

ISSN 0103-703-X  
[www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br)

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

---

Setembro/2012  
Número 9 Ano 24

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

## Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Thainná Silva Gameiro – estagiária

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Thainná Silva Gameiro – estagiária

## Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

## Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leonardo Arantes de Melo – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

## Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

## Confecção de chapas CTP

Total Gráfica e Editora Ltda.

## Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

## Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – Serev/Cojud/TRF 1

SAS Sul – Quadra 1 – Bloco C – Ed. Anexo I – Sala 110

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3580 e 3410-3571 – Fax: (61) 3410-3573

E-mail: [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br)

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização, em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) e com projeto editorial próprio.

Nas demais seções, a Revista realiza também revisão textual.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o 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

# Plenário

## Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

## Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

## Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Kassio Marques*

Desembargador Federal *Néviton Guedes*

Desembargador Federal *Novély Vilanova*

## Corte Especial

### Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

### Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

### Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Mendes*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **1ª Seção**

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – presidente  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*  
Desembargador Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

### **2ª Seção**

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – presidente  
Desembargador Federal *I'talo Mendes*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **3ª Seção**

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – presidente  
Desembargadora Federal *Selene Almeida*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargador Federal *Souza Prudente*  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

### **4ª Seção**

Desembargador Federal *Tolentino Amaral* – presidente  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Leomar Amorim*  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargador Federal *Novély Vilanova*

### **1ª Turma**

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – presidente  
Desembargador Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

### **2ª Turma**

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – presidente  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

### **3ª Turma**

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **4ª Turma**

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – presidente  
Desembargador Federal *I'talo Mendes*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*

### **5ª Turma**

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – presidente  
Desembargador Federal *João Batista Moreira*  
Desembargador Federal *Souza Prudente*

### **6ª Turma**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – presidente  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

### **7ª Turma**

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca* – presidente  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

### **8ª Turma**

Desembargador Federal *Leomar Amorim* – presidente  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Novély Vilanova*

### **Conselho de Administração**

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – presidente  
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – vice-presidente  
Desembargador Federal *Carlos Olavo* – corregedor regional  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargador Federal *Olindo Menezes*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Neuza Alves*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### **Comissão de Jurisprudência — art. 77, II e §1º, RITRF1**

Desembargador Federal *Selene Almeida* – presidente  
Desembargadora Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargadora Federal *Kassio Marques*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes* – suplente

### **Comissão de Promoção — art. 77, III e §2º, RITRF1**

Desembargador Federal *Carlos Olavo* – presidente  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*  
Desembargador Federal *Neuza Alvez*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*  
Desembargadora Federal *Selene Almeida*  
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*  
Desembargadora Federal *Reynaldo Fonseca*  
Desembargadora Federal *Leomar Amorim*

### **Comissão de Concurso — arts. 78, 79 e 80, parágrafo único, RITRF1**

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – presidente  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*  
Professora *Ana Frazão* – (UnB)  
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – (OAB)

### **Comissão de Regimento — art. 77, I e §1º, RITRF1**

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes* – presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargador Federal *João Batista Moreira*  
Desembargador Federal *Néviton Guedes* – suplente

### **Comissão de Acervo Jurídico — art. 77, IV e §1º, RITRF1**

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – presidente  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*

### **Revista do Tribunal**

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – diretor

### **Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF**

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – diretor  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – 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 do Tocantins





Desembargador Federal  
Adhemar Maciel  
abril/1989 – novembro/1992



Desembargador Federal  
Catão Alves  
novembro/1992 – outubro/1993



Desembargador Federal  
Leite Soares  
novembro/1993 – junho/1994



Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/1997 – maio/1999



Desembargador Federal  
Tourinho Neto  
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal  
Aloísio Palmeira Lima  
maio/1999 – julho/2001



Desembargador Federal  
Jirair Aram Meguerian  
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal  
Olindo Menezes  
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal  
Carlos Fernando Mathias  
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal  
Tolentino Amaral  
junho/2006 – julho/2007



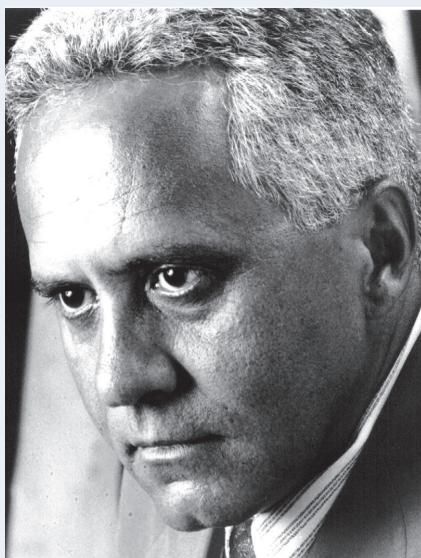
Desembargador Federal  
Hilton Queiroz  
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal  
Carlos Moreira Alves  
setembro/2009 – setembro/2010



Desembargador Federal  
I'talo Mendes  
dezembro/2010 – maio/2012



Desembargador Federal João Batista Moreira  
a partir de junho/2012



<b>Editorial</b>	<b>19</b>
------------------	-----------

<b>Epígrafe</b>	<b>21</b>
-----------------	-----------

<b>Ponto de Vista</b>	<b>23</b>
-----------------------	-----------

Educar é preciso, **23**

Deonísio da Silva

<b>Artigos Doutrinários</b>	<b>27</b>
-----------------------------	-----------

Há resposta certa para a democracia e para o Direito? Uma abordagem a partir e para além das perspectivas substancialistas e racionais universalistas, **27**

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Depoimento pessoal do segurado e inquirição de testemunha por carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal e seu cumprimento pela Justiça estadual, **45**

Roberto Luis Luchi Demo

Previdência complementar aberta, fundos multipatrocinados e fomento da previdência fechada, **51**

Danilo Ribeiro Miranda Martins

<b>Inovações Legislativas</b>	<b>71</b>
-------------------------------	-----------

Lei 12.708, de 17/08/2012.

Lei 12.711, de 29/08/2012.

Lei 12.714, de 14/09/2012.

Lei 12.715, de 17/09/2012.

Decreto 7.795, de 24/08/2012.

Decreto 7.796, de 30/08/2012.

Decreto 7.802, de 13/09/2012.

Decreto 7.804, de 13/09/2012.

Decreto 7.805, de 14/09/2012.

Decreto 7.807, de 17/09/2012.

<b>Arguição de Inconstitucionalidade</b>	<b>73</b>
--	-----------

Suframa. Taxa de Serviços Administrativos - TSA. Lei 9.960/2000, art. 1º. Fato gerador. Atuação estatal própria do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível. Inexistência de definição. Inconstitucionalidade reconhecida, **73**

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível 0005632-98.2007.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Taxa de serviços urbanos. Previsão no Código Tributário do Município de Salvador. Confronto com a Constituição Federal. Base de cálculo semelhante/identificável com a do IPTU. Serviço executável *uti universi*. Benefício da população em geral. Custeio por meio da arrecadação de impostos gerais, **77**

Numeração única: 0031135-59.2000.4.01.3300

Arguição de Inconstitucionalidade 2000.33.00.031138-8/BA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

## Acórdãos— Inteiros Teores

81

Corte Especial – Mandado de segurança contra ato do presidente do TRF 1ª Região. Cessão. Ato precário. Revogação. Necessidade de serviço, **81**

Mandado de Segurança 0044613-57.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Primeira Seção – Ação de indenização. Valores relativos a benefício previdenciário de pensão por morte pagos a pessoa que não constava como beneficiária do benefício. Matéria de natureza previdenciária. Competência da vara federal especializada, **85**

Numeração única: 0048859-67.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.050852-1/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Segunda Seção – Fraude em concurso público. *Cola eletrônica*. Denúncia por tentativa de estelionato e por falsidade ideológica. Atipicidade da conduta. Analogia *in malam partem*. Impossibilidade de aplicação no Direito Penal. Princípio da legalidade, **87**

Numeração única: 0041127-35.2009.4.01.0000

Ação Penal 2009.01.00.039415-4/PI

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Publicação: *e-DJF1* de 04/09/2012, p. 5

Terceira Seção – Ação rescisória. Concurso público. Admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Escola de Sargentos das Armas. Limite de idade. Inexistência. Conclusão do curso de formação. Erro de fato, **95**

Numeração única: 0043289-37.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.042899-7/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Quarta Seção – Ação rescisória. Competência do TRF. Afastamento da tese do trânsito em julgado. Inexistência de coisa julgada material. Refis. Flexibilização da regra que estipula prazo máximo para retificação ou ajuste de valores previamente confessados e consolidados, **100**

Ação Rescisória 0008734-23.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Ronaldo Castro Destêrro e Silva (convocado)

Primeira Turma – Pensão por morte. Congressista. Relação simultânea ao casamento. Concubinato. Concorrência entre viúva e companheira. Impossibilidade. Impedimento legal, **108**

Numeração única: 0001645-16.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.001646-5/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Segunda Turma – Serviço militar obrigatório. Dispensa de incorporação. Convocação após conclusão de curso de Medicina. Impossibilidade, **113**

Numeração única: 0001229-23.2007.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2007.39.00.001229-3/PA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

**Terceira Turma – Crime de usurpação do patrimônio público. Ausência de autorização legal. Conflito aparente de normas. Inexistência. Prescrição em abstrato. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Erro de proibição. Materialidade e autoria comprovadas, 115**

Numeração única: 0002330-43.2008.4.01.4100

Apelação Criminal 2008.41.00.002333-1/RO

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)

**Quarta Turma – Improbidade administrativa. Procedimento licitatório. Município. Verba federal. Interesse da União. Procedimento de fiscalização realizado pela CGU no âmbito de sua competência. Legalidade. Dano ao Erário. Sanções. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade observados, 126**

Numeração única: 0013044-08.2006.4.01.3300

Apelação Cível 2006.33.00.013051-3/BA

Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)

**Quinta Turma – Ensino superior. Vestibular. Sistema de cotas. Ensino fundamental cursado, parcialmente, em escola privada. Ausência de pagamento das mensalidades. Hipossuficiência. Violação ao princípio da igualdade de tratamento, 138**

Numeração única: 0001414-81.2009.4.01.4000

Apelação e Reexame Necessário no Mandado de Segurança 2009.40.00.001438-9/PI

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Sexta Turma – Sistema de cotas. Matrícula em ensino superior. Processo de seleção destinado a quem estudou integralmente na rede pública de ensino. Hipótese de exceção. Medida liminar deferida anteriormente. Impetrante que cursou parte do ensino fundamental em escola particular, ainda que mediante bolsa integral ou isenção de anuidade, 142**

Numeração única: 0001051-94.2009.4.01.4000

Apelação/Reexame Necessário 2009.40.00.001075-1/PI

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Sétima Turma – Divulgação de título de pós-graduação. Inconstitucionalidade de ato normativo do Conselho Federal de Medicina, 145**

Agravo de Instrumento 0027164-52.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

**Oitava Turma – Fiscalização. Apreensão de documentos. Inviolabilidade de domicílio. Alteração de endereço da empresa comprovada. Princípios e garantias constitucionais, 148**

Numeração única: 0031869-88.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.032712-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Primeira Turma Suplementar – Servidor público. Gratificação de dedicação exclusiva. Atividade própria de docente. Não configuração. Reposição ao Erário. Pagamento indevido. Desconto das parcelas em folha de pagamento. Necessidade de concordância, 151**

Numeração única: 0009056-61.2002.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2002.39.00.009072-7/PA

Relator: Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira (convocado)

**Segunda Turma Suplementar – Procedimento administrativo. Ampla defesa. Devido processo legal. Ato de suspensão nulo desde a origem. Aplicação de lei posterior à prestação da atividade laboral, 155**

Numeração única: 0018781-85.2002.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2002.01.99.018724-7/MG

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Terceira Turma Suplementar – Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Demissão. Violação aos princípios regentes da Administração Pública. Correspondência entre os fatos e a penalidade aplicada, 159**

Numeração única: 0026202-34.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.026308-0/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)

**Quarta Turma Suplementar – Interdito proibitório. Imóvel rural. Posse e exploração de atividade agropecuária por 30 anos. Invasão por índios da comunidade pataxó, 161**

Numeração única: 0001862-61.2002.4.01.3301

Apelação/Reexame Necessário 2002.33.01.001825-6/BA

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

**Quinta Turma Suplementar – Habilitação de representante de empresa de comércio exterior junto ao Siscomex. Fiscalização especial. Origem e disponibilidade dos recursos, não comprovados. Representação para declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ, 165**

Numeração única: 0029783-16.2003.4.01.3800

Apelação Cível 2003.38.00.029775-7/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

**Sexta Turma Suplementar – Embargos à execução fiscal. Veículo adquirido com isenção de IPI. Saída temporária dos limites da Amazônia Ocidental. Não apresentação na ocasião do retorno. Comprovação posterior da permanência do bem na área de livre comércio. Veículo destinado ao transporte de carga, 168**

Numeração única: 0027327-61.2004.4.01.9199

Apelação Cível 2004.01.99.041524-1/RO

Relator: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado)

**Sétima Turma Suplementar – Ação civil pública. Conselho Regional de Enfermagem. Legitimidade ativa. Necessidade da presença de enfermeiro durante todo o horário de funcionamento do hospital, 170**

Numeração única: 0003135-35.2004.4.01.4100

Apelação Cível 2004.41.00.003152-6/RO

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

## Decisões Monocráticas

175

**Arquivamento de procedimento investigatório criminal. Apuração de eventuais crimes na execução de convênios firmados entre Município e Funasa, 175**

Procedimento Investigatório do MP 0059228-86.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

**Recurso especial. Acórdão que decretou a prescrição para pedido de redirecionamento de execução. Inadmissão, 178**

Recurso Especial em Agravo de Instrumento 0023463-20.2011.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Determinação para que a União promova a imediata implementação do pagamento da pensão de montepio civil, em cumprimento a ato da lavra de presidente do TRT, 180**

Agravo de Instrumento 0046935-16.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Redução de jornada de trabalho semanal. Ausência de desconto proporcional da remuneração. Impossibilidade, 182**

Agravo de Instrumento 0071969-27.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

**Concurso público. Candidato reprovado. Pedido de participação em fase posterior, 184**

Agravo de Instrumento 0051258-64.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)

## JEFs em Revista

190

**Rateio de pensão. Possibilidade. Manutenção de duas uniões estáveis concomitantes pelo segurado instituidor. Reconhecimento, 190**

Recurso inominado 0034389-07.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller

**Exoneração de rateio de pensão por morte. Casamento válido e concomitante ao relacionamento extraconjugal. União estável. Não reconhecimento pela Justiça estadual. Relação caracterizada como mero relacionamento extraconjugal, 192**

Recurso inominado 0042743-21.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller

**Multa pelo atraso no cumprimento da obrigação. Incidência automática pelo decurso do prazo fixado sem que seja atendida a ordem judicial ou apresentado motivo relevante para tanto. Possibilidade de alteração do valor da multa em caso de insuficiência ou excessividade. Procurador federal. Multa pessoal. Inadequação, 193**

Recurso inominado 0001081-79.2012.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Emilson da Silva Nery

**Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Furto. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Competência da União. Servidor público federal. Dano material e dano moral, 196**

Recurso inominado 0047897-29.2009.4.01.3400/DF

Relatora: Juíza Federal Candice Lavocat Galvão Jobim

**Queixa-crime. Crimes contra a honra no curso de campanha eleitoral para direção do Conselho Regional de Farmácia. Possibilidade de conhecimento a qualquer tempo de causas de extinção da punibilidade, 198**

Recurso inominado 0000061-24.2010.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Eduardo Pereira da Silva

## Breviário

201

Execução individual de sentença proferida em ação coletiva. Prevenção do juízo prolator da sentença na ação coletiva.

Ação de cobrança. Pensão por morte. Servidor público civil. Competência relativa. Declaração de ofício. Impossibilidade.

Desapropriação indireta. Criação de vara especializada em matéria ambiental e agrária na Capital. Local do imóvel. Competência territorial absoluta.

Ação rescisória. Erro de fato. Licenciamento de militar. Motivação exclusivamente política. Antecedentes disciplinares. Indeferimento de instrução probatória. Decisões suficientemente fundamentadas e não recorridas. Perda de prazo para apelação.

Servidor. Anulação de ato de demissão. Antecipação da tutela. Impossibilidade. Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Servidor público. Reintegração. Demissão. Extinção da Portobras. Admissão no serviço público. Impossibilidade. Prévia aprovação em concurso público. Necessidade. Anistia. Inaplicabilidade.

