Neto, proferiu voto, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, denegando a ordem com base nos seguintes fundamentos, que destaco:

(...) não houve omissão da magistrada de primeiro grau, Jaiza Maria Pinto Fraxe. Os autos foram-lhe conclusos com pedido da ora impetrante, datado de 03/12/02, solicitando que fosse determinada “*incontinenti* a liberação dos containeres da peticionaria, para que enfim possa desfrutar dos bens que legitimamente lhes pertence” (...). Pelo andamento do processo, juntado pela própria impetrante, no dia seguinte a petição foi despachada, determinando abertura de vista ao Ministério Público (...). No dia 9 seguinte, foi impetrado o presente mandado de segurança. Como se vê, não houve omissão por parte da MM. juíza *a quo*.

De referência à liberação das mercadorias apreendidas, não poderia o pedido ser deferido, pois, de acordo com o art. 1º da Lei 2.770, de 4 de maio de 1956, não é possível a concessão de liminar para liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro, apreendidas pela Receita Federal (fls. 360).

Inaugurada a divergência pelo eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, que não admitiu o mandado de segurança, ao entendimento de que, “tendo em vista que o ato impugnado é recorrível ou passível de correição e, não caracterizada manifesta ilegalidade ou manifesto abuso de poder ou sequer teratologia, senão que a douta magistrada, autoridade impetrada agiu com bom senso dentro do procedimento ordinário curricular do feito mandamental”, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por impropriedade da via eleita, nos termos do art. 8º da Lei 1.533/51, c/c o art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Leomar Amorim.

Vieram-me, então, conclusos os presentes autos para proferir voto-desempate, nos termos do parágrafo único do art. 63 do RITRF da 1ª Região. (Certidão – fls. 347).

Vejamos.

Consiste a controvérsia em saber se contra o ato judicial omissivo, que deixa de apreciar pedido de liberação de mercadorias apreendidas pela Receita Federal, é ou não cabível o mandado de segurança.

De um lado, sustentou o eminente Relator e o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, que o acompanhou, que o mandado de segurança contra ato judicial somente é cabível em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, suscetíveis de causar à parte dano irreparável ou de difícil e incerta reparação; que, no caso, não houve omissão e nem se encontra configurada tal

excepcionalidade; e, ainda, o pedido de liberação das mercadorias apreendidas, em face do disposto no art. 1º da Lei 2.770/56, não poderia ter sido deferido.

De outro lado, sustenta a divergência que “tendo em vista que o ato impugnado é recorrível ou passível de correição, e não estando caracterizada manifesta ilegalidade ou abuso de poder, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por impropriedade da via eleita.”

Pois bem, é certo que não admite a Lei 1.533/51 mandado de segurança contra despacho ou ato judicial, se houver recurso previsto nas leis processuais ou puder ser aquele modificado por via de correição (art. 5º, II).

Esse preceito encontra-se cristalizado na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal.

Particularmente, adoto o entendimento jurisprudencial no sentido de que tanto o referido art. 5º, II, como a aludida Súmula 267, devem ser interpretados com temperamentos.

Com efeito, deve ser admitido, excepcionalmente, o mandado de segurança em tal hipótese, quando ficar evidenciada a flagrante ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo identificável de pronto.

De consignar, inicialmente, que, em tese, não cabível a interposição do recurso de agravo de instrumento, se o ato impugnado consiste em despacho desprovido de conteúdo decisório. (Nesse sentido: STJ – EDAGRg no Ag 557.623/MG, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, *DJ* 13/09/04, p. 280; REsp 242.185/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* 11/10/04, p. 329, entre outros).

De assinalar, ainda, que, é certo que, consoante já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REOMS 15.856/RJ, Rel. Ministro Félix Fischer, *DJ* 30/06/03): “Contra suposto ato omissivo imputado a juiz de primeira instância, consistente no não-julgamento definitivo de pedido de restituição de numerário, oportuna a manifestação de correição parcial e não a impetração de mandado de segurança”; que a orientação jurisprudencial daquela alta Corte de Justiça “é no sentido de que o mandado de segurança, em princípio, não se presta como sucedâneo ou substitutivo de recurso previsto em lei (Súmula 267/STF), exceto nas hipóteses, não ocorrentes na espécie, em que o ato judicial impugnado reveste-se de teratologia ou mesmo de flagrante e manifesta ilegalidade”.

Cabe explicitar, a propósito, que a correção parcial, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, não se destina a combater *error in iudicando*, “e sim aqueles despachos de juízes que, por erro ou abuso, constituírem inversão tumultuária

da ordem legal dos atos processuais, vale dizer *error in procedendo*” (*in Processo Penal* – 4º v. Ed. Saraiva – 13ª ed. – p. 367).

Na espécie, encontra-se esclarecido no voto do eminente Relator, que adotou, no particular, o parecer ministerial de fls. 339/352, o seguinte, destaque:

No caso verifica-se que *não houve a alegada omissão*. Com efeito, a petição foi protocolada no dia 03/12/02 (doc. fls. 60/64). *No dia imediato (04/12/02) a douta juíza de primeiro grau despachou determinando fosse ouvido o MPF*, titular da ACP na qual se discutia exatamente a fraude que deu origem à apreensão das mercadorias. A própria impetrante demonstrou, ao juntar documentos referentes ao andamento processual (fls. 27/31). No dia 09/12/02, sob o fundamento de omissão inexistente foi impetrada a segurança.

Com efeito, na petição em referência, datada e protocolizada em 03/12/02, requereu a impetrante, *verbis*:

Assim, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Carta Política de 1988, requer-se a Vossa Excelência que determine *incontinenti* a liberação dos *containers* da peticionária, para que enfim possa desfrutar dos bens que legitimamente lhes pertence. Após o que, sejam oficiadas as autoridades competentes. (fls. 64)

E do aludido andamento processual no dia subsequente, 04/12/02, consta o seguinte:

Vista ao MPF para se manifestar sobre os documentos e pedidos no prazo de 3 dias.

O presente mandado de segurança, de fato, foi protocolizado em 09/12/02.

Ora, assim sendo, além de não se encontrar configurada a alegada “omissão” imputada à autoridade impetrada, o ato de conceder “vista ao MPF” para falar sobre documentos, não pode ser considerado como “erro” ou “abuso”, que constitua “inversão tumultuária da ordem legal dos atos processuais”, vale dizer, *error in procedendo*, não tendo, ademais, qualquer conteúdo decisório e, portanto, sequer é suscetível de ser impugnado pelo recurso de agravo de instrumento.

Diante desse contexto, apesar de ser cabível, em tese, o mandado de segurança, não há como se identificar, na espécie, qualquer ilegalidade manifesta suscetível de causar lesão à impetrante.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, com a devida vênia da divergência, acompanho o Relator.

É como voto.

---

# Primeira Turma

---

## Agravo de Instrumento

**2005.01.00.042030-2/MG**

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

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Eduardo Monteiro de Castro Casassanta

Agravados: Dario Gonçalves Teixeira e outros

Advogados: Dr. Marcos André de Almeida e outro

Publicação: DJ 2 de 19/12/05

---

## Ementa

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Precatório. Fracionamento. Expedição de requisição de pequeno valor para pagamento de verba honorária. Impossibilidade.*

I. Com o advento da EC 37/01, não é mais juridicamente possível o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, com vistas à expedição de requisitório de pequeno valor.

II. Merece reforma a decisão monocrática que determina a expedição de precatório em relação à parte incontroversa do débito exequendo e requisição de pequeno valor em relação ao crédito referente aos honorários advocatícios, porque isto implicaria cisão do título exequendo, haja vista o expresse comando normativo do § 4º do art. 100 da Constituição Federal de 1988.

III. Precedentes.

IV. Agravo a que se dá provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 09/11/05.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:* — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social/INSS contra

decisão proferida pela MM<sup>a</sup>. Juíza Federal da 28<sup>a</sup> Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, em execução de sentença proferida em ação ordinária relativa ao reajuste de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento) nos benefícios previdenciários dos agravados, determinou a expedição de precatório quanto ao crédito reconhecido pela parte executada e, ainda, requisição de pequeno valor em relação à verba honorária.

Argumenta, basicamente, que a decisão infringe o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal de 1988, por afastar a sistemática legal a ser aplicada.

O agravo foi recebido sem atribuição de efeito suspensivo (fls. 78/79).

Intimidados, os agravados ofereceram resposta, salientando que o pagamento de honorários advocatícios por intermédio de requisição de pequeno valor não representa prejuízo aos cofres públicos (fls. 84/88).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:* — Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de execução de sentença, determinou expedição de requisição de pequeno valor para pagamento dos honorários de advogado.

Com efeito, o pagamento do valor incontroverso, relativo aos honorários advocatícios, por meio de requisição de pequeno valor, *in casu*, implica fracionamento vedado no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 100 À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(...)

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Klaus Kuschel (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves.

Outrossim, esta Corte firmou o entendimento de que não é juridicamente possível o fracionamento de execução que importe na requisição de pequeno valor, tendo em vista o advento da Emenda Constitucional 37/01.

Sobre a matéria, tratam os seguintes julgados:

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Precatório da chamada “parte incontroversa”. Exame do tema em face do advento da Emenda Constitucional 37/01, que acresceu o § 4º ao art. 100 da Constituição Federal. Preliminares de instrução irregular, falta de interesse e litigância de má-fé afastadas.*

I. Sendo o tema em discussão, neste recurso, essencialmente de direito, a instrução do agravo não prescinde de outras peças além daquelas indicadas no art. 525, I, do CPC.

II. Subsistindo controvérsia a ser dirimida no âmbito da cognição dos embargos, não se pode concluir pela inexistência de interesse da embargante em se insurgir contra decisão que, no curso dos embargos, lhe é desfavorável.

III. Não há litigância de má-fé na interposição de recurso manifestamente protelatório.

IV. À vista do advento da EC 37/01, não é mais, juridicamente, admissível a expedição de precatório relativamente à “parte incontroversa”, ressalvada a prova de que o fracionamento da execução não importe na expedição de precatório e requisição de pequeno valor.

V. Agravo provido. Agravo regimental prejudicado. (Ag 1999.01.00.059129–3/DF, Rel. Juíza Vera Carla Nelson Cruz Silveira (convocada), publ. no *DJ II* de 13/02/03, p. 112)

*Processo Civil. Execução. Embargos à execução parciais. Precatório. Parte incontroversa. Admissibilidade. Incidência do § 2º do art. 739 do CPC. Inexistência de ofensa ao art. 100 da CF.*

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal é firme no sentido de ser admissível, quando se cuidar de embargos apenas parciais, a expedição de precatório no tocante à parte incontroversa da dívida, tendo em vista a alteração prevista na Lei 8.953, de 13/02/94. Incidência do disposto no § 2º do art. 739 do CPC. Precedentes.

2. A expedição de precatório da parte incontroversa do valor da execução não ofende o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, eis que tal dispositivo refere-se à proibição de fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, com vistas à expedição do requisitório de pequeno valor.

3. Agravo de instrumento improvido. (Ag 2001.01.00.013235–3/MG, Rel. Desembargador Federal Eustáquio Silveira, publ. no *DJ II* de 06/09/02, p. 92)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para cassar a decisão agravada e determinar que a parcela relativa à verba honorária integre o precatório, para que não haja cisão do título exequendo.

É como voto.

## Segunda Turma

### Apelação em Mandado de Segurança

**1999.34.00.028299-1/DF**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelado: Sindicato Nacional dos Técnicos da Receita Federal

Advogados: Dr. Aldir Guimarães Passarinho e outro

Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 05/12/05

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat. Medida Provisória 1.915-1/99. Art. 16, § 5º. Inconstitucionalidade. Art. 40, § 8º, da Constituição Federal. Isonomia. Extensão aos servidores inativos. Correção monetária. Juros de mora.*

I. A questão referente à impossibilidade de extensão aos impetrantes da vantagem da Gdat, estabelecida no art. 16, § 5º, da medida provisória em comento, encontra-se ultrapassada no âmbito desta Corte, em face do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade na AMS 1999.34.00.029597-9/DF, que declarou a inconstitucionalidade do § 5º do art. 16 da Medida Provisória 1.915-1/99, que excluía de sua aplicação os servidores aposentados até 30/06/99.

II. Por força do art. 40, § 8º, da Constituição Federal, as vantagens pecuniárias concedidas aos servidores em atividade devem ser estendidas aos inativos e pensionistas, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia. Precedentes da Corte.

III. A Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat foi considerada vantagem de caráter geral devida aos aposentados e pensionistas, pela Suprema Corte, e sua exclusão declarada inconstitucional, quando das reedições

do diploma legal, não havendo que se falar em direito a regime jurídico, e sim, em direito já existente, incorporado ao patrimônio salarial de alguns aposentados e pensionistas, e suprimido de outros em igual condição, gerando violação ao princípio constitucional da isonomia (RE 397.872/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJ/I de 19/11/04).

IV. A Gdat não é cumulativa com a RAV, a teor do art. 13 da Medida Provisória 1.915-1. Sendo assim, caso haja nos proventos dos impetrantes o pagamento de gratificações sob a rubrica da RAV, deve ser observada a substituição desta pela Gdat, tal como ocorreu com os servidores da ativa.

V. Resta garantido aos aposentados e pensionistas o pagamento da Gdat *no percentual de 30% (trinta por cento)*, correspondente à parcela instituída no inciso II do art. 1º do Decreto 3.390/00, eis que não se encontram eles em situação que permite avaliação de produtividade, podendo obter até *mais 20% (vinte por cento)*, em razão do alcance de metas e arrecadação e de resultados de fiscalização, conforme disposto no inciso I do referido decreto.

VI. Incide a correção monetária plena, a partir do vencimento de cada parcela, e os juros moratórios são devidos à razão de 1% ao mês a partir da *notificação*, não incidindo os ditames da Medida Provisória 2.180-35/01, em razão da impropriedade da *mandamus* ter ocorrido em data anterior à sua edição.

VII. Apelação da União Federal desprovida.

VIII. Remessa oficial parcialmente provida.

### Acórdão

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

2ª Turma do TRF-1ª Região – 09/11/05.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves*: — Trata-se de apelação interposta contra sentença (fls. 406/413) proferida pelo ilustre Juiz Federal Substituto da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação mandamental proposta com o objetivo de compelir a União Federal a estender aos impetrantes,

todos aposentados, a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat, instituída pela Medida Provisória 1.915, de 29 de junho de 1999, que reestruturou a carreira de Auditoria do Tesouro Nacional.

Sustenta a União Federal (fls. 440/453), preliminarmente, inadequação da via eleita, eis que o mandado de segurança não é meio idôneo para a reparação de danos patrimoniais supostamente advindos da aplicação de medida provisória, “...dado que seu objeto é a invalidação de atos de autoridade ofensivos de direito individual líquido e certo, o que não foi comprovado” (cf. fls. 443).

No mérito, aduz que ficou estabelecido, no bojo da norma instituidora, que a gratificação em comento deverá ser paga em retribuição ao *desempenho* do servidor, almejando com isso a melhoria de produtividade da instituição, contemplando, por esse motivo, *os servidores em atividade*, prevista a progressividade dos pontos em função do alcance das metas de arrecadação e resultados de fiscalização.

Por tais razões, atendendo ao comando legal, não seria possível deferir Gratificação de Desempenho de Atividade a quem já está aposentado, eis que não mais desempenha qualquer atividade tributária.

Alega, ainda, que a “...Gefa simplesmente foi extinta, mas o valor equivalente não foi excluído de seus proventos, mas sim, incorporados aos proventos básicos” (cf. fls. 445).

Entretanto, sustenta, o princípio da irredutibilidade dos vencimentos foi assegurado, de vez que, na reedição da Medida Provisória 1.915-3 e ss., o art. 19 da Medida Provisória 1.915-1, que garantiu a irredutibilidade dos proventos dos inativos, disciplinou em seu parágrafo único que, “Constatada a redução de proventos ou pensão decorrente da aplicação do disposto nessa medida provisória, a diferença será paga a título de vantagem nominalmente identificada” (cf. fls. cit.).

Alega, por fim, que, “... se nem os servidores ativos têm direito adquirido a regime jurídico ou a forma de cálculo de remuneração, conceder a vantagem pleiteada, mercê de proteger direito líquido e certo, é transverter o curial entendimento do ordenamento vigente, e ofender o princípio basilar de Direito Administrativo, segundo o qual servidores estatutários não têm direito adquirido ao regime jurídico que disciplina suas relações com a Administração Pública” (cf. fls. 448/449).

Contra-razões a fls. 504/513.

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo desproviamento da apelação da União e da remessa oficial (fls. 517/520).

---

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Pretendendo os impetrantes, no presente *writ*, compelir a autoridade indigitada coatora a conceder-lhes a gratificação instituída pela Medida Provisória 1.915/99, e obtendo êxito na sentença de primeiro grau, apela a União Federal visando desconstituir o seu decreto.

Apesar dos bem lançados argumentos oferecidos pela apelante, entendo que não lhe assiste razão.

Inicialmente, no que tange à argüição de inadequação da via eleita, tenho que não procede a argumentação, uma vez que não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, e sim contra um ato de autoridade, passível de exame na via mandamental, consubstanciado no não-pagamento aos inativos e pensionistas de gratificação que se alega ser destinada aos servidores em atividade, instituída pela Medida Provisória 1.915, de 29/07/99 e sucessivas reedições.

Preliminar rejeitada.

Passo ao exame do mérito.

A Medida Provisória 1.915, de 29 de junho de 1999, reestruturou a carreira de Auditoria do Tesouro Nacional, que passou a denominar-se Carreira Auditoria Fiscal da Receita Federal, extinguindo a Retribuição Adicional Variável – RAV e criando a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat (art. 7º), aplicando-se, inclusive, aos proventos de aposentadoria e pensões (art. 11), sem, no entanto, definir a forma de aplicação dos percentuais aos aposentados.

Com a primeira reedição daquela medida provisória (MP 1.915-1, de 29 de julho de 1999, art. 16, § 3º), vedou-se o pagamento da Gdat sobre proventos de aposentadorias e pensões concedidas até o dia 30 de junho de 1999, para os servidores integrantes da carreira de Auditoria Fiscal da Receita Federal.

No que toca à argumentação expendida pela apelante sobre a impossibilidade de extensão, aos impetrantes, da vantagem (Gdat), estabelecida no § 5º do art. 16 da medida provisória em comento, a questão já se encontra ultrapassada no âmbito desta Corte em face do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade na AMS 1999.34.00.029597-9/DF, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que excluía de sua aplicação os servidores aposentados até 30/06/99.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Lincoln Rodrigues de Faria (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian.

Com efeito, a vedação constitucional de discriminação entre servidores aposentados e da ativa, incide, na hipótese, com maior razão, eis que o Decreto-Lei 2.225, de 10 de janeiro de 1985, ao criar a Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, assegurou, em seu art. 7º, que os inativos “...terão seus proventos revistos para inclusão dos direitos e vantagens ora concedidos aos servidores em atividade, inclusive quanto a posicionamento e denominação”, nos termos do permissivo constitucional (CF, art. 40, § 8º).

As alterações promovidas na reedição da medida provisória em questão, quanto aos inativos, criaram uma situação de dessemelhança entre aposentados na mesma situação jurídica, já que, após autorizar, na primeira edição da Medida Provisória 1.915, de 29 de junho de 1999, sem distinção, o pagamento da gratificação aos aposentados e pensionistas, determinou, por ocasião da primeira reedição do referido diploma legal, a de número 1.915-1, de 29 de julho de 1999, a implantação da gratificação, *nos percentuais em que previstos para os ativos, apenas para aqueles que se aposentaram após 30 de junho de 1999 e 30 de julho de 1999* (art. 16, §§ 5º e 6º).

Apreciando a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

*Constitucional. Gratificação de Desempenho de Atividades Tributárias, instituída pela Medida Provisória 1.915, de 29/06/99. Extensão aos inativos e pensionistas de ex-ocupantes do cargo de auditor fiscal do Tesouro Nacional. Constituição Federal, art. 40, § 8º, na redação decorrente da EC 20/98.*

Vantagem de caráter geral, devida aos aposentados e pensionistas, nos termos da norma constitucional acima referida e em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, firmada em torno de casos semelhantes. Além do mais, a primeira edição da MP 1.915/99 contemplou indistintamente os proventos de aposentadoria e as pensões; por isso, ofendem o postulado da isonomia as reedições da medida, que limitaram o pagamento do benefício aos servidores aposentados a partir de 1º/07/99.

Por outro lado, como tal restrição foi afastada pela Lei 10.593, de 06/12/02, remanesce o interesse das partes com relação ao período regressivo, até a data da impetração. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 397.872/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJI de 19/11/04, p. 30).

Na linha desse entendimento, esta egrégia Corte tem decidido sistematicamente de modo favorável ao pleito dos apelados, em razão da consagrada isonomia estabelecida na Carta Magna entre servidores ativos e inativos.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

*Administrativo. Constitucional. Servidor público. Mandado de segurança. Adequação da via eleita. Gratificação de Desempenho de Atividade*

*Tributária – Gdat. Medida Provisória 1.915/99. Aposentados e pensionistas. Isonomia. Servidores ativos. Art. 40, § 8º, CF/88. Precedentes.*

1. Preliminar de inadequação da via eleita afastada, uma vez que não se trata de mandado de segurança contra lei em tese. Existência de um ato de autoridade passível de exame na via mandamental.

2. A Medida Provisória 1.915/99 e sucessivas reedições, ao instituir a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat estabeleceu em seu art. 11 que seus benefícios pecuniários incidiam, também, aos proventos de aposentadorias e às pensões. No entanto, a referida medida provisória ao ser reeditada com o número 1.915-1/99 em seu § 5º do art. 16, restringiu a incidência da mencionada gratificação às aposentadorias e pensões concedidas até 30/06/99, a servidores da Carreira de Auditoria da Receita Federal e, até 30/06/99, a servidores da Carreira da Auditoria Fiscal da Previdência Social e Carreira Fiscalização do Trabalho. Com efeito, conclui-se que tal determinação criou uma situação de desigualdade entre servidores ativo, inativos e pensionistas, infringindo, assim, de forma acintosa o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal, que determina que sejam estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

*3. Garantido o direito de perceber a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat, instituída pela MP 1.915/99 e sucessivas reedições, aos inativos e pensionistas da Carreira de Auditoria da Receita Federal.*

4. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas. (AMS 2000.34.00.007935-5/DF, Relator Des. Federal José Amilcar Machado, Primeira Turma, DJ II de 23/05/05, p. 12).

*Constitucional e Administrativo. Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat. Medida Provisória 1.915-1/99, art. 16, § 5º. Isonomia. CF/88, arts. 5º, caput, e 40, § 8º. Aposentados e pensionistas. Agravo retido não provido. Litispêndência. Ilegitimidade passiva. Inadequação da via eleita. Preliminares rejeitadas.*

1. Apelação interposta contra sentença em mandado de segurança, seja concessiva, seja denegatória, será recebida no efeito meramente devolutivo, por expressa determinação legal.

2. Não existe litispêndência entre a lide coletiva, com substituição processual, e a ação individual posteriormente ajuizada pelo substituído (REsp 45.987-7/SP, Rel. Min. Vicente Leal; CC 95.01.08975-4/DF, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian). Preliminar rejeitada.

3. Autoridade coatora é a pessoa que ordena ou omite a prática de ato do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Preliminar rejeitada.

4. Insurgindo-se o impetrante contra ato da autoridade impetrada que suspendeu o pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat e comprovados os fatos por documentos, é adequada a via processual escolhida. Preliminar rejeitada.

5. *O § 5º do art. 16 da Medida Provisória 1.915-1/99, que negou a certos aposentados e pensionistas a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – Gdat, ofendeu, a um só tempo, o princípio constitucional geral da isonomia contido no art. 5º, caput, e o preceito que garante a isonomia entre servidores ativos, inativos e pensionistas (art. 40, § 8º, CF/88).*

6. *Aplicam-se aos inativos e pensionistas as restrições de que tratam os arts. 13 e 15 da Medida Provisória 1.915-1/99.*

7. Agravo retido e apelações a que se nega provimento. Remessa oficial a que se dá parcial provimento para estender ao apelado as restrições de que tratam os arts. 13 e 15 da Medida Provisória 1.915/99. (AMS 2000.34.00.002179-6/DF, Relator Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ II de 29/10/02, p. 149).

Por outro lado, não prospera a alegação da apelante no sentido de que a gratificação diz respeito ao estímulo à produtividade do servidor ativo, pois, nos exatos termos do Decreto 3.390, de 23 de março de 2000, também os servidores que não se encontrassem efetivamente exercendo atividade fiscalizadora, lotados em órgãos diversos dos de origem, fariam jus à mencionada gratificação, conforme se infere da literalidade dos arts. 5º e 6º do texto legal mencionado:

Art. 5º A Gdat será paga aos integrantes das Carreiras Auditoria da Receita Federal, Auditoria Fiscal da Previdência Social e Auditoria Fiscal do Trabalho quando estiverem em efetivo exercício das respectivas atribuições da carreira em órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal.

*Art. 6º Os integrantes das carreiras a que se refere o artigo anterior, que não se encontrem no efetivo exercício das atividades inerentes à respectiva carreira, somente farão jus à Gdat:*

*I – quando cedidos para a Presidência ou Vice-Presidência da República, calculada com base nas mesmas regras válidas como se estivessem em exercício no órgão cedente;*

*II – quando cedidos para órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal distintos dos indicados no inciso I deste artigo....*

Não se há, pois, de falar em distinção entre ativos e inativos no que tange à percepção da Gratificação de Desempenho instituída pela Medida Provisória 1.915, de 29 de junho de 1999.

Quanto à alegação da União de que não houve decesso remuneratório para os impetrantes, tal argumento não é suficiente para afastar a pecha de inconstitucionalidade que pairou sobre a norma em debate, já que *subtraiu direito dos inativos*.

No ponto, o que se deve observar é que, extinta a RAV – Retribuição Adicional Variável (e não Gefa, como constou equivocadamente da apelação da União), que já pertencia ao patrimônio salarial dos aposentados, e instituída, em substituição àquela, a Gratificação de Desempenho de Atividades Tributárias – Gdat, deve esta ser estendida aos proventos de aposentadoria, com reflexo nas pensões, e nas mesmas condições que a primeira.

Por fim, não procede a assertiva da União, na presente hipótese, de que os servidores estatutários não têm direito a regime jurídico ou a forma de cálculo de remuneração, de vez que, prevista a extensão da gratificação em comento aos inativos, por ocasião da primeira edição da Medida Provisória 1.915/99, *foi considerada vantagem de caráter geral devida aos aposentados e pensionistas, pela Suprema Corte*, e sua exclusão, quando das reedições do diploma legal, declarada inconstitucional, não havendo que se falar em *direito a regime jurídico*, e sim em *direito já existente*, incorporado ao patrimônio salarial de alguns aposentados e pensionistas, e suprimido de outros em igual condição, gerando violação ao princípio constitucional da isonomia (RE 397.872/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJI de 19/11/04).

Mantenho, portanto, a sentença no aspecto meritório.

Por força da remessa, passo ao exame da sentença quanto às parcelas acessórias.

Embora a respeitável sentença tenha concedido a segurança, não esclareceu, contudo, o alcance do *decisum* quanto ao percentual a que fazem jus os impetrantes.

No tema, a egrégia Segunda Turma adotou o entendimento segundo o qual, por se encontrarem em situação que não mais permite avaliação de produtividade, diferentemente dos servidores ativos, resta garantido aos aposentados e pensionistas o pagamento da Gdat *no percentual de 30% (trinta por cento)*, correspondente à parcela instituída no inciso II do art. 1º do Decreto 3.390/00, podendo o total resultar em até *mais 20% (vinte por cento)* em razão do alcance de metas e arrecadação e de resultados de fiscalização, conforme o disposto no inciso I do referido decreto, na dependência do que vier a ser pago aos servidores ativos. (Nesse sentido, confira-se EDAMS 1999.34.00.037712-1/DF, Relator Des. Federal Carlos Moreira).

Esclareço, entretanto, a respeito do pagamento da RAV e da Gdat, que tais gratificações não são cumulativas, a teor do art. 13 da Medida Provisória 1.915-1. Sendo assim, caso haja nos proventos dos impetrantes o pagamento de gratificações sob a rubrica da RAV, deve ser observada a substituição desta pela Gdat, tal

como ocorreu com os servidores da ativa, respeitada a impossibilidade de decesso salarial.

Quanto às parcelas vencidas, incide a correção monetária plena, a partir do vencimento de cada parcela, por se tratar de vencimentos de servidores públicos, nos termos da Súmula 19/TRF.

No que tange aos juros de mora, a Medida Provisória 2.180-35 de 24/08/01, em vigor por força do disposto na Emenda Constitucional 32, de 11/09/01, acrescentou o art. 1-F à Lei 9.494/97, estabelecendo que os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, *não poderão ultrapassar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano.*

Entretanto, no caso vertente, impetrado que foi o *mandamus* em 13 de setembro de 1999, esses são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da *notificação*, já que, a teor do entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a disposição da Medida Provisória 2.180-35/01, especificamente no que tange aos juros moratórios, *não se aplica aos atos jurisdicionais aperfeiçoados antes da sua edição.*

Menciono, a propósito, os seguintes arestos:

*Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil. Juros moratórios. Ação. Ajuizamento. Posterior à vigência da MP 2.180-35/01. Incidência.*

A Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, é aplicada aos processos em curso, quando proposta a ação após a sua vigência.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 651428/RS, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJ I de 14/03/05, p. 417).

*Agravo regimental no recurso especial. Juros de mora. Início do processo após a vigência da MP 2.180-35/01. Incidência.*

1. Com a edição da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, a qual acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, nos casos em que sucumbente a Fazenda Pública, a fixação dos juros de mora é cabível no percentual de 6% ao ano, *se proposta a ação após a vigência da referida MP.*

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 693.471/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ I de 14/03/05, p. 422).

*Recurso especial. Efeito devolutivo. Ausência de prequestionamento. Administrativo. Averbação de tempo de serviço. Atividade especial. Regime celetista. Direito adquirido à contagem do tempo de serviço convertido para fins de aposentadoria. Juros de mora. Percentual. Medida Provisória 2.180-35/01. Inaplicabilidade.*

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.” (Súmula do STJ, Enunciado 211).

2. “1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o servidor público ex-celetista faz jus à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, insalubres e penosas na forma da legislação vigente à época da prestação de serviço, ou seja, com o acréscimo previsto na legislação previdenciária de regência.” (REsp 441.383/PB, da minha Relatoria, *in DJ* 19/12/02).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça já está pacificada no sentido de que, nas diferenças decorrentes do pagamento de reajuste nos vencimentos de servidores públicos, devem incidir juros moratórios na taxa de 1% ao mês, em face da sua natureza eminentemente alimentar.

4. *Qualquer que seja a natureza jurídica que se atribua à norma dos juros ex officio iudicis, não há pretender que se reconheça à Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, eficácia retroativa, de modo a alcançar provimentos jurisdicionais aperfeiçoados sob a regência de norma jurídica diversa e anterior.*

5. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (REsp 545.977/RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, *DJI* de 09/02/04, p. 218).

Em face do exposto, nego provimento à apelação da União Federal e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para delimitar o importe percentual das gratificações, e explicitar a incidência da correção monetária e dos juros de mora, *na forma delineada na fundamentação*, devendo o termo inicial do pagamento coincidir com a data de impetração do *writ*.

É como voto.

## Terceira Turma

---

### ***Habeas Corpus***

**2005.01.00.060938-4/DF**

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

Impetrante: Cléber Lopes de Oliveira

Impetrante: Jairo Lopes C. Oliveira

Impetrante: Wilton Leonardo Marinho Ribeiro

Impetrado: Juízo Federal da 10ª Vara/DF

Paciente: José Alves da Silva

Publicação: *DJ* 2 de 09/12/05

---

## Ementa

*Processual Penal e Civil. Habeas corpus contra sentença proferida em mandado de segurança. Admissibilidade. Atuação de advogado no inquérito policial. Vista dos autos. Extração de cópias. Sigilo da investigação.*

I. É cabível o manejo do *habeas corpus* contra sentença apelável, proferida em mandado de segurança impetrado por advogado, desde que a decisão – e isso ocorre no presente caso – seja potencialmente lesiva à liberdade de ir e vir do seu constituinte, ainda que de forma mediata. Precedente do STF (HC 82.354-8/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 24/09/04).

II. Constituem direitos do advogado, entre outros, o de “examinar em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”; e o de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo tirar cópias e tomar apontamentos.” (Lei 8.906/94 – art. 7º, incisos XIII e XIV.)

III. O dogma constitucional do contraditório não incide no IPL, simples procedimento inquisitorial em que se reúnem provas para embasar a futura e eventual ação penal, no qual não se decide litígio nem se aplicam sanções. Isso não obstante, nele operam direitos fundamentais do indiciado, entre os quais o de não incriminar-se, de manter-se em silêncio e de fazer-se assistir por advogado. “O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo da sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação à pena privativa de liberdade ou na mensuração desta”. (STF – HC 82.354-8/PR.)

IV. Não se justifica, legalmente, a decisão judicial que indefere pedido de vista dos autos de inquérito, ou de extração de cópias, pelo advogado constituído, naquilo que seja do interesse do seu cliente. O sigilo da investigação – dizem os precedentes – não priva o advogado da parte de ter vista dos autos do procedimento.

V. Ordem de *habeas corpus* que se concede.

## Acórdão

Decide a Turma conceder a ordem de *habeas corpus*, à unanimidade.

---

3ª Turma do TRF-1ª Região – 21/11/05.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes*: — Cuida-se de ordem de *habeas corpus* em favor de José Alves da Silva, brasileiro, casado, empresário, residente nesta Capital, que estaria sofrendo coação ilegal por parte de ato decisório do Juízo da 10ª Vara Federal/DF, que, ao julgar Mandado de Segurança (2005.34.00.020830-7) impetrado contra ato de delegado de Polícia Federal, nos autos do IPL 4-506/03, que lhe indeferira pedido, formulado pelo seu advogado constituído, de vista dos respectivos autos para a extração de cópias, denegou a segurança.

O IPL 4-506/03 – Força Tarefa do INSS fora instaurado para apurar fraudes em licitação, tendo o paciente sido intimado por telefone para prestar depoimento e, depois de depor, solicitado a vista dos autos para extração de cópias, sendo o pedido indeferido pelo delegado, ao fundamento de que não dispunha de verbas para fornecer cópias de inquéritos, e de que não poderia utilizar servidores públicos para acompanhar advogados onde quer que queiram para a extração de cópias (fls. 50).

A sentença, ao denegar a segurança, afirmou que o inquérito policial é procedimento persecutório de caráter administrativo destinado a fornecer elementos ao Ministério Público para a propositura da ação penal; que seu valor probante é relativo, pois os elementos de informação nele existentes não são coletados sob a égide do contraditório e da ampla defesa; que, quando sigiloso, a autoridade policial deve restringir o acesso aos autos, o que é feito no interesse da sociedade; que, no caso que se examinava, é lícito manter-se o sigilo, como ressaltado pelo Ministério Público Federal; e que, por tudo isso, não tinha o impetrante direito líquido e certo, mesmo porque nenhuma restrição ocorrera à sua liberdade física ou patrimonial. (Cf. decisão de fls. 62/63.)

Despachando inicialmente o pedido, o Juiz Federal Dr. Guilherme Doehler, atuando nesta Turma por convocação, indeferiu a petição inicial, nos termos da decisão de fls. 70/71, afirmando que, em se tratando de uma sentença – proferida no mandado de segurança –, o *habeas corpus* não poderia ser utilizado como substitutivo da apelação, do que sobreveio agravo regimental de fls. 75/81. A mim conclusos os autos, tornei sem efeito a decisão indeferitória da inicial, concedi a liminar e julguei prejudicado o agravo regimental, como se observa da decisão de fls. 83.

Prestou informações o Juiz Federal Substituto Dr. Cloves Barbosa de Siqueira, nos termos da peça de fls. 86, noticiando os passos do andamento do mandado de segurança e anexando peças (fls. 87/99), tendo o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Dr. Aldenor Moreira de Souza, opinado pela concessão parcial da ordem. (Cf. parecer de fls. 102-105.)

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Histórico do caso —* Ao receber os autos conclusos com o agravo regimental, proferi despacho em 04/10/05, nestes termos:

Torno sem efeito a decisão de fls. 70-71, que indeferiu a petição inicial do presente *writ*, considerando os termos da petição de fls. 75/81. Conquanto não seja usual que se impetre um *habeas corpus* contra uma sentença denegatória de um mandado de segurança — e daí a lógica processual da decisão de fls. 70 a 71 —, na espécie tenho que se aconselha a admissibilidade do *writ*, até o exame da matéria pela Turma: em primeiro, porque a questão discutida — acesso do advogado ao inquérito policial, em nome do seu cliente —, tem potencialidade ofensiva da liberdade de locomoção, ainda que não imediata; em segundo, porque é muito comum nos tribunais o uso do *habeas corpus*, que tem estatura constitucional, como substitutivo de recurso ordinário em matéria penal; e, em terceiro, porque registra-se precedente do STF<sup>1</sup> admitindo *habeas corpus* para fustigar decisão tomada em mandado de segurança, impetrado por advogado, desde que potencialmente lesiva da liberdade de ir e vir do seu constituinte.

Constitui direito do advogado, entre outros, “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo tirar cópias e tomar apontamentos” (Lei 8.906/94—art. 7º, inciso XIV), não tendo razão a autoridade policial, na sua manifestação de fls. 49/51, negando-se a envidar providências para a extração das cópias requeridas pelo advogado; nem, da mesma forma, a autoridade coatora, na sentença de fls. 62/63, negando a existência do direito líquido e certo do causídico sem sequer examinar a lei de regência, apenas pelo fato — não referido pela autoridade policial, salvo para pedir a providência (fls. 51) — de a investigação correr em sigilo, o que, de resto, igualmente não constituiria obstáculo ao atendimento do pedido.

Com efeito, os repetidos precedentes da 2ª Seção adotam o entendimento, também esposado pelos Tribunais Superiores, de que o segredo de justiça não pode ser oposto à própria parte e seu advogado, que tem o direito de exa-

---

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

minar os autos da investigação e, sendo o caso, tirar cópias, sem acesso, contudo, ao material que eventualmente diga respeito a outros investigandos.

Em face do exposto, concedo a liminar e determino que a autoridade coatora – que, na sentença, terminou, com a devida vênia, chancelando a ilegalidade da autoridade policial – determine a esta que propicie ao advogado do paciente, de imediato, o exame dos autos do inquérito, com a retirada das cópias que julgar necessárias, na parte que diga respeito ao paciente e a expensas deste, com todas as medidas necessárias à efetivação da providência. Oficie-se-lhe para que dê cumprimento da presente determinação e para que preste informações, em três dias, ouvindo-se, na seqüência, a Procuradoria Regional da República. Julgo prejudicado, por falta de objeto, o agravo regimental de fls. 75/81. Intimem-se.

*Admissibilidade* – Tendo o despacho evoluído na fundamentação, pouco teria a acrescentar no momento, mas, em se tratando de um *habeas corpus* contra uma sentença apelável, proferida em mandado de segurança, é indispensável tecer algumas considerações a respeito da admissibilidade, pois efetivamente não é usual tal prática.

Como noticiado, ao tratar de matéria semelhante, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar e conceder por unanimidade o HC 82.354-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, na sessão de 10 de agosto de 2004, deixou consignado nos itens 1 e 2 da ementa do julgamento:

1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo da sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar o prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção.

2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça, posto que mediata, à liberdade de indiciado – posto isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.

De ver-se, por conseguinte, ser admissível o manejo do *habeas corpus* para fustigar decisão tomada em mandado de segurança, impetrado por advogado, desde que a decisão – e isso ocorre no presente caso – seja potencialmente lesiva da liberdade de ir e vir do seu constituinte, ainda que de forma imediata.

*Mérito* – No mérito, lembro que o despacho concessivo da liminar está na linha dos precedentes da 2ª Seção, de que o sigilo de justiça não pode ser oposto à própria parte e seu advogado, que tem o direito de examinar os autos da investigação e, sendo o caso, tirar cópias, sem acesso, contudo, ao material que eventualmente diga respeito a outros investigados, se bem que, no caso, as informações da autoridade policial, dirigidas ao juiz do mandado de segurança, não aludam ao sigilo da investigação, que foi pedido ao juiz naquela peça. (Cf. documento de fls. 49-51.)

Como vimos, a autoridade policial, ao dar informações nos autos do mandado de segurança, não disse que indeferira as cópias em razão do sigilo da investigação, e sim que não dispunha de verbas para fornecer cópias de inquéritos, e de que não poderia utilizar servidores públicos para acompanhar advogados onde quer que queiram para a extração de cópias (fls. 50), o que, para dizer o mínimo, representa a mais completa má vontade com a atuação do advogado.

Conquanto se diga – com razão – que, em relação ao inquérito policial e ao inquérito civil não incide o dogma constitucional do contraditório, pois não se trata de processo administrativo, mas de simples procedimentos inquisitórios que têm a finalidade de aparelhar o Ministério Público a fim de que possa eventualmente promover a ação judicial ou penal; e que tais procedimentos não se destinam à aplicação de sanções, de sorte que não são um fim em si mesmos, senão meios pelos quais o *Parquet* reúne provas para embasar a futura e eventual ação judicial, o fato é que, como lembrou o Supremo Tribunal Federal no referido precedente, ainda que o inquérito não se destine a decidir litígio, há, entretanto, direitos fundamentais do indiciado no seu curso, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, de não incriminar-se e de manter-se em silêncio.

É de anotar-se, outrossim, que o paciente não está pretendendo encetar o exercício do contraditório e ampla defesa nos autos do IPL, mas somente buscando, através do seu advogado legalmente constituído, ter vista dos autos para retirar cópias que lhe interessem ao exercício de direitos.

Constitui direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos. (Cf. Lei 8.906/94 – art. 7º, XIII.)

É direito da parte, portanto, na pessoa do seu advogado, ter vista dos autos para exame e retirada de cópias que sejam indispensáveis ao exercício do seu direito. O sigilo da investigação ou do processo, para preservar a intimidade da

parte (casos, v.g, de questões de família) ou o interesse público na investigação, não pode ser aplicado, como dizem os precedentes, para proteger a parte do seu próprio advogado.<sup>2</sup>

*Conclusão* – Em face do exposto, e confirmando os termos da liminar de fls. 83, aqui tornada definitiva (“propiciar ao advogado do paciente, de imediato, o exame dos autos do inquérito, com a retirada das cópias que julgar necessárias, na parte que diga respeito ao paciente e a expensas deste, com todas as medidas necessárias à efetivação da providência”), concedo a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

---

Notas

<sup>1</sup> STF – 1ª Turma, HC 82.354-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/04.

<sup>2</sup> Cf. 3ª Turma – TRF/1, *Habeas Corpus* 1998.01.00.048293-0/PA, Relator Juiz Cândido Ribeiro – DJ 10/11/98; e Mandado de Segurança 95.01.05192-0/DF, TRF/1 – 2ª Seção – Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJ 24/03/99.

---

## Quarta Turma

---

### Apelação Criminal

**2004.37.00.007070-4/MA**

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira (convocado)

Apelante: Justiça Pública

Procurador: Dr. Pedro Jorge Costa

Apelado: Erisvaldo Gomes de Sousa

Advogado: Dr. Ricardo Delfino Romano

Publicação: DJ 2 de 02/12/05

---

### Ementa

*Processual Penal. Crime ambiental. Instrumentos do crime. Apreensão. Proporcionalidade. Restituição da coisa apreendida. Art. 118 do Código de Processo Penal. Cabimento.*

I. A apreensão de instrumento vinculado à prática de crime ambiental, de que trata o art. 25, § 4º, da Lei 9.605/98, não se traduz em iniciativa absoluta, indiscutível, cabendo a mesma ser submetida ao crivo jurisdicional para aferição da proporcionalidade entre a perda do bem e o dano ambiental causado.

II. Não dispondo a Lei 9.605/98 quanto à restituição de bens apreendidos, encontra-se tal medida, nos casos de que trata o art. 25 da citada lei, submetida

---

ao disciplinamento procedimental dos arts. 118 e seguintes do CPP, devendo o julgador enfrentar cada uma das situações a autorizarem ou não a restituição pretendida.

III. Assegurando o julgador a restituição do bem mediante termo de depositário fiel, resguardando a eventual aplicação do art. 25, § 4º, da Lei 9.605/98, não merece reparo a decisão recorrida.

IV. Improvimento do recurso.

### Acórdão

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

4ª Turma do TRF-1ª Região – 25/10/05.

Juiz *Alexandre Vidigal de Oliveira*, Relator convocado.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira:* — Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal a fls. 36/42 contra a decisão de fls. 29/30, mediante a qual o MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária do Maranhão deferiu o pedido formulado pelo apelado no sentido de que fosse restituído o caminhão, objeto de *leasing*, placa MVR 0906, apreendido pela fiscalização por transportar madeira supostamente extraída do interior de reserva indígena.

Em defesa de sua pretensão, o Ministério Público Federal argumentou, em suma, que “(...) sendo o caminhão reiteradamente utilizado para o cometimento do delito ambiental, imprescindível sua apreensão (...)” (fls. 38).

Aduziu, ainda, que o “(...) nos casos dos crimes ambientais, a perda do instrumento do crime não resulta de mera opção do legislador, mas sim da efetivação da *obrigação constitucional* do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, art. 225). É o meio hábil a tanto.” (fls. 39).

Alegou, também, que “(...) mostra-se inaplicável ao caso o art. 118 do Código Penal, que permite a restituição das coisas apreendidas quando não interessarem ao processo, uma vez que os delitos ambientais dispõem de disciplina própria contida na Lei 9.605/98, a qual, neste tema, veda sua devolução ao autor da infração (art. 25)” (fls. 41).

As contra-razões foram apresentadas a fls. 52/56.

O Ministério Público Federal, na condição de fiscal da lei, ofereceu parecer a fls. 94/98, opinando pelo provimento do apelo.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira:*— Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a decisão do MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária do Maranhão, que deferiu o pleito de restituição do caminhão Placa MVR 0906, por entender ser desproporcional a apreensão do veículo em face do prejuízo causado, e que o referido veículo não mais interessa ao processo criminal.

Da análise dos autos, verifica-se que não merece ser reformada a respeitável decisão apelada.

Com efeito, afigura-se, *data venia* de eventual entendimento em contrário, incensurável a respeitável decisão quando asseverou:

(....)

Demonstrado o direito de propriedade, não interessando a apreensão da coisa ao processo e não se tratando de confisco, a restituição do bem é medida de rigor.

Na hipótese vertente, constato que o veículo encontra-se em poder do requerente por força de contrato de *leasing*, legitimando-o para o pleito por ser o possuidor direto da coisa.

Nesse contexto, pertencendo a propriedade a terceiro de boa-fé, não há que se discutir quanto à legalidade da restituição pleiteada.

Ainda assim, ressalto que não vislumbro interesse na manutenção da medida para a instrução da futura ação principal, pois, em se tratando de delito ambiental, se me afigura desnecessária a realização de exame pericial do bem em questão.

Ademais, o caso sob apreciação demonstra, a princípio, a desproporcionalidade da medida imposta, pois não há razoabilidade entre o prejuízo ambiental produzido – extração de 4 (quatro) toras de madeira – e a constrição de um veículo de grande porte – caminhão Ford.