Sentença condenatória recorrível. Possibilidade de apresentação de recurso de apelação pela acusação. Expedição de guia execução provisória da pena. Competência para execução da pena do juízo estadual.

Corrupção ativa. Arquivamento de inquérito. Requerimento do Ministério Público Federal. Decisão irrecorrível. Atipicidade da conduta. Independência funcional dos membros do *Parquet*. Princípio da unicidade. Aplicação.

Ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, já sentenciada. Criação de vara federal no local de situação do imóvel. Impossibilidade de redistribuição para as novas varas federais. Execução de sentença. Competência funcional absoluta.

Desapropriação. Interesse social. Ibama. Reserva extrativista Chico Mendes. Faixa de fronteira. Imóvel de domínio privado. Indenização devida. Cobertura vegetal. Avaliação em separado. Ausência de exploração econômica. Valor de mercado.

Desapropriação indireta. Prazo prescricional. Transação sobre bens públicos. Necessidade de autorização legal ou da autoridade administrativa competente. Acordo inválido e ineficaz como negócio jurídico dispositivo. Validade e eficácia como vínculo de natureza obrigacional. Descumprimento. Pagamento de perdas e danos.

Crime societário. Rejeição da denúncia. Descrição dos fatos de forma genérica. Possibilidade.

Exploração de recursos energéticos em área indígena. Licença de instalação. Inexistência de autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Agressão aos princípios de ordem pública da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, *caput*). Supremacia do interesse público e difuso.

Exploração de recursos energéticos em área indígena. Autorização do Congresso Nacional desprovida de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Nulidade. Omissão do julgado. Ocorrência. Efeitos modificativos. Possibilidade.

Direito da Concorrência. Ato de concentração econômica. Contrato de cooperação técnica para pesquisa de desenvolvimento de milho (OGM). Acordo celebrado em país estrangeiro para ser executado no exterior. Operação que não produz efeito econômico no mercado brasileiro. Princípio da territorialidade dos efeitos econômicos dos atos de concentração (art. 2º da Lei Antitruste). Não obrigatoriedade de notificação obrigatória ao Cade.

Ação de resolução de contrato de alienação de terras públicas cumulada com cancelamento de registro imobiliário. Alegado descumprimento de condição resolutive. Prescrição e decadência.

Licitação. Pregão presencial. Concessão de área pública situada em aeroporto. Insurgência quanto à modalidade do procedimento.

Secretaria de Direito Econômico. Falta de informação aos investidores quanto aos riscos da operação. Multa. Corretora de valores mobiliários. Títulos da dívida pública. Fundos de investimentos.

Usucapião urbano. Imóvel financiado pela CEF. Planta de localização e memorial descritivo do imóvel. Apresentação. Necessidade. Indeferimento da petição inicial. Extinção do feito.

Ação de reintegração de posse. Programa de Arrendamento Residencial - PAR. Inadimplência no pagamento das taxas de arrendamento e condominiais. Índícios de uso do imóvel para fins diversos de moradia própria. Rescisão do contrato configurada.

Reintegração de posse. Parcela de terras em projeto de assentamento. Documentos indicativos de que o réu já fora beneficiário de outra parcela de terras.

Transporte de combustível considerado de origem estrangeira. Quantidade suficiente, apenas, para deslocamento do condutor, profissional autônomo. Aquisição em território brasileiro não infirmada. Aplicação da pena de perdimento.

Pedido de compensação ofertado pela Fazenda Nacional. Determinação de expedição do precatório correspondente. Posterior transferência de créditos para o juízo estadual onde tramita a falência. Intimação da Fazenda Pública para

apresentação discriminada de débitos supostamente compensáveis. Débitos constituídos anteriormente à falência. Concurso de credores. Juízo da execução. Saldo remanescente.

IPI. Açúcar de cana. Produto essencial.

Arrolamento de bens de ofício. Inexistência de gravame ou restrição ao uso. Possibilidade de alienação ou oneração do patrimônio do sujeito passivo. Necessidade de comunicação prévia.

Execução fiscal. Desnecessidade de instauração de processo administrativo e notificação do contribuinte da inscrição em dívida ativa. Ausência de notificação do lançamento. Inexistência de nulidade da CDA.

Competência. Juízos estadual e federal. Alvará de levantamento. Resíduo de aposentadoria. Jurisdição voluntária. Conversão em jurisdição contenciosa. Competência delegada.

Tempo de serviço na polícia da Aeronáutica antes da Constituição de 1988. Atividade estritamente policial. Natureza especial da atividade. Contagem conforme a LC 51/1985.

Ibama. Transporte de carne de animais silvestres. Insubsistência do auto de infração.

Penhora de imóvel. Não configuração de bem de família. Inexistência de excesso de penhora.

Embargos de terceiro. Transferência de propriedade. Procuração. Instrumento inadequado. Fraude à execução. Prova acerca da má-fé do adquirente desnecessária.

Embargos de terceiro. Penhora sobre imóvel não registrado. Termo de cessão de direitos anterior à inscrição da dívida. Posse anterior à execução.

Embargos à execução fiscal. Isenção concedida à entidade esportiva na importação de motocicletas para competição. Posterior transferência a terceiro. Cessão de uso de bem móvel. Propósito de burlar a norma tributária concessiva da isenção. Caracterização. Responsabilidade tributária solidária.

---

**Repositórios Oficiais de Jurisprudência** **223**

---

**Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista** **225**

---

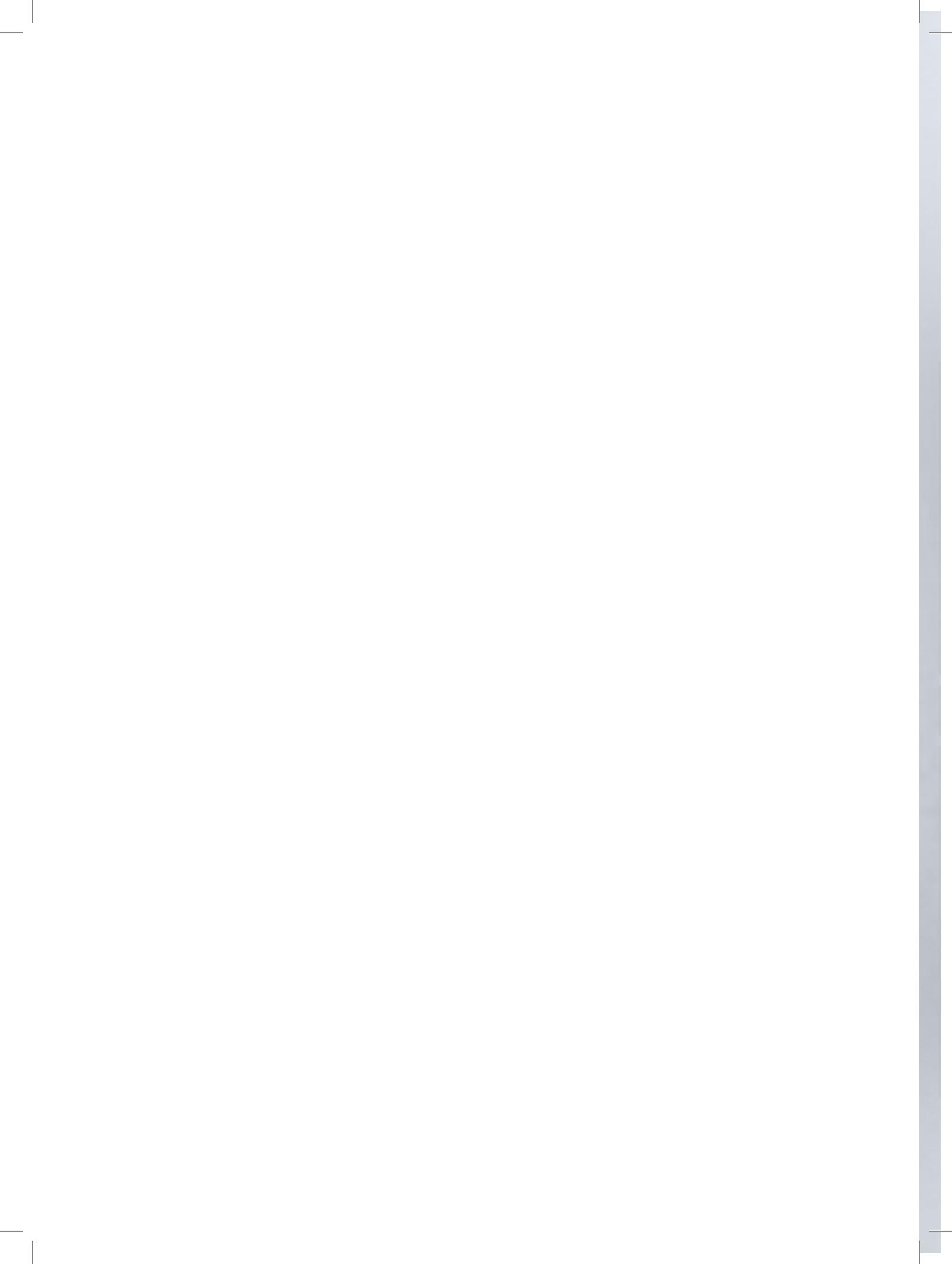


Neste número, entrevistamos o educador Deonísio da Silva, que tece considerações a respeito do sistema educacional brasileiro.

Também compõem a Revista de setembro os seguintes textos doutrinários: *Há resposta certa para a democracia e para o Direito? Uma abordagem a partir e para além das perspectivas substancialistas e racionais universalistas*, de Carlos Alberto Simões de Tomaz; *Depoimento pessoal do segurado e inquirição de testemunha por carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal e seu cumprimento pela Justiça estadual*, de Roberto Luis Luchi Demo; e, *Previdência complementar aberta, fundos multipatrocinados e fomento da previdência fechada*, de Danilo Ribeiro Miranda Martins.

De igual forma, constarão desta edição seleção de acórdãos no seu inteiro teor, decisões monocráticas e decisões oriundas dos JEFs.

Boa leitura.





*"Educai as crianças, para que não seja necessário punir os adultos."*

*Pitágoras*

Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/autor/pitagoras/>>.



# Educar é preciso

Deonísio da Silva



“As proclamações da ignorância são prejudiciais até para o presente e para o passado, quanto mais para o futuro. Se valorizamos a ignorância, desprezamos aquelas personalidades do passado e do presente que se empenharam e se empenham, com muitos sacrifícios, em obter e produzir conhecimento.”

**Revista:** Em entrevista anterior, o senhor afirmou que a universidade não é para todos e sim para quem tem vocação, para uma elite intelectual, o que foi considerado polêmico. O senhor pode explicar essa assertiva?

**Deonísio da Silva:** Dei tal declaração em entrevista ao programa de Marília Gabriela, na televisão, já veiculado também nos EUA, na França e em Portugal. A entrevista e especialmente minha declaração sobre o tema tiveram uma repercussão que eu não imaginava. E eu a considero tão óbvia! Universidade é para poucos em todo o mundo, ainda quando suas portas são abertas sem vestibulares. Muitos querem, mas não podem; outros podem, mas não querem fazer um curso superior! Defendo uma elite intelectual, sim, mas selecionada por mérito, não por cotas, sem discriminação porque é pobre, negra, branca ou rica! Será médico, engenheiro, advogado etc, quem tiver vocação para esses ofícios. O anel no dedo, o diploma na parede, a foto de formatura, as vestes características e todos os outros símbolos são apenas isso, símbolos. Por acaso alguém propõe fazer com o Senado, com a

Câmara dos Deputados, com as Câmaras de Vereadores, com as Academias de Letras, de Ciências etc, o que pretendem com a universidade? Não! As academias têm em geral 40 vagas! E o Legislativo também tem um número fixo de representantes. Para ser um bom garçom, um bom motorista, um bom mecânico, enfim para uma pessoa ter uma boa profissão, ela nem sempre precisa da universidade. O que ela precisa é de cursos profissionalizantes, muitos dos quais podem ser feitos numa universidade, é claro, mas para isso ela não precisa ficar quatro ou cinco anos lá!

**Revista:** Como, então, é possível detectar o dom para cursar a universidade?

**Deonísio da Silva:** Quando menino, Michelângelo talhava umas pedrinhas. Brincava dando formas a elas. Um pedreiro viu que a criança tinha talento. Levado à igreja, o principal cliente do artista naquela época, trabalhou a vida inteira e legou-nos algumas das mais belas expressões artísticas. Ele tinha vocação para o que fazia e teve o apoio necessário para fazê-lo! Há um fingimento social embutido no discurso daqueles que defendem universidade para todos. Daí uma universidade realiza um evento cultural gratuito ou pago e poucos comparecem. Não vão sequer aqueles que defendem uma universidade para todos. E por que não vão? Porque sua vocação e seus interesses são outros! Já aos estádios, vão aos milhares, sempre pagando entrada. É só avisar o dia, o local e o horário

---

\*Escritor, professor e doutor em Letras pela USP. É autor de 34 livros entre romances, contos, crônicas e ensaios, publicados no Brasil pelas editoras Leya e Novo Século, entre os quais *Avante, soldados: para trás* (10. ed.) e *De onde vêm as palavras* (16. ed.). Assina a coluna de Etimologia na revista *Caras* e, na companhia da equipe de Ricardo Boechat, faz o programa *sem papas na língua*, na Rádio Bandeirantes. É vice-reitor da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, e diretor da TV Estácio.

do jogo! A universidade não é um estádio, um albergue, um lugar de recreação, de inclusão social. Universidade é um templo. Alguns ali entram como sacerdotes. Esses são os professores. Os alunos são os fiéis: eles acreditam no saber que ali procuram. Acreditam e se submetem aos ritos, às provas, algumas muito difíceis, porque se errarem depois, autorizados por diplomas fajutos, vão prejudicar os clientes, sejam eles doentes, acusados sem provas ou pessoas que foram enganadas por uma construtora que entretanto confiou a construção de seus prédios a profissionais incompetentes ou desonestos, que misturaram areia em demasia ao cimento sabendo que o prédio poderia desabar! Ou médicos que brincaram com o bem mais precioso das pessoas, a saúde, a vida! O saber tem um inarredável componente ético!

**Revista:** Qual o futuro de um país que vem encarando a falta de conhecimento/estudo como uma virtude? Existirão reflexos negativos advindos do fato de pessoas bem sucedidas se gabarem por não terem estudado ou feito uma universidade?

**Deonísio da Silva:** As proclamações da ignorância são prejudiciais até para o presente e para o passado, quanto mais para o futuro. Se valorizamos a ignorância, desprezamos aquelas personalidades do passado e do presente que se empenharam e se empenham, com muitos sacrifícios, em obter e produzir conhecimento. Mas boa parte da sociedade vê que há fingimento, autoengano e tentativa de ludibriar aqueles aos quais essas pessoas dão tais declarações. Elas são arrogantes, clientes potenciais de psiquiatras, psicanalistas, terapeutas etc. Deveriam estar em hospícios, internadas para tratamento por quem fez o curso superior e é capaz de identificar e curar os desvios de que foram vítimas e cúmplices a um só tempo. Dão tais declarações por insopitável complexo de inferioridade. Veja que não estão se gabando de serem melhores médicos, melhores advogados, melhores promotores ou melhores juízes sem terem feito curso superior! Nenhum desses ofícios pode ser exercido sem o requisito da universidade. Enquanto o arrogante bebia cachaça e ganhava adeptos ainda mais ignorantes do que ele, os humildes, sabendo que pouco ou nada sabiam, trataram de estudar e se tornaram pessoas melhores do que ele! E depois querem igualdade, que só será possível se os outros se rebaixarem ao nível dele, uma vez que é impossível para ele elevar-se do terreno pantanoso onde chafurdará a vida inteira. A vida não é simples em tudo, mas nisso é: os porcos se encontram na pocilga, os outros em outros lugares! Acredito, porém, que esse momento de proclamação

da ignorância, que já se alonga demais, é passageiro. Quando a pessoa precisa ou quer um bem de valor, sabe que ele tem um preço.

**Revista:** Quais as diferenças entre universidades públicas e particulares?

**Deonísio da Silva:** São muitas, vou citar duas que considero fundamentais. Muitos professores das universidades públicas dão poucas aulas em nome de se dedicarem à pesquisa. Mas poucos deles fazem pesquisa. E assim mesmo dão poucas aulas. O controle não é feito e na verdade em muitas delas não pode ser feito. Em algumas delas, o próprio reitor não é referência de nada, muito menos em pesquisa e em ensino, e às vezes nem em ética. Chegou ali por outros meios, passou o tempo todo sem fazer pesquisa e ministrando poucas aulas, sempre ocupando cargos para os quais não se preparou e que muitas vezes não os merecia! Houvesse concurso público para reitor, ele seria reprovado! Já nas universidades particulares, os problemas são outros. Há pouca pesquisa e muitas aulas, e os dois ofícios não são incompatíveis, mas os recursos disponíveis não permitem que os professores se dediquem mais à pesquisa. Eles se dedicam mais às aulas. Todavia a maioria dos pobres estuda em universidades privadas, comunitárias ou confessionais. E a maioria dos ricos em universidades públicas. Em algum momento teremos de resolver este impasse, que não pode ser resolvido apenas pelos governos, mas pela sociedade. Por que no Brasil não vemos doações como aquelas que são feitas a universidades particulares em outros países? Em geral, as universidades privadas são procuradas, afora alunos e professores, por quem quer vender alguma coisa: produtos, projetos, parcerias etc. E são bem-vindos! Mas, vice-reitor de uma grande universidade, gostaria de ser procurado também por alguém que quisesse nos ajudar com doações semelhantes às aquelas feitas em outros países.

**Revista:** Qual a sua opinião sobre o ingresso de alunos nas universidades públicas por meio do sistema de cotas?

**Deonísio da Silva:** Já escrevi artigos sobre o tema. Minha tese é que essas cotas são controversas! Em resumo, acho que as cotas deveriam ser para preparar a entrada deles, não para garanti-la! O ingresso na universidade deve ser por mérito! É preciso melhorar o ensino fundamental e o ensino médio, e o resto lhes será dado por acréscimo, parodiando os evangelhos.

**Revista:** Como promover e incentivar uma reciclagem frequente dos professores universitários para a manutenção de um bom nível de ensino?

**Deonísio da Silva:** O caminho mais curto e mais eficiente é o das pós-graduações *lato sensu*, naturalmente para aqueles que ainda não tenham título de mestre ou de doutor, ou que os tenham em outras áreas, diversas daquelas nas quais atuam. Cursos de atualização e de extensão, assim como oficinas, palestras, congressos etc também podem ajudar muito no aperfeiçoamento pontual de certas disciplinas e matérias. É desejável que os governos, alguns dos quais já vêm fazendo isso, abram editais aos quais haverão de habilitar-se universidades, públicas, privadas, comunitárias, confessionais etc, com o fim de qualificar ou reciclar os docentes.

**Revista:** O senhor acredita que o uso da internet tem diminuído o interesse pela leitura? Há uma tendência para a extinção dos livros de papel devido à multiplicação dos usuários que preferem os *tablets*?

**Deonísio da Silva:** Não, não acredito. Acredito no contrário. A internet, os livros eletrônicos, sobretudo os de consulta, *tablets* e até celulares vêm melhorando os índices de leitura. Não tem havido extinção dos livros de papel. Ninguém leva um *notebook* ou *tablet* para ler na cama, em viagem, em salas de espera. O Brasil deve fazer como a Europa que, ao receber uma novidade, não abandona a tradição, o acervo, o saber constituído e consolidado, que está nos livros, nas bibliotecas, públicas e privadas.

**Revista:** Em outra oportunidade, o senhor disse que nós estamos perdendo *o encanto e os sabores do saber*. O senhor pode comentar essa assertiva?

**Deonísio da Silva:** O saber não é utilitário sempre, às vezes ele é apenas prazer, outras vezes somente gosto. Ninguém é obrigado a ler Homero, Cícero, Sêneca, Dante,

Shakespeare, Balzac, Eça de Queiroz e Machado de Assis, ou ir ao teatro, assistir a peças, ouvir óperas, visitar museus, degustar músicas etc para exercer seu ofício, mas um engenheiro, um médico e um advogado que tenham tal perfil serão profissionais mais qualificados, principalmente pela visão do humano assimilada dessas práticas. Os astros fazem irrepreensível dança nos céus, com órbitas interessantíssimas, regidos que estão por leis precisas. Se astronomia for ensinada assim, o encanto é imediato, mas se o professor insiste em que os alunos memorizem números, datas etc, o encanto se vai. Também a arte e a técnica de dar nomes a eles têm singulares sofisticções. A imaginação humana criou seres de impressionante beleza, mas por que os chamou assim? Por que chamou anjos àqueles que conhecemos com tal denominação? Porque em grego e em latim anjos são mensageiros, este é o significado da palavra! Tribo, tribunal, tributo, tribuna têm étimo comum! Repartiam-se as despesas públicas mediante pagamentos (tributos), pagos pelas divisões do povo (tribos), representadas por magistrados (tribunos), que falavam nos púlpitos (tribunas). Penso que o Direito, ensinado também por esse viés, acresce novo sabor ao saber. Aliás, saber e sabor têm étimos semelhantes.

**Revista:** É possível existir um mundo ideal em que a educação funcione para todos e contribua verdadeiramente para o desenvolvimento da sociedade?

**Deonísio da Silva:** É. Nós trabalhamos para que isso aconteça um dia e em muitos países isso acontece de modos mais visíveis, mais acentuados. Em outros, menos. Mas não somos os últimos nesse quesito. O Brasil tem apenas uma universidade entre as 15 melhores do mundo, a USP. Contudo, há poucos anos não tinha nenhuma! Avançamos! Líamos, há poucos anos, menos de um livro por ano por habitante. Hoje lemos dois, em média, por habitante. Está melhorando. Ou, vistas as coisas de outra perspectiva, está piorando menos.



# Há resposta certa para a democracia e para o Direito? Uma abordagem a partir e para além das perspectivas substancialistas e racionais universalistas\*

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*

Stephen, atento e calmo, debruçava-se sobre o seu tear, constituindo, tal como os outros homens perdidos naquela floresta de teares, um contraste com a máquina poderosa com que trabalhava. Não receiem, boa gente de espírito inquieto, que a Arte relegue a natureza para o esquecimento. Ponham, seja onde for, a obra de Deus e a obra do homem lado a lado, e a primeira, mesmo que esteja nas mãos de gente de pouca importância, ganhará dignidade pela comparação. Tantas centenas de operários nesta fábrica, tantas centenas de cavalos-vapor de energia. Sabe-se até ao mais pequeno pormenor, aquilo que a máquina pode fazer; mas todos os calculadores da Dívida Pública são incapazes de me dizer qual a capacidade, para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para o patriotismo ou para o descontentamento, para a decomposição da virtude em vício ou para a inversa, que tem, num dado momento, a alma de qualquer daqueles rostos calmos e acções reguladas. Não há qualquer mistério na máquina e no mais mesquinho dentre eles há um espírito jamais indecifrável [...] (DICKENS, Charles. *Tempos Difíceis*. Lisboa: Livraria Romano Torres, 1973, p. 70 – 71).

Chegara mesmo ao ponto de pensar que a escuridão em que os cegos viviam não era, afinal, senão a simples ausência da luz, que o que chamamos cegueira era algo que se limitava a cobrir a aparência dos seres e das coisas, deixando-os intactos por trás do seu véu negro. Agora, pelo contrário, ei-lo que se encontrava mergulhado numa brancura tão luminosa, tão total, que devorava, mais do que absorvia, não só as cores, mas as próprias coisas e seres, tornando-os, por essa maneira, duplamente invisíveis. (SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 15 – 16.)

[...] o homem só vem ao ser de si próprio pela compreensão que de si culturalmente constitui e por que se manifesta. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Problema da Universalidade do Direito – ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*. In: *Digestas*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 104.)

\* Este artigo é parte integrante do relatório de pesquisa pós-doutoral desenvolvida pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares.

\*\* Juiz federal e professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutor em Direito pela Unisinos/RS.

## Introdução

Quando nos propusemos pesquisar sobre o exercício da jurisdição no ambiente do Estado Democrático, de partida a velha pergunta se avultou presente: Existe resposta certa para a democracia e, pois, para o Direito? Com efeito, se o enfrentamento dessa indagação conduziu a uma resposta negativa, parece que nossa investigação estaria fadada ao malogro, quando menos à inutilidade, pois qualquer contribuição voltada para aperfeiçoar a função jurisdicional sob os trilhos da democracia seria vã se o resultado do exercício dessa função típica do Estado não tivesse em mira – ao menos – a possibilidade de uma resposta certa que satisfizesse os ideais destacados do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, dois fatos ocorridos nas duas maiores democracias lusófonas, avultaram-se inteiramente relevantes para o desenvolvimento de nossas reflexões. São duas respostas. A primeira, oferecida pela democracia brasileira, quando nas últimas eleições gerais o nome do comediante Tiririca foi sufragado para o parlamento federal como deputado mais votado no País, pendendo sobre ele a pecha de analfabeto<sup>1</sup>, circunstância que a jurisdição

<sup>1</sup> O fato foi objeto de ampla divulgação pela imprensa, conferir, *inter plures*, o sítio seguinte que consubstancia reportagem da revista Época: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI183323-18176,00-TIRIRICA+DIZ+QUE+NAO+PODE+PROVAR+QUE+SABE+ESCREVER.html>>, consulta realizada em 15/12/2010. Confira-se, ainda, o seguinte excerto de reportagem vazada no Correio Brasiliense: "Deputado federal mais votado do País, Tiririca (PR) deverá comparecer à Justiça Eleitoral de São Paulo, até sexta-feira, para provar que sabe ler e escrever. O Juiz Eleitoral Aloísio Sérgio Rezende Silveira, da 1ª Zona Eleitoral, vai pedir que o palhaço, eleito com 1,3 milhão de votos, escreva de próprio punho um documento idêntico ao que ele protocolou no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) ao pedir deferimento da sua candidatura. Um laudo do Instituto de Criminalística de São Paulo constatou que o documento tem indícios de que foi escrito por mais de uma pessoa. Ainda não está confirmado se Tiririca também fará um ditado ou mesmo lerá um trecho da Constituição. Uma assessora de Francisco Everardo Oliveira Silva, 53 anos, nome verdadeiro do artista, disse que, desde que estourou a polêmica sobre a escolaridade do candidato, ele passou a ter aulas particulares de leitura e escrita. Como os advogados dele já estão com provas suficientes de que não é preciso dominar a leitura e a escrita para ter o direito de ser votado, o Ministério Público vai contra-atacar argumentando que, ao falsificar um documento, o palhaço terá a sua candidatura impugnada e o seu direito de ser diplomado poderá ser cassado. Caso seja tomada, a decisão ainda poderá ser questionada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Tiririca

brasileira veio, depois, afastar, porque Tiririca leu e escreveu perante o juiz<sup>2</sup>; a segunda, na democracia portuguesa, quando na última eleição presidencial, em que foi reeleito o Presidente Cavaco Silva, houve uma abstenção da ordem de 53,48%<sup>3</sup>. Tratar-se-iam, ambas as hipóteses, de respostas certas para a democracia? É, igualmente, uma resposta certa a oferecida pela Justiça Eleitoral brasileira ao validar o sufrágio de um cidadão (semi-)analfabeto para exercício parlamentar, quando a normatividade comunicativo-procedimental vazada na Constituição brasileira exige a alfabetização como condição de elegibilidade?

Tais são as indagações e não é difícil se imaginar toda uma ordem de desdobramentos que elas ensejam e que revelam a importância da questão... aqui, limitá-los a expor, de maneira analítica, com o recorte e limitação necessários ao preconizado escopo, as ideias de Dworkin, Habermas e Alexy, ocasião onde já serão contextualizadas algumas conhecidas críticas, para chegar, enfim, ao aporte oferecido por Castanheira Neves e Aroso Linhares e, nele apostando, submeter, em conclusão, algumas reflexões.

---

refugiou-se no Ceará, em uma casa de praia de um político do PR. Na casa, ele está com parentes e tem auxílio de três educadores especializados em alfabetização de adultos. Uma psicóloga também dá auxílio ao deputado eleito para que ele não se deixe abater na hora em que estiver na frente do juiz. Um advogado do PR já pediu que esse suposto teste de leitura e escrita seja feito longe da imprensa para não constrangê-lo. Na defesa, os advogados também usarão exemplos de deputados semianalfabetos que passaram pelo Congresso nos anos 1980 e 1990 — entre eles, um descendente de índios.” Disponível in: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/10/12/interna\\_eleicoes2010,217639/index.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/10/12/interna_eleicoes2010,217639/index.shtml)>, consulta realizada em 15/12/2010>.

<sup>2</sup>O nível de argumentação pode ser conhecido pelo seguinte excerto da decisão onde se verbaliza que: “a legislação eleitoral, desde a Constituição Federal até os atos infralegais, não exige que os candidatos possuam mediano ou elevado grau de instrução, mas apenas que tenham noções rudimentares da linguagem pátria, tanto que é preceito do próprio Estado democrático de Direito a pluralidade / diversidade, buscando-se evitar, inclusive, a formação de um elitismo no corpo dos membros dos poderes legislativo e executivo.” Disponível in: <<http://noticias.terra.com.br/eleicoes/2010/noticias/0,,O14708097-E115341,00-TRE+rejeita+denu+ncia+contra+Tiririca+por+suposto+analfabetismo.html>>, consulta realizada em 15/12/2010.

<sup>3</sup>Eis os dados: Total de eleitores inscritos: 9.656.472; abstenção: 5.164.175 (53,48%); votos nulos: 86.581 (1,93%); e votos em branco: 191.284 (4,26%), segundo notícia da Rádio e Televisão de Portugal – RTP disponível in: <<http://www.rtp.pt/noticias/eleicoes/presidenciais2011/>>, consulta realizada em 02/02/2010.

## 2 A comunidade de princípios e a vontade da maioria

A obra de Dworkin, sem dúvida, constitui exemplo ilustre do alinhamento da experiência jurídica sob o viés da consideração empírico-analítica de tradição anglo-saxônica. Ele se afasta do reducionismo normativista para alçar o direito a uma prática interpretativa apta a dar continuidade ao passado e projetar-se para o futuro porque compreendida a partir de uma justificação coerente.

Sua tese central ampara-se na existência de uma única resposta certa (*the right answer thesis*) que seria obtida a partir de uma atitude interpretativa na qual o direito é compreendido como integridade (*law as integrity*). Nessa atitude interpretativa, o jurista deverá trabalhar com duas categorias: *princípios* e *políticas públicas*.<sup>4</sup>

Reconhecendo que todo indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelo Poder Judiciário independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)<sup>5</sup>, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, como a prática social (costume), o precedente judicial e sobretudo os princípios, ele sustenta que os direitos individuais como princípio jurídico fundamental preferem aos fins coletivos. Tais direitos são *construídos* a partir dos *princípios* ou das *políticas públicas*.<sup>6</sup>

Partindo do pressuposto que os juristas se deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin,

[...] o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-37.

<sup>5</sup>DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

<sup>6</sup>DWORKIN, 2002, p. 128-132.

<sup>7</sup>DWORKIN, 2002, p. 36.

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.

Com efeito, para Dworkin a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas

[...] é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>8</sup>

Coisa diversa acontece quando nos deparamos com colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*. Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta o seguinte:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.<sup>9</sup>

Longe da ponderação<sup>10</sup> assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se, sem maiores dificuldades, estabelecer qual aquela que deve prevalecer em detrimento de outra. E isso ocorre por

meio de critérios hábeis a tanto, que são estabelecidos pelo próprio sistema.<sup>11</sup>

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada, o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular.<sup>12</sup>

Portanto, os princípios, no pensamento dworkiniano, são erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. Sua utilização, nessa conformidade, deixa de ter um caráter supletivo, significa dizer que não servem apenas de escoro para, no processo jurídico decisório, o juiz deles se valer como marco regulatório, quando não encontrar regras. Eles atuam, nessa conformidade, como pauta de regulação de conduta, ou seja, como normas.

Mas, além dos princípios, Dworkin aponta outros padrões regulatórios: os precedentes e os costumes, cuja aplicação já foi reconhecida em casos semelhantes, o que faz com que a decisão jurídica volte-se para o passado, mas, igualmente, dirija-se para o futuro na medida em que o juiz deve estar atento para a circunstância que a sua decisão passa a servir, doravante, também de marco regulatório (precedente). É o que Dworkin chama de cadeia de direito (*chain of law*)<sup>13</sup>, que aponta para o respeito à tradição.