Por fim, cumpre ressaltar que tal liberação será feita mediante nomeação do requerente como fiel depositário – que tem o dever de guardar e conservar o bem a ele confiado e apresentá-lo sempre que lhe for solicitado, afastando,

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Hilton Queiroz.

portanto, a possibilidade de prejuízo à aplicação do art. 25 § 4º, da Lei 9.605/98 em caso de aplicação posterior de pena de perdimento (fls. 29/30).

Como se vê da decisão recorrida, o douto Juízo *a quo* não deixou de enfrentar a questão quanto ao disciplinamento contido no art. 25 da Lei 9.605/98, o qual dispõe: “Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.”

E não obstante a alegação do recorrente no sentido de tal disposição não resultar de “mera opção do legislador, mas, sim, da efetivação da obrigação constitucional do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado”, nem por isso deve afastar-se o julgador da aplicação da lei ao caso concreto, e, assim conduzindo-se, o douto juiz *a quo* expressamente fundamentou sua decisão na desproporcionalidade entre o prejuízo ambiental verificado e o valor do caminhão apreendido.

E quanto à restituição, propriamente dita, não dispondo a Lei 9.605/98 a respeito, outra alternativa procedimental não resta a tal intento senão o tratamento conferido pelos arts. 118 e ss. do CPP, nisso tendo a douda decisão recorrida enfrentado as situações a autorizarem-na.

Com efeito, a finalidade da apreensão deve ser bem clara, somente justificando a retenção do bem se imprescindível para a elucidação do crime. No presente caso, o MM. Juízo *a quo* verificou que inexistia “(...) interesse na manutenção da medida para a instrução da futura ação principal pois, em se tratando de delito ambiental, se me afigura desnecessária a realização de exame pericial do bem em questão” (fls. 30).

Assim, a restituição do veículo afigura-se cabível, visto que demonstrada a propriedade da coisa e a desnecessidade de sua guarda para os fins da *persecutio criminis*. Razão pela qual não há ofensa ao art. 118 do Código de Processo Penal que dispõe que as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo, antes de transitar em julgado a sentença.

Outrossim, o veículo apreendido também não configura objeto de confisco por não se inserir nas hipóteses previstas no art. 91 do Código Penal, *verbis*:

Art. 91 – São efeitos da condenação:

(...)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

(...).

Assim, não sendo o caminhão coisa cujo fabrico, alienação ou uso constitua fato ilícito, não há razão para manter o bem apreendido até o trânsito em julgado da sentença.

Sobre o assunto, colaciono os seguintes julgados deste Tribunal Regional Federal, *verbis*:

Penal. Processo Penal. Crime ambiental. Restituição de coisa apreendida. Caminhão. Art. 25, § 4º, da Lei 9.605/98. Aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal. Reforma da decisão que indeferiu a restituição.

1. Demonstrado o bom direito de propriedade, não mais interessando a apreensão da coisa para o processo e não sendo o caso de confisco, a restituição da coisa é medida que se impõe.

2. Não sendo o caminhão coisa cujo fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito, não há como considerá-lo, a princípio, instrumento de crime, até porque referido bem não é utilizado exclusivamente na prática de crimes.

3. Não foi intenção do legislador dirigir a norma do art. 25, § 4º, da Lei 9.605/98 aos bens que apenas ocasionalmente são utilizados nos delitos ambientais.

4. Recurso provido. Restituição deferida. (TRF - 1ª Região, ACr 2004.41.00.001763-1/RO, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, julgado por unanimidade em 21/02/05, publicado no *DJ* do dia 21/03/05, *DJ* p.79)

*Restituição de coisa apreendida: veículos utilizados em crime ambiental. Bens que ainda interessam ao processo (art. 118 do CPP). Apelação não provida.*

1. A restituição, ainda que apreciada pelo magistrado, deve atender aos mesmos pressupostos exigidos no seu exame pela autoridade policial: a) comprovação de propriedade; b) o bem não ser confiscável (art. 91, II, do CP); e c) o bem não mais interessar ao IPL ou à ação penal.

2. As coisas apreendidas não podem ser restituídas enquanto interessarem à lide (art. 118 do CPP), ao juízo exclusivo do julgador. (...) (TRF-1ª Região, ACr 2000.01.00.015543-2/RO, Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 17/12/02, publicado no *DJ* de 31/01/03, p. 9)

*Penal. Processual Penal. Apreensão de bens. Crime ambiental. Pedido de restituição deferido. Fiéis depositários. Arts. 118 e 120 do CPP. Apelação desprovida.*

I – Considerando que os documentos que acompanham a apelação comprovam a propriedade dos bens apreendidos, cujo destino não mais interessa à investigação policial já concluída, bem como não sendo aplicável aos veículos em questão a pena de perdimento de bens prevista no art. 91, II, *a*, do CP, per-

feitamente cabível sua restituição aos seus legítimos proprietários, ainda mais se for levado em conta que as restituições em apreço se efetivaram através de termo de depósito.

(...). (TRF-1ª Região, ACr 2001.41.00. 002883-0/RO, Relator Des. Federal Cândido Ribeiro, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 05/10/04, publicado no *DJ* de 22/10/04, p. 31)

Ademais, o requerente encontra-se legitimado para o pleito por ser o possuidor direto da coisa, não havendo que se falar na ilegitimidade do réu, ora apelado, conforme bem asseverou o MM. Juízo Federal *a quo*, *in verbis*:

(...) Na hipótese vertente, constato que o veículo encontra-se em poder do requerente por força de contrato de *leasing*, legitimando-o para o pleito por ser o possuidor direto da coisa (fls. 29).

Diante do exposto, nego provimento à presente apelação criminal.

É o voto.

## Quinta Turma

### Apelação Cível

**1997.39.00.010817-8/PA**

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida  
 Apelantes: Eloá dos Santos Cruz e outros  
 Advogados: Dra. Eloá dos Santos Cruz e outros  
 Apelado: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES  
 Apelados: Luiz Carlos Mendonça de Barros e outros  
 Advogado: Dr. Roberto Fonseca da Rocha Leão  
 Apelado: Banco Bradesco S/A  
 Advogado: Dr. Lino Alberto de Castro  
 Apelado: Benjamin Steinbruch  
 Advogado: Dr. Carlos Eduardo Alves de Mendonça  
 Apelada: Companhia Siderúrgica Nacional  
 Advogados: Dr. Carlos Eduardo Alves de Mendonça e outros  
 Apelada: Companhia Vale do Rio Doce – CVRD  
 Advogado: Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro  
 Apelada: União Federal  
 Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero  
 Apelado: Fernando Henrique Cardoso

---

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/PA

Publicação: DJ 2 de 16/12/05

---

### **Ementa**

*Constitucional. Processual Civil. Ação popular. Privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. Impossibilidade de aplicação com relação à aferição dos critérios de avaliação da empresa. Possível lesão ao patrimônio público. Anulação da sentença de extinção do processo. Negativa de prestação jurisdicional. Necessidade de perícia. Apelação e remessa providas.*

I. A ação popular é o remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

II. No que tange ao alcance do controle dos atos administrativos, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no juízo de conveniência, oportunidade ou eficiência da Administração, nem na valoração dos motivos ou na escolha do objeto, que caracterizam o mérito administrativo. Deve o Judiciário limitar-se a apreciá-lo sob o prisma da legalidade.

III. As questões formais relativas aos editais da licitação de alienação da empresa e da formação do consórcio de avaliação, tais como a mera publicação do aviso de edital e de sua não-publicação em língua inglesa, não estão superadas pelo decurso do tempo. (Vencida, no ponto, a Relatora).

IV. A questão relativa à avaliação, por óbvio, não pode ser reduzida à simplória tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. Há que se ter presente que as ações populares têm por objetivo, dentre outros, a recomposição do patrimônio público lesado. Nesse sentido, as alegações relativas aos critérios de avaliação do patrimônio da CVRD ganham relevo, pois, se corretas, eventual subavaliação ou não-avaliação terá levado a um gigantesco prejuízo ao patrimônio público, dada a enormidade do patrimônio da empresa. São irregularidades que, se existentes, não estão atingidas pelo decurso do tempo, ou consolidadas pela transferência da empresa ao domínio privado.

V. Os argumentos dos autores populares, no que tange à subavaliação ou não-avaliação do patrimônio da CVRD, encontram respaldo no relatório do Grupo de Assessoramento Técnico da Comissão Externa da Câmara dos Deputados, formada por especialistas reunidos pela Coordenação dos Programas de Pós-graduação em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que apurou signi-

---

ficativa diferença entre os valores das reservas registrados pela Vale na *Securities and Exchange Commission*, em Nova Iorque, que foram conferidos e admitidos pelas autoridades americanas, porém, posteriormente, foram reduzidos pela empresa Merrill Lynch quando da avaliação do patrimônio da empresa, entre os anos de 1995 e 1996.

VI. Sem que tenha sido permitida a necessária dilação probatória, não há como aferir a correção dos critérios adotados na avaliação. A sentença, tal como proferida, furtou-se a prestar a tutela jurisdicional, ferindo os princípios basilares do acesso à Justiça.

VII. Apelação e remessa *ex officio* providas, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à vara de origem, visando ao regular prosseguimento do feito.

### Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, vencida, em parte, a Relatora.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 26/10/05.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

---

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:* — A presente ação popular foi ajuizada por Eloá dos Santos Cruz, Paulo César Gonçalves de Oliveira e José Antônio Tavares Corrêa Meyer contra a União, Fernando Henrique Cardoso, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, Paulo Libergott, Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda., Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, Nm Rothschild & Sons Limited, Banco Bradesco S/A, Kpmg Peat Marwick Consultores, Banco Graphus S/A e Engevix Engenharia S/C Ltda. Posteriormente (fls. 174 e 176), foram admitidos no pólo passivo da ação os réus Benjamin Steinbruch, Mário Teixeira, Companhia Siderúrgica Nacional – CSN e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

Pleiteiam os autores a declaração de nulidade do procedimento licitatório objeto do Edital PND-A-01/97, publicado no *DOU* de 06/03/97, que culminou com a alienação do controle acionário da sociedade de economia mista federal Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

Relatam que, em razão do vulto da alienação, foi admitida a venda das ações a interessados tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Para tanto, foi instituído um consórcio de consultores independentes selecionados por licitação anterior (Edital PND/CN-02/95) incumbido de avaliar o acervo da CVRD, realizar a montagem do modelo de venda das ações e promover a execução do processo de desestatização, inclusive da versão final do edital e do prospecto de venda das ações, em português e inglês.

Alegam que a venda da companhia foi permeada por nulidades e irregularidades e que a legislação relativa às licitações públicas foi contrariada em diversos aspectos, apontando os seguintes vícios no certame:

a) o edital da licitação para a contratação dos consultores independentes (Edital PND/CN-02/95), jamais teve publicado seu inteiro teor ou mesmo a síntese de seu objeto, definindo-lhe o núcleo;

b) o edital relativo à venda da Vale (PND-A-01/97), só foi publicado em língua portuguesa, além de prever, no item 2.2.13, que atos nulos ou anuláveis não seriam suscetíveis de denúncia;

c) a elaboração do edital, em língua inglesa, teria sido atribuída ao consórcio liderado pela empresa Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, qualificada por si própria como “coordenadora global do processo de desestatização da Vale”. Tal empresa seria ligada com o Grupo Anglo América, sul-africano e potencial vencedor do certame e teria se utilizado da empresa brasileira Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda. como “laranja” para participar do certame. A Lei 8.666/93 proíbe a vinculação do autor do projeto com o licitante.

d) empresas estrangeiras teriam obtido informações privilegiadas quanto ao certame um mês antes da publicação do edital;

e) o Banco Bradesco, que foi um dos consultores associados, estaria cogitando em compor um dos consórcios para participar da licitação, novamente vinculando-se o autor do projeto com o licitante.

Diante das nulidades apontadas, requereram a suspensão liminar do leilão e o julgamento da ação para declarar a nulidade da licitação, condenando todos os réus a devolverem os valores recebidos acrescidos de perdas e danos.

Processado inicialmente perante a Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a liminar foi deferida a fls. 109/111, e posteriormente suspensa pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região (fls. 129/130).

Em seguida, os autos foram remetidos à 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, por força do julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, do Conflito de Com-

petência 19.686/DF, que reconheceu a prevenção daquele Juízo para processar e julgar o feito.

Os réus *Nmr Consultoria Financeira S/C Ltda.* (nova denominação social da Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda.), *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated*, *Nm Rothschild & Sons Limited*, *Kpmg Consulting* (nova denominação social da KPMG Peat Marwick Consultores), *Banco Fleming Graphus S/A* e *Engevix Engenharia S/C Ltda.* apresentaram conjuntamente contestação, fls. 205/220, na qual argüiram preliminar de carência da ação, à míngua de ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público.

No mérito, requerem a improcedência do pedido, sustentando, em síntese:

a) inexistência de nulidade na contratação das empresas de consultoria pela publicação de simples aviso de licitação, ao argumento de que o art. 21 da Lei 8.666/93 autoriza a publicação de avisos de licitação, dispensando a publicação do inteiro teor do edital;

b) inexistência de nulidade por suposta ausência de publicidade do edital em língua inglesa, ao argumento de que a legislação não exige a publicação, no território nacional, do edital vertido para a língua inglesa;

c) inexistência de nulidade por alegada ligação ilícita entre a Merrill Lynch e o Grupo Anglo American, uma vez que a referida ligação não existiria e não restou provada, conforme assevera a fls. 213/214:

A Merrill Lynch, em, 13/10/95, adquiriu o controle acionário de uma firma britânica de títulos e valores, denominada Smith New Court. Como esta havia firmado previamente, mais precisamente em 16/06/95, acordo para a compra de participação majoritária em uma empresa atuante na Bolsa de Joanesburgo, denominada Smith Borkum Hare, tal operação restou assumida pela Merrill Lynch quando da operação de aquisição do controle da Smith New Court. Quando a associação liderada por Projeta – atualmente denominada NMR – e integrada por Merrill Lynch foi selecionada para assessorar o BNDES na privatização da CVRD, em 20/12/95, todos esses atos já haviam se consolidado.

A alegada relação como o Grupo Anglo American, de quem a Merrill Lynch seria, no dizer dos autores populares, sócia oculta, provavelmente se deve à confusão gerada pelo fato de ter a Smith Borkum Hare prestado serviços específicos para o grupo na Bolsa de Valores de Joanesburgo. Ocorre que nem a Merrill Lynch, nem qualquer de suas subsidiárias – Smith New Court ou Smith Borkum Hare – prestou, em momento algum, qualquer serviço de consultoria de banco de investimento para o Grupo Anglo American, tanto que os autores populares nada provaram nesse sentido. Não há, portanto, como inferir-se o fornecimento, pela Merrill Lynch ao Grupo Anglo American, de qualquer informação quanto à CVRD, razão pela qual se percebe que

os autores populares, novamente, se limitaram a alegações, sem quaisquer comprovações efetivas.

d) inexistência da alegada liderança na associação de empresas de consultoria pela Merrill Lynch, pois a líder, de fato e de direito sempre foi a NMR, atual denominação da Projeta. Novamente, não há provas das alegações dos autores, que a contestação reputa xenófobos;

e) equívoco na interpretação conferida às *golden shares*, uma vez que as mesmas, denominadas de “ações de classe especial” são previstas no art. 8º da Lei 8.031/90 (Plano Nacional de Desestatização) e conferem à União poder de veto em determinadas matérias, de modo a preservar os interesses nacionais;

f) inexistência de ilegalidade nos termos do item 2.2.13 do edital, que reputa irrevogáveis, irretroatáveis e não suscetíveis de denúncia por qualquer fundamento os negócios jurídicos resultantes do leilão. Argumentam os réus que não se trata do pré-estabelecimento da validade de atos nulos, mas de cláusula essencial para a Administração como forma de manter inalterados os serviços e atividades da CVRD prestados anteriormente à privatização.

Acrescentam, ainda, que o preço mínimo final das ações da CVRD foi fixado pelo Conselho Nacional de Desestatização (CND), “que não deixou de considerar as duas avaliações realizadas, mas apenas optou por definir valor superior aos valores recomendados pelos dois consórcios avaliadores, de sorte a adequar o preço final à necessidade de proteção dos interesses nacionais.” (fls. 215)

A ré *Companhia Vale do Rio Doce – CVRD* ofereceu contestação a fls. 324/348, afirmando não ter havido, de sua parte, qualquer ingerência no processo licitatório. Argúi, preliminarmente, a inépcia da inicial, a carência da ação em virtude da aprovação da licitação pelo Tribunal de Contas da União e sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de não haver dado causa a nenhuma das supostas irregularidades apontadas, que, se ocorreram, foram praticadas pelos demais réus. Afirma que não possui, “pelo fato de ser controlada pela União Federal, qualquer interesse ou manifestação no sentido de dispor sobre seu próprio destino” (fls. 329).

No mérito, sustenta, em síntese:

a) ausência de ilegalidade na licitação para a contratação de consultores independentes, já que a Lei 8.666/93 não apenas não veda, como expressamente autoriza a publicação dos chamados avisos de licitação, que dispensam a publicação do inteiro teor do edital;

b) a ausência de versão do edital em língua inglesa não tem o condão de anular a licitação, por falta de previsão legal nesse sentido;

c) inexistência de dolo da cláusula 2.2.13 do edital, que prevê que os negócios jurídicos resultantes do leilão são irrevogáveis, irretratáveis e não suscetíveis de denúncia por qualquer fundamento. Afirma que, segundo tal cláusula, o novo controlador da CVRD tem de assumir e manter os serviços públicos essenciais prestados por aquela empresa.

Afirma ainda que os demais argumentos dos autores no sentido de que a empresa Merrill Lynch seria a efetiva líder do consórcio de consultores independentes e de que aquela empresa, juntamente com o Bradesco, teriam interesse na compra das ações da CVRD são baseados tão-somente em boatos e notícias jornalísticas especulativas, sem que qualquer prova tenha sido apresentada nos autos.

Pede, ao fim, a extinção da ação ou, vencidas as preliminares, a improcedência do pedido.

A ré *Companhia Siderúrgica Nacional – CSN*, apresentou contestação a fls. 351/374, arguindo, em preliminar, a inépcia da inicial, a carência da ação em virtude da aprovação da licitação pelo Tribunal de Contas da União e a ilegitimidade passiva *ad causam* da ré Companhia Vale do Rio Doce – CVRD. No mérito, a contestação, assinada pelos mesmos causídicos que representam a citada ré, possui o mesmo conteúdo de sua peça de defesa, acima transcrito.

Pede, ao fim, a extinção da ação ou, vencidas as preliminares, a improcedência do pedido.

O réu *Fernando Henrique Cardoso* ofereceu sua defesa a fls. 396/411, sustentando, em síntese:

a) a legislação que rege as licitações públicas não exige que o edital seja redigido em língua diversa da portuguesa;

b) não houve irregularidade no edital da licitação que escolheu os consórcios consultores, já que a Lei 8.666/93 autoriza a publicação de avisos de licitação, dispensando a publicação do inteiro teor do edital;

c) não há qualquer prova de que o consórcio escolhido para a avaliação da CVRD tenha sido liderado pela Merrill Lynch e não pela Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda., empresa brasileira. Pondera que, sendo a avaliação trabalho altamente especializado, para sua realização, impunha-se contratar empresas com experiência internacional. Assim, a avaliação global da Vale foi feita por dois consórcios de empresas, licitados e contratados pelo BNDES em 16 de janeiro de 1996:

para o serviço a, que englobou a avaliação econômico-financeira, foi contratada a Associação Vale Brasil, liderada por Metal Data Engenharia e Representações Ltda., e constituída por Ernst & Young Consultores Ltda., Máxima Corretora de Commodities e Consultoria Ltda., Partbank S/A, Salomom Brothers Inc., Robert Fleming & Co. e Patrimônio Planejamento Financeiro S/A. Para o serviço b, que realizou a segunda avaliação econômico-financeira e a modelagem e preparação para a venda, foi contratada associação liderada por Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda., constituída pela Merrill Lynch, NM Rothschild & Sons Ltda. e outras. (fls. 405);

d) carente de provas, igualmente, a suposta ligação entre a Merrill Lynch e o Grupo Anglo American;

e) a cláusula do edital que impossibilita o desfazimento dos negócios jurídicos não guarda qualquer conteúdo ilegal ou lesivo ao interesse público já que, caso ocorram vícios que os maculem, poderão ser anulados na forma legal;

f) a alegação de que o Bradesco, que fazia parte do consórcio para a elaboração da fase de preparação, também era candidato à compra das ações não procede, uma vez que a atuação do Banco limitou-se ao consórcio, não compondo nenhum dos dois consórcios que participaram do leilão de compra da CVRD, o Valecom (vencido) e o Valepar (vencedor), sob a liderança da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN. A contestação refuta, ainda, a alegada participação acionária do Bradesco na CSN, juntando aos autos dados cadastrais da companhia.

Afirma, ainda, que a privatização da Vale é um fato consumado e irreversível e que sua capacidade para novos investimentos multiplicou-se, tornando-se uma multinacional.

Acrescenta, citando julgado da lavra do Ministro Pádua Ribeiro (AgRgPet 980/SP) que “restou contrariada, pela força incontrastável dos fatos supervenientes, a tese sustentada no recurso, segundo a qual haveria irreparável prejuízo com a alienação por preço mínimo. O preço não foi mínimo e o ágio surpreendente assegurou resultado altamente positivo.” (fls. 410).

Requer, ao fim, a improcedência do pedido.

O réu *Benjamin Steinbruch* apresentou sua defesa a fls. 437/461, argüindo, em preliminar, a inépcia da inicial, a carência da ação em virtude da aprovação da licitação pelo Tribunal de Contas da União e a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que não se confunde com nenhum dos sujeitos definidos por lei como legítimos para figurar no pólo passivo da ação popular. Relata que é, tão-somente, o presidente do Conselho de Administração da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, empresa que venceu o leilão de privatização da Vale. Ressalta que ingressou no referido Conselho por meio da acionista majoritária

da CSN, a Textilia S. A., do Grupo Vicunha, “sendo oportuno enfatizar que este grupo não teve qualquer participação na definição do modelo de privatização e avaliação econômico-financeira da CVRD,” (fls. 441).

No mérito, a contestação, assinada pelos mesmos causídicos que representam as rés Companhia Siderúrgica Nacional – CSN e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, possui o mesmo conteúdo das aludidas peças de defesa, acima transcritas.

O réu *Banco Bradesco S.A.* apresentou contestação a fls. 463/500, afirmando que sua participação limitou-se a compor um dos consórcios na fase de preparação da privatização, não tendo participado do leilão em si. Além disso, todos os diversos estágios da licitação foram aprovados e considerados regulares pelo TCU. Feitas essas considerações, argúi preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* por não haver participado do leilão nem praticado qualquer ato capaz de gerar nulidade à licitação, carência de ação em razão da ausência dos requisitos legais para o exercício da ação popular e inépcia da inicial.

No mérito, sustenta, em síntese:

a) que a Lei 8.666/93 autoriza, em seu art. 21, a publicação de aviso de licitação, não havendo obrigatoriedade de publicação da íntegra do edital. Ademais, o referido aviso continha todos os elementos necessários à identificação da licitação, com a indicação do local onde poderia ser obtido o texto integral;

b) a não-publicação do edital em língua inglesa não enseja nulidade, uma vez que não há previsão legal que exija sua publicação em idioma que não o português;

c) a alegada nulidade do certame em razão da liderança do consórcio de consultores por parte da empresa Merrill Lynch não procede por vários motivos: em primeiro lugar, porque a líder do consórcio foi a empresa brasileira Projeta Consultoria S/C Ltda.; em segundo lugar, porque a Merrill Lynch jamais prestou serviços para a empresa Anglo American que, na verdade, é cliente da Smith Borkum Hare, realmente adquirida pela Merrill Lynch, só que bem antes da formação do Consórcio de Consultores, sem qualquer relação com a CVRD. A empresa Anglo American, ressalte-se, não fez parte do consórcio; além disso, o Conselho Nacional de Desestatização fixou preço mínimo de cada ação da CVRD em valor superior àquele recomendado pelo Consórcio; por fim, realizado o leilão, verificou-se que o Consórcio apontado como beneficiário não foi o vencedor;

d) todas as assertivas feitas pelos autores têm por fonte única notícias jornalísticas e ilações realizadas por comentaristas da área de economia.