Chueiri registra com agudeza que esse retorno ao passado visa a interpretar

[...] o que fôra escrito no passado por meio das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito para, assim, chegar a uma opinião acerca do que fora feito, coletivamente.<sup>14</sup>

Deveras, o processo – não se pode perder de vista – é interpretativo, se o magistrado volta-se ao passado para descobrir o direito presente, ainda que em pautas regulatórias tais quais os precedentes ou os costumes, estaríamos, sem dúvida, volvendo a uma metodologia dogmática erigindo estes marcos regulatórios a

<sup>8</sup> Idem, p. 39.

<sup>9</sup> Idem, p. 42-43.

<sup>10</sup> Idem, p. 37.

<sup>11</sup> Idem, p.43.

<sup>12</sup> Idem, p. 41.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

<sup>14</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. "Ronald Dworkin". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, UNISINOS, 2006, p. 262.

fundamentos tais quais a norma escrita no tratamento impingido pela hermenêutica clássica.

O realce desse amálgama entre passado (tradição) e futuro está no caráter interpretativo que segundo Dworkin revelaria o direito como integridade (*law as integrity*) como uma proposição na qual as práticas jurídicas “são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>15</sup>, que deve, portanto, se engajar nesses princípios de tal modo que a comunidade assuma uma personificação com muito mais seriedade, afirma Dworkin, que expressa a *comunidade de princípios*

[...] como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta. Pois, quando digo que uma comunidade é fiel a seus princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como fazem as pessoas.<sup>16</sup>

Decorre, portanto, a posição de Dworkin no sentido de que o critério de validade do direito é sua coerência. Ele próprio socorre-se de analogia com a interpretação literária para fazer ver tal qual o escritor, que desenvolve um capítulo considerando os capítulos anteriores, a cadeia de direito (*chain of law*) revela-se quando a argumentação volta-se às decisões pretéritas.<sup>17</sup> A coerência da argumentação jurídica repousaria, assim, na cadeia de direito, ao mesmo tempo que satisfaria a legitimidade do direito, garantiria a segurança do processo de integridade (*law as integrity*).<sup>18</sup>

Assim, se é assegurado a todos os membros de uma comunidade obter uma decisão judicial ainda que justificada a partir de princípios ou da interpretação

da tradição (precedentes e costumes), o que evidencia a relevância que tais marcos ocupam dentro do sistema jurídico e afasta, decorrentemente, a idéia de discricionariedade no exercício da jurisdição, já que os juízes não criariam direito, mas se veriam obrigados a revelar o direito como integridade, Dworkin chega, assim, à conclusão de que haveria uma única resposta certa (*the right answer thesis*) e a justificação política do processo dependeria dessa caracterização<sup>19</sup>, a fim de satisfazer o próprio *critério da integridade*, que a todo instante está a exigir que o juiz se conduza sob os trilhos da integridade moral a fim de desvelar o *verdadeiro* direito das partes, ainda que se encontre velado sob a forma de um princípio e, portanto, esperando vir à tona. Nesse sentido, Chueiri em abono à tese da resposta certa registra que ela:

[...] não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, não é dado ao juiz descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito – mesmo em casos difíceis – significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão.<sup>20</sup>

Ao desvelar o *verdadeiro* direito das partes, sob o prisma da teoria integral, o juiz, segundo Dworkin, trabalhará com dois tipos de níveis argumentativos: os *argumentos de princípios* e os *argumentos de política*. Os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, já os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”. E Dworkin exemplifica: o argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Já o argumento em favor das leis contra discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.<sup>21</sup> Dworkin está decididamente convencido de que moral é

<sup>15</sup> DWORKIN, 1999, p. 272.

<sup>16</sup> Idem, p. 204.

<sup>17</sup> Idem, p. 275-285.

<sup>18</sup> “Em relação à legislação, a integridade é um princípio político que exige que as normas feitas pelos legisladores sejam, moralmente, coerentes enquanto que, na *adjudication* (nas decisões judiciais) ela exige que os juízes tratem o sistema jurídico como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios, e para este fim, portanto, interpretem, crítica e construtivamente Direito.” (CHUEIRI, *op. cit.*, p. 262).

<sup>19</sup> DWORKIN, 2002, p. 430.

<sup>20</sup> CHUEIRI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>21</sup> DWORKIN, 2002, p. 129-130, *passim*.

uma questão de princípios<sup>22</sup> e por isso não hesita em optar por argumentos de princípios, no conflito com os argumentos de política, para garantir os direitos historicamente construídos pela comunidade política.<sup>23</sup>

Mas a resposta certa não pode ser erigida, ainda insiste Dworkin, sob uma linha de raciocínio que remeta o juiz a verificar que argumentos de princípios ou de política fez uso o legislador ao elaborar a lei a fim de decidir diante da vagueza, como igualmente não pode resultar de argumentação que coloque o magistrado como um complementador da chamada *vontade do legislador* a ponto de ele poder determinar o que o legislador teria dito se tivesse contemplado o caso, pois as suposições dos juizes sobre a intenção do legislador são suposições sobre direitos políticos<sup>24</sup> e não sobre direitos jurídicos da comunidade que pré-existem e exigem que o legislador, tal qual o juiz, se utilize do critério de integridade, mas em relação primeiro, no sentido de que deve se portar com integridade moral – as normas criadas sejam moralmente coerentes – tendo em vista e com respeito aos princípios da comunidade, pois “os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada comunidade” e “dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições”, lembra Kozicki<sup>25</sup>.

A tese dos direitos, que a partir daí emerge, ampara-se na circunstância de que nenhuma diretriz política ou nenhum objetivo social coletivo (*políticas públicas*) pode preferir aos direitos individuais, decorrendo, desde aí, a relevância da função garantidora dos direitos como uma das mais importantes do sistema jurídico.

A função garantidora, que realça a importância da jurisdição, deve ser entendida no sentido de que os direitos devem ser assegurados contra as agressões da maioria e do governo. Calsamiglia, ao escrever sobre a teoria de Dworkin e referindo-se à função garantidora em face da maioria, coloca o seguinte exemplo:

Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se

tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas – que es de raza negra – no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?<sup>26</sup>

E prossegue afirmando que

Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.<sup>27</sup>

Assim, o respeito aos princípios nos quais a prática jurídica de uma comunidade encontra-se fundada garantiria a integridade política alçada num consenso apto a legitimar a vontade política. Todavia, esse consenso remete a uma situação ideal onde prevalecesse a igualdade e, como se sabe, as coisas, na prática, não são bem assim. Com efeito, no âmbito da descontextualização que assola a experiência democrática moderna, a observação de Barroso não pode ser olvidada quando insiste em que a democracia não se resume ao princípio majoritário e problematiza: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”. Partindo daí, o constitucionalista brasileiro reforça o papel da Constituição para proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>28</sup>

A democracia cada vez importa em reconhecer e conviver com a divergência, o contingente, a diversidade, enfim, o pluralismo, as tensões e os conflitos que inarredavelmente aumentam na comunidade política. A (única) resposta certa, com efeito, em defesa da univocidade, implicaria o aprisionamento *espacial* do direito que perderia a especificidade de suas circunstâncias, e o mundo circundante perderia seu aspecto

<sup>22</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 170.

<sup>25</sup> KOZICKI, Katya. *Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PGE, v. 24, nº 54, 2001, p. 45.

<sup>26</sup> CALSAMIGLIA, Albert. “Ensayo sobre Dworkin”. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993, p. 17-18.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>, consulta realizada em 25 set. 2009, p. 9.

cultural, transformando-se em um dado do mundo da natureza. É por isso que na ontologia do ser, Heidegger explicita que

[...] a espacialidade do que vem imediatamente ao encontro numa circunvisão pode-se tornar tema da própria circunvisão... Com a tematização da espacialidade do mundo circundante, operada de forma predominante na circunvisão, o espaço já é, de certo modo, visualizado em si mesmo.

E Heidegger não hesita em divisar que o espaço destituído de circunvisão “neutraliza as regiões do mundo circundante, transformando-as em puras dimensões.” Apenas por meio de uma *desmundanização* se poderia cogitar de um espaço homogêneo da natureza. Como modo de ser-no-mundo, a *presença* já dispõe previamente, embora de forma implícita, de um espaço já descoberto.<sup>29</sup> Esse espaço, em se tratando do direito, encontra-se não raro velado quanto às possibilidades de espacialidades, necessitando, portanto, se mostrar. Esse desvelamento espacial do ser deve ocorrer em sintonia com a tradição, a consciência dos efeitos da história e a cotidianidade que lhe imprimirão sua finitude. É que, prossegue Heidegger, “o espaço só pode ser concebido recorrendo-se ao mundo”, e categoricamente conclui:

Não se tem acesso ao espaço, de modo exclusivo ou primordial, através da desmundanização do mundo circundante. A espacialidade só pode ser descoberta a partir do mundo e isso de tal maneira que o próprio espaço se mostra *também* um constitutivo do mundo, de acordo com a espacialidade essencial da pre-sença, no que respeita à sua constituição fundamental de ser-no-mundo.<sup>30</sup>

Os defensores da tese da (única) resposta certa partem do pressuposto da existência de uma homogeneidade relativa como base meta-jurídica ou pré-jurídica da igualdade democrática. Entre eles, seu mais ilustre defensor, Ronald Dworkin, como já registramos, que tão convencido disso, guinda a igualdade à condição de virtude soberana<sup>31</sup>, realmente, única condição, se realmente testificada, para validar sua tese.

<sup>29</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis (RJ): Vozes, v. I, 2005, p. 161-162, passim.

<sup>30</sup> Idem, p. 163.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

### 3 O projeto do direito sob o viés de uma pretensão de *universalidade racional* no pensamento de Habermas e Alexy

A busca por um consenso justificado, garantido e fundado que permitisse a melhor resposta para as questões morais práticas a partir de uma racionalidade motivada é o caminho trilhado por Habermas e seguido por Alexy.

Para Habermas o direito deve ser justificado a partir de uma moral pós-convencional de pretensão universalista, onde todos sejam incluídos de modo a construir uma dimensão deontica do *dever ser* não imposta, mas construída pelo procedimento. Estamos convencidos que em decorrência da mesma razão pela qual a única resposta certa dworkiana não se ajusta ao processo decisório de Estados periféricos, em face de ausência de homogeneidade, o que conduz à descontextualização da situação hermenêutica, o procedimentalismo habermasiano não se avulta o caminho para permitir o acontecimento da verdade ensejando o desvelamento do direito na situação hermenêutica, ainda que a verdade para Habermas seja construída consensualmente e não como uma correspondência necessária entre os fatos e os enunciados.

Deveras, a ética em Habermas é formal. Decorre de como devemos discutir para poder fazer<sup>32</sup>. É assim que, para ele, resulta formulado o princípio da ética do discurso(D):

[...] uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma.<sup>33</sup>

Mas, ainda como pressuposto procedimental de validade do discurso, Habermas admite que ele deve se erigir a partir de um consenso de todos. E assim

<sup>32</sup> Segundo Habermas “A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de *outras* éticas cognitivistas, universalistas e formalistas [...]” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 148-149).

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso.” In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 86.

concebe o princípio da universalização (U) afirmando que:

[...] toda norma válida deve satisfazer a condição [de] que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).<sup>34</sup>

A opção moral, nessa conformidade, deriva do convencimento, avultando-se, portanto, racional. E o direito apenas se legitima a partir dessa racionalidade comunicativa do discurso. Por isso ele proclama:

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nessa medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de *todos os outros*.<sup>35</sup>

O *agir comunicativo* avulta-se orientado para o entendimento mútuo. Ele ocorre, registra Habermas<sup>36</sup>,

[...] quando os atores tratam de harmonizar inteiramente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas.

Difere, portanto, do *agir estratégico*, vale dizer,

[...] os autores estão exclusivamente orientados para o *sucesso*, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários.

Habermas está convencido de que as ações sociais podem mesmo se distinguir segundo seus agentes optem por um ou outro caminho. Nas suas palavras:

Al definir la acción estratégica y la acción comunicativa como dos tipos de acción distintos,

parto del supuesto de que las acciones concretas se pueden clasificar según estos dos puntos de vista. Cuando hablo de <<estratégico>> y de <<comunicativo>> no solamente pretendo designar dos aspectos analíticos bajo los que *una misma* acción pudiera describirse como un proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, y como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de la vida, de otro. Sino que son las acciones sociales concretas las que pueden distinguirse según que los participantes adopten, o bien una actitud orientada al éxito, o bien una actitud orientada al entendimiento; debiendo estas actitudes, en las circunstancias apropiadas, poder ser identificadas a base del saber intuitivo de los participantes mismos.<sup>37</sup>

No agir comunicativo há, uma postura pragmática sob o uso da linguagem e voltada para a busca do consenso, onde o agir dos atores deve ser validado por três níveis de correção: *sinceridade*, *verdade* e *retidão*. O consenso daí advindo repousa em um horizonte no âmbito do qual os agentes se movimentam e que é pano de fundo da ação comunicativa: o *mundo da vida* construído de certezas partilhadas<sup>38</sup> e ensaja as condições ideais para o desenvolvimento do *espaço público* onde devem se desenrolar e se legitimar as relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade, tudo, naturalmente, sob o influxo de pactos semânticos edificadores de emancipação.

Assim, a construção de um modelo normativo dirigido à busca de um consenso e alçado no mundo da vida sob a racionalidade da dimensão reflexiva daquilo que é dito no plano da ação – o discurso, revela o agir comunicativo como um ideal regulativo, uma normatividade ideal e contrafática na medida em que, se a racionalidade estratégica entra no discurso mediante bloqueio a um dos níveis de correção, quebra-se a racionalidade discursiva que, na verdade, às vezes é aparente quando solapadas as condições ideais de fala por manipulação de um agir abertamente estratégico ou ocultamente estratégico – que conduz a um engano consciente quando não demonstrada a intenção de conseguir o resultado, portanto, insincero. E isso, diga-se de passagem, é tão comum nos estados da modernidade periférica onde o Estado Democrático de Direito ainda não se encontra sedimentado e a colonização do mundo da vida sob o influxo de abordagens adrede-mente voltadas para satisfação de interesses ideológi-

<sup>34</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>35</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>36</sup> *Idem, p. 164-165, passim.*

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, v. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999, p. 367-368.

<sup>38</sup> HABERMAS, 2003, p. 165-172, *passim.*

cos os mais variados – de regra neocapitalistas liberais, corporativos, midiáticos, entre outros –, solapam o espaço público e deformam o agir comunicativo.

Alexy, na esteira de Habermas, também entende que a correção de um enunciado normativo decorre do procedimento. A partir daí, ele constrói uma refinada teoria da argumentação estabelecendo regras, formas e critérios para o discurso jurídico concebido, como já assentamos, como um caso especial do discurso prático geral. Isso significa dizer que o discurso jurídico se fundamenta, como assenta Alexy<sup>39</sup>, (1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações [as regras, formas e critérios que ele apresenta]. Essas regras básicas de racionalidade são trabalhadas em um espaço onde se divisam as condições ideais de fala preconizadas por Habermas, o que se pode perceber quando Alexy assevera que: a) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; b) todos podem problematizar qualquer asserção; c) todos podem introduzir qualquer asserção; d) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; e) a nenhum falante se pode impedir de exercer esses direitos, mediante coerção interna e externa ao discurso<sup>40</sup>.

O discurso erigido sob condições que tais se encontra fundamentado numa regra geral intitulada por Alexy como a *regra geral de fundamentação* segundo a qual “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.”<sup>41</sup>

E sob tal contextura Alexy estabelece um divisor entre um argumento correto e um jogo de linguagem:

Quem fundamenta algo pretende, ao menos no que se refere a um processo de fundamentação, aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um. Os jogos de linguagem, que não pretendam cumprir pelo

menos esta exigência, não podem considerar-se fundamentação.<sup>42</sup>

Por esse caminho, ou seja, ponderando que a correção de um argumento repousa na fundamentação, Alexy eleva o discurso racionalmente fundamentado a um nível além dos *jogos de linguagem*, ou seja, o discurso não seria apenas um elemento presente na socialização do homem sob múltiplas variedades descritas pela linguagem<sup>43</sup>, mas algo que se sustenta numa fundamentação racional.

A exigência de fundamentação conduz, portanto, à correção do discurso. A decisão judicial, como enunciado jurídico ditado em uma sentença, afirma Alexy<sup>44</sup>, vincula-se a essa pretensão de correção quando ligada a uma fundamentação. Não obstante, Alexy está atento à hodierna práxis jurídica dos tribunais onde, de maneira não esporádica, costuma-se verbalizar qualquer coisa sobre qualquer coisa e, por isso, registra que

[...] há razões para dizer que a falta de pretensão de correção de uma decisão não a priva necessariamente do seu caráter de decisão judicial válida, mas a torna defeituosa em um sentido relevante não só moralmente.

Por outro lado, a pretensão de correção do discurso jurídico, sob condições ideais, não se encontra elidida pela ação estratégica dos agentes no processo judicial, pois

[...] as partes e seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos [...] e os argumentos deduzidos no tribunal são comumente recolhidos na fundamentação judicial; e torna-se difícil duvidar que ela se situe conforme a pretensão jurídica.

Ora, se a pretensão de validade do discurso não deixa de existir quando se faz uso de juízos oportunistas de valores, o que acontece quando quem fundamenta o faz para satisfazer interesses subjetivos, o processo judicial se veria reduzido, por esse caminho, a uma ação estratégica, o que, mesmo assim, não excluiria, segundo Alexy, a sua compreensão com referência a um conceito de discurso<sup>45</sup>, porque as regras e crité-

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 210-211.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 195.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>43</sup> *Jogos de linguagem* na concepção de Wittgenstein. Ver WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994, p. 18-19 e 54-55, sobretudo.

<sup>44</sup> ALEXY, 2005, p. 212.

<sup>45</sup> ALEXY, 2005, p. 212-216, *passim*.

rios fornecidos pela teoria da argumentação limitariam o possível e impossível discursivamente.

Os traços fundamentais da argumentação jurídica construída por Alexy são por ele agrupados – seguindo a linha do pensamento de Wróblewski<sup>46</sup> como ele mesmo registra – em dois tipos de justificação. A justificação interna (*internal justification*) e justificação externa (*external justification*). Na primeira, verifica-se se a decisão segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; na segunda, verifica-se a correção dessas premissas, ou seja, na *justificação interna* são discutidos os problemas afetos ao silogismo jurídico sob o balizamento da lógica e a *justificação externa* se ocupa da fundamentação das premissas usadas na justificação interna, que podem ser agrupadas em três tipos: 1) regras de direito positivo; 2) enunciados empíricos; e 3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo<sup>47</sup>. E Alexy prossegue assentando as formas de fundamentação de cada grupo de premissa para, logo em seguida, destrinchá-las no curso de sua teoria. Nas suas palavras:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”.<sup>48</sup>

Sob tal contextura, o que justifica, portanto, uma decisão judicial, é a obediência a um procedimento e sua correção decorre da fundamentação, pois as regras e as formas do discurso jurídico constituem o critério de correção<sup>49</sup>. Isso abriria a possibilidade de várias respostas certas para a mesma questão desde que sejam igualmente justificadas pela teoria do discurso racional. Não se pode é decidir irracionalmente. É o que sustenta, em suma, Alexy.

Com efeito, para Alexy, quem defende a existência de uma única resposta correta independentemente de haver um procedimento para encontrá-la e provar sua correção, separa o conceito de correção dos conceitos de fundamentabilidade e de possibilidade de prova, gerando um conceito *absoluto* de correção que tem um caráter *não procedimental*. E, conquanto afirme de que “a única resposta correta é a finalidade a que se deva aspirar”, está igualmente convencido de que

[...] como idéia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta [...] os participantes de um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta.<sup>50</sup>

A necessidade de se recorrer aos critérios prescritos pela teoria da argumentação jurídica racional se avulta quando se percebe que “as normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica”, afirma Alexy, o que decorreria, segundo ele, de quatro razões: 1) a vagueza da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflitos normativos; 3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica inexistente nas normas vigentes; e 4) a possibilidade de se decidir em casos especiais contra a literalidade da norma.<sup>51</sup>

A partir daí, Alexy se mostra convencido de que para se suprir a indeterminação do direito, o caminho é o recurso às regras especiais da argumentação jurídica, o que limitaria a área do possível discursivamente no âmbito da incerteza deixada pelas normas jurídicas<sup>52</sup>. E por isso, a missão da moderna dogmática jurídica seria “a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico”<sup>53</sup>.

É preciso ter em mente, todavia, que o consenso a partir de uma racionalidade moral discursiva no âmbito de um processo judicial dialógico e estratégico, pode se validar empiricamente, de modo amplo, em Estados onde o nível de mediatização do meta-código *inclusão/exclusão* encontre-se bem adequado, dizem-

<sup>46</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal Decision and its Justification”. In: *Le Raisonnement Juridique. Akten des Weltkongresses für Rechts – und Sozialphilosophie*, Bruxelas : Ed. H. Hubien, 1971., p. 412 ss; 1974, p. 39 ss, *apud* Alexy, 2005, p. 217-218.

<sup>47</sup> ALEXY, 2005, p. 217, 218 e 226, *passim*.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 226.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 280.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 299-300, *passim*.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 275.

<sup>52</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 277.

do de outro modo, o Estado Democrático de Direito encontra-se sedimentado ensejando o que se pode chamar de contextualização homogênea.

Nos Estados da modernidade periférica onde as desigualdades assolam, como o caso do Brasil, não se pode falar, de regra, de uma racionalidade moral discursiva; já porque os concernidos não são iguais; já porque, sob tal contextura, muito dificilmente se pode erigir consenso exatamente porque os efeitos da norma justificam, como estamos convencidos, condições de possibilidades outras que não aquelas produto do consenso, porque não raro esse encontra-se viciado sob a influência do bloqueio dos códigos de atuação da economia (ter/não ter) e da política (poder/não poder). Nesse espaço, o agir comunicativo não se processa sob o manto dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e correção). Ocorre, contrariamente, um agir estratégico voltado para satisfação de interesses.

É dizer: o modelo consensualista parece prestar-se para esferas restritas, como por exemplo, um conselho universitário formado por cientistas, mas para uma arena maior como a esfera pública onde impera a heterogeneidade contextual a proposta se torna difícil.

Assim, como legitimar, sob tal contextura, o processo judicial decisório a partir de uma racionalidade moral discursiva se os concernidos não estão em idênticas condições para suportarem os efeitos de um *consenso* que resulta imposto ainda que por um terceiro legítimo: o juiz?

Se o mundo da vida é discursivo e voltado para o consenso moral, e se o procedimento é regulado pelo discurso político-econômico, que se arvora, portanto, moral, e se o discurso jurídico deve buscar mediatizar a coerência desses discursos, não poderá fazê-lo, como estamos convencidos, a partir de um modelo racional formal que vele condições de possibilidade do direito daqueles que estão à margem do discurso.

Estamos convencidos, realmente, que o procedimentalismo advindo do discurso racional prático conduz a um resultado aberto, asséptico que, definitivamente, não implica em consenso no processo judicial quando esse é conduzido por um viés estratégico. Velam-se as condições de possibilidade do direito em nome de um consenso do resultado.

Isso não invalida, é certo, os fundamentos da teoria da argumentação jurídica tal qual proposta por Alexy, cuja contribuição avulta-se de grande utilidade num segundo momento, ou seja, no momento da explicitação da fundamentação, onde a racionalidade

posta em prática pelo terceiro – o terceiro julgador – deve ser enfrentada.

#### 4 O direito como interlocutor no âmbito de “uma compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida”<sup>54</sup>

Castanheira Neves e Aroso Linhares lançam profundas reflexões sobre o projeto de modernidade delimitado a partir da universalidade racional e anunciam uma “*compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida*” para o projeto do direito.

Com feito, Castanheira Neves se mostra convencido de que é na perspectiva do homem e não na de uma programação social, que a resposta certa é possível a partir da recuperação de uma intencionalidade material específica da juridicidade. Essa intencionalidade passa pela crítica e superação da metodologia normativista com seu dogmatismo conceitual, sua hermenêutica exegético-analítica e sua técnica de aplicação formalmente dedutiva, para dar lugar a uma experiência jurídica que ao cabo será garante da própria autonomia do direito que se vê reconhecido num *continuum e problemático constituendo* que afasta a pressuposição objetiva na medida em que a realização do direito implica a integração, o desenvolvimento, a correção e reelaboração da normatividade pressuposta a partir de uma pluridimensionalidade de elementos onde o direito virtualmente fechado do normativismo cede espaço a uma abertura a partir de uma espiral regressiva, ou reflexivamente reconstruída imposta pela sua própria e contínua realização. Nessa contextura, ressalta o professor catedrático da Universidade de Coimbra, os princípios passam a instituir um sentido axiológico-normativamente fundamentante e constitutivo, tudo enfim, a permitir uma restaurada distinção entre *ius* e *lex* (juridicidade e legalidade) que se manifesta na experiência jurídica e enseja uma dimensão autônoma do direito em sua especificidade intencional e constitutiva, que se dinamiza reflexivamente num contínuo diálogo problemático-judicativo com a práti-

<sup>54</sup> A expressão foi tirada do trabalho do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares intitulado “*O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*”, pendente de publicação, mas gentilmente cedido pelo autor, onde acompanhando Habermas e Alexy e depois, como o próprio mestre registra, distanciando-se de ambos, invoca essa compreensão concebida como *não-universal*, nem sequer *universalizável* do projeto do direito e do *homo humanus* que o distingue, na linha do pensamento de Castanheira Neves.

ca histórica dos casos decididos.<sup>55</sup> Essa prática, prossegue Castanheira Neves, é:

[...] humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos<sup>56</sup> que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época.<sup>57</sup>

Se assim, a universalidade do direito constitui um problema para o jus-filósofo de Coimbra. Isso porque “o direito o havemos de compreender de um sentido civilizacionalmente cultural específico, como uma criação e dimensão cultural”, pelo que seu sentido e as soluções que possam daí advir encontram-se vinculados, limitados pelas possibilidades e dimensões constitutivas dessa mesma cultura. É por isso que o confronto entre os pressupostos da existência mundanal e as dimensões antropológicas – aos quais se poderá reconhecer uma natural universalidade – a solução deita apelo ao projeto civilizacional e projeta-se para aquela dada cultura, e não como solução universalmente necessária para além dela, pontifica aquele mestre<sup>58</sup>.

Dessa maneira, quando nos referimos à intencional universalidade do direito, o fazemos tendo em

mira o constructo cultural da civilização ocidental<sup>59</sup>, e essa projeção universal naturalmente não é assimilável por outras civilizações. Nesse sentido, Castanheira Neves convoca aspectos (dimensões constitutivas) da civilização muçulmana, do Islã ao escopo de demonstrar que não aquele sentido de universalidade, mas o sentido de universalidade do direito em direção à realidade humana universal confronta no *organarium* constitutivo de cada civilização<sup>60</sup>. Todavia, o mestre de Coimbra ao final questiona: há um comum invocável e um entendimento viável entre as civilizações culturais divergentes que consideramos quanto ao direito – a nossa civilização grego-romana, cristã e europeia, e a civilização muçulmana? Registrando que “o fim ainda não está definido” e considerando que “se o problema, como o compreendemos, é de índole cultural, civilizacionalmente cultural, parece então estar também no plano cultural a possibilidade, se estiver, do *novum* que o problema exige.” Essa possibilidade, segundo ele, repousa num *constituens* religioso.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Castanheira Neves se refere à civilização “grego-romana, cristã (judaico-cristã) e europeia” (idem, p. 111).

<sup>60</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 121-124.

<sup>61</sup> “Nada mais, nada menos do que um fundo religioso de comum invocação, que permitirá uma convergência naquilo mesmo que é imediatamente diverso e nos legitima a ver na história, a história da *res gesta* que não decerto das *rei gestarum*, o *novum*, o grande superador em que há que pôr a esperança. Thomas Eliot, nas suas *Notes towards the Definition of Culture*, sustenta e faz-nos ver que o núcleo, o fundo constitutivo de todas as culturas subsistentes, não decerto as entropicamente no caos final, é religioso – e George Steiner, o grande crítico, concorda, embora para tirar como judeu que é, conseqüências muito suas que aqui não vêm ao caso. Também Habermas, o agnóstico neo-iluminista – digamo-lo assim – se refere com insistência, ao seu conhecido diálogo com o então Cardinal Ratzinger, à nossa actual já “sociedade pós-secular”, onde as dimensões religiosas e o diálogo com elas se não pode excluir, assim como apela aí ao que diz ser a “experiência da libertação secularizante de potenciais de significação religiosamente enquistadas” (*verkapselter*, na expressão alemã). Quero com isso dizer, e não seria difícil multiplicar análogas referências significativas, que ao sentido do direito, tal como o compreendemos enquanto dimensão da nossa civilização, se reconhecerá – vimo-lo, aliás, na arqueologia que fizemos desse sentido – um *constituens* religioso, a que se acrescentou decerto uma reconstituição secularizada, sem todavia se poder ignorar que é isso mesmo, uma secularização dum sentido anterior de outro nível – pense-se nos direitos humanos, se não lhes radicalizarmos o individualismo e não os deixarmos de associar à dignidade humana; não se esqueça no nosso sentido do direito a constitutiva e diferenciadora condição ética, referida à pessoa, etc. E então este nosso direito poderá ser entendido mesmo por aqueles que o não reconhecem, mas compreendem como capital a dimensão religiosa enquanto um outro horizonte de convocação em que encontra fundamento último o sentido de tudo, e que, por isso ou por aquelas dimensões constitutivas, ainda que muitas vezes esquecidas, não verão nele uma apenas expressão sacrílega que terá, totalmente e por todos os meios, de repudiar-se. Só que esse possível verdadeiro encontro não será já par hoje. Mas a história também não termina hoje – ainda que não pareça esse fim também uma hipótese inteiramente excludível – e esperamos que na história a vir caminhemos, corajosos mas sem morte, ao

<sup>55</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 58-61, *passim*.

<sup>56</sup> Castanheira Neves diferencia os princípios em *princípios positivos*, *princípios transpositivos* e *princípios suprapositivos*. Para ele os princípios “se distinguem decisivamente dos “princípios gerais do direito” que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de “o direito” em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade. E em que há a distinguir os *princípios positivos* (aqueles expressamente enunciados pelo direito vigente) , os *princípios transpositivos* (os que constituem as condições normativas transcendentais e estruturantes dos diversos domínios da ordem jurídica) e os *princípios suprapositivos* (a exprimirem directamente elementos e categorias do sentido último do direito).” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2003, p. 108.

<sup>57</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 54-55.

<sup>58</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*. In: *Digestas*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 105-106, *passim*.

Conquanto, assim, o sentido do direito repouse na cultural historicidade de uma civilização na qual ele é construído, pensado, vivenciado e, portanto, apresente a universalidade que esse contexto civilizacional lhe proporcione, Castanheira Neves chama a atenção para a circunstância de que isso

[...] não significa que, excluído nestes termos a necessidade *a priori* de um qualquer sentido do direito que anulasse o problema de sua universalidade, caíamos no outro extremo da imputação do direito, no seu sentido, à mera contingência ou ao arbítrio decisório. Pois também contra este radical positivismo, em que paradoxalmente o direito valeria sem validade, se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma *voluntas* simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais.<sup>62</sup>

Para Aroso Linhares, a proposta de juridicidade defendida por Habermas merece questionamento não tanto “porque esta se nos apresenta (inequivocamente!) como uma tentativa de reconstrução das *ordens jurídicas modernas* e do seu modelo de institucionalização *macroscópico*, na *continuidade* dos seus palcos (e dos paradigmas que os traduzem e purificam) – menos ainda porque tal reconstrução se nos dirija (como é inevitável que se nos dirija) assumindo opções seletivas (opções que, como quaisquer outras, pudéssemos ou devêssemos discutir) –, é antes porque confere aos traços-*features* assim reconhecidos e às aquisições que estes oferecem (na medida em que alimentam uma tal continuidade) um caráter que, como Charles Taylor<sup>63</sup>, diríamos *acultural* ou *culturalmente neutro*<sup>64</sup>. E o jusfilósofo português prossegue, recorrendo a Taylor, esclarecendo que “acultural” deve ser compreendido

---

encontro uns dos outros, e as civilizações entre si também. E não só naquela *Gelassenheit zu den Dingen*, mas também e sobretudo com *Öffenheit fur das Geheimnis*, a que nos convocou Heidegger, porque não aguardar Ismael a descer o monte do divórcio e então generosamente matarmos o vitelo gordo – vitelo gordo que sobre a mesa da comunhão não derrame já o sangue, mas a paz?” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 127 – 128).

<sup>62</sup> Idem, p. 110.

<sup>63</sup> As referências a Taylor são contextualizadas, conforme consigna Linhares, a partir de *Inwardness and the Culture of Modernity*, in Honneth/MacCarthy/Offe/Wellmer (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklärung. Jüngen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, p. 601-623 e também em “Two Theories of Modernity” (1993), *The International Scope Review*, vol. 3, nº 5, 2001, disponível in: [http://www.socialcapital-foudation.org/journal/volume%202001/issue%205/taylor\\_presentation.htm](http://www.socialcapital-foudation.org/journal/volume%202001/issue%205/taylor_presentation.htm), consulta realizada em 02/10/2006.