Relata que “alguns dias depois de realizado o leilão, o Bradesco emprestou dinheiro para as empresas Valetron e Belapart, subscrevendo debêntures de emissão dessas companhias. Assim agindo, *o Bradesco apenas realizou uma operação financeira integrada entre as atividades próprias de seu objeto social. Típica atividade de participação no mercado financeiro, como empresa habilitada a efetuar operações de crédito em favor de seus clientes.*” (fls. 484, grifei)

Afirma que “seria a consagração do absurdo o entendimento de que, havendo o Bradesco realizado um trabalho técnico durante o procedimento licitatório, impedido e impossibilitado estaria de realizar regulares e lícitas operações de crédito após finda a licitação” (fls. 485).

Prossegue afirmando que “o ato foi realizado de forma plena e concreta, corporificando verdadeiro negócio jurídico querido pelas partes, inexistindo, assim, qualquer das hipóteses figuradas no art. 102 do Código Civil. Além do mais, não houve qualquer violação à disposição legal, muito menos o intuito de prejudicar quem quer que seja. O leilão já havia acontecido, estando definido o consórcio vencedor. *A operação de crédito realizada pelo Bradesco a posteriori nenhuma vinculação teve com o procedimento licitatório, já encerrado.*” (fls. 486, grifei)

Ressalta a ausência de qualquer ato ilegal e lesivo ao patrimônio público passível de ser objeto de ação popular. Requer, ao fim, a extinção do processo ou, vencidas as preliminares, a improcedência da ação.

Os réus *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges, Thereza Cristina Nogueira de Aquino e Paulo Libergott* ofereceram conjuntamente sua defesa a fls. 541/563, na qual, após traçar o histórico da CVRD e do procedimento de desestatização, defendendo sua constitucionalidade, sustenta, em síntese:

a) que o papel da Smith Borkum Hare na bolsa de Joanesburgo era o de atuar como *sponsoring broker*, atividade desconhecida no Direito societário brasileiro que se assemelharia ao de despachante. Esta empresa possui, dentre mais de duzentos clientes, a empresa Anglo American. Em junho de 1995, a empresa britânica Smith New Court, comprou a Smith Borkum Hare. Em outubro de 1995, a Merrill Lynch, por sua vez, comprou a Smith New Court. Tais fatos ocorreram antes de dezembro de 1995, quando o consórcio de sete firmas foi selecionado para assessorar o BNDES na privatização da Vale, o que afasta o liame visto pelos autores entre as empresas;

b) a avaliação da CVRD foi efetivada com o maior rigor técnico e o Conselho Nacional de Desestatização, sem embargo do trabalho dos consultores, fixou o preço da ação em valor superior ao recomendado pelos consultores, da seguinte forma:

As faixas de valores para ações da CVRD situaram-se em R\$ 27,87 por ação para os consultores responsáveis pelo serviço *a* e de R\$ 23,20 por ação para os consultores responsáveis pelo serviço *b*. Entretanto, o CND levou também em consideração o fato de que o mercado acionário antecipou o prêmio pela transferência da companhia, fixando o preço mínimo para o leilão do bloco estratégico levando em conta a valorização média dos pregões dos últimos 90 dias contados até a data da reunião do conselho, que resultou no preço mínimo de R\$ 26,67 por ação, portanto maior do que aqueles indicados pelos consultores. (fls. 559);

c) a participação do Bradesco, em um dos consórcios de avaliadores decorreu de licitação com todos os atributos de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O banco não participou do leilão por estar impedido, e os autores não lograram comprovar a alegada participação, limitando-se a citar notícias de jornal.

Acrescentam que participaram do processo na qualidade de gestores, não podendo ser responsabilizados por atos posteriores à efetivação da desestatização. Requerem, ao fim, que a ação seja julgada improcedente.

Os autores, por meio da petição de fls. 812/820, requereram providência cautelar que, num primeiro momento foi distribuída como Ação Cautelar Incidental (2000.39.00.005042-8/PA). Afirmam que a imprensa especializada vinha noticiando a possibilidade do “descruzamento de ações” efetivado com o financiamento do BNDES, que envolveriam os réus CSN e o próprio Banco Bradesco, devendo ser liberados valores da ordem de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais) a R\$ 1.100.000.000,00 (um bilhão e cem milhões de reais), requerendo liminar para que o BNDES se abstenha de prestar colaboração financeira que implique repasse financeiro aos réus Benjamin Steinbruch, CSN ou Bradesco.

Em decisão de fls. 874/887, o juiz *a quo* deferiu a medida cautelar buscada, posteriormente suspensa pelo Tribunal Regional Federal a fls. 892/3.

O magistrado, Dr. Eduardo Luiz Rocha Cubas reporta-se à decisão proferida nos autos da Ação Popular 2000.39.00.006017-6/PA, na qual traça diversas considerações acerca da participação do Banco Bradesco na alienação da Vale. Confirma-se trecho que se opõe aos argumentos da contestação do Banco:

Logo após consolidado o leilão, diversos noticiários especializados deram conta de que, para evitar a proibição, teriam o Banco Bradesco S/A, os integrantes do Consórcio Brasil, já agrupados na estrutura societária da Valepar S/A, e o BNDES concebido complexa operação de engenharia financeira, que, ocultando a condição de adquirente, viabilizasse à instituição financeira o acesso ao acervo acionário pretendido.

Em resposta a algumas das ações populares em que integra o pólo passivo, sustentou o Banco Bradesco S/A não ter participado direta ou indiretamente do leilão, apenas confirmando que, consolidada a alienação, uma de suas subsidiárias, denominada União de Comércio e Participações Ltda., teria adquirido debêntures de duas empresas que detêm importante parcela societária na Valepar S/A, a saber: Valetron S/A e Belapart S/A, em atividade dita regular e corriqueira. (....)

A União de Comércio e Participações Ltda., por sua vez, não é uma simples e inexpressiva subsidiária do Bradesco, como a leitura rápida do texto transcrito poderia fazer crer.

Em verdade, como se percebe das “Informações Anuais” do Banco Bradesco S/A relativas ao ano de 1997, a empresa “tem por objeto social participar de outras sociedades como sócia ou acionista, assim, encontram-se em seus ativos, de forma direta e indireta, ações e quotas representativas do capital social de empresas que atuam nos mais diversos segmentos da economia, onde destacamos o setor de seguros, representado pela controlada Bradesco Seguros S/A.”

O Banco Bradesco S/A, segundo a mesma fonte de pesquisa, detém 99,99% do capital social da União de Comércio e Participações Ltda., representando tal controlada, por seu turno, a expressiva cifra de 56,83% do patrimônio líquido da instituição financeira. Em suma, a União de Comércio e Participações Ltda. representa talvez o meio mais importante de investimentos realizados pelo Banco Bradesco S/A, controlando, por exemplo, a atividade no mercado de seguros, onde o Bradesco ocupa o segundo lugar no *ranking* das maiores seguradoras nacionais, com patrimônio líquido, em 1997, de um bilhão, quatrocentos e quinze milhões de reais.

Estes dados apenas reafirmam os inúmeros indícios trazidos pelos diversos autores populares, bem como pelas informações divulgadas, à época, pela imprensa especializada.

Importante conhecer que Valetron e Belapart são empresas constituídas ou transformadas para, precipuamente, viabilizar a participação na desestatização da CRVD e apresentam idêntica composição societária: tendo por controladora Verônica Valente Dantas Rodenburg, sócia e diretora do Banco Opportunity S/A, e Sweet River Fund, fundo de ações sediado nas Ilhas Cayman, cuja administração vincula-se ao Banco Opportunity, não sendo conhecida a identidade de seus cotistas.

Releva notar, ainda, que outro dos acionistas da Valepar S/A, da qual detém 20,7% é a empresa Elétron S/A, cujo controle acionário, no momento do leilão, pertencia a um fundo de investimentos, administrado pelo Banco Opportunity S.A., denominado Opportunity Prime Fundo Mútuo de Investimentos em Ações.

Fácil concluir, então, que apenas o grupo Opportunity respondia, no ato do leilão, por substancial parcela do valor total utilizado na aquisição do controle acionário da CVRD, cuja monta, não se pode esquecer, não foi desprezível (mais de três bilhões de reais).

Os valores e os prazos de tais avenças não são do conhecimento do Ministério Público, mas é certo que, no início deste ano, o Banco Bradesco S/A, noticiando cisão societária a que se submeteu pra atendimento às regras impostas pelo Conselho Monetário Nacional e que deu origem à Bradespar S/A, trouxe ao conhecimento público que a maioria do capital social da Elétron S/A integrava o patrimônio da instituição financeira.

No já citado documento, informa o Bradesco possuir a seguinte participação na CVRD:

“Fato Relevante

A administração do Banco Bradesco S/A, doravante denominado Bradesco, comunica aos seus acionistas e ao mercado em geral que, após a conclusão dos estudos anunciados no ‘Fato Relevante’ publicado em 25 de fevereiro de 2000, decidiu propor à Assembléia Geral Extraordinária convocada para o dia 30/03/00 a cisão parcial do seu patrimônio líquido, com versão da parcela cindida para sociedade a ser constituída, que terá a denominação social de ‘Bradespar S/A’, doravante denominada Bradespar. Diante disso, e em cumprimento às Instruções CVM 31 e 319, de 08/02/84 e 03/12/99, respectivamente, informa que:

I – a cisão parcial visa a atender às novas diretrizes do Conselho Monetário Nacional, previstas nas Resoluções 2.669 e 2.674, de 24/11 e 21/12/99, respectivamente, que estabelecem a redução dos limites de participações das instituições financeiras em sociedades com outras atividades;

II – em decorrência da referida cisão parcial, serão transferidos para a Bradespar os investimentos detidos indiretamente pelo Bradesco, que participa do bloco de controle, nas seguintes companhias:

*Companhia Siderúrgica Nacional – CSN* (17,9% do capital votante e total) – maior siderúrgica integrada da América Latina e líder no setor siderúrgico brasileiro, detentora de 31,2% do capital total da Valepar S/A, controladora da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, e de 7,2% do capital total da Light – Serviços de Eletricidade S/A;

*Companhia Vale do Rio Doce – CVRD* (7,5% do capital votante e 4,8% do capital total) – maior exportadora de minério de ferro do mundo, além de atuar nos setores de alumínio, logística, papel e celulose. *O Bradesco detém 85,6% do capital total da Elétron S/A, sociedade de participações detentora de 20,7% do capital total da Valepar S/A, que por sua vez é controladora da CVRD, detendo 42,1% do seu capital votante e 27,1% do seu capital total;*

VI – visando a facilitar a operação de cisão parcial, os investimentos mencionados no item II foram previamente transferidos para uma sociedade subsidiária do Bradesco (analisando as informações societárias disponibilizadas à CVM, verifica-se que a subsidiária mencionada recebeu o nome de Paiol Ltda.). Em decorrência desta transferência, o Bradesco apurou um lucro líquido de R\$ 355 milhões;” (NR – Publicado em jornais de grande circulação no dia 15 de março de 2000 – negritei)’

Esta narração dos fatos já permite concluir pela necessidade de levantar o véu que encobre as diversas operações financeiras e societárias havidas no âmbito dos acionistas da Valepar S.A., notadamente Belapart S/A, Valetron S/A. e Elétron S/A, bem como nas pessoas físicas e jurídicas que com elas se relacionaram: Opportunity Prime Fundo Mútuo de Investimentos em Ações, Verônica Valente Dantas Rodenburg, Sweet River Fund, União de Comércio e Participações Ltda., Paiol Ltda., Banco Bradesco S/A, Bradesplan Participações S/A, Bradespar – Bradesco Participações S/A, Banco Opportunity S/A e Opportunity Anafi Participações S/A.”

Prossegue o juiz *a quo* na apreciação da medida cautelar citando trecho do parecer ministerial de fls. 860/872:

Na forma como posta a questão, impossível ignorar o caráter instrumental do pedido, que, em alargada maneira, busca, sim, proteger o resultado último do pedido da ação popular, que é o de ver reconhecida a proibição de que o Bradesco, por sua atuação anterior no processo de privatização, viesse a adquirir parcela societária da CVRD.

Conclui sua decisão deferindo a medida cautelar buscada, para proibir “o BNDES de conceder, sob qualquer forma, financiamento de recursos para fins das operações de descruzamento das ações que envolveram a privatização da CVRD pertencentes aos réus” (fls. 887).

Tal decisão, repita-se, desafiada pelo Agravo de Instrumento 2000.01.00.092551-8/PA, restou suspensa em 26/07/00, por despacho da lavra do Desembargador Federal Tourinho Neto, então Presidente desta Corte.

Em decisão a fls. 1.010, após reconhecido que a providência cautelar requerida foi erroneamente distribuída como ação cautelar, foi determinado o cancelamento da distribuição da respectiva Ação (2000.39.00.005042-8/PA).

A fls. 1.115/1.119 sobreveio sentença de extinção do presente processo, fundada nas seguintes razões:

10 A pretensão deduzida nesta sede, restou rejeitada nos autos da Ação Popular 95.7451-6, reunida ao presente feito por força da prevenção:

“A compreensão do tema esbarra, necessariamente, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal quanto ao modelo econômico estatal.

Ora, de uma análise, mesmo que superficial, do Texto Constitucional, podemos aferir claramente sua vontade quanto a este modelo.

Percebe-se a inversão do papel estatal no que toca à tutela da economia, passando a atuar preferencial e basicamente como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica.... as funções de fiscalização, incentivo e planejamento....’, ou seja, indiretamente – art. 174.

A intervenção direta, como definido, também, no Texto Constitucional – art. 173 – ‘só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.’

Sendo subsidiário o papel do Estado/empresário, e não existindo, em nosso ordenamento, qualquer diploma que eleve a exploração de minerais, à exceção dos nucleares, à condição de matéria de segurança nacional ou interesse coletivo é perfeitamente possível a privatização.

Ademais, atento ao princípio da razoabilidade, não vemos motivo, a não ser os corporativos e políticos, pra se impedir a execução de políticas econômicas previamente declaradas em campanha eleitoral e já referendadas pelo povo através do voto universal.

Do mesmo modo, impõe-se anotar que todas as objeções lançadas na inicial retratam opiniões vazias de comprovação, porquanto sem sustentação em qualquer início de prova.

Qualquer outra pessoa poderia objetar, em sentido contrário, que a Companhia Vale do Rio Doce é um sucesso no modelo de privatização, uma vez que tem produzido um sem número de benefícios diretos e indiretos ao Estado brasileiro, dentre eles o monumental aumento de divisas decorrente das exportações sem precedentes em nosso País.

Desse modo, não assiste qualquer razão aos autores.

Se não fosse por isso, poderíamos sustentar que a privatização levada a efeito já produziu alterações na realidade fática que o ordenamento jurídico e o próprio Poder Judiciário não podem desconhecer, sendo mais desastroso, hoje alterar-se essa situação em detrimento de todas as mudanças já produzidas.

Vale dizer, na esteira de reiterados pronunciamentos do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem-se uma situação de fato consolidada que não é mais passível de modificações.

Ainda mais, nos termos do pedido – suspensão da privatização e determinação de realização de plebiscito – é de anotar que a lide parece haver perdido seu objeto, uma vez que já ocorridos os fatos que se queria obstar”. (Sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, da 15ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte, por designação do TRF-1ª Região)

11 Considero relevantes as asserções aduzidas na citada decisão, que adoto como razão de decidir, sobretudo no que pertine à existência de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. E a superação de tal realidade só traria maiores prejuízos e danos ao interesse público.

12 Daí que, sem embargo das judiciosas argumentações do Ministério Público Federal, não vislumbro necessidade de prosseguir na instrução do feito com a adoção de diligências requeridas, notadamente pela inutilidade e pela inadequação, uma vez que não demonstrados indícios suficientes de necessidade das medidas, ressalvada a dedução em ação própria.

13 Por derradeiro, cumpre agregar que o processo é instrumento de garantia do interesse substancial, e o esvaziamento deste afasta eventual utilidade na composição da lide, que é lídima expressão de um conflito de interesses, qualificado por pretensão resistida ou insatisfeita. Para além disso, as

nulidades do procedimento licitatório argüidas não foram deduzidas de forma apta a sequer permitir o mais tênue vislumbre da plausibilidade da tese.

III – Dispositivo

14 Ante o exposto:

- a) Declaro extinto o processo sem exame do mérito (CPC, art. 267, VI).
- b) Sem custas e honorários, na forma da lei.
- c) Sentença sujeita a reexame necessário (Lei 4.717/65, art. 19).

P.R.I.

Belém (PA), 06/03/02.

Francisco de Assis Gardês Castro Júnior

Juiz Federal Substituto – 1ª Vara

A fls. 1.167/1.177 foram interpostos embargos de declaração pelos autores, rejeitados pela sentença de fls. 1.252.

A fls. 1.180/1.201 foi interposta apelação pelos *autores*, na qual foi argüida preliminar de incompetência absoluta do juízo. No mérito, aponta contradições na sentença prolatada, ao tomar por fundamentos decisão proferida em outra ação popular, que teria por causa imediata “fatos diversos” e por objeto “coisa diferente”. Acrescenta que a tese da situação fática consolidada pelo decurso do tempo, na espécie, implica conformismo com o ilícito. Ressalta que a sentença apelada não enfrentou as nulidades apontadas na inicial e que a extinção do processo significa negativa em prestar a tutela jurisdicional. Pede, ao fim, a anulação do *decisum*.

A fls. 1.254/1.286 foram juntadas as contra-razões de apelação dos réus *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Luiz Carlos Mendonça de Barros, José Pio Borges, Thereza Cristina Nogueira de Aquino e Paulo Libergott*; a fls. 1.273/1.280, foram juntadas as contra-razões de apelação do réu *Banco Bradesco S/A*; a fls. 1.287/1.1.307, as contra-razões de apelação dos réus *Nmr Consultoria Financeira S/C Ltda.* (nova denominação social da Projeta Consultoria Financeira S/C Ltda.), *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated, Nm Rothschild & Sons Limited, Kpmg Consulting* (nova denominação social da KPMG Peat Marwick Consultores), *Banco Fleming Graphus S/A e Engevix Engenharia S/C Ltda.* a fls. 1.308/1.331, as contra-razões de apelação do réu *Benjamin Steinbruch*; a fls. 1.332/1.354 as contra-razões de apelação da ré *Companhia Siderúrgica Nacional – CSN*; a fls. 1.355/1.377 as contra-razões de apelação da ré *Companhia Vale do Rio Doce*, todas refutando os argumentos da apelação e pugnando pela manutenção da sentença.

A fls. 1.380/1.387 foi juntado aos autos cópia do inteiro teor do acórdão proferido nos autos do já mencionado Agravo de Instrumento 2000.01.00.092551-8/PA, interposto pelo BNDES e por mim relatado. A Quinta Turma deu provimento ao recurso, por unanimidade, e a ementa foi assim lavrada:

*Processual Civil. Ação cautelar incidental para proibir ao BNDES Financiamento para fins de descruzamento de ações. Ação popular com objetivo de anular leilão de privatização da Cia. Vale do Rio Doce. Ausência de correlação entre o pedido cautelar e o provimento de mérito da ação popular.*

1. O fim do processo cautelar é de assegurar o resultado eficaz do processo principal. Portanto, deve haver um liame lógico jurídico entre a providência cautelar requerida e o processo principal cujo resultado se quer assegurar.

2. O pedido na ação cautelar consiste na proibição de formalização, pelo BNDES, de operação financeira para possibilitar alterações societárias, denominadas descruzamento de participação acionária, entre, a CSN, Banco Bradesco S/A e Previ. O provimento cautelar pretende evitar a operação de crédito pelo BNDES para financiar a retirada da CSN do quadro societário da CVRD.

3. A pretensão na ação popular é a anulação do leilão da privatização da CVRD.

4. O resultado útil e eficaz da sentença na ação popular não terá interferência pela concessão ou não do financiamento por parte do BNDES. É inadmissível ação cautelar incidental em ação principal cujo objetivo é diverso daquele que a cautela quer assegurar.

5. Agravo de instrumento provido.

6. Agravo regimental do agravado prejudicado.

A fls. 1.448/1.452 foram juntadas as contra-razões de apelação da União.

A fls. 1.496/7 foi juntada decisão por mim proferida acerca de exceção de impedimento proposta por Jorge Carone Filho, e que restou rejeitada.

A certidão de fls. 1.495 – verso dá conta de que a Exceção de Impedimento/Suspeição 2005.01.00.005461-8/PA teve seu acórdão transitado em julgado em 1º/08/05, com o seguinte teor:

*Processual Civil. Exceção de suspeição. Desembargador federal. Prevenção. Acolhimento em questão de ordem. Alegação de parcialidade. Não-comprovação.*

1. Argüição de parcialidade que não se funda em provas contundentes, não as suprimindo alegações de inconformidade com o resultado de simples questão de ordem, que acolhe prevenção, ou de interesse contrariado por decisão sobre matéria assemelhada proferida anteriormente pelo magistrado.

2. Exceção julgada improcedente. Arquivamento dos autos. (ExSusp 2005.01.00.005461-8/PA, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, DJ de 10/06/05, p. 6)

O Ministério Público Federal, em parecer juntado a fls. 1.464/1.478 opinou pelo retorno dos autos à origem, em face da nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: —*

#### I

A Companhia Vale do Rio Doce – CVRD foi uma sociedade de economia mista federal criada pelo Decreto-Lei 4.352, de 1º de junho de 1942. Foi fundada com o objetivo de organizar a produção e a exportação de minério de ferro localizado nas minas situadas em Itabira/MG e operar a estrada de ferro de Minas Gerais ao Espírito Santo, que transportava minério de ferro e produtos agropecuários, até o porto desta última cidade. O motivo de sua fundação decorreu, em princípio, da necessidade de atender às demandas estratégicas de matérias-primas durante a Segunda Guerra Mundial; a partir daí, suas atividades diversificaram-se por várias áreas correlatas ou complementares ao seu foco original de atuação, tornando-se uma empresa multinacional.

Em 7 de maio de 1997, foi privatizada por meio de leilão realizado na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, quando o Consórcio Brasil, liderado pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), sagrou-se vencedor, adquirindo 41,73% das ações ordinárias do governo federal por R\$ 3,338 bilhões (três bilhões, trezentos e trinta e oito milhões de reais).

O processo de desestatização da CVRD foi desenvolvido em conformidade com as Leis 8.031/90, 8.987/95 e 9.074/95; do Decreto 1.204/94, nos termos das normas e regulamentos expedidos pelos Ministérios de Minas e Energia e dos Transportes.

A empresa foi incluída no Programa Nacional de Desestatização – PND, pelo Decreto 1.510, de 1º de junho de 1995, alterado pelo Decreto 1.539, de 27 de junho de 1995.

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Vallisney de Souza Oliveira e Marcelo Albernaz (convocados).

O Programa Nacional de Desestatização, por sua vez, foi instituído pela Lei 8.031/90, apresentando os seguintes objetivos fundamentais:

- a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- b) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada;
- d) contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o programa.

A utilização de receitas da privatização tinha como objetivo abater a dívida pública para conter a sua acumulação excessiva. Aguardava-se que o País teria a oportunidade de diminuir a expansão da dívida, reduzir o déficit público e financiar este último em conta de capitais, pela entrada de investimento diretos.