<sup>64</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 28-29.

No sentido desde logo de reconhecer que tais aquisições, emergindo embora primeiro num determinado contexto civilizacional (<<[even though arising] first in one civilization rather than another>>) – por razões que podem, de resto ser tematizadas (e que têm evidentemente a ver com factores e pressupostos de inteligibilidade que permitiram a <<descentralização>> moderna) –, devam ser levadas a sério como progressos ou desenvolvimentos racionais de uma etapa ou estágio-limite (para os quais todas as experiências *tendem*)... e então e assim (uma vez emancipadas da <<tradição>> que as produziu) responsabilizadas por uma estrutura-*framework* global – uma estrutura que possa tratar racionalmente toda e qualquer comunicação, independentemente da sua identidade cultural, da sua origem étnica e da concepção de homem e da <<vida boa>> que nela se manifeste (<<as a type of transformation [...] which can take any specific culture as its input>>). Mas então também <<acultural>> no sentido de *crystalizar* a ruptura moderna como um *exemplum* de dissociação-diferenciação – capaz de inventar-oferecer uma estrutura descontextualizada e de a tornar efectiva em qualquer <<constelação>> de práticas vivas (capaz, se quisermos, de confundir racionalidade e neutralidade cultural, igualdade humana e cidadania e esta como *comprehensive universal identity*). O que, em relação ao *artefactus* performativo direito, significa não apenas *admitir*... mas *exigir* que a *forma* emancipada pela modernidade (a primeira das configurações culturais a poder considerá-lo plenamente como uma criação autodesponível!) se torne por assim dizer exclusiva (apropriando-se por inteiro das intenções e categorias que o distinguem).<sup>65</sup>

O projeto de modernidade advindo da proposta universalista racional toma, portanto, o direito como meio de impor soluções de equilíbrio a esse projeto por meio de institucionalização (normatização) daquilo que Häberle chama de *crystalizações culturais subjacentes*<sup>66</sup> (substratos ou artefatos culturais), mas essa normatividade ocorre no sentido e na perspectiva de ajustamento daqueles às aquisições modernas estabelecidas no consenso, que assume, assim, uma feição persuasiva que, denuncia ainda com precisão Aroso Linhares, é muito

[...] mais do que admitir que os objetos condutores da juridicidade se identificam com a institucionalização da *democracia deliberativa* e do *constitucionalismo comunicativo-procedimental* (e com o *intertwinement* que, em nome dos princípios

---

<sup>65</sup> Idem, p. 29.

<sup>66</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 26-47.

do discurso e da democracia, os sobrepõe). Porque já é decerto garantir a universalidade das suas <<aquisições>> e das categorias de intelegibilidade que as traduzem... e então e assim traçar paralelos exemplares entre a nossa circunstância e aquela que gerou a ruptura moderna.<sup>67</sup>

Considerar o direito como interlocutor sob o pálio de “*uma compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida*” requer que se leve a sério sua experiência cultural. Isso requer, sem dúvida, inteira atenção a um projeto de *homo humanus* do direito para fazer face à propagada pretensão de universalidade racional. E nesse projeto, os artefatos culturais não podem ser reduzidos a meros insumos da regulatividade consensual ajustáveis, sob a iluminação da situação ideal de diálogo, ao reconhecimento-invenção de uma pretensão de universalidade, anota o mestre português, porque inteiramente convencido da possibilidade alternativa:

[...] de um interlocutor *direito* que, ao expor-nos às suas intenções materiais (e ao assumir estas como uma dimensão constitutiva nuclear da sua identidade), só pode dirigir-se-nos como um *modus específico* de produção e realização-performance de significações comunitárias [...]<sup>68</sup>

Deveras, como registra ainda o professor de Coimbra, o projeto cultural do direito não pode se revelar unicamente enquanto especificação do *princípio do discurso* ou sob a perspectiva que este impõe ao *princípio da democracia*<sup>69</sup>. Significa dizer, portanto, que não basta para a construção do projeto do direito que leve a sério o *homo humanus* que sua justificação repouse no consenso de uma maioria convencida por um discurso racional havido a partir de uma *liberdade* erigida sob determinadas condições ideais de fala (diálogo). O *republicanismo cosmopolita* depara-se inequivocamente com dificuldades contrafáticas na formação do consenso, algumas delas sob conhecidas abordagens que aqui já logramos expor, notadamente somatizadas sob o monômio *descontextualização*.

A descontextualização engendrada por uma dinâmica de purificação conduz à perda da identidade, dificuldade assentada pelo jus-filósofo de Coimbra como a pretensão de emancipar do horizonte civilizacional e da configuração histórico-cultural a *ratio* do direito nas suas palavras:

Não se trata, com efeito, só de querer vincular a *ratio* do direito à *Entwicklungslogik* do *ideal role taking* revelada pela <<descentralização>> moderna; trata-se já, muito claramente, de pretender emancipar ambas do horizonte civilizacional e da configuração histórico-cultural que as gerou, responsabilizando a dinâmica do seu *continuum* (no seu equilíbrio triangular) pela possibilidade de um patamar metadiscursivo equidistante. Se a primeira das vinculações referidas constringe o interlocutor *direito* a dissolver-se no projecto global da modernidade (se não explicitamente a renunciar a todos os traços identificadores que este projecto exclua ou considere irrelevantes), esta emancipação traz-nos como efeito o risco de descaracterizar a dinâmica pretendida (se não de enfraquecer o seu potencial estruturante). Como se a exigência de (positiva e negativamente) se submeter todas as <<totalidades históricas>> existentes a essa dinâmica e às suas <<aquisições>> (levadas a sério como <<estruturas gerais>> da *Lebenswelt*) não se cumprisse sem um exercício continuado de *abstracção-neutralização*... e este exercício nos condenasse, por sua vez, a uma fronteira perigosa. Aquela em que a objectivação plausível as regras de procedimento e o correspondente *iter* de autorracionalização (protegidos embora pela máscara de um *humanismo abstrato*) se descobrem feridos por níveis ou graus de indeterminação insustentáveis (exigindo especificações intencionais que só a ruptura do equilíbrio primordial, com a convocação de possíveis <<suplementos>> substantivos, há de estar em condições de satisfazer). Indeterminação que reduz a efectividade prática da *racionalidade discursivo-comunicacional* e dos limites de validade-vigência que esta deverá impor (reconduzindo o potencial das formas de comunicação a um *ensemble* de fórmulas abertas)? Podemos reconhecê-lo. Reconhecendo também um problema suplementar. É que o preço que assim (mais ou menos generosamente) se paga... mostra-se por sua vez (paradoxalmente!) insuficiente para garantir a ambicionada emancipação. Com efeito, nem mesmo reconduzida ao seu núcleo mais indiferenciado ou indefinido (com a sua força performativa reduzida a um apelo quase só nominalístico) nos aparece(rá) a máscara do *homem do consenso ideal*(com a sua *inclusão discursiva do outro*) [...]<sup>70</sup>

No âmbito dessas idéias, Aroso Linhares também se mostra inteiramente convencido de que a pergunta pelo sentido do direito, pela sua práxis – enquanto experiência diferenciadora deve levar a sério e estar vinculada a um horizonte de expectativas civilizacionais. Todavia, ele também se encontra convicto de que na solução dos problemas por esse viés prático-cultural-

<sup>67</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 30.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 32 e 26, *passim*.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 33-34.

civilizacionalmente-inconfundível e, portanto, não universalizável, não está em pauta

[...] esquecer as condições de representação-determinação impostas pelo contexto global, como não se trata de propor especificações que neutralizem os desafios deste contexto – especificações que em nome de uma celebração (apologética) da autonomia-*Isolierung* do jurídico pudessem ocultar-superar os problemas correspondentes. Porque se trata antes de convocar o *originarium constitutivo do problema do direito...* para experimentar a continuidade (e se quisermos, a plausibilidade *contextual*) da procura que lhe corresponde.<sup>71</sup>

É nesse *continuum* que a experiência do direito projeta-se nos costumes, na cotidianidade, em suma, no *ethos* onde ele é pensado, elaborado, construído com bom senso, prudência, bem julgar, sabedoria (*phronésis*). O jurídico, assim, nos é convocado não a partir de um meta-discurso, mas como um

[...] interlocutor autêntico (participante efetivo num diálogo em que a pluralidade envolvida é seguramente também a dos horizontes civilizacionais). Interlocutor que só encontraremos, na plenitude da sua riqueza e fragilidade, se estivermos dispostos a reconhecer (mas também a discutir e problematizar!) um *modo* civilizacionalmente específico de construção de sentidos comunitários [...]<sup>72</sup>, [ensina, em conclusão, o mestre luso.]

### Aportes finais à guisa de conclusão

Retomemos, agora, a passagem de Charles Dickens recortada na epígrafe deste *paper*. Vivemos hoje tempos igualmente difíceis. Na sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, a experiência do jurídico, como experiência do *humano*, o sentido do direito não pode ser relegado ao esquecimento. Esse sentido, conquanto estejamos a trabalhar com obra do homem, deve projetar-se pelos caminhos da *phronesis*, como virtude cardeal, e nas mãos de quem for ganhará dignidade e, lançada, assim, a experiência para o *ethos*, seja nas mãos de um estudante dos bancos de uma faculdade, seja nas mãos de um *chief justice* das supremas cortes, poder-se-á se perquirir em que medida uma resposta aponta (materialmente) para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para a virtude ou para o vício, ainda que revestida de uma técnica (forma) que, em nome de um discurso universalista, confira-lhe grau de correção.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 34-35, *passim*.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 39.

Sem dúvida, essa resposta não reside no campo do indecifrável, na subjetividade de qualquer ator jurídico que mascare qualquer mistério (desde existencial, técnico-formacional, etc). Ela existe como condição de possibilidade<sup>73</sup> e deve-se evidenciar cultural-civilizatoriamente comprometida com o projeto de *homo humanus* que o direito deve distinguir.

Retomemos, ainda, aos exemplos de respostas oferecidos pelas democracias brasileira e portuguesa nas últimas eleições. A eleição de Tiririca com assombrosos mais um milhão e trezentos mil votos, bem como, da mesma forma, a assustadora percentagem de abstenção (53,48%) nas eleições presidenciais portuguesas, inequivocamente, carregam um sentido. Um sentido, sem dúvida, que não pode ser compreendido em face de uma racionalidade formal universalista que aponta para a circunstância de que aquelas respostas foram havidas a partir de um *consenso* procedimental, encontrando-se, dessa forma, sob o pálio do *princípio democrático* e, de tal sorte, inteiramente ajustadas aos apelos da pretensão de universalidade que a forma racionalizou. Para além disso, as respostas querem significar muito mais. E significam. E essa significação somente poderá ser compreendida se mergulharmos no mundo da vida a fim de perquirir uma justificação para o discurso verbalizado nas repostas. Dito de outro modo: o que levou o povo brasileiro a depositar um milhão e trezentos mil votos num comediante semi-analfabeto, sem plataforma política, digamos, séria, sem condições de realizar um projeto político-emancipatório (Para quem? Em nome de quem? Com que finalidade ou objetivos?!?!)? Do mesmo modo pode-se perguntar o que levou a maioria do povo português – ou melhor, o que

<sup>73</sup> “[...] o que podemos (e devemos) esperar do jurídico é afinal uma resposta *possível* (<<originária>> e autônoma, *não derivada*) para o problema da <<vida em comum>>: uma resposta possível que se *distingue* dos discursos ético-existenciais e ético-políticos e da *Sttlichkeit* subjetivada e fragmentada que estes integram (da *eticidade* particular e plural que substituiu irreversivelmente o *ethos* social global das práticas tradicionais)... mas que se distingue também (*et pour cause!*) de um possível discurso *moral* descontextualizado (da *Moralität* iluminada por uma pretensão de universalidade que a ruptura moderna emancipou irreversivelmente da *eticidade-Sttlichkeit*); ou mais rigorosamente, uma resposta que se distingue destes discursos (e do modo como eles assimilam o mundo prático)... enquanto mobiliza simultaneamente um sistema <<cognitivo-simbólico>> e um sistema <<normativo-institucional>> (*das Recht ist beides zugleich: Wissenssystem und Handlungssystem*)...”

Práticas que, cumprindo uma tarefa-empresa (*Unternehmen*) com um sentido (*Sinn*) inconfundível, manifestam constitutivamente uma opção-entrega (*sobald [die Bürger] sich entschliessen, ihr Zusammenleben durch Recht legitim zu regeln*). Ora, uma opção-entrega que nos proporciona uma experiência única do *problema prático* e do *novum* dele relevante. Que é evidentemente a da *controvérsia-caso...* (AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 8).

não o levou às urnas nas últimas eleições presidenciais? O que se esconde atrás das respostas oferecidas pela democracia e pelo direito faz-nos mergulhar num universo contrafático que pode por em xeque o próprio princípio democrático e o próprio direito se este não se avultar com um interlocutor de uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Deveras, a validade de uma resposta passa a ser perquirível pelo projeto cultural comunitário, pelo seu repositório de insumos que é civilizacionalmente inconfundível e não *universalizável* como nos lembra o mestre de Coimbra para quem a resposta vai celebrar uma vocação integradora (de *sentido comunitário*) enquanto participa da *práxis-poiesis* de um integrante *mundo-humano*<sup>74</sup>

Para se perceber o alcance destas elucubrações, pensemos o seguinte: seria Tiririca eleito, ao menos com a estrondosa votação, se o voto no Brasil fosse facultativo como o é em Portugal? e não seria isso, desde logo, uma (apenas uma) das causas da enorme abstenção em terras lusas? Numa democracia, quanto noutra, a resposta revela um sentido de apatia política, de descaso, desinteresse pela coisa pública, ou seja, pelo modo de como a institucionalização tem sido produzida pelo gargalo do consenso dialógico. Aqui e lá, há um sem número de motivos contrafáticos e que resultam digamos *acomodados* nesse consenso pós-convencional que convive com um *republicanismo* onde um presidente de uma república é eleito sem o voto de mais da metade do colégio eleitoral ou que igualmente admite como resposta um consenso havido sob a base de um voto protesto que permitiu a eleição de outros três deputados que sequer foram votados!!! E, sob tal contextura, não seria uma resposta certa, aquela da justiça eleitoral brasileira, que validou a vontade popular mesmo contra o convencionalismo racional institucionalizado, no caso, em norma constitucional que tornou o analfabeto inelegível? Seria contramajoritária a decisão? O peso do majoritarismo não pode ser tão facilmente aquilatado. É de difícil aferição sobretudo se estiverem em causa direitos fundamentais. Basta imaginar, por exemplo, que Tiririca fosse confessadamente um adepto de idéias homofóbicas ou difundisse e ostentasse a bandeira de um Estado confessional islâmico fundamentalista. O constructo institucionalizacional canalizado sob o veio do voto de protesto seria admitido como resposta certa para a democracia e para o direito na *comunidade de princípios* brasileira? Seria o caso de,

<sup>74</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 37.

aqui, garantir os *objetivos condutores da juridicidade do constitucionalismo comunicativo-procedimental*? Recordem-se, aqui, dos exemplos ofertados por Calsamiglia<sup>75</sup> e Barroso<sup>76</sup>.

Talvez resida no âmbito de dificuldades dessa ordem a postura ostentada por aqueles que oferecem resposta negativa à indagação que serviu de norte para este ensaio. Assim é o pensamento de Kozicki. Para a professora da Universidade Federal do Paraná, sempre vai haver divergências interpretativas entre juízes, legisladores e cidadãos acerca dos princípios da comunidade e a interpretação vitoriosa pode parecer aos outros desprovida de valor ou obtida de forma a não respeitar os princípios que lhe cabia desvendar. Neste sentido, registra ela “a resposta certa, base da teoria da adjudicação de Dworkin, será sempre uma resposta possível entre várias”. Isso se apresenta da mesma maneira para a democracia que convive com o dilema de

[...] uma parte da comunidade, falando em nome de todos, poder tentar realizar uma determinada concepção de bem, ou conjunto de princípios, concepção ou conjunto este que é apenas uma possibilidade entre outras, mas que, em determinado momento, pode ser suficientemente poderoso para gerar acordos e identificações coletivas [...] Em suma: *não existe uma resposta certa*, tanto no âmbito da aplicação do direito, quanto no âmbito da democracia; a escolha de uma resposta representa sempre uma decisão, um escolher entre possibilidades distintas, e a conseqüente exclusão das possibilidades não contempladas no ato decisório.<sup>77</sup>

Contudo, a circunstância de uma resposta implicar sempre numa escolha que afasta outras possibilidades, não conduz à negativa para a nossa indagação. A resposta certa existe como condição de possibilidade e se desvelará na medida em que se lograr respeitar e fazer evidenciar e mobilizar as formas de vida comunitárias tendo como sentido a *prática-procura cultural civilizacionalmente comprometida*<sup>78</sup>. O apego a essa práxis a torna evidentemente contextualizada, isso porque o direito é um fenómeno cultural<sup>79</sup>, advindo, desde aí, a necessidade de que se

<sup>75</sup> Vide nota 28.