Na década de 90 a União pagava taxa de juros muito superior ao retorno de seus investimentos estatais, circunstância essa que fazia plausível para o Tesouro Nacional fazer uso das receitas da privatização no resgate de sua dívida junto ao mercado, ou seja, far-se-ia economia em juros. A pretensão era alterar o perfil da dívida pública, constituindo as privatizações com o lançamento do PND em 1990 em um instrumento de política econômica. Com o PND a estratégia seria vincular o programa de privatização à política econômica geral.

As receitas de privatização, se utilizadas para abater a dívida pública, poderia acarretar uma redução do custo financeiro líquido da União e do estoque da dívida e com isso haveria redução da taxa de juros. Em princípio, as privatizações aumentariam (em tese) a credibilidade dos agentes econômicos com relação ao governo e menores juros seriam exigidos sobre os títulos públicos internos e externos. Esses impactos da privatização foram observados ao longo dos últimos dez anos tanto no que tange ao nível dos juros, quanto no estoque da dívida (*vide*

sobre o tema *Privatização, dívida e déficit públicos no Brasil*, Marco Antônio de Souza Carvalho, IPEA, novembro de 2001).

Segundo a União e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, este na qualidade de gestor no Programa Nacional de Desestatização, a privatização da Vale traria diversos benefícios ao Brasil.

Em primeiro lugar, a empresa, liberta das restrições orçamentárias a que está submetida a União, poderia crescer livremente e aumentar consideravelmente sua lucratividade; empregaria mais pessoas, pagaria mais impostos, exportaria mais e distribuiria mais lucros, contribuindo para o desenvolvimento do País como um todo e das regiões onde ela atua diretamente.

Em segundo lugar, a venda da Vale permitiria a redução do déficit público, pois ela “não custa um centavo ao Tesouro Nacional, mas também não rende praticamente nada. Ao utilizar as receitas com a privatização da CVRD para abater suas dívidas o Estado estará realizando uma grande economia, poupando recursos que poderão ser utilizados na saúde e na educação, evitando ainda que a União tenha de fazer futuros aportes de capital em investimentos que já se fazem necessários.” (fls. 543)

Segundo publicação especializada, datada da época da privatização, a Vale era a principal exportadora do Brasil (líder no mercado mundial de minério de ferro), maior produtora de alumínio e ouro da América Latina; possuía e operava dois portos de grandes dimensões, a maior frota de navios graneleiros do mundo, além de 1.800 (um mil e oitocentos) quilômetros de ferrovias brasileiras; possuía reservas comprovadas de 41 (quarenta e um) bilhões de toneladas de minério de ferro, 994 (novecentos e noventa e quatro) milhões de toneladas de minério de cobre, 678 (seiscentos e setenta e oito) milhões de toneladas de bauxita, 67 (sessenta e sete) milhões de toneladas de caulim, 72 (setenta e dois) milhões de toneladas de manganês, 70 (setenta) milhões de toneladas de níquel, 122 (cento e vinte e dois) milhões de toneladas de potássio, 9 (nove) milhões de toneladas de zinco, 1,8 (um vírgula oito) milhões de toneladas de urânio, um milhão de toneladas de titânio, 510 (quinhentos e dez) mil toneladas de tungstênio, 60 (sessenta) mil toneladas de nióbio e 563 (quinhentos e sessenta e três) toneladas de ouro. Além disso, dispunha de 580 (quinhentos e oitenta) mil hectares de florestas replantadas, de onde extraía matéria-prima para a produção de 400 (quatrocentas) mil toneladas/ano de celulose. (Fonte: *Revista Dossiê Atenção* – “Porque a venda da Vale é um mau negócio para o País”, fls. 282/292, da Ação Popular 1997.39.00.011542-7/PA).

Hoje em dia, a Companhia Vale do Rio Doce é um dos mais importantes e produtivos grupos empresariais brasileiros, com cerca de 33.000 empregados pró-

prios e é a empresa que mais contribui para o superávit da balança comercial brasileira. É a maior produtora e exportadora mundial de minério de ferro e pelotas e a segunda maior produtora mundial de manganês e ferro liga, com participação de 11% do mercado transoceânico; é uma das produtoras integradas de alumínio (bauxita, alumina e alumínio primário) de menor custo no mundo; é grande produtora de caulim, utilizado para revestimentos de papel, e de potássio, matéria-prima para a indústria de fertilizantes; possui vastos recursos minerais, com amplas reservas de minério de ferro, bauxita, cobre, ouro, caulim, manganês, níquel, potássio e carvão; suas reservas de minério de ferro são suficientes para manter os níveis atuais de produção pelos próximos 30 anos; possui 11% das reservas mundiais estimadas de bauxita. É o mais importante investidor do setor de logística no Brasil, sendo responsável por 16% da movimentação de cargas do Brasil, 65% da movimentação portuária de granéis sólidos e cerca de 39% da movimentação do comércio exterior nacional; possui a maior malha ferroviária do País – com 9.306 (nove mil, trezentos e seis) quilômetros – e está implementando o mais moderno programa de renovação da atividade ferroviária brasileira; realiza a navegação costeira, oferecendo o mais completo serviço intermodal do mercado brasileiro. É a maior consumidora de energia elétrica do País, sendo igualmente, uma das maiores investidoras; a energia gerada pelas usinas próprias é destinada às unidades operacionais da Vale, o que reduz consideravelmente os custos de produção. É uma empresa global, com atuação nos cinco continentes: Américas, Europa, África, Ásia e Oceania. Possui atividades nos seguintes Países: Estados Unidos, Peru, Chile, Argentina, Venezuela, Bélgica, França, Noruega, China, Japão, Bahrain, Gabão, Moçambique, Mongólia, Angola, África do Sul e Austrália. (Fonte: *site* na internet ).

Sua composição acionária (capital total – ações em circulação) está assim dividida (Fonte: *site* na internet ) :

Valepar	34,1%
Investidores estrangeiros	40,4%
Investidores brasileiros	19,4%
Governo federal	6,1%

(BNDESPAR – 4,8%, Tesouro Nacional – 1,3%, Golden Share – 3 ações)

## II

Inúmeras ações populares foram ajuizadas contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce (pelo menos, sessenta e oito são da minha relatoria).

A presente lide tem como pano de fundo a diminuição do Estado brasileiro, com a privatização de empresas públicas. O programa de privatização no Brasil

pretendeu ser a reordenação do Estado na economia, ou como dizem os neoliberais, colocar “o Estado no seu lugar”. A privatização ocorre mediante a alienação do controle acionário, venda de participações minoritárias, concessões, permissões e arrendamento de ativos. No fundo, cuida-se o processo de uma alteração da titularidade da propriedade. Conquanto seja singelamente isso, uma mudança de dono, a privatização tem sido objeto de muita polêmica na ordem social e política onde que se verificou a crise do Estado social e a redução de seu protagonismo na esfera econômica.

O Brasil não foi diferente e discutiu-se praticamente tudo, mormente os aspectos financeiros do empreendimento levado a cabo pela política econômica do governo.

O resultado das privatizações renderam, segundo fontes de periódicos governamentais, cifra que girou em torno de 60 bilhões. Tal era o *quantum* da dívida pública líquidas brasileira, no início do governo Fernando Henrique Cardoso. Todavia, mesmo com o pagamento dos encargos e com a suposta redução do estoque da dívida em julho de 2000 ela somava 500 bilhões.

Nas primeiras privatizações, o governo admitiu que o pagamento se operasse mediante as chamadas “moedas podres”, ou seja, títulos antigos emitidos pelo Tesouro e que podiam ser adquiridos no mercado por até 50% do seu valor. Os adquirentes das empresas estatais pagam com títulos que compraram com deságio de 50%, o que significa que adquirem as estatais pela metade do preço editado. Não pode ser esquecido que o BNDES detinha “moeda podres” e as vendeu aos compradores numa modalidade de pagamento em até doze anos com juros módicos. Após, o BNDES ofereceu empréstimos bilionários para as empresas privatizadas para execução de plano de expansão etc. Com isso, os compradores puderam ter lucros rápidos e crescentes. Muitos dos empréstimos, subsidiados pelo BNDES, foram utilizados pelas novas empresas para pagamento de rescisões de contratos de trabalho, o que ocorreu em massa.

Fato público e notório é que nos meses anteriores aos leilões o governo fez investimentos de grande monta nas estatais. Por exemplo, o governo FHC investiu R\$ 4,7 bilhões na Açominas, antes de privatizá-la; R\$ 1,9 bilhões na Companhia Siderúrgica Nacional. Em 1996, foram investidos R\$ 7,5 bilhões na Telebrás que chegou a R\$ 8,5 bilhões, em 1997; no primeiro semestre de 1998 investiu mais R\$ 5 bilhões naquela empresa. Enfim, um total de R\$ 21 bilhões só na Telebrás para torná-la atraente. Portanto, é falso o argumento de que os problemas surgidos depois da privatização são oriundos da falta de investimento do período em que eram estatais. Com relação a algumas, o governo foi de uma generosidade que a educação, a saúde, a segurança pública nunca conheceram na história republicana.

A verdade histórica é que as privatizações ocorreram, em regra, a preços baixos, e os compradores foram financiados com dinheiro público.

Não adentrarei nesta oportunidade em considerações de ordem política e sociológica para criticar ou louvar a iniciativa governamental, eis que os juízes não são eleitos pelo voto popular para fazer ou alterar políticas públicas, previamente contemplados no programa de governo dos candidatos. Como bem atentou a sentença monocrática, o governo que promoveu as privatizações tinha em sua plataforma eleitoral este desiderato e foi eleito duas vezes, o que significa dizer que a maioria entendeu por bem que a venda das estatais era um projeto aceitável.

Se o juiz não se imiscui nos negócios da Administração, no sentido de considerá-los convenientes ou inconvenientes, oportunos ou não, o mesmo não se pode dizer dos aspectos legais dos negócios do governo, conforme teve a oportunidade de afirmar o Ministro Sepúlveda Pertence, em evento provisório pela Escola Nacional da Magistratura, em 1998, para debater “Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais da Privatização”, nós juízes não nos regemos pela lógica do resultado, mas pela lógica da responsabilidade, da guarda das regras do jogo. Se não for assim, não tem sentido a magistratura, a não ser o triste significado de uma farsa.

No que tange ao alcance do controle dos atos administrativos, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no juízo de conveniência, oportunidade ou eficiência dos atos públicos do governo, nem na valoração dos motivos ou na escolha do objeto, que caracterizam o mérito administrativo, embora muitas vezes seja exatamente esse o propósito de diversas ações populares ajuizadas contra o Programa Nacional de Desestatização. Deve o Judiciário limitar-se a apreciá-lo sob o prisma da legalidade.

A ação popular é o remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

Trata-se de ação de natureza coletiva. Hodiernamente, no Direito pátrio, uma ação recebe a qualificação de coletiva quando por meio dela se pretenda alcançar uma dimensão coletiva, “e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *in Ação popular*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 2003, p. 81).

Um aspecto processual interessante a ser observado refere-se à causa de pedir na ação popular. Em sua modalidade remota, a causa de pedir está no direito subjetivo público inerente ao cidadão de exigir que *a gestão da coisa pública seja proba, eficaz e responsável*. O Professor Mancuso assim a define:

... a causa de pedir, remota, em ação popular, reside na demonstração idônea, pelo autor, de que a lide tem por base um dos interesses difusos que os textos de regência permitem que sejam sindicados nessa sede; do mesmo modo que a causa de pedir remota, em mandado de segurança, está na afirmação do impetrante de que a controvérsia gira em torno de um indigitado direito subjetivo individual, que ele reputa líquido e certo. (*op. cit.* p. 98)

No que diz respeito à causa de pedir próxima pondera o renomado autor:

... no que tange à causa próxima, deve o autor indicar e dar ao menos um início de prova de que um agente público ou autoridade, dentre os indicados no art. 6º e §§ da Lei 4.717/65, procedendo por ação ou omissão, lesou (ou está na iminência de lesar) o erário público, o meio ambiente ou o patrimônio cultural, *lato sensu* ou, ainda, laborou contra (ou está na iminência de afrontar) a moralidade administrativa. (*op. cit.* p. 98)

Tendo presentes tais características, observo que, na hipótese dos autos, a sentença de extinção do processo merece ser anulada, por sequer haver permitido a correta instrução do feito com a dilação probatória necessária ao deslinde da controvérsia.

A sentença foi proferida pelo Dr. Francisco de Assis Gardês Castro Júnior, então Juiz Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Pará, na esteira de precedente do Dr. Mark Yshida Brandão, Juiz da 15ª Vara de Seção Judiciária de Minas Gerais. Tem por fundamento, basicamente, a ocorrência de situação fática consolidada pelo decurso no tempo.

Diz a sentença:

A pretensão deduzida nesta sede restou rejeitada nos autos da Ação Popular 95.7451-6, reunida no presente feito por força da pretensão:

“A compreensão do tema esbarra, necessariamente, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal quanto ao modelo econômico estatal.

Ora, de uma análise, mesmo que superficial, do Texto Constitucional, podemos aferir claramente sua vontade quanto a este modelo.

Percebe-se a inversão do papel estatal no que toca à tutela da economia, passando a atuar preferencial e basicamente como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica... as funções de fiscalização, incentivo e planejamento...’ ou seja, indiretamente – art. 174.

A intervenção direta, como definido, também, no Texto Constitucional – art. 173 – ‘só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.’

Sendo subsidiário o papel do Estado/empresário, e não existindo, em nosso ordenamento, qualquer diploma que eleve a exploração de minerais, à exceção dos nucleares, à condição de matéria de segurança nacional ou interesse coletivo é perfeitamente possível a privatização.

Ademais, atento ao princípio da razoabilidade, não vemos motivo, a não ser os corporativos e políticos, para se impedir a execução de políticas econômicas previamente declaradas em campanha eleitoral e já referendadas pelo povo através do voto universal.

Do mesmo modo, impõe-se anotar que todas as objeções lançadas na peça inicial retratam opiniões vazias de comprovação, porquanto sem sustentação em qualquer início de prova.

Qualquer outra pessoa poderia objetar, em sentido contrário, que a Companhia Vale do Rio Doce é um sucesso no modelo de privatização, uma vez que tem produzido um sem número de benefícios diretos e indiretos ao Estado brasileiro, dentre eles o monumental aumento de divisas decorrente das exportações sem precedentes em nosso País.

Desse modo, não assiste razão aos autores.

Se não fosse por isso, poderíamos sustentar que a privatização levada a efeito já produziu alterações na realidade fática que o ordenamento jurídico e o próprio Poder Judiciário não podem desconhecer, sendo mais desastroso, hoje, alterar-se essa situação em detrimento de todas as mudanças já produzidas.

Vale dizer, na esteira de reiterados pronunciamentos do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem-se uma situação de fato consolidada que não é mais passível de modificações.

Ainda mais, nos termos do pedido – suspensão da privatização e determinação de realização de plebiscito – é de anotar que a lide parecer haver perdido seu objeto, uma vez que já ocorridos os fatos que se queria obstar. (Sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, da 15ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte, por designação do TRF-1ª Região).”

Considero relevantes as asserções aduzidas na citada decisão, que adoto como razão de decidir, sobretudo no que pertine à existência de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. E a superação de tal realidade só traria maiores prejuízos e danos ao interesse público.

Daí que, sem embargo das judiciosas argumentações do Ministério Público Federal, não vislumbro necessidade de prosseguir na instrução do feito com a adoção de diligências requeridas, notadamente pela inutilidade e pela inadequação, uma vez que não demonstrados indícios suficientes de necessidade das medidas, ressalvada a dedução em ação própria.

Por derradeiro, cumpre agregar que o processo é instrumento de garantia do interesse substancial e o esvaziamento deste, afasta eventual utilidade na composição da lide, que é lídima expressão de um conflito de interesses, qualificado por pretensão resistida ou insatisfeita. Para além disso, as nulidades do procedimento licitatório argüidas não foram deduzidas de forma apta a sequer permitir o mais tênue vislumbre da plausibilidade da tese.

As questões formais relativas aos editais da licitação de alienação da empresa e da formação do consórcio de avaliação, tais como a mera publicação do

aviso de edital e de sua não-publicação em língua inglesa, poderão estar irremediavelmente superadas pelo decurso do tempo, pois são passados nove anos desde a realização do leilão.

Todavia, se a efetivação do leilão em si já está, a essa altura, acobertada pelo manto do lapso temporal, *o mesmo não ocorre com a questão relativa à avaliação da empresa*, que, por óbvio, não pode ser reduzida à simplória tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo.

Como bem colocado pelo representante do Ministério Público Federal, “há, dentre os pedidos formulados na inicial, supostas irregularidades praticadas pelos réus que não foram, sequer em tese, atingidas pelo decurso do tempo, ou consolidadas pela transferência da companhia ao domínio privado” (fls. 1.471).

Há que se ter presente que as ações populares têm por objetivo, dentre outros, a recomposição do patrimônio lesado. Nesse sentido, as alegações relativas aos critérios de avaliação do patrimônio da Vale ganham relevo, pois, se corretas, eventual subavaliação terá levado a um gigantesco prejuízo ao patrimônio público, dada a enormidade do patrimônio da empresa, acima relacionado.

De fato, a Companhia Vale do Rio Doce, a par da dimensão que possuía e possui para o País, faz com que os procedimentos de avaliação de seu patrimônio tenham ainda mais relevância para a correta mensuração de seu valor. Os cuidados efetivados no procedimento de avaliação, relatados nas contestações da União, do BNDES e do réu Fernando Henrique Cardoso se, por um lado, parecem resguardar o interesse público, por outro revelam que foram produzidos de forma unilateral. Nesse sentido, a alegação dos réus de que não há que se falar em vício na avaliação das ações pelo simples fato de que foi realizada por consultores especializados e selecionados por licitação soa risível.

O próprio BNDES, contestando ação conexa à presente, afirma:

*Este douto juízo não tem como avaliar as alegações elencadas pelo autor sem prova pericial. As alegações de auferimento de receita bruta, só para exemplificar, só podem ser apuradas mediante perícia, uma vez que a receita bruta é obtida com a venda dos produtos não sendo determinante da lucratividade ativa e potencial de uma empresa, uma vez que desta receita devem ser abatidos todos os impostos, os custos e despesas operacionais (matéria-prima, mão-de-obra, transporte etc.), assim como os custos financeiros decorrentes dos empréstimos tomados com o objetivo de realizar investimentos ou aqueles referentes ao capital de giro. (AC 1998.39.00.000746-4/PA, fls. 363, grifo constante no original)*

Novamente, oportuno transcrever o parecer do representante do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, que resume, com acuidade, as impropriedades constantes na sentença, confira-se:

Então, temos aqui o seguinte quadro. O cidadão busca o Poder Judiciário, no exercício da ação popular constitucional, tece longa argumentação acerca de possível nulidade de ato administrativo que, no caso, é nada menos do que a desestatização da Companhia Vale do Rio Doce e, não fosse bastante, faz ressalvas ao critério de avaliação adotado pelos consultores contratados pelo Poder Público. Junta documentos e pretende provar tais irregularidades na fase instrutória, mediante prova pericial.

O órgão julgante, após as contestações, extingue o feito abruptamente, pela consolidação da situação de fato. Ora, a Constituição da República estabelece a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (art. 5º, inciso LXXIII). A Lei 4.717/65 estabelece, ao seu turno, que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades estatais no caso de vício de forma. Nos termos da lei, esse vício consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (art. 2º, *caput* e parágrafo único). O pedido dos autores é, por conseguinte, possível juridicamente, vale dizer, está amparado em norma constitucional e legal e funda-se em dúvida plausível, tanto que compartilhada pelo próprio BNDES quando nos diz: – não há como julgar a ação sem promover prova pericial em juízo.

Disto podemos concluir que a respeitável sentença contém pelo menos duas impropriedades. Em primeiro lugar, supõe a consolidação da situação de fato em caso de nulidade disciplinada pela própria Constituição da República. Em segundo lugar, supõe que essa fundamentação pode ser sustentáculo para obviar o processamento do feito, ao afastar a pretensão dos autores sem lhes facultar o exercício do direito à prova ....

*Tudo isto traduz inequívoca denegação de Justiça, isto é, negativa da prestação jurisdicional a que todo cidadão faz jus, sobretudo quando exercita pretensão constitucional tutelada pela ação popular. Daí a nulidade da respeitável sentença, data venia.*

....

É de se ver que o douto órgão de 1º grau pretende algo impossível no universo do Direito e da Justiça, isto é, decidir questão tão complexa quanto a privatização da Vale do Rio Doce com a singela adoção da teoria do fato consumado, *praxis* jurídica duvidosa, de parca ou nenhuma fundamentação legal, pela qual se pretende alçar o decurso do tempo à categoria de autêntico legislador ou constituinte.

....

Antes de tudo isto, entretanto, é preciso que o processo seja instruído, inclusive mediante perícia. Este órgão do Ministério Público não se sente habilitado, mesmo diante da farta documentação constante dos autos, a afirmar se o valor fixado pelos consultores do BNDES foi alto ou baixo, bom ou ruim: é questão que nos remete ao art. 420, parágrafo único, do CPC, isto é, tratamos aqui de fato que depende do conhecimento especial do técnico, do *expert*. (fls. 1.464/1.478, grifos ausentes no original)

Sem que tenha sido permitida a necessária dilação probatória, não há como aferir a correção dos critérios adotados na avaliação.

A sentença, tal como proferida, furtou-se a prestar a tutela jurisdicional, ferindo os princípios basilares do acesso à Justiça.

O procedimento para a venda de uma estatal é composto de várias etapas, iniciando com sua inclusão formal no PND. Depois, segue-se a licitação para avaliação do preço mínimo da empresa, *ex vi* da Lei de Licitações. São os consultores que fazem a avaliação e a estruturação da venda, a convocação de assembleias de acionistas para aprovação do preço mínimo, publicação do edital de venda, o leilão e as ofertas ao público e aos empregados.

Assim, a alienação do patrimônio teria que ser toda dirigida para lograr receita que possibilitasse o pagamento dos títulos da dívida pública interna e externa, cujo dispêndio de rolagem nós conhecemos. Mesmo que a extinção da dívida fosse impossível só com a privatização ter-se-ia que fazer o melhor possível para melhorar o tal perfil da dívida, o que aparentemente não ocorreu, apesar das promessas.

Tem-se que garantir a qualificação da venda do patrimônio público para maximizar a receita do Tesouro Nacional para que gere benefício à sociedade.

Assim, em que pese todos os alegados benefícios para o País com a desestatização da Companhia Vale do Rio Doce, e apesar de a privatização estar consolidada, não se pode permitir que a mesma possa ter sido feita ao arrepio da lei, com a possível subvalorização de seu patrimônio a fim de facilitar a venda. Há irregularidades que, se existentes, repita-se, não serão atingidas pela passagem do tempo, ou consolidadas pela transferência da empresa ao domínio privado, enquanto não ocorrente a respectiva prescrição. Os fins não podem justificar os meios.

Pelo exposto, dou provimento à apelação e à remessa para anular a sentença e devolver os autos à vara de origem, a fim de que se dê prosseguimento à instrução processual.

É como voto.

*O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira:* — Vossa Excelência afirmou, no início do voto, parece-me que consta da sinopse, que concorda com a sentença do juiz de primeiro grau quanto ao fato consumado das questões relativas aos editais de licitação e da formação do consórcio de avaliação. Então, a consequência seria a nulidade parcial da sentença.

## Aditamento ao Voto

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — Sim.

Para que fiquem claras as minhas razões de decidir, no que tange aos aspectos formais do edital (porque nestes votos em que discuto o preço e a forma de avaliação não adentrei em detalhes), em resposta ao pedido de esclarecimento de Vossa Excelência sobre a minha posição, digo que acerca da questão das nulidades formais do edital de licitação da privatização da Companhia Vale do Rio Doce, há que se esclarecer que o Direito Administrativo adotou a teoria geral das nulidades, e o clássico Hely Lopes Meirelles excluía a possibilidade do ato anulável nessa seara. Há outro entendimento, porém, no sentido de que o ato administrativo, quando eivado de vícios, apenas é suscetível de ser anulado nos termos e prazos indicados em lei. Se, dentro do prazo legal, a validade do ato não for impugnada, o vício não poderá ser invocado. Isso é o que se pode chamar de tendência do ato anulável para a convalescença.

A doutrina administrativa é rica sobre o tema e Seabra Fagundes rejeita a possibilidade de aplicar-se ao Direito Administrativo a teoria da nulidade do Direito Civil. Reúne o autor os atos viciosos em três grupos: os nulos, os anuláveis e os atos irregulares, sendo estes últimos os que apresentam defeito de forma.

A questão da forma no âmbito do ato administrativo é matéria relevante, pois determinados tipos de formalidades são essenciais à validade do ato, como a necessidade de ampla defesa no processo administrativo e a publicação, para que os atos do Poder Público tenham eficácia.

Por conseguinte, não são todas as formalidades cuja inobservância é considerada mera irregularidade que podem ser sanadas com o tempo. O caso das formalidades da lei de licitações é exemplar. As formalidades são uma garantia da isenção do procedimento e do direito dos concorrentes. A observância da forma é uma garantia do administrado. Via de regra, em casos em que me são submetidos a julgamento como Relatora, a inobservância das formas exigidas no certame é sancionada com a determinação de repetição do ato.

A espécie em julgamento deveria ter as impugnações formais resolvidas há oito anos. Assim, os vícios de forma apontados, acaso existentes, estão consumados no tempo, e a segurança jurídica impõe limites ao juiz e ao administrador. Tais peculiaridades deveriam ter sido objeto da decisão antes do leilão, e as providências corretas determinadas do edital pelo juízo. É bem verdade que o princípio da legalidade impõe a anulação dos atos viciados, porém as relações jurídicas hão de ter segurança e as situações constituídas há muito requerem a manutenção do ato.

Portanto, é perfeitamente compreensível a decisão recorrida no que tange ao aspecto da convalidação pelo tempo de eventuais vícios formais. Miguel Reale afirma que é possível a convalidação de atos administrativos eivados de nulidade que não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado quando da inexistência de dolo. É a sanatória excepcional do nulo em homenagem à boa-fé. Miguel Reale diz que aqueles atos administrativos, embora no seu nascedouro tenham sido maculados de vícios, se os administradores estiveram de boa-fé, ele chama isso de sanatório excepcional do nulo em homenagem à boa-fé. Diz Miguel Reale que há interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança dos administrados.

Com relação ao caso, como a má-fé não se presume e concedendo aos réus o benefício da dúvida, no que tange aos vícios eventuais e formais do edital, a lide é finda. O leilão realizou-se sem prévia decisão judicial sobre tais vícios. A propriedade foi transferida, e, conforme já expressou a Suprema Corte americana, nem sempre o passado pode ser apagado. Em tal perspectiva, as questões formais relativas aos editais da licitação de alienação da empresa e a formação do consórcio de avaliação relacionados no relatório estão irremediavelmente superadas pelo decurso do tempo, pois são passados oito anos desde a realização do leilão.

Essas são as minhas razões de decidir para manter a sentença no que tange ao pedido desconstitutivo (a nulidade de toda a privatização). Reformo a sentença no que se refere ao pedido condenatório, isto é, a condenação dos réus ao pagamento de eventual diferença decorrente de subavaliação da CVRD.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira:* — Senhora Presidente, voto no sentido de acompanhar Vossa Excelência pela necessidade de que as questões sejam resolvidas no processo e que o juiz entre no mérito. Trata-se nestes autos de um pedido de nulidade por ação popular de uma privatização. O resultado de Vossa Excelência é pela nulidade da própria sentença, o que eu concordo. De fato, o juiz optou por colocar a teoria do fato consumado, ou seja, a falta de interesse dos autores em razão de já ter havido o edital de licitação, a licitação ter-se consumado, mas penso que deveria ser ultrapassada essa questão e se entrar no mérito, porque juridicamente é possível que haja esta nulidade, tanto da avaliação, como do edital.

Como bem disse Vossa Excelência, há atos nulos e atos anuláveis, mas, neste caso, não vejo diferença entre a nulidade da avaliação, que já foi consumada, com a nulidade dos editais, e do processo todo de licitação. Como consta aqui, inclusive há impugnação à formação do consórcio de avaliação. Sem fazer nenhum juízo

de valor, é possível que hipotéticos vícios nessa formação de consórcio atinjam a própria avaliação, de modo que penso que seria melhor que o juiz de primeiro grau entrasse no mérito sem ter como proibição determinados pontos do pedido do autor, como, se decidirmos pelo voto de Vossa Excelência, também do edital. Portanto, Senhora Presidente, vejo que o juiz realmente optou pelo *non liquet*, ou seja, não julgou, e, neste caso, este processo, apesar do tempo, deve ser julgado.

Vossa Excelência colocou inúmeras razões e até indícios para que se possa entrar no mérito, para dizer se houve vícios, e a ação popular, além de tudo, tem essa natureza anulatória, mas também tem a natureza condenatória. Embora se possa dizer que o pedido de condenação é um pedido posterior ou sucessivo ao pedido de anulação, pedido de condenação à reparação do dano, nada impede que haja uma declaração de nulidade, e, aí sim, verificando o juiz o princípio da proporcionalidade ou verificando que não seria caso, embora, as flagrantes nulidades, vejo perfeitamente possível que apenas condene à reparação dos danos, deixando a nulidade ter a sua devida reparação, como Vossa Excelência mesmo diz, que, havendo vícios na avaliação, para que se pague o preço para se recompor o patrimônio público.

Desse modo, dada a peculiaridade da ação popular, que tem a natureza anulatória, mas, também, a condenatória, tanto para os causadores do dano, como para os beneficiários do ato considerado viciado, nos termos do art. 11 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), acompanho Vossa Excelência quanto à nulidade, não só da parte da avaliação. Acompanho integralmente, mas vou mais além, porque não consigo distinguir o fato consumado somente para avaliação e não para o edital e para o processo de formação do consórcio de avaliação. Portanto, meu voto é no sentido do provimento total da remessa oficial para decretar a nulidade da sentença.

### **Retificação de Voto Vencido em Parte**

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:* — Para ser mais precisa, tendo em vista que o Juiz Vallisney Oliveira está dando provimento amplo para o efeito de devolver ao Juízo *a quo* toda a controvérsia, para que seja registrada a diferença do meu posicionamento para o dele, então digo: apelação e remessa oficial parcialmente providas, porque Sua Excelência dá total provimento.

### **Voto Vogal**

*O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Albernaz:* — Inicialmente, observo que a teoria do fato consumado pode, conforme o caso, tornar prejudicado o pedido ou implicar

sua improcedência: torna prejudicado o pedido quando a situação consolidada for materialmente irreversível (por exemplo, término do mandato eletivo quando se tem em curso pedido de cassação); implica improcedência do pedido quando, embora materialmente reversível a situação de fato, esta não se mostra adequada diante da ponderação dos princípios, normas e interesses jurídicos envolvidos.

A aplicação da teoria do fato consumado, no caso em exame, ao menos do modo como o fez a sentença, enquadra-se nessa última hipótese, visto que se mostra materialmente possível a invalidação do ato questionado. Assim, registro que, em verdade, a sentença apreciou o mérito da causa, apesar de o aludido ato decisório ter consignado que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

Diante dessa ponderação, ou seja, de que, apesar de ter consignado que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, o juiz *a quo* efetivamente julgou o mérito, entendo que não há como haver provimento parcial da remessa e da apelação, porque não me parece possível cindir a análise do mérito nesta oportunidade. Ou simplesmente se invalida a sentença que analisou, no meu ponto de vista, o mérito da causa, embora sob roupagem inadequada de extinção sem julgamento do mérito, ou se a confirma. Se há anulação, penso deva ser total, porque não há como cindir a análise do mérito nesta oportunidade. Não pode o Tribunal manter rejeição parcial dos pedidos com análise meritória, ainda que a título de teoria do fato consumado, e, ao mesmo tempo, determinar o retorno dos autos ao 1º grau, para que haja produção de prova destinada a possibilitar a análise do mérito quanto à parte remanescente da pretensão deduzida na petição inicial.

De outra parte, a consolidação de situação de fato pelo decurso de tempo não afasta a invalidade do ato ilegal. Pode, no máximo, ensejar a preservação do aludido ato em face de sua irreversibilidade ou dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade inerentes ao devido processo legal no aspecto substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), à vista do interesse público na manutenção da estabilidade de certas relações jurídicas eventualmente mais relevantes do que a mera pretensão desconstitutiva formulada na ação popular.

Adotando essa diretriz, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

*Agravo regimental. Privatização do sistema Telebrás. Fato consumado. Resultado positivo. Circunstâncias supervenientes. Desprovimento.*

I – A ocorrência, com resultado positivo, do leilão de privatização do Sistema Telebrás constitui fato consumado que se afigura inconveniente, na espécie, revolver.

II – Circunstâncias supervenientes, decorrentes de crise mundial no mercado financeiro, demonstram a conveniência e oportunidade da manutenção do certame.

III – Impugnação recursal que não elide as razões da decisão agravada.

IV – Recurso a que se nega provimento. (Agravo Regimental na Petição 980, de São Paulo, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado da Corte Especial, no dia 14 de novembro de 1998. Publicado no *Diário da Justiça* de 30 de novembro de 1998, à p. 39.)

Se a consolidação da situação de fato não afasta a invalidade do ato reputado ilegítimo, apenas possibilitando, conforme o caso, o reconhecimento da perda do interesse processual, ou a improcedência do pedido desconstitutivo, prevalece íntegra a pretensão condenatória inerente à ação popular.

Sobre o aspecto inerente do pleito condenatório na ação popular, o art. 11 da Lei 4.717/65 dispõe:

Art. 11 – A sentença, que julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Fazendo alusão ao dispositivo, Rodolfo de Camargo Mancuso leciona:

Nem a Lei 4.717/65 diz outra coisa, porque, se o seu art. 11 começa por dizer que a sentença deve decretar a invalidade do ato impugnado, na seqüência imediata acrescenta: condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele. Na verdade, esse efeito condenatório é necessário e imanente à sentença da ação popular, operando como outro efeito principal cumulado ao desconstitutivo, até porque o art. 14 diz que o valor da lesão será indicado na sentença ou apurado na execução, não deixando dúvida de que a sentença que desconstituiu o ato indigitado como ilegal e lesivo deve, *ipso facto*, condenar os responsáveis e os beneficiários a repararem o dano ao erário ou repor as coisas ao *status quo ante*, conforme o caso. Esse cúmulo objetivo, além de respaldado pelo art. 292 e parágrafos do CPC, é de tal modo inerente à demanda popular que deve o juiz pronunciá-lo sempre que acolher a ação, ainda que o autor, por lapso, não o tenha formulado explicitamente na inicial. (*Ação popular*, Editora Revista dos Tribunais, p. 263.)

Como se vê, havendo alegação de ilegitimidade do ato capaz de evidenciar, ao menos em tese, sua lesividade ao erário, a eventual incidência da teoria do fato consumado não torna prejudicada a pretensão condenatória inerente à ação popular, tampouco implica sua automática improcedência. É essa a situação dos autos. Portanto, deve ser cassada a sentença que extinguiu de forma prematura o processo.

Ante o exposto, acompanho a divergência, a fim de dar provimento à apelação e à remessa oficial para cassar a sentença e determinar o regular processa-

mento do feito pelo Juízo *a quo*. Afigura-se inviável o julgamento imediato da lide pelo Tribunal, em face da não-efetivação da necessária dilação probatória (art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil).

## Sexta Turma

### Apelação em Mandado de Segurança

**2003.34.00.028055-6/DF**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Túlio de Oliveira Tavernard

Apelado: Jorge Denilson Moreira Carmona

Advogados: Dr. José Froes Brasil e outro

Remetente: Juízo Federal da 13ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 16/12/05

### Ementa

*Administrativo. Concurso público. Edital. Inscrição efetuada via internet. Prazo para encaminhamento da documentação. Razoabilidade.*

I. Constando do edital de concurso público que o encerramento das inscrições dar-se-ia às 20h de determinado dia, as quais podiam ser feitas via internet, mostra-se desarrazoada disposição do mesmo instrumento que estipula que a documentação respectiva deveria ser remetida à comissão, por via postal, ou pessoalmente, no mesmo prazo para inscrições.

II. Na hipótese, tendo o impetrante encaminhado a documentação no dia seguinte ao término das inscrições, correta a sentença que considerou tempestiva a inscrição, eis que “o horário indicado como termo final (20 horas) impossibilita o encaminhamento dos documentos no mesmo dia”.

III. Sentença confirmada.

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas.

### Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

---

6ª Turma do TRF-1ª Região – 18/11/05.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge Denilson Moreira Carmona contra ato da presidente da Comissão de Seleção para cargos em comissão de gerente executivo do INSS, que indeferiu seu pedido de inscrição no processo seletivo, ao argumento de que “a documentação comprobatória foi postada fora do prazo estabelecido no edital”.

Sustentou o impetrante que “o referido edital é de ofusca nitidez no que tange ao prazo previsto para encaminhamento de documentos, pois apenas informa claramente o período de inscrição”, sendo certo, ademais, que, encerrando-se o prazo de inscrição, pela internet, às 20h do dia 27/06/03, não havia tempo útil para encaminhar a documentação no mesmo dia, sendo razoável, assim, que pudesse ser encaminhada no dia seguinte, como o fez.

A segurança foi concedida pela sentença de fls. 103/108, à consideração de que “o horário indicado como termo final (20 horas) impossibilita o encaminhamento dos documentos no mesmo dia, de forma que a postagem dos documentos no dia seguinte não pode ser considerada intempestiva”, concluindo, então, a ilustre juíza sentenciante que “a Comissão agiu com rigor excessivo ao indeferir a inscrição do impetrante”.

A sentença foi submetida ao reexame necessário, havendo, também, recurso de apelação interposto pelo INSS, em cujas razões se reporta às informações e ao agravo de instrumento tirado contra a decisão concessiva da liminar, nos quais, segundo afirma, estão “devidamente expostas as razões por que a inscrição do candidato foi intempestiva”.

Parecer do Ministério Público Federal, nesta instância, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:* — A sentença recorrida deu correta solução à questão posta nos autos, não merecendo reparos, razão pela qual adoto seus fundamentos como razão de decidir, *verbis*:

---

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

A questão central refere-se à interpretação de itens do edital de seleção para provimento de cargos em comissão de gerente executivo do INSS, *ver-bis*:

“3.1 O período de inscrição será, pelo horário de Brasília/DF, de 8:00 horas do dia 23 de junho de 2003, às 20:00 horas do dia 27 de junho de 2003, pela internet/intraprev, no endereço <http://www.previdenciasocial.gov.br/gex2003>, via postal por meio de encomenda expressa, por malote do INSS, e/ou pessoalmente, junto à Comissão de Seleção, no horário de 8:00 às 18:00 horas, no Setor de Autarquias Sul – SAS, Quadra 2, Bloco O, 10º andar, Sala 1011, em Brasília/DF, CEP 70.070-907.

(....)

3.2. O formulário ‘registro de inscrição’, emitido pela internet/intraprev, comprovará que o pedido de inscrição foi registrado no banco de dados do processo seletivo e deverá ser impresso em duas vias.

3.2.1. Uma das vias do ‘registro de inscrição’ e *as cópias de todos os documentos comprobatórios das informações relativas à avaliação de natureza objetiva, deverão ser enviadas, via postal, por meio de encomenda expressa, por malote do INSS, ou pessoalmente junto à comissão, no prazo e endereço constantes no subitem 3.1.*” (destaques acrescentados)

A inscrição do impetrante, efetuada via internet/intraprev, conforme permitido no edital, no subitem 3.1, foi indeferida, por ter a comissão considerado intempestivo o encaminhamento dos documentos no primeiro dia subsequente ao término do prazo de inscrição (28/06/03).

A impetrada afirma que o edital exigia o encaminhamento de documentos no prazo da inscrição, qual seja o dia 27/06/03.

Entretanto, essa não é a melhor interpretação dos termos do edital do certame.

Na verdade, o edital não é claro quanto ao prazo para encaminhamento dos documentos, já que o subitem 3.2.1 faz remissão ao item 3.1, que fixa prazo apenas para o registro da inscrição.

Por outro lado, nos termos do edital, (itens 3.1 e 3.2), o prazo para inscrição, via internet/intraprev, encerra-se às 20h do dia 27/06/03 e o candidato deve encaminhar, posteriormente, o registro de inscrição na internet com os documentos necessários para avaliação, via malote ou postal.

O horário indicado como termo final (20 horas) impossibilita o encaminhamento dos documentos no mesmo dia, de forma que a postagem dos documentos no dia seguinte não pode ser considerada intempestiva.

Não há falar-se em ofensa ao princípio da isonomia, já que a questão é de interpretação dos termos do edital.

A comissão agiu com rigor excessivo, ao indeferir a inscrição do impetrante, já que o interesse público, *in casu*, é de seleção dos melhores candidatos. O concurso tem por objeto formar um banco de dados (talentos), com o

nome de pessoas com o perfil adequado para o cargo, que comporão uma lista quántupla para livre escolha por parte do ministro de Estado.

Aplica-se ao caso em análise o mesmo entendimento quanto aos procedimentos de licitação, no seguinte sentido:

*“Procedimento licitatório. Comparecimento à sessão com um minuto de atraso. Exclusão. Falta de razoabilidade.*

1. Configura excessivo rigor formal, incompatível com o princípio da competitividade que o certame deve presidir, a exclusão de licitante que chega à sessão com um minuto de atraso.

2. Apelação e remessa desprovidas”. (AMS 1999.01.00.040645-7, Relator convocado Juiz Reimão dos Reis, publicado no *DJ* de 23/05/02)

O ato impugnado, portanto, não se mostra legítimo, por ofensa ao princípio da razoabilidade. (Fls. 105/108)

Como observado pelo douto representante do Ministério Público Federal, exigir-se o encaminhamento da documentação no mesmo dia em que se encerrou o período de inscrições equivale a diminuir esse prazo, pois o interessado só pode enviar a documentação juntamente com o registro da inscrição, não se mostrando razoável, assim, “exigir a remessa dos documentos dentro do prazo estipulado para a inscrição”.

Pelo exposto, confirmo a sentença, negando provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

## Sétima Turma

---

### Apelação em Mandado de Segurança

**2003.38.00.006937-6/MG**

Relator 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

Procurador: Dr. Eduardo Miguel Leão Sette

Apelado: Logoplaste do Brasil Ltda.

Advogado: Dr. Eduardo Miguel Leão Sette

Publicação: *DJ* 2 de 19/12/05

---

---

## 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 1049-2/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 13/12/05. Peças liberadas para publicação do acórdão em 13/12/05.

## Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento à apelação e à remessa oficial, por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 22/02/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator p/ acórdão.

---

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: —*

1 – *Logoplaste do Brasil Ltda.*, empresa qualificada nos autos, impetrou *mandado de segurança* para impugnação de ato praticado pelo *chefe do Serviço de Análise de Defesas e Recursos do Instituto Nacional do Seguro Social em Poços de Caldas/MG*, 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 espeque à exigência, destoa do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, lei de hierarquia superior, infringindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou a aceitar arrolamento de bens como garantia de instância.

2 – Deferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal, concedida a segurança, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mediante recurso de apelação não 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 – 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*.

2 – Não fora isso, tal raciocínio é lúdimo porque a Instrução Normativa INSS/DC 70, de 10/05/02, norma que regulava os procedimentos fiscais e o planejamento das atividades de arrecadação relativos às contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ao prever o arrolamento de bens (arts. 255 a 270), autorizava-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 normatiza 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*

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral e Antônio Ezequiel da Silva.

*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.)*

3 – Assim, não obstante a revogação da autorização expressa para o arrolamento reclamado, a norma que a revogou (Instrução Normativa INSS/DC 100, de 18/12/03), *não o proibiu*; ao contrário, previu-o no art. 638, segundo o qual “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 ‘medida cautelar fiscal’. Conseqüentemente, como a Lei 10.522/02, art. 32, substituiu a exigência do depósito prévio pelo arrolamento, alterando a redação do art. 33 do Decreto 70.235/72, o princípio constitucional da isonomia permite a extensão dos seus ditames aos recursos administrativos referentes a créditos previdenciários, *que são, também, créditos tributários*.”

4 – 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. 32 da Lei 10.522/02, aplicável, em face do princípio constitucional da isonomia, ao crédito previdenciário, *que é, também, crédito tributário*, repito.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial, que considero como se efetivada fora, 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 Vogal**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:* — Senhor Presidente, conforme afirmei há pouco, estive examinando, parece que em decisão monocrática, recentemente, essa matéria e verifiquei que não há uma lei específica que trate, para a Previdência Social, desse arrolamento. O INSS, usando da lei que prevê o arrolamento para a Receita Federal, expediu uma instrução, também regulamentando o arrolamento. Há possibilidade de fazer o arrolamento, ou é dever, até, quando os débitos do contribuinte ultrapassarem 30% do seu patrimônio, salvo engano. Só que a Receita Federal, a par disso, tem uma instrução permitindo a garantia dos recursos através do arrolamento, e o INSS, que usou a mesma lei, não tinha, ao exame que fiz, nenhum ato que permitisse esse arrolamento.

Estou sendo surpreendido com a afirmação de que existe um ato dessa natureza.

Vou acompanhar Vossa Excelência, mas vou examinar melhor a questão, porque não me parece razoável que o INSS, tendo uma disposição normativa vigente, prevendo a garantia de recurso através de arrolamento, se negue a aceitá-lo em juízo.

Acompanho, reservando-me para melhor exame da matéria proximamente.

## **Oitava Turma**

---

### **Agravo de Instrumento**

**2005.01.00.023384-9/MG**

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

Agravante: WCA RH Belo Horizonte Ltda.

Advogados: Dr. Claudinei Aristides Baschiero e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 19/12/05

## Ementa

*Tributário. Agravo de instrumento. PIS. Cofins – CSLL – Base de cálculo. Lei 10.833/03. Lei 9.718/98, art. 3º, § 1º. Recurso Extraordinário 357.950/RS. Inconstitucionalidade. Art. 354 do RITRF-1ª Região. Aplicação. Art. 2º da Lei Complementar 70/91. Prevalência. Requisitos para antecipação dos efeitos da tutela recursal.*

I. O conteúdo das disposições da Lei 10.833/03, atacadas nas razões deste recurso, é equivalente ao disposto nos arts. 1º a 3º da Lei 9.718/98, trazendo em alguns pontos preceitos idênticos. Ou seja, a Lei 10.833/03 trouxe também a modificação do conceito de faturamento conferido anteriormente pela LC 70/91.

II. Embora a Corte Especial deste egrégio TRF da 1ª Região, em julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/MG – DJ de 24/09/01 – tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, *caput*, e § 1º, e art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/98, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região.

III. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio (Informativo 408 STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que, dando novo conceito ao termo *faturamento* ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

IV. Prevalece, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o art. 2º da LC 70/91, que considera faturamento somente *a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza* (Ag 2005.01.00.056460-0/DF, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino).

V. Cessada a vinculação ao julgado da Corte Especial desta Corte, deve ser adotado o entendimento conferido quando do julgamento do RE 346.084/PR, Rel. Ministro Ilmar Galvão, 09/11/05, e RE 357.950/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF), no sentido da inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita.

VI. Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, este evidenciado pelo fato de estar-se retirando indevidamente da empresa seu capital necessário

ao franco desempenho de suas atividades, limitando suas atividades operacionais, que a persistir a levará aos caminhos do *solve et repete*.

VII. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para deferir a antecipação dos efeitos da tutela.