<sup>76</sup> Vide nota 30.

<sup>77</sup> KOZICKI, p. 54-55, *passim*.

<sup>78</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.* 35.

<sup>79</sup> Aroso Linhares acentua a propósito que a autonomia do direito pré-ocupada para um “...exercício de demarcação *humano/inumano*”

imprima sentido aos elementos que integram a ordem jurídica. E há, efetivamente, sentido(s) nas decisões dos povos brasileiro e português. São decisões, sem dúvida, amparadas por escolhas e, como tudo na vida, com sacrifício de outros bens e valores. O que importa, todavia, por em relevo, é que a validação de decisões deste jaez, ou seja, decisões que expressem desacordos morais razoáveis, não podem implicar sacrifícios intoleráveis de direitos fundamentais. Quando, portanto, as decisões, as significações comunitárias passam por esse fiel da balança, elas se projetam no âmbito da justificação jurídica e democrática. Estamos convencidos de que, sob esse viés, as decisões das democracias brasileira e portuguesa, bem como a decisão da justiça eleitoral brasileira conseguem sair pelo gargalo e projetarem-se no campo da validade.

Em determinadas situações, todavia, os (des) acordos sobre significações comunitárias encontram-se plantados em questões morais altamente complexas e a resposta é de difícil alcance. O fiel da balança, como registramos, será sempre a dignidade do *homo humanus* e essa se afere – estamos aqui com Aroso Linhares – a partir de uma interlocução com o direito sob o manto de uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*.

---

(e então também, hoje muito especialmente, com a exigência de denunciar-desmascarar os intérpretes-defensores do inumano que o desafiam!) [...] não nos interpele menos como *sentido-exigência* inconfundível e como experiência *continuada* de realização (mas também e ainda como discurso *culturalmente* específico)” e rememorando a lição de seu mestre o Prof. CASTANHEIRAS NEVES registra “Sem esquecer que as *emergências* destas três autonomias (<<filosófica>>, prático-jurisprudencial e cultural) correspondem a três *momentos* inconfundíveis da aventura civilizacional da resposta *direito* (de um direito que se descobre sucessivamente como sentido e como especulação filosófica, como prática jurisprudencial e como domínio cultural *universitariamente* reconstituído e comunicado) – numa conjugação-construção que o discurso medieval (ao assegurar a terceira das autonomias e ao assimilar-reinventar as outras duas) pôde traduzir na relação *sapientia/scientia/prudentia*. Cfr. Neste sentido o *Sumário desenvolvido* proposto por Castanheira Neves na primeira sessão do II Programa de Doutorado (Faculdade de Direito de Coimbra, ano lectivo 2001/2001), *O actual problema da autonomia do direito*, I) *Introdução*, 1.a), b), e c) [<<Se para os gregos o direito era um problema *filosófico* – intencionalidade que se mantém na dimensão teológico-filosófica – e para os romanos era uma *prática*, uma experiência socialmente prudential, volve-se agora numa dogmática (numa dogmática hermenêutica). Pelo que a autonomia do direito passa a ser uma *autonomia cultural*: o direito não se especula apenas, nem se pratica só prudentemente, estuda-se e reconstitui-se dialético-culturalmente – o logos jurídico torna-se hermenêutico-dialético. O que se manifesta secularmente no *ius commune*...>>] (*ibidem*, 4) – sistematização que vemos retomada e desenvolvida em <<o problema da universalidade do direito ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas>>, cit., p. 111-116 (III).” (AROSO LINHARES, *op. cit.* p. 35-36 e nota 130).

Nessa altura, recordemos, porque oportuno, do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de um anão, na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguir lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sua sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado Francês reformou a decisão e interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa<sup>80</sup>. Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Extrato da decisão pode ser consultado in: <<http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/anao.pdf>>.

<sup>81</sup> Informação e contextualização apresentadas pelo constitucionalista brasileiro Luiz Roberto Barroso na entrevista intitulada: *Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)*, disponível in: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>, consulta realizada em 15 dez. 2010.

É nessa contextura que se pode divisar o quão complexas<sup>82</sup> são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de mão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – as vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter-se cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado. O equilíbrio aponta para o princípio da tolerância que inserido no “processo de democratização-constitucionalização (*judicialização*), perde o carácter *unilateral* e a intenção paternalística que histórico-culturalmente lhe corresponderam<sup>83</sup>” anota Aroso Linhares<sup>84</sup>, e reclama atenção à pontuação feita Castanheira Neves quando ensina que a

[...] pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio da existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico <<incomparável no comparável>>) – a unidade dialéctica, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o uso de células tronco embrionárias, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, entre outras.

<sup>83</sup> O unilateralismo e paternalismo que ainda conformam o princípio da tolerância fica evidenciado em verbalizações do tipo “nós somos tolerantes em relação àquilo que não somos capazes de proibir”, o que revela uma certa supremacia, diria mesmo uma certa soberba do tolerante em relação ao tolerado, impondo redobrada atenção por ocasião de justificações.

<sup>84</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 31, nota 123.

<sup>85</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 69.

E no conflito, o emérito catedrático de Coimbra não deixa dúvida quanto ao caminho a seguir:

[...] se o <<eu pessoal>> depara no seu horizonte dialéctico de realização com um <<eu social>> ou comunitário, sem que um ou outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo <<eu>>, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente um direito – da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos *direitos do homem* e dos *direitos fundamentais*.<sup>86</sup>

Não é outra a razão pela qual Barroso ao registrar que quando se

[...] tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada<sup>87</sup>.

É, preciso, contudo, não perder de vista que na pugna entre o projeto existencial pessoal de cada um *versus* o projeto existencial social, o direito deve aparecer como um interlocutor em defesa do projeto do *homo humanus* e a reposta certa se valida na medida em que se apresentar comprometida com esse último projeto que se mostra assim, apto a colocar no vértice da actual compreensão autêntica da existência humana a *pessoa*, que implica, como assenta Castanheira Neves,

[...] a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.<sup>88</sup>

Que nos seja permitido, enfim, retomar ao pensamento de Saramago que também destacamos em epígrafe para lembrar – e apenas lembrar com o peso da incerteza que recai sobre nossos ombros diante de indagações que tais que as reflexões acerca do direito e da democracia nos impele – que é preciso desvendar os olhos para descobrir e compreender as cores da *diferença* gerada pela *pluralidade* no mundo

<sup>86</sup> *Idem*, p. 69-70.

<sup>87</sup> BARROSO, *op. cit.*

<sup>88</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 69.

*prático*, mas com o cuidado para não permitir que a clareza estonteante de *universalidade racional* possa abarcar todas essas cores mergulhando-nos numa brancura tão luminosa, tão total, que devore, mais que absorva, as cores, as coisas, enfim, o homem (*o homo humanus*), tornando-nos, dessa maneira, duplamente cegos...

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

AROSO LINHARES, José Manoel. *O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*. Universidade de Coimbra. Texto inédito ainda pendente de publicação.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>, consulta realizada em 25 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I), disponível in: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

\_\_\_\_\_. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: *Digestas*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, UNISINOS, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, v. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

\_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PGE*, v. 24, nº 54, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal Decision and its Justification*. In: *Le Raisonement Juridique. Akten des Weltkongresses für Rechts – und Sozialphilosophie*, Bruxelas: Ed. H. Hubien, 1971.

# Depoimento pessoal do segurado e inquirição de testemunha por carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal e seu cumprimento pela Justiça estadual

Roberto Luis Luchi Demo\*

Sumário: Prolegômenos; 2 Cenário da indagação: plano jurídico; 3 Cenário da indagação: plano fático; 4 Possibilidade do depoimento pessoal e da inquirição de testemunha por carta precatória; 5 Carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal e seu cumprimento pela Justiça estadual; 6 Entendimento da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; 7 Epílogo.

## Prolegômenos

O Amazonas é o maior Estado brasileiro e, assim como os outros Estados do norte do País, possui baixa densidade demográfica, sendo que a maioria da população vive à beira dos rios que o cortam, a exemplo do Rio Negro e do Rio Solimões. A infraestrutura de transporte é precária e os barcos (grandes, como os recreios – nos quais os passageiros estendem suas redes durante a viagem –, e pequenos, como as deslizeiras e voadeiras) são o principal meio de locomoção para vencer as grandes distâncias que separam os municípios. Essa é uma das barreiras para o acesso à justiça na tutela de direitos previdenciários, sobretudo quando se considera que há varas federais somente em Manaus (capital, localizada no leste do Estado), Tefé (localizada no centro do Estado) e Tabatinga (localizada no oeste do Estado).

Com o objetivo de atenuar e até mesmo vencer essa barreira na efetivação dos direitos previdenciários, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região vem realizando diversos Juizados Especiais Federais Itinerantes no Estado do Amazonas. Entretanto, com a crescente conscientização das pessoas, notadamente dos ribeirinhos, sobre seus direitos previdenciários, a realização periódica de Juizados Especiais Federais Itinerantes nos rincões mais afastados e pobres do Estado do Amazonas, particularmente nos municípios abrangidos pela Subseção Judiciária de Tabatinga, já não supre mais a demanda por justiça.

Logo, é cada vez mais frequente os segurados da Previdência Social residentes nestes rincões buscarem a tutela jurisdicional no Juizado Especial

Federal de Tabatinga. Nessa nova profusão de demandas, a situação de vulnerabilidade social dos ribeirinhos, que são pessoas humildes e desprovidas de capacidade econômica, é projetada nos processos como dificuldades ao deslocamento até a sede da vara federal para a realização da audiência de instrução. Dessa forma, indaga-se: a audiência para oitiva do autor e inquirição de testemunhas pode ser deprecada pelo Juizado Especial Federal à vara da Justiça estadual da comarca do interior onde o autor e as testemunhas residem?

## 2 Cenário da indagação: plano jurídico

Para estimular o debate, convém contextualizar a indagação proposta, no que destaco agora o aspecto jurídico e depois o aspecto fático ensejadores da questão. Muito bem. As ações previdenciárias manejadas pelos ribeirinhos do Amazonas possuem pequeno valor econômico – o valor da causa não supera 60 salários-mínimos – e são veiculadas sem advogado, o que somente é admissível no Juizado Especial Federal. Com efeito, a delegação de competência federal à Justiça estadual em matéria previdenciária está disposta no art. 109, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Por sua vez, o art. 20 da Lei 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabelece que:

Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº

\* Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM.

9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual. [Grifo no original.]

Destarte, a sobredita delegação constitucional de competência não permite, em hipótese alguma, o processamento de ação previdenciária na Justiça estadual pelo rito do Juizado Especial Federal, ainda que na comarca haja Juizado Especial estadual. A propósito:

*Ementa: Recurso especial. Previdenciário. Aplicação do rito especial dos Juizados Especiais Federais às causas julgadas pelo Juiz de Direito investido de jurisdição federal. Impossibilidade. Vedação expressa contida no artigo 20 da Lei nº 10.259/2001. 1. Em razão do próprio regramento constitucional e infraconstitucional, não há competência federal delegada no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, nem o Juízo Estadual, investido de competência federal delegada (artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal), pode aplicar, em matéria previdenciária, o rito de competência do Juizado Especial Federal, diante da vedação expressa contida no art. 20 da Lei 10.259/2001. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 661.482/PB, rel. p/ acórdão Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 30/03/2009.)*

Nessa ordem de considerações, infere-se que a Constituição Federal e a lei facultam ao segurado, quando não há vara federal na comarca de seu domicílio, ajuizar a ação previdenciária: [i] perante o Juizado Especial Federal mais próximo de sua comarca; ou [ii] na própria comarca de seu domicílio, quando competirá à Justiça estadual seu processo e julgamento pelo procedimento comum ordinário, sendo vedada a aplicação das regras do Juizado Especial Federal.

### 3 Cenário da indagação: plano fático

Ainda no estado do Amazonas, vamos tomar como exemplo um ribeirinho que reside em Jutai, município abrangido pela jurisdição da Vara Federal de Tabatinga, mas localizado a cerca de 350 quilômetros do Município de Tabatinga. Ele não consegue ajuizar na Vara Estadual da Comarca de Jutai uma ação previdenciária requerendo aposentadoria rural por idade, pois não tem assistência de advogado, dada a hipossuficiência econômica mesma que impede a respectiva contratação, bem assim porque geralmente não há qualquer advogado nos municípios do interior, os quais também não contam com a presença da Defensoria Pública.

Portanto, o ribeirinho de Jutai precisa desembolsar R\$ 170,00 para viajar de barco recreio – pois a viagem em barco pequeno é praticamente inviável nesse caso – durante quatro dias e fazer a atermação

de sua ação previdenciária no Juizado Especial Federal de Tabatinga. E é isso que ocorre na realidade de vários ribeirinhos dessa microrregião conhecida como *Alto Solimões*. Feita a atermação, ele volta para Jutai, onde aguarda o prosseguimento do seu processo. Após a citação e contestação, a controvérsia amiúde abrange a qualidade de segurado do ribeirinho, o que torna necessária a realização de audiência de instrução com depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas para comprovar a atividade rural dele.

Em casos tais, a experiência mostra as dificuldades dos ribeirinhos no deslocamento até o município de Tabatinga para a realização da audiência, traduzidas pela distância a ser vencida de barco e pelo custo econômico da viagem e da estada na cidade, que é multiplicado pelo número de testemunhas trazidas à audiência e onera exclusivamente o autor da ação previdenciária. E, não raro, essas dificuldades são tantas que o autor e as testemunhas chegam à Tabatinga alguns dias após a data designada para a audiência e, outras vezes, o autor telefona para informar ao juízo que não tem condições de comparecer à audiência ou, simplesmente, não comparece na data designada para aquele ato processual.

É nesse contexto que vem a lume a indagação: essa audiência de instrução pode ser deprecada pelo Juizado Especial Federal de Tabatinga ao Juízo de Direito da Comarca de Jutai, onde o autor e as testemunhas residem, com a finalidade de tornar aquele ato processual, necessário ao julgamento da demanda, menos oneroso para o autor da ação previdenciária?

Esclarecido o pano de fundo da indagação, que inclusive permite entrever a relevância social da questão proposta neste trabalho, a fim de que a efetividade da prestação jurisdicional ao segurado hipossuficiente não seja mera figura de retórica, passemos sem mais delongas aos argumentos indispensáveis para amparar uma judicosa resposta.

### 4 Possibilidade do depoimento pessoal e da inquirição de testemunha por carta precatória

O ideal seria o próprio juiz da causa realizar a oitiva do autor e a inquirição da testemunha, com o escopo de preservar, para efeito de julgamento, as impressões e observações psicológicas do magistrado que participou fisicamente da audiência e teve um contato mais íntimo com a prova oral. Deveras, sentença vem do verbo sentir, de forma que, como já dizia muito bem o ilustre Min. Luiz Fux, do Supremo

Tribunal Federal, a justiça não é algo que se aprende, mas algo que se sente.

Entretanto, o ideal nem sempre é possível na realidade que encontra, no mundo fenomênico, diversas limitações de variada ordem. E, sensível a essas limitações, especialmente à repercussão delas nos processos com testemunhas que residem fora da sede do juiz da causa, o art. 410 do Código de Processo Civil, versa que:

Art. 410. As testemunhas depõem, na audiência de instrução, perante o juiz da causa, exceto:

[...]

II - as que são inquiridas por carta;

[...]