### 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 – 14/12/05.

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 proferida pelo Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, que, nos autos do Mandado de Segurança 2005.38.00.010492-6, indeferiu a liminar pleiteada, no sentido de afastar o reembolso de salários e de encargos trabalhistas e previdenciários e os repasses em geral da base de cálculo do PIS, da Cofins e da CSLL.*

*O MM. magistrado a quo entendeu que não se afigura convinável a promoção, em sede de liminar, de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei, fazendo-se necessária a sujeição da matéria ao contraditório, de vês que as leis, como é cediço, como expressão material da produção legislativa da sociedade, detêm presunção iuris tantum de constitucionalidade, somente se admitindo o afastamento de seus efeitos após esgotado o debate ou se houve possibilidade de decorrer dano irreparável ou de difícil reparação ao ofendido, o que não foi demonstrado no caso vertido nos autos.*

*Irresignada, a empresa agravante sustenta que a ampliação do conceito de “receita” ou “faturamento” preconizada pelo § 1º do art. 1º da Lei 10.833/03 não poderá subsistir, eis que “receita” é aquilo recebido pelo contribuinte – no caso a agravante – como contraprestação de seus serviços, logo tudo aquilo que tratar de “reembolso” ou “repasso” não poderá ser inserido no conceito de receita, sob pena de afronta à Magna Carta e os preceitos infraconstitucionais.*

Defende que os referidos encargos e tributos são retidos na fonte pagadora pelo tomador dos serviços (arts. 30 e 31 da Lei 10.833/03). Reputa presente o *periculum in mora* no fato de que o recolhimento impugnado implica limitação das suas atividades operacionais, assim como o não-deferimento da liminar poderá ocasionar a necessidade de utilizar a via morosa da repetição de indébito.

Requer, pois, a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para que a agravada se abstenha de cobrar o PIS, Cofins e a CSLL sobre o valor bruto contido nas notas fiscais de fatura de serviços emitidas pela agravante, incidindo o(s) tributo(s) única e tão-somente sobre a rubrica denominada *taxa de administração* ou *taxa de serviço(s)* ou prestação de serviços até julgamento final do mandado de segurança.

A fls. 133, determinei a intimação da parte agravada para apresentação de contraminuta, a qual foi acostada a fls. 136/147.

A agravada, em suas razões, defende a constitucionalidade das contribuições e a legalidade da alteração da lei complementar por lei ordinária, aduzindo, ainda, que a conversão da Medida Provisória 1.212, de 28 de novembro de 1995, convertida na Lei 9.715, de 28 de novembro de 1998, está revestida de constitucionalidade conforme posição do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:* — Impugna a agravante a imposição legal contida basicamente no art. 1º, parágrafos e incisos, da Lei 10.833/03, quanto à base de cálculo da Cofins, PIS e CSLL, tendo em vista que alcança outros valores que não a receita efetivamente auferida pela empresa, alargando, assim, o conceito de *receita* ou *faturamento*.

A alegação da agravante é fundada na distinção entre receitas e entradas, uma vez que as meras entradas, referentes a outras parcelas que não a taxa de agenciamento de mão-de-obra, não poderiam ser consideradas receitas para o fim de caracterização do PIS e da Cofins, conforme arts. 2º e 3º da Lei 9.718/98, e, a partir de 1º/02/04, previsto na Lei 10.833, de 29/12/03.

Em suma, pretende a agravante *ver alcançado o seu direito líquido e certo garantido pela Carta Magna, mais especificamente no sentido de que o PIS, a Cofins e a CSLL incidam única e tão-somente sobre o preço do serviço, conside-*

---

\*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

*rando-se como base de cálculo o valor atinente à “Taxa de Administração” ou “Taxa de Intermediação da Locação de mão-de-obra” ou “Taxa de Serviços” ou “Prestação de Serviços”, pois essa é a única e real receita recebida como contraprestação dos serviços, a qual é utilizada para quitar seus encargos, empregados permanentes, tributos e demais despesas oriundas de seu negócio.*

Com tais argumentos, defende que a ampliação do conceito de *receita ou faturamento* preconizado pelo § 1º da Lei 10.833/03 não poderá subsistir, visto que *receita* é aquilo que é recebido pelo contribuinte como contraprestação de seus serviços, logo tudo aquilo que se tratar de *reembolso* ou *repasso* não poderá ser inserido no conceito de receita.

Verifico que o conteúdo das disposições da Lei 10.833/03, atacadas nas razões deste recurso, é equivalente ao disposto nos arts. 1º a 3º da Lei 9.718/98, trazendo em alguns pontos preceitos idênticos. Ou seja, a Lei 10.833/03 trouxe também a modificação do conceito de faturamento conferido anteriormente pela LC 70/91.

Embora a Corte Especial deste egrégio TRF da 1ª Região, em julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/MG – DJ de 24/09/01 – tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, *caput* e § 1º, e art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/98, aplico o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região.

O *caput* deste artigo prevê que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato pela Corte Especial será aplicada aos feitos submetidos a ela, às Seções ou às Turmas, enquanto seu parágrafo único enuncia que *cessará a vinculação referida neste artigo, caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.*

Assim, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que, dando novo conceito ao termo *faturamento*, ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, a fim de abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

Prevalece, então, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o art. 2º da LC 70/91, que considera *faturamento* somente *a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*. Nesse sentido, confira-se Ag 2005.01.00.056460-0/DF, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino.

Cessada a vinculação ao julgado da Corte Especial desta Corte, acompanho o entendimento conferido também quando do julgamento do RE 346.084/PR, Rel. Ministro Ilmar Galvão, 09/11/05, e RE 357.950/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF).

A partir deste julgamento, em que o STF firmou sua posição pela inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, diante da afronta à noção de faturamento (art. 195, I, *b*, da CF); tendo em mente a identidade mencionada entre as Leis 9.718/98 e 10.833/03, bem como a existência da ADI 3144/DF, que visa à declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 16 da Lei 10.833/03, vislumbro plausibilidade na tese alegada pela agravante, a dizer, reconheço o *fumus boni juris*.

O *periculum in mora* se evidencia pelo simples fato de estar-se retirando indevidamente da empresa agravante seu capital necessário ao franco desempenho de suas atividades, limitando as atividades operacionais, que, a persistir, a levará aos caminhos do *solve et repete*.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo, determinando à agravada que se abstenha de cobrar o PIS, Cofins e a CSLL sobre o valor bruto contido nas notas fiscais de fatura de serviços emitidas pela agravante, incidindo o(s) tributo(s) única e tão-somente sobre a rubrica denominada *taxa de administração* ou *taxa de serviço(s)*, nos termos da LC 70/91.

É como voto.

## Breviário

**Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.**

### Ensino. Aproveitamento de disciplinas.

A autonomia universitária não exime a instituição de ensino de observar os princípios da legalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, devendo as restrições de direito determinadas em seus regulamentos internos guardar correlação lógica e adequação aos fins a que se destinam.

Ag 2005.01.00.007894-6/MG

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: DJ 2 de 05/12/05

---

**Improbidade administrativa. Cautelar incidental. Sequestro e indisponibilidade de bens. Sindicância. Natureza jurídica. Unilateralidade. Prova pericial. Validade. Processo judicial. Carga probatória. Elementos de convicção. Dimensionamento. Valoração material.**

A sindicância, desde que não sirva de instrumento a produzir imediatos efeitos punitivos, não está submetida aos princípios do contraditório e da ampla defesa, posto que se trata de impulso administrativo inicial e precário, tendente à apuração dos fatos, e cuja natureza informativa apenas traduz indícios quanto às irregularidades cometidas.

A perícia produzida em sindicância, de modo unilateral pela Administração, comporta ser admitida como início de prova ao ajuizamento de ação cível, convertendo-se dita prova pericial em prova documental suficiente àquele intento de instrução da inicial, na forma do disposto no art. 282, VI, do CPC.

A perícia em juízo, pelo próprio conteúdo técnico que carrega, é a prova que pode proporcionar melhor carga de informações ao convencimento do julgador. Tal não implica se admitir que deva prevalecer sobre outros elementos de convicção, pois o dimensionamento e a valoração da prova pelo juiz decorrem das evidências que emergem de seu conteúdo, qualquer que seja o meio em que produzida, se documental, oral ou pericial, conforme sistemática adotada pelo sistema processual, evidenciada pelos arts. 131 e 436 do CPC.

AC 2003.35.00.017936-6/GO

Rel.: Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira (convocado) – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/12/05

**Pessoa jurídica. Administrador. Participação nos lucros. Imposto de Renda. Não-incidência.**

Os valores pagos a administrador de pessoa jurídica a título de participação nos lucros desta não estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na fonte, nem integram a base de cálculo do devido pelo beneficiário. (Leis 9.249/95, art. 10, e 6.404/76, art. 152, § 1º.)

AMS 2004.33.00.003700-2/BA

Rel.: Des. Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 21/12/05

**Prefeito municipal. Monopólio postal da União. Conceito de carta. Carnês de IPTU. Entrega efetivada pelo Município.**

A entrega de carnês de IPTU aos contribuintes municipais, diretamente pelo Município, fora da estrutura da ECT, não constitui violação do monopólio postal da União, seja porque, como notificação do lançamento fiscal, representa a prática direta de um serviço público pela municipalidade, como de resto porque se dá de

forma eventual e não lucrativa, segundo a exceção prevista no art. 9º, § 2º, *b*, da Lei 6.538/78.

O conceito de carta, previsto no art. 42 da Lei 6.538/78 (“objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.”), por demais dilargado, não se afeiçoa ao princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170), nem à moderna concepção de prestação de serviços (art. 594 – Cód. Civil), impescindindo de nova formatação legal.

Inq 2005.01.00.017239-6/MG

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 09/12/05

### **Pretensão de anulação de títulos de propriedade imóvel rural pelo Incra. Autarquia federal e Estado membro. Ausência de risco ao pacto federativo. Inaplicabilidade do art. 102, inciso I, alínea *f*, da Carta Magna. Competência da Justiça Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.**

A ação de procedimento ordinário proposta pelo Incra com o objetivo de desconstituir o título de propriedade definitiva outorgado pelo Estado de Mato Grosso a particular, na fronteira Brasil–Bolívia, não caracteriza inconstância à Federação brasileira.

Ag 2002.01.00.045256-5/MT

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 16/12/05

## **JEF's em Revista**

### **Mandado de Segurança**

**2005.38.00.712571-8/MG**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Edna Fagundes Veloso

Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Impetrado: O Exmo. Sr. Juiz Federal da 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais

## Ementa

*Mandado de segurança impetrado contra ato que inadmitiu pedido de uniformização nacional por não estarem autenticadas as cópias das decisões apresentadas (fls. 118/135) e não ter sido indicada a fonte autorizada de publicação. Alegação do impetrante de que a matéria é disciplinada no art. 3º da Resolução 273, onde não há tais exigências. Mandado de segurança distribuído no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde a Primeira Seção, por unanimidade, reconheceu a sua incompetência e declinou da competência para esta Primeira Turma Recursal.*

I. Em sede mandamental, o direito líquido e certo e o ato ilegal ou abusivo constituem-se condições específicas da ação, a cuja ausência há de ser denegada a segurança. Nesse sentido, confira-se o ensinamento de Sérgio Ferraz: “Direito líquido e certo é a um só tempo pressuposto de admissibilidade e condição de julgamento de mérito.” Tal entendimento norteia a análise dos fundamentos expendidos.

II. O pedido de uniformização, cuja decisão de inadmisssão é o alegado ato coator, fora requerido nos autos de recurso contra decisão antecipatória de tutela onde o acórdão da Primeira Turma Recursal, considerando ser desnecessário o preenchimento simultâneo dos requisitos idade e condição de segurado para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade, manteve a tutela antecipada.

III. O INSS alegou, no referido pedido de uniformização, que tal julgado diverge da interpretação conferida à matéria pelas duas Turmas do STJ que lidam com matéria previdenciária e utilizou como paradigma duas decisões (Recursos Especiais 505.988/RS – 5ª Turma do STJ – e 303.402/RS – 6ª Turma do STJ)

IV. Em 24/03/04, o MM. juiz impetrado, na decisão atacada cuja cópia se encontra a fls. 161 destes autos, inadmitiu o pedido de uniformização afirmando que (...) na falta de regulamentação específica quanto aos documentos que devem instruir o presente recurso, aplica-se subsidiariamente o art. 306, § 1º, do Regimento Interno do TRF-1ª Região, como autorizado pelo art. 66 da Resolução 10/02, do presidente do TRF-1ª Região (Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais da Justiça Federal na 1ª Região), que assim dispõe: ‘§ 1º A divergência indicada deverá ser comprovada por certidão ou cópia autenticada ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial ou autorizado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.’”

V. Dessa decisão, o INSS impetrou mandado de segurança, distribuído em 17/09/04, onde afirma que as exigências para o processamento do pedido de uniformização se encontram no art. 3º da Resolução 273, de 27/08/02<sup>1</sup>.

VI. A Resolução 273 do CJF, de 27/08/02, exige, como requisito de admissibilidade do pedido de uniformização, obediência ao prazo de 10 (dez) dias, cópia dos julgados divergentes e análise precisa do pedido.

VII. Em 1º/10/03, foi publicada a Resolução 330, de 05/09/03, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, a qual, praticamente repetindo a Resolução 273, contemplou como pressupostos de admissibilidade do pedido de uniformização, a obediência ao mesmo prazo de 10 (dez) dias, cópia dos julgados divergentes e demonstração sucinta do dissídio.(....).

VIII. Em 20/09/04, foi publicada a Resolução 390, de 17/09/04, que, apesar de revogar as disposições em contrário contidas nas Resoluções 330, de 05/09/03, e 363, de 30/03/04, mantém as mesmas exigências para que o pedido de uniformização seja admitido.

IX. Assim, consideradas tais normas, não se sustenta o fundamento que embasou a decisão impugnada no presente *writ*. Mas, em que pese tal entendimento, que diverge da fundamentação expendida na decisão atacada, outra causa impede a admissão do pedido de uniformização. Eis que tanto a Resolução 330, de 1º/10/03, como a Resolução 390, de 17/09/04, prevêm, no art. 9º, que “não será admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida na Turma Nacional.”

X. Dessa forma, considerando que o pedido de uniformização tem como objeto a manifestação da Turma Nacional sobre a necessidade de implementação simultânea dos requisitos necessários à obtenção do benefício de aposentadoria por idade; e, considerando, mais, que o INSS, nesse pedido de uniformização, utilizou como paradigma dois acórdãos do STJ, 505.988/RS (5ª Turma, 10/06/03) e 303.402/RS (6ª Turma, 21/03/02), alegando estar caracterizada a jurisprudência dominante necessária para decisão da Turma Nacional de Uniformização, decisões estas que não espelham a jurisprudência dominante naquela Corte, que vem decidindo reiteradamente sobre a matéria em sentido contrário às mesmas; considerando, ainda, que, em idênticos pedidos de uniformização onde, ao questionarem a necessidade da implementação simultânea dos requisitos da aposentadoria por idade, alegando ser predominante a jurisprudência citada como paradigma, a Turma Nacional de Uniformização se manifestou no sentido de que o pedido de uniformização não poderia ser conhecido, já que, apesar de existirem julgados no sentido de ser necessária a referida simultaneidade, existem julgados em sentido

contrário; e ressaltando, por fim, a presença do Ministério Público Federal neste julgamento, no qual fez sustentação oral; denega-se a segurança.

XI. Sem condenação em honorários.

### Acórdão

Decide a Tuma denegar a segurança, à unanimidade, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal, Seção Judiciária de Minas Gerais –30/09/05.

Juíza Federal *Maria Edna Fagundes Veloso*, Relatora.

### Voto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Edna Fagundes Veloso:* — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo INSS contra decisão de MM. Juiz Federal da 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais, que não admitiu pedido de uniformização interposto pelo INSS por não estarem autenticadas as cópias das decisões apresentadas (fls. 118/135) e não ter sido indicada a fonte autorizada de publicação.

O impetrante afirma, na inicial, que, no art. 3º da Resolução 273, que, segundo alega, “disciplina o assunto ora questionado”, é determinada a juntada de cópia dos julgados divergentes, não exigindo autenticação ou indicação de fonte autorizada de publicação.

A ação foi endereçada e distribuída no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde a Primeira Seção, por unanimidade, reconheceu a sua incompetência e declinou da competência para esta Primeira Turma Recursal, considerando que “a competência recursal relativamente às decisões proferidas pelo Juizado Especial, bem assim a impetração de mandado de segurança contra ato de tais autoridades, recai sobre as respectivas Turmas Recursais.”

É o breve relatório. Decido.

Em primeiro lugar, registro que, a meu ver, em sede mandamental, o direito líquido e certo e o ato ilegal ou abusivo constituem-se condições específicas da ação, a cuja ausência há de ser denegada a segurança.

Nesse sentido, confira-se o ensinamento de Sérgio Ferraz<sup>2</sup>:

Direito líquido e certo é a um só tempo pressuposto de admissibilidade e condição de julgamento de mérito.

E, norteada por tal entendimento, passo à análise dos fundamentos expendidos.

O pedido de uniformização, cuja decisão de inadmissão é o alegado ato coator, fora requerido nos autos de recurso contra decisão antecipatória de tutela onde o acórdão da Primeira Turma Recursal, considerando ser desnecessário o preenchimento simultâneo dos requisitos idade e condição de segurado para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade, manteve a tutela antecipada.

O INSS alegou, no referido pedido de uniformização, que tal julgado diverge da interpretação conferida à matéria pelas duas Turmas do STJ que lidam com matéria previdenciária e utilizou como paradigma duas decisões (Recursos Especiais 505.988/RS – 5ª Turma do STJ – e 303.402/RS – 6ª Turma do STJ)

Em 24/03/04, o MM. juiz impetrado, na decisão atacada cuja cópia se encontra a fls. 161 destes autos, inadmitiu o pedido de uniformização afirmando que “(...) na falta de regulamentação específica quanto aos documentos que devem instruir o presente recurso, aplica-se subsidiariamente o art. 306, § 1º, do Regimento Interno do TRF-1ª Região, como autorizado pelo art. 66 da Resolução 10/02, do Presidente do TRF-1ª Região (Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais da Justiça Federal na 1ª Região), que assim dispõe:

‘§ 1º A divergência indicada deverá ser comprovada por certidão ou cópia autenticada ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial ou autorizado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.’”

Dessa decisão, o INSS impetrou mandado de segurança, distribuído em 17/09/04, onde afirma que as exigências para o processamento do pedido de uniformização se encontram no art. 3º da Resolução 273, de 27/08/02<sup>3</sup>.

A Resolução 273 do CJF, de 27/08/02<sup>4</sup>, exige, como requisito de admissibilidade do pedido de uniformização, obediência ao prazo de 10 (dez) dias, cópia dos julgados divergentes e análise precisa do pedido.

Em 1º/10/03, foi publicada a Resolução 330, de 05/09/03, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, a qual, praticamente repetindo a Resolução 273, contemplou como pressupostos de admissibilidade do pedido de uniformização, a obediência ao mesmo prazo de 10 (dez) dias, cópia dos julgados divergentes e demonstração sucinta do dissídio.(....).

Em 20/09/04, foi publicada a Resolução 390, de 17/09/04, que, apesar de revogar as disposições em contrário contidas nas Resoluções 330, de 05/09/03 e 363, de 30/03/04, mantém as mesmas exigências para que o pedido de uniformização seja admitido.

Assim, consideradas tais normas, não se sustenta o fundamento que embasou a decisão impugnada no presente *writ*. Mas, em que pese tal entendimento, que diverge da fundamentação expendida na decisão atacada, outra causa impede a admissão do pedido de uniformização. Eis que tanto a Resolução 330, de 1º/10/03, como a Resolução 390, de 17/09/04, prevêm, no art. 9º, que “não será admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida na Turma Nacional.”

Assim, considerando que o pedido de uniformização tem como objeto a manifestação da Turma Nacional sobre a necessidade de implementação simultânea dos requisitos necessários à obtenção do benefício de aposentadoria por idade;

Considerando, mais, que o INSS, nesse pedido de uniformização, utilizou como paradigma dois acórdãos do STJ, 505.988/RS (5ª Turma, 10/06/03) e 303.402/RS (6ª Turma, 21/03/02), alegando estar caracterizada a jurisprudência dominante necessária para decisão da Turma Nacional de Uniformização, decisões estas que não espelham a jurisprudência dominante naquela Corte, que vem decidindo reiteradamente sobre a matéria em sentido contrário às mesmas;

E considerando, ainda, que, em idênticos pedidos de uniformização onde, ao questionarem a necessidade da implementação simultânea dos requisitos da aposentadoria por idade, alegando ser predominante a jurisprudência citada como paradigma, a Turma Nacional de Uniformização se manifestou no sentido de que o pedido de uniformização não poderia ser conhecido, já que, apesar de existirem julgados no sentido de ser necessária a referida simultaneidade, existem julgados em sentido contrário;

E ressalvando, por fim, a presença do Ministério Público Federal neste julgamento, no qual fez sustentação oral;

Voto no sentido de denegar a segurança.

---

#### Notas

<sup>2</sup> Citação de Sérgio Ferraz *in Mandado de segurança*, Malheiros Editores, 20ª ed., p. 21.

<sup>3</sup> “Art. 3º O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes regiões ou em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal será, nos próprios autos, dirigido ao presidente da Turma Recursal que proferiu a decisão, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação da decisão recorrida, *com cópia dos julgados divergentes e análise precisa do pedido.* (...)”

---

<sup>4</sup> “Art. 3º O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes regiões ou em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal será, nos próprios autos, dirigido ao presidente da Turma Recursal que proferiu a decisão, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação da decisão recorrida, com *cópia dos julgados divergentes e análise precisa do pedido.*(...)”

---

## Processo

**2004.39.00.707334-1/PA**

Número de Origem: 2004.39.00.715371-5/PA

Vara/Origem: 1ª Vara – JEF – Cível/PA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva  
(convocado)

Recorrentes: União Federal  
Edneide Alamar de Melo

Recorridos: Edneide Alamar de Melo  
União Federal

Publicação: DOE de 20/10/05

---

## Ementa

*Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade objetiva. Resultado de exame anti-HIV falso positivo. Ocorrência de dano. Majoração do valor indenizatório.*

I. Acha-se devidamente demonstrado nos autos o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo, eis que o resultado do exame falso positivo realizado pela autora foi fornecido pela Fundação Nacional de Saúde, através do Instituto Evandro Chagas – IEV (fls. 18).

II. Dano moral caracterizado frente ao sofrimento enfrentado pela autora ao se deparar com o resultado (falso) noticiando que seria portadora de um vírus letal.

III. Com vistas a inibir a repetição de situações semelhantes e de compensar a vítima da situação a que foi submetida, ocasionada pelo período de mais de três meses de angústia, acreditando, erroneamente, ser soropositivo, a majoração do valor da indenização para a quantia de R\$ 15.600,00, longe de proporcionar o enriquecimento sem causa de quem a pleiteia, mostra-se mais adequada ao caso vertente.

IV. Recurso da autora provido para majorar o valor da indenização.

V. Recurso da União Federal improvido.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Juízes da Turma Recursal com sede na Seção Judiciária do Pará, à unanimidade, em dar provimento ao recurso da autora para majorar a verba indenizatória por danos morais, fixando-a em R\$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais) e negar provimento ao da União Federal, na conformidade do voto do Relator.

Além do signatário, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juízes Rubens Rollo D'Oliveira, Presidente, e Marcelo Carvalho Cavalcante de Oliveira.

Turma Recursal, Seção Judiciária do Pará – 18/08/05

Juiz Federal *Anselmo Gonçalves da Silva*, Relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva:* — Sr. Presidente, tratam os autos de recursos interpostos pela autora e pela União Federal contra sentença que condenou a segunda ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 7.500,00, em decorrência de resultado falso positivo em exame de Aids a que se submeteu a autora.

Em seu recurso, a autora pleiteia a majoração do valor da indenização para o patamar de 60 (sessenta) salários mínimos.

A União Federal, por sua vez, suscita, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da causa, bem como incompetência do JEF para processo e julgamento da demanda, por tratar-se de questão extensa e complexa. No mérito, alega que a autora não sofreu na sua esfera física nenhum abalo resultante de ato ilícito. Sustenta que, mesmo que esta Turma Recursal entenda que o dano restou configurado, pleiteia seja reduzido o valor da indenização, a fim de que se evite o enriquecimento ilícito da autora e a excessiva penalização da ré. Ao final, pugna pela total improcedência do pedido vertido na inicial.

Em suas respectivas contra-razões, a fls. 85/88 e 89/91, autora e requerida, respectivamente, pugnam pelo improvimento do recurso contrário.

É o relatório.

## Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva:* — Conheço dos recursos porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, tenho como superadas as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* e incompetência do JEF para o julgamento da demanda suscitadas pela União Federal, eis que devidamente apreciadas e rejeitadas pelo julgador *a quo*, pelo que passo à apreciação das demais matérias ventiladas.

O ordenamento jurídico pátrio, no que tange à responsabilidade objetiva do Estado, adotou a teoria do risco administrativo, não se perquirindo, portanto, da culpa ou dolo do agente público quando da prática do ato lesivo. Portanto, para que o Estado responda objetivamente basta que se comprove o dano sofrido, o nexo de causalidade entre a omissão/conduita praticada pela Administração, bem como se evidencie a ausência de culpa concorrente da vítima na produção do efeito danoso.

Acha-se devidamente demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo, eis que o resultado do exame falso positivo realizado pela autora foi fornecido pela Fundação Nacional de Saúde, através do Instituto Evandro Chagas – IEV (fls. 18).

No que pertine ao recurso da União, ressalto que a hipótese trazida aos autos não se evidencia como de simples preocupação da autora, mas de situação que lhe ocasionou gravíssimos e inigualáveis abalos emocionais ao se deparar com o resultado (falso) noticiando que seria portadora do vírus HIV, isto sem mencionar a imensa dor com que a mesma repassou a notícia aos familiares e ao namorado. A situação, no mínimo lastimável enfrentada pela demandante, abalou até mesmo sua vida afetiva, tanto é que o seu namorado, ao saber o resultado do exame, deu fim a um relacionamento que, segundo a autora, era duradouro e promissor.

A alegação da União Federal de que esperava da autora o mínimo de discernimento e controle emocional, quando do recebimento do resultado, por ser esta profissional da área de saúde, é absurda. Não se pode exigir de qualquer pessoa tranqüilidade ao se deparar com um resultado positivo de contaminação por um vírus letal.

Nesse mesmo sentido, a argumentação da requerida de que o exame laboratorial constitui exame complementar, cuja avaliação há que ser feita exclusivamente pelo médico do paciente, não tem o condão de eximi-la da responsabilidade, que persiste quanto à indenização por dano moral. Houve, sim, na hipótese em tela, má prestação do serviço prestado pelo Instituto Evandro Chagas, isto sem men-

cionar que no teor do próprio resultado de fls. 18 não houve qualquer ressalva de que é necessário um novo exame para confirmar o anterior.

Configurado o dano moral e, pois, a necessidade de a União Federal indenizar, passo a apreciar a fixação do respectivo valor, objeto de recurso de ambas as partes.

Tal questão é de todo delicada, haja vista que exige do julgador exame criterioso, não se apurando através de cálculos meramente matemáticos.

Não creio que o valor de R\$ 7.500,00 fixado pelo juiz de primeira instância reflita de maneira razoável o dano extrapatrimonial sofrido pela autora. O erro no resultado do exame laboratorial trouxe conseqüências de dimensões desastrosas em todos os aspectos da vida da demandante, tanto é que esta necessitou de acompanhamento psicológico (fls. 30).

Assim, atento ao critério de natureza punitiva, com vistas a inibir a repetição de situações semelhantes e de compensar a vítima da situação a que foi submetida, ocasionada pelo período de mais de três meses de sofrimento e angústia, acreditando, erroneamente, ser soropositivo, entendo que a majoração do valor da indenização para a quantia de R\$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais), longe de proporcionar o enriquecimento sem causa de quem a pleiteia, mostra-se mais adequada ao caso vertente.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso da autora para majorar o valor da indenização para a importância de R\$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais) e nego provimento à irresignação da União Federal.

Condene a recorrente vencida ao pagamento de verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

---

## **Recurso**

### **2004.34.00.705101-0/DF**

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa

Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogada: Dra. Daniela Alves Cruz de Carvalho

Recorrido: Benoni de Sousa Santos

Advogada: Dra. Patrícia Nogueira de Andrade

Publicação: DJ 2 de 29/04/05

---

---

## Ementa

*Sistema Financeiro da Habitação. Quitação do financiamento habitacional com desconto. Informação equivocada prestada pela CEF. Emissão do documento de quitação do imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Sentença mantida.*

Aplica-se ao caso do Código de Defesa do Consumidor, dada a relação de consumo existente entre o agente financeiro do SFH que concede empréstimo para aquisição de casa própria e o mutuário, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 623848/BA, 3ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 17/12/04).

O Código de Defesa do Consumidor dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30 da Lei 8.078/90).

Além disso, as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, nos termos do art. 48 da referida lei.

No caso, o autor recebeu da CEF a informação de que obteria o desconto de 30% (trinta por cento) na quitação antecipada da dívida junto ao SFH (fls. 24). Assim, tendo o autor efetuado o pagamento do débito com o desconto (fls. 25), deve a CEF emitir o respectivo documento de quitação do imóvel.

Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099, de 1995.

Recurso improvido. Honorários pela recorrente, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

## Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento ao recurso da CEF.

2ª Turma Recursal, Seção Judiciária do Distrito Federal – 14/04/05.

---

Juíza Federal *Daniele Maranhão Costa*, Relatora.

---

## **Recurso Inominado**

**2004.38.00.790660-0/MG**

Número de Origem: 2003.38.00.719680-6/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Recorrente: Filomena Queiroz Ferreira

Procurador: Dr. José Froes Brasil

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Procurador do INSS

Publicação: *DOE* de 25/11/05

---

## **Acórdão**

Decide a Turma, à unanimidade, declarar a incompetência do Juizado e conceder a tutela antecipada de ofício, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma Recursal, Seção Judiciária de Minas Gerais – 04/11/05.

Juíza Federal *Vânia Cardoso André de Moraes*, Relatora.

---

## **Relatório**

*A Exma. Sra. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes*: — Trata-se de recurso inominado interposto pela autora ao fundamento de que o juízo *a quo* reconheceu a qualidade de trabalhadora rural segurada especial da recorrente, entretanto indeferiu o pedido de aposentadoria por idade (art. 143 da Lei 8.213/91) diante da não-comprovação do período de trabalho durante 180 meses anteriores ao requerimento do benefício. Requer seja observado o disposto no art. 142 da Lei 8.213/91, haja vista ter sido o seu pedido formulado em 1994.

O INSS não apresentou contra-razões apesar de ter sido devidamente intimado.

É o relatório.

## **Voto**

*A Exma. Sra. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes*: — Ausente, no caso em concreto, a competência do Juizado Especial Federal para apreciação

do feito, pressuposto processual subjetivo de desenvolvimento válido e regular do processo, passível de ser declarado de ofício.

Com efeito, apesar de o valor da causa expresso na petição inicial não ultrapassar 60 salários mínimos, nos termos do disposto no art. 3º da Lei 10.259, de 12 julho de 2001, constata-se que o requerimento administrativo ocorreu em 1994, logo, na hipótese de provimento do recurso nesta instância, tão-somente as parcelas atrasadas a partir do requerimento administrativo já alcançariam um total de 108 (cento e oito) salários mínimos, considerando-se que não foi alegada pela recorrida a ocorrência da prescrição quinquenal. (art. 109 do CC)

Lado outro, não há nos autos em nenhum momento desistência expressa dos valores que porventura viessem a superar a competência do Juizado, não podendo, nesta instância, proceder-se o decote de parcelas excedentes sem oportunidade de manifestação da litigante.

Diante de tais considerações *declino da competência desta Turma para uma das Varas Previdenciárias desta Seção Judiciária de Minas Gerais*. No caso concreto, entretanto, entendo que esta Turma Recursal, apesar de não possuir competência para apreciar o mérito da demanda, possui o dever legal de verificar, de ofício, a possibilidade de concessão de medida cautelar neste momento processual, nos exatos termos do art. 4º da Lei 10.259/01<sup>1</sup>.

O primeiro argumento a corroborar esta tese advém da análise da distinção entre competência dos Juizados Especiais Federais e a competência das varas privativas desta Seção Judiciária no que permeia as questões previdenciárias, donde se depreende que o grande diferencial advém do valor da causa, não podendo ultrapassar, no caso dos primeiros, o limite de 60 salários mínimos. Esta questão simples precisa ser apreciada, porque através dela é possível fazer uma distinção entre a incompetência absoluta em relação à matéria e àquela que se limita tão-somente à distinção de valor. Tal digressão se faz necessária para que esta Turma possa delimitar efetivamente quando é possível adentrar na análise de questões pertinentes à medida cautelar de urgência, mesmo quando afigura-se incompetente para análise do mérito. Tal não poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de incompetência absoluta pertinente à matéria. Podemos verificar, como exemplo, um juízo militar que viesse a conceder tutela antecipada em matéria pertinente ao juízo eleitoral. Esta distinção material não ocorre na hipótese ora em análise

O segundo argumento a autorizar a possibilidade de concessão da cautela cinge-se ao fato de a prestação jurisdicional efetiva possuir (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) natureza jurídica de direito fundamental. No âmbito da atuação jurisdicional é, talvez, onde mais significativamente repercute a *força especial* dos

direitos fundamentais. Atualmente, refere-se à *efetividade da tutela jurisdicional (na terminologia corrente entre processualistas) como um direito fundamental à tutela efetiva (terminologia dos constitucionalistas)*. Tal assertiva acarreta as seguintes conseqüências:

1 – As garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos como relacionados com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídica especiais, próprios dos direitos fundamentais.

2 – Não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.

3 – A Constituição Federal de 1988 confere eficácia vinculante imediata aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).

4 – O juiz tem o poder-dever de negar a aplicação à lei infraconstitucional, na medida e na extensão em que se revele, no caso concreto, contrária ao direito fundamental, ou mesmo impondo-lhe limitações excessivas.

5 – O juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa a ele submetida.

Apesar de estarmos diante de uma incompetência absoluta desta Turma Recursal, deve-se buscar a máxima efetivação dos princípios consagrados pela Constituição. No caso dos autos, a verba alimentícia traz sempre consigo um clamor de urgência na obtenção, que não pode ser desconsiderado por esta Corte. Desse modo, tratando-se de verbas desta natureza, mesmo não havendo pedido expresso, está implícita a necessidade de obtenção da tutela emergencial.

Ultrapassada, portanto, as objeções jurídicas à concessão da medida cautelar por juízo incompetente, no caso específico desta incompetência decorrer tão-somente pelo valor da causa, passo a avaliar os fatos narrados nestes autos e verifico a presença dos requisitos do art. 273 do CPC c/c art. 4º da Lei 10.259/01.

A verossimilhança das alegações embasadas em prova inequívoca configuram-se na observância de que as provas documentais evidenciam, por sua vez, que a parte recorrida preenche o *requisito idade*, pois nasceu aos 16/08/27, possuindo 78 anos; e laborou por mais de 20 anos em atividade rural, *restando perfectibilizada a carência prevista no art. 142 da Lei 8.213/91* (conforme se vê das cópias dos documentos constantes dos autos), tais como termo de entrevista e declaração assinada pela Dra. Danielle de Guimarães Germano, Promotora de Justiça neste Estado; entrevista rural, cujo termo encontra-se devidamente assi-

nado por servidor do próprio INSS, que reconhece categoricamente a qualidade de lavradora da recorrida, atestando, ainda, que o esposo dela é aposentado do Instituto como trabalhador rural.

Colhe-se do depoimento da parte segurada: “...que trabalhava com lavoura no terreno próprio que era o sítio do Córrego de Areia; que lá plantava feijão, milho, arroz, criava galinhas e porcos ...” (fls. 26)

Da mesma forma, a prova testemunhal: “... que conhece a autora há 20 ou 30 anos, sendo que o pai da mesma tinha uma fazenda próxima ao Córrego São Benedito, sendo vizinho do depoente (...) que durante esses 10 anos em que a autora morou na fazenda do depoente, a mesma realmente trabalhava; que a autora não tem outra renda e nunca trabalhou na cidade...” (João Dias Campos – fls. 27).

Auxilia ainda a parte recorrida a Súmula 6 da Turma Nacional de Unificação (TNU): “A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.”

Quanto à possibilidade de dano irreparável constata-se que a recorrente possui, na data de hoje, 78 anos, portanto, aguardar os trâmites legais para tão somente após o julgamento final da ação poder vir a perceber o benefício, pode significar a negativa absoluta da prestação jurisdicional efetiva, além de ofensa ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Isso posto, concedo a medida cautelar para determinar ao recorrido que conceda à recorrente o benefício de um salário mínimo, fulcro no art. 143 da Lei. 8.213/91, bem como determino a remessa deste feito para uma das Varas Previdenciárias desta Seção, via livre distribuição.

Antes da remessa, proceda à Secretaria desta 2ª Turma Recursal a intimação com urgência do recorrido para dar cumprimento à decisão.

---

#### Notas

<sup>1</sup> “Art. 4º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.”

---

## Recurso

**2005.41.00.706714-7/RO**

Processo de Origem: 2004.41.00.704403-0/RO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Humberto Ferreira

Reclamante: Caixa Econômica Federal – CEF

---

Advogado: Dr. Maurílio Galvão da Silva Jr.  
Reclamada: Maria das Dores Gomes  
Publicação: DJ/RO de 24/10/05

---

### **Ementa**

*Administrativo. FGTS. Transação. Termo de adesão. Falta. Ausência de prova.*

I. Conforme entendimento do egrégio TRF-1ª Região, a apresentação do termo de adesão é essencial à comprovação da veracidade dos fatos narrados pela Caixa, sendo que a consequência do descumprimento desse ônus processual será a desconsideração do acordo (TRF-1ª Região, AC 2003.38.00.012733-3/MG, 5ª Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJ de 28/04/05, p. 62).

II. Rejeita-se a alegação de falta de interesse de agir se a Caixa Econômica Federal não comprova a transação, mediante a juntada do termo de adesão.

III. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido.

### **Acórdão**

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Juízes da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado de Rondônia, por unanimidade, negar provimento ao recurso da CEF.

Turma Recursal, Seção Judiciária de Rondônia – 03/11/05.

Juiz Federal *José Humberto Ferreira*, Relator.

---

### **Relatório**

*O Exmo. Sr. Juiz Federal José Humberto Ferreira:* — Cuida-se de recurso apresentado pela Caixa Econômica Federal, manifestado contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara – Juizado Especial Federal do Estado de Rondônia, que a condenou a reajustar a conta vinculada ao FGTS da recorrida, nos percentuais de 16,64% (Plano Verão) e 44,80% (Plano Collor I), com a efetiva liberação da totalidade do saldo.

Diz que a recorrida, mesmo tendo firmado o termo de adesão previsto na Lei Complementar 110/01, em 25/10/02 (fls. 24), propôs ação objetivando a correção e liberação dos saldos de sua conta vinculada ao FGTS.

Sustenta a validade da transação efetivada entre as partes e pede o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja reformada a sentença

guerreada, julgando extinto o processo, sem exame do mérito, ante a ausência de interesse de agir.

Não foram apresentadas contra-razões pela recorrida.

É, em apertada síntese, o relatório.

### Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal José Humberto Ferreira:* — Conheço do recurso, porque próprio e tempestivo.

O inconformismo da Caixa Econômica Federal é com relação à existência de transação entre as partes, consubstanciada na adesão facultada pela Lei Complementar 110/01. Afirma que o referido termo é perfeitamente válido e, por isso, há de ser reconhecido como ato jurídico perfeito e julgado extinto o processo, sem exame do mérito, devido à ausência de interesse de agir.

De fato, o termo de adesão encontra fundamento de validade no art. 6º da Lei Complementar 110, de 29/06/01. Não se trata de imposição legal, mas de ato jurídico firmado pelos detentores de contas vinculadas, com o objetivo de receber de forma mais rápida as diferenças e dar cabo às demandas relativas aos expurgos inflacionários ocorridos nos diversos planos econômicos levados a cabo pelos governos passados.

Ocorre, entretanto, que a Caixa Econômica Federal não logrou fazer prova do alegado, uma vez que não juntou aos autos o referido termo de adesão que comprovaria a existência do acordo administrativo.

Colacionou somente o extrato, o que não é suficiente para demonstrar a adesão nos termos da Lei Complementar 110/01, uma vez que se trata de documento unilateral, que não faz prova da ocorrência da referida adesão.

Se não bastasse, lembro que o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região vem entendendo que “a apresentação de termo de adesão com a anuência do correntista é essencial à comprovação da veracidade dos fatos narrados pela Caixa, sendo que a consequência do descumprimento desse ônus processual será a desconsideração do acordo” (TRF-1ª Região, AC 2003.38.00.012733-3/MG; 5ª Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, *DJ* de 28/04/05, p. 62).

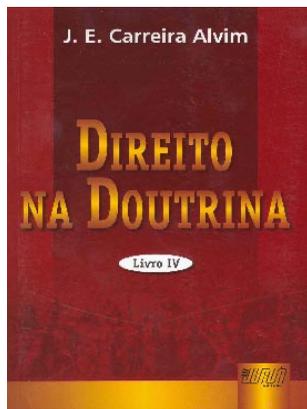
Portanto, não há que se falar em falta de interesse de agir.

Posto isso, conheço do recurso porque próprio e tempestivo, mas nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida.

Sem custas e honorários advocatícios, em face do disposto no art. 24-A, parágrafo único, da Lei 9.028/95 e art. 29-C da Lei 8.036/90.

É como voto.

## Os Livros dos Juízes

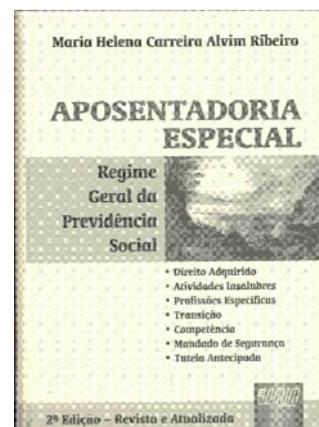


*Direito na Doutrina* – Livro IV, 302 p., recentemente lançado pela Editora Juruá, de autoria de J.E. Carreira Alvim, professor da PUC/RJ, doutor pela UFMG e desembargador do TRF-2ª Região, reúne artigos contemporâneos do campo do Direito Processual Civil e pretende prestar auxílio aos profissionais do Direito, principalmente no que concerne às suas pesquisas, assim como no atuar quotidianos dos advogados.

*Aposentadoria Especial* – Regime Geral da Previdência Social – 2ª ed., de Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro, Juíza Federal de MG, consiste em importante instrumento de pesquisa para o conhecimento do benefício de aposentadoria especial, a partir de sua instituição até as recentes alterações efetuadas na legislação previdenciária.

Apresenta todo o histórico da aposentadoria especial, contemplando as alterações feitas no benefício e as regras vigentes em cada época.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência é colocado em relevo nos diversos temas abordados, que incluem o direito à aposentadoria especial, o enquadramento da atividade especial, o direito à conversão de tempo especial em tempo comum, o direito adquirido dos segurados à concessão do benefício e à conversão do tempo de serviço especial, as regras de transição instituídas pela



---

Emenda Constitucional 20/98, a exigência de laudo técnico, o conceito de perfil profissiográfico previdenciário, a comprovação de tempo especial pelo autônomo (contribuinte individual), o ruído no ambiente de trabalho e questões processuais pertinentes aos benefícios previdenciários, dentre outros. Editora Juruá.

---

**Monografias**

**Série de Monografias  
CEJ**

**Volume 10**

Mostra-se de grande relevância aos estudiosos da Justiça Federal entrar em contato com o volume 10 da série de monografias publicadas em 2005 pelo Conselho de Justiça Federal, oriundas do concurso de monografias sobre a Administração da Justiça Federal realizado pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ, com o objetivo de promover o estudo e o debate de questões relacionadas ao aprimoramento da Justiça Federal. Este volume compila os trabalhos dos quatro primeiros colocados: 1º lugar – Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal, de Carlos Henrique Borlido Haddad, 2º lugar – O novo juiz e a administração da Justiça: repensando a seleção, a capacitação e a avaliação dos magistrados federais, de Vicente de Paula Ataíde, 3º lugar – Organização e administração dos Juizados Especiais Federais, de George Marmelstein Lima, e 4º lugar – Morosidade e suas vicissitudes: desafios para a avaliação da produtividade do juiz federal, de Vladimir Santos Vitovsky.

As monografias trazem propostas práticas ao enfrentamento da morosidade do Judiciário, bem como sugestões relativas à formação do novo magistrado, fatores para medir sua produtividade, avaliação de desempenho, entre outros temas de interesse à Justiça Federal.

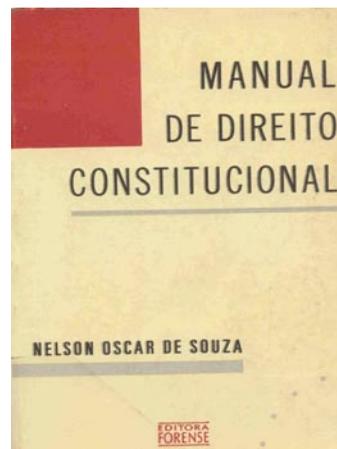
---

O *Manual de Direito Constitucional*, de autoria do Desembargador aposentado do TJ/RS, Nelson Oscar de Souza, propõe-se a interpretar os lineamentos constitucionais pós-1988, destinando-o à clientela acadêmica, para efeito curricular.

Formulando cada capítulo de tal forma que alunos e mestres encontrem material suficiente para estudo e debate, a obra é inovadora, porque não apenas indica o tema, como fornece aos estudantes a metodologia de pesquisa, recomendando a elaboração de fichas de leitura (doutrinária e jurisprudencial).

Na indicação das normas que vigiram anteriormente, encontrará o leitor o desenvolvimento histórico dos institutos e sistemas; na apresentação dos textos introdutórios, a possibilidade de questionamento das posições doutrinárias; e na elaboração de roteiros, o apoio para as pesquisas necessárias.

Entendeu o autor ainda, por oportuno, indicar, a final, a principal bibliografia sobre o tema, além de leituras esparsas como matéria auxiliar de estudo. Editora Forense.



## Repositórios Oficiais

Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais

Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários

Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo

Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio

Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97.

Editora Forense: Revista Forense

Editora LTR: Revista de Previdência Social–RPS

Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas.

Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual

Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público

Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva

Editora Nacional de Direito Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência

Editora Plenum: Revista Juris Plenum

Editora Portal Jurídico Ltda: CD Rom Gazeta Juris

Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET

## 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

# 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 *I'talo 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

## Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

## **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 Carlos Olavo – Presidente  
Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

### **5ª Turma**

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Presidente  
Desembargador 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  
Desembargador 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

### **Conselho de Administração**

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente  
Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Vice-Presidente

---

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Corregedora-Geral  
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

### **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 Amilcar Machado – Presidente  
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva  
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira

### **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 Carlos Fernando Mathias – 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

# 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

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa

### 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

Color Press 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) 3314-5377 e 3314-5451 – Fax (61) 3226-6538

E-mail: revista@trfl.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

A revisão textual abarca as seções Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos e Breviário. Quanto às demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, nas 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

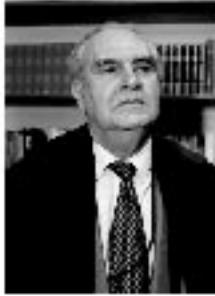
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

# 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