A legislação de regência do Juizado Especial Federal (Lei 9.099/1995 e Lei 10.259/2001) é omissa a respeito, de maneira que a sobredita norma tem aplicação subsidiária nesse microsistema. Consequentemente, o ordenamento jurídico não obriga a testemunha que reside fora da sede do juiz da causa a comparecer à audiência. Daí, na situação em que a testemunha não se dispõe a ser ouvida espontaneamente no juiz da causa, o ideal não é possível. Nesse caso, conforme vetusto e atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o possível é lançar mão da carta precatória, incidente de cooperação jurisdicional por meio do qual o juiz da causa requisita a realização da audiência ao juiz do local onde a testemunha reside. Confira-se:

*EMENTA: Conflito de competência. Carta precatória. Interrogatório de testemunhas.*

– É vedado ao juízo deprecado recusar cumprimento a precatória ao entendimento de que competente seria um outro juízo. Por outro lado, é facultado à testemunha depor fora de seu domicílio, porém, não poderá ser obrigada a se deslocar do local onde reside para prestar depoimento em outra cidade. - A teor do art. 410, II, do CPC, a testemunha que reside fora da cidade em que o juízo tem sede não está obrigada a comparecer a audiência, devendo ser ouvida mediante precatória. "In casu", verifica-se que as testemunhas residem na cidade de Gaspar e o processo tramita na vara federal de Joinville. - Conflito de competência conhecido. Competência do juízo de direito deprecado. (STJ, CC 14953/SC, rel. Min. Vicente Leal, Terceira Seção, DJ 05/05/1997.)

Cumpra-se, neste passo, que a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha é possível inclusive no âmbito do Juizado Especial Federal, tendo em vista que os princípios inerentes

a esse microsistema – simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual – não prevalecem sobre a garantia constitucional do devido processo legal. Aliás, o art. 13, §2º, da Lei 9.099/1995, autoriza expressamente a prática de atos processuais em comarcas diversas daquela do juiz da causa, *verbis*:

Art. 13 [...]

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

De outra parte, o Código de Processo Civil, ao regular o depoimento pessoal nos seus arts. 342 a 347, não esclarece se essa prova deve ou não ser produzida no juiz da causa. Tampouco a legislação de regência do Juizado Especial Federal. Assim e considerando que o depoimento pessoal tem a mesma natureza jurídica da inquirição de testemunha, qual seja, de meio de prova, sendo ambos espécies de prova oral, é de se lhe aplicar analogicamente o mesmo regime jurídico da prova testemunhal, autorizando destarte o depoimento pessoal por carta precatória.

E a ilação tanto mais se reforça quando se considera a idêntica situação fática do autor e da testemunha que residem fora da sede do juiz da causa em relação à audiência de instrução, o que justifica a aplicação do mesmo regime jurídico: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Outrossim, é de se ressaltar que a expedição da carta precatória pressupõe a conveniência da utilização desse incidente de cooperação jurisdicional para a realização do ato processual. Ora, se o autor da ação e as testemunhas residem no mesmo local e fora da sede do juiz da causa, é mais conveniente, posto ser mais econômico e mais rápido, a realização de uma única audiência no juiz deprecado para oitiva do autor e inquirição das testemunhas.

Portanto, não há obrigatoriedade da oitiva do autor nem da inquirição de testemunha no juiz da causa, de sorte que esses atos processuais podem ser realizados mediante carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal.

## 5 Carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal e seu cumprimento pela Justiça estadual

Os atos processuais se realizam, como regra geral, na sede do juízo e, como exceção, em lugar diverso, consoante o art. 176, do Código de Processo Civil, *litteris*:

Art. 176. Os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo. Podem, todavia, efetuar-se em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

Disciplinando essa exceção, a Lei 5.010/1966 – Lei Orgânica da Justiça Federal, permite que os juízes federais realizem atos processuais e *ipso facto* audiências de instrução fora da sede da vara federal, em município abrangido pela respectiva jurisdição, nos termos do seu art. 15, parágrafo único, incluído pela Lei 10.772/2003, *verbis*:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar:

[...]

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão os Juizes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

Essa permissão, porém, não pode ser confundida com obrigação. Muito pelo contrário, trata-se de faculdade e, enquanto faculdade que é, pode ou não ser exercida conforme a oportunidade e conveniência. Um exemplo do exercício dessa faculdade se tem no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja Resolução 50/2003 permite a criação, em município fora da sede da vara federal, de Juizado Especial Federal Avançado, o qual é um posto avançado vinculado a determinada vara federal. Outrossim, essa faculdade, por expressa disposição legal, existe sem prejuízo do disposto no art. 42, da Lei 5.010/1966, e no art. 1.213, do Código de Processo Civil.

Ora, como literal e explicitamente admite o art. 42, *caput* e §1º, da Lei 5.010/1966, os atos de processos em trâmite na Justiça Federal, incluindo aí por óbvio o Juizado Especial Federal, podem ser deprecados às comarcas do interior da Justiça Estadual, a fim de se realizarem de forma mais simples, rápida e menos onerosa às partes e à própria Justiça, ou seja, quando caracterizada a conveniência da realização daqueles atos processuais. Confira-se:

Art. 42. Os atos e diligências da Justiça Federal poderão ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juizes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular.

§ 1º Somente se expedirá precatória, quando, por essa forma, for mais econômica e expedita a realização do ato ou diligência.

Regulamentando a carta precatória expedida pela Justiça Federal e seu cumprimento pela Justiça Estadual, o art. 1.213, do Código de Processo Civil, estabelece que:

Art. 1.213. As cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual.

Por conseguinte, o juiz federal não tem obrigação de realizar atos processuais em municípios localizados fora da sede da vara federal, mas tem, por outro lado, a faculdade de realizar esses atos processuais ou de deprecar sua realização ao juiz estadual da respectiva comarca, conforme a oportunidade e conveniência.

Vale frisar, neste passo, que o juiz estadual não pode recusar cumprimento à carta precatória ao argumento de que sua comarca encontra-se abrangida pela jurisdição do juiz federal deprecante. Isso porque esse argumento de ordem territorial não encontra amparo no rol taxativo do art. 209, do Código de Processo Civil, que permite ao juiz deprecado recusar cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado, somente quando: [i] não estiver revestida dos requisitos legais; [ii] carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia; ou [iii] tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Do mesmo modo, o ordenamento jurídico processual brasileiro repele qualquer outro argumento que não seja qualificado mediante necessária subsunção ao art. 209, do Código de Processo Civil. Logo, não pode o juiz estadual recusar cumprimento à carta precatória do juiz federal alegando que sua expedição não é oportuna nem conveniente à realização do ato processual, pois também esse argumento não tem amparo na referida norma. Além disso, a análise da oportunidade e conveniência da expedição da carta precatória cumpre exclusivamente ao juiz federal, que é o juiz condutor da causa.

Afinal, calha referir que está sedimentado na jurisprudência o entendimento segundo o qual as cartas precatórias expedidas pela Justiça Federal devem ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual. Confira-se:

*Ementa: Conflito de competência. Ação monitoria ajuizada pela Caixa Econômica Federal perante a Justiça Federal. Cumprimento de carta*

*precatória citatória pela Justiça Estadual. Arts. 1.213 do CPC e 42, § 1º, da Lei 5.010/1966.*

A Justiça Federal é a competente para o julgamento de ação ajuizada pela Caixa Econômica Federal - CEF, independentemente do valor da causa. O cumprimento de carta precatória para citação e intimação da ré, onde não há sede da justiça federal, deve ser efetivado pela Justiça Estadual, conforme autorização dos arts. 1.213 do CPC e 42, § 1º, da Lei 5.010/66. Conflito conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Estadual, para o cumprimento da carta precatória expedida pela Justiça Federal. (STJ, CC 47.441/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 02/03/2006.)

*Ementa: Conflito negativo de competência. Processo penal. Carta precatória. Ausência de Justiça Federal na comarca do interior. Cumprimento pela Justiça Estadual. Inteligência do art. 1.213 do CPC. 1. Sempre que a comarca não for sede da Justiça Federal, as cartas precatórias expedidas por este Juízo deverão ser cumpridas pela Justiça Estadual, conforme preceitua o artigo 1.213 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente, somente admitindo a recusa por parte do Juízo deprecado quando evidenciada uma das hipóteses do artigo 209 do CPC. Precedentes desta Corte. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Matelândia/PR, o suscitado. (STJ, CC 114.422/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 07/12/2011.)*

Daí que o Juizado Especial Federal pode expedir carta precatória para que a Justiça Estadual realize atos processuais. Agregando essa conclusão à do item anterior, conclui-se finalmente que o Juizado Especial Federal pode expedir carta precatória para que a Justiça Estadual realize a audiência de instrução para oitiva do autor e inquirição de testemunhas.

## 6 Entendimento da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impende salientar que a Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve o ensejo de se manifestar sobre a questão objeto deste trabalho no Expediente Administrativo 2012/00717, instaurado por provocação do juiz estadual da comarca de Benjamin Constant, que não concordou com as cartas precatórias expedidas pelo juiz federal que me antecedeu na Vara Federal de Tabatinga. O despacho do ilustre Corregedor Regional, Desembargador Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros, foi exarado em 11 de julho de 2012, nos seguintes termos:

Trata-se de expediente administrativo instaurado em razão do Ofício N° 05/2012/GAB, de

08/3/2012, no qual o Juiz de Direito da Comarca de Benjamin Constant, Glen Hudson Paulain Machado, solicita providências e recomendações desta COGER quanto à remessa para a sua Vara de diversas cartas precatórias da Vara Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM.

O Magistrado sustenta que, mesmo após a criação e instalação da Vara Federal de Tabatinga/AM, com jurisdição em diversos municípios, dentre eles o de Benjamin Constant, o referido Juízo Federal continua enviando cartas precatórias a serem cumpridas pela Justiça Estadual, a despeito da falta de estrutura desta na região e de encontrar-se extremamente sobrecarregada a sua atuação jurisdicional.

Requer, pois, que a Corregedoria adote medidas para evitar a expedição de cartas precatórias para aquela Comarca e, por conseguinte, a transferência jurisdicional da Justiça Federal para a Estadual e o esvaziamento do JEF da referida Vara Federal. Pede, ainda, que se recomende ao Diretor da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM que volte à prática da Justiça Itinerante na região, para que as atividades da Justiça Federal não se limitem à sede da Vara.

Não vislumbro assistir razão ao requerente quanto à devolução das cartas precatórias listadas em sua petição, eis que, a despeito de seus argumentos quanto à interiorização da Justiça Federal e criação da Vara Federal de Tabatinga/AM, que abrange em sua competência o Município de Benjamin Constant, conforme estabeleceu a Resolução PRESI/CENAG n. 03 de 24/04/2012, pode o Juízo, conforme verificação de necessidade e conveniência, expedir cartas precatórias para o cumprimento de diligências, como a oitiva de testemunhas e realização de audiências, caso presente.

Como bem relatou o requerente, o município de Benjamin Constant fica a 20 minutos do Município de Tabatinga, utilizando-se o transporte conhecido como deslizador (voadeira), cuja passagem custa R\$ 15,00 (quinze reais), montante que geralmente é muito dispendioso para a maioria da população ribeirinha, não se podendo imputar tal gasto às testemunhas que serão ouvidas, especialmente por não ser possível ter a certeza que o autor da ação as levará ao Juízo, como afirmado pelo ora peticionário.

Demais, o Código de Processo Civil tem previsão expressa quanto ao tema analisado, *verbis*:

Art. 1.213. As cartas precatórias citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual.

Colaciono, por oportuno, precedente do e. Superior Tribunal de Justiça que, ao analisar questão similar à tratada nestes autos, assim decidiu:

*Processual Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Artigo, 543-C, do CPC. Execução fiscal proposta no Juízo Federal. Penhora e Avaliação de bens do executado. Expedição de Carta Precatória. Possibilidade. Autarquia Federal. Antecipação das despesas com o deslocamento/condução do Oficial de Justiça para cumprimento de Carta Precatória. Cabimento.*

1. A citação, no âmbito de execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal, pode ser realizada mediante carta precatória dirigida à Justiça Estadual, *ex vi* do disposto no artigo 1.213, do CPC, verbis: 'As cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual.' 2. O artigo 42, da Lei 5.010/66, determina que os atos e diligências da Justiça Federal podem ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular, sendo certo que a carta precatória somente deve ser expedida quando for mais econômica e expedida a realização do ato ou diligência. 3. O parágrafo único do artigo 15, da Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 10.772/2003, dispõe que: 'Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão os Juízes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal'. 4. Consequentemente, revela-se cabível a expedição de carta precatória, pela Justiça Federal, a ser cumprida pelo Juízo Estadual, uma vez configurada a conveniência do ato processual, devidamente fundamentada pelo Juízo deprecante. [...] 16. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1144687 / RS, Relator Min. Luiz Fux, DJe de 21/05/2010.)

Não há razão, portanto, para determinar o retorno das cartas-precatórias recebidas pelo Juízo estadual de Benjamin Constant/AM ao Juízo Federal de Tabatinga/AM.

Dê-se ciência do presente despacho, por meio eletrônico, ao Requerente e ao Juízo Federal de Tabatinga/AM.

Após as comunicações referidas, encaminhem-se os autos à COJEF, para análise e providências cabíveis relativamente ao pedido de realização de Juizado Especial Federal Itinerante na região.

Nessa perspectiva, depreende-se que a Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região confere relevância jurídica ao entendimento de que o Juizado Especial Federal pode deprecar a audiência para oitiva do autor e inquirição de testemunhas à vara da Justiça Estadual da comarca do interior, onde o autor e as testemunhas residem.

## Epílogo

Lembro aqui os artistas que pintam sem acabar de pintar: botam tinta, mais tinta, outra tinta, nova tinta, muita tinta e nunca lhes parece que a árvore é árvore e, se se trata então de gente, retocam com tanta paciência que, por mais que os olhos da figura falem, esses pintores cuidam que eles não dizem nada. Lembro então, mercê da concepção naturalmente limitada deste trabalho, que é preciso terminar. Assim, voltando ao protagonista do nosso exemplo, o ribeirinho de Jutai que ajuizou ação requerendo aposentadoria rural por idade, é de se assentar que o Juizado Especial Federal de Tabatinga pode deprecar o depoimento pessoal e a inquirição de testemunhas ao Juízo de Direito da Comarca de Jutai, onde o autor e as testemunhas residem.

Considerando pois as razões alinhavadas, tenho para mim que a resposta adequada à indagação objeto deste trabalho é que a audiência de instrução pode sim ser deprecada pelo Juizado Especial Federal ao juiz estadual do local onde o autor e as testemunhas residem, a fim de tornar aquele ato processual, necessário ao julgamento da demanda, menos oneroso para o autor da ação previdenciária. Oportuno asseverar, por necessário, que a expedição de carta precatória pelo Juizado Especial Federal às comarcas do interior da Justiça Estadual não pode representar uma atuação apriorística, indiscriminada e sistemática. Muito pelo contrário, a carta precatória há de ser utilizada com parcimônia, até porque pressupõe a conveniência da utilização desse incidente de cooperação jurisdicional para a realização do ato processual, que deve ser analisada em cada caso concreto e devidamente fundamentada pelo juiz deprecante.

Nesse diapasão, o simples fato de o autor residir fora da sede da vara federal não pode justificar, por si só, a expedição de carta precatória. Na verdade, para esse efeito, mister a análise de outros fatos, como a situação econômica do autor da ação previdenciária, a disponibilidade de o autor e as testemunhas comparecerem espontaneamente à audiência no juiz da causa, as dificuldades a serem vencidas para esse comparecimento etc. Entretanto, analisada determinada situação pelo juiz federal e devidamente fundamentada a conveniência naquele específico processo, é legítima a expedição de carta precatória que deverá ser cumprida pelo juiz estadual, mesmo porque essa cooperação é imprescindível à vista do caráter territorial da jurisdição pátria.

# Previdência complementar aberta, fundos multipatrocinados e fomento da previdência fechada

Danilo Ribeiro Miranda Martins\*

## Introdução

A previdência social passou a ser inserida na pauta dos Estados modernos a partir do final do século XIX. Antes da construção de um sistema previdenciário estatal, os trabalhadores, comumente submetidos a situações de risco, dependiam exclusivamente da ação caritativa individual ou familiar. Se isso já não se mostrava suficiente antes, o que se dirá na sociedade de massas em que vivemos atualmente.

No Brasil, costuma-se considerar como marco inicial da previdência social a edição da Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões para as empresas de estrada de ferro então existentes. Após, criaram-se várias outras caixas para empresas de diversos setores de atividade econômica, passando-se, em seguida, a se criar os Institutos de Aposentadoria e Pensões. Estes seriam unificados apenas em 1967, constituindo inicialmente o Instituto Nacional de Previdência Social e, em seguida, o Instituto Nacional de Seguridade Social.

Há algum tempo, no entanto, a sustentabilidade do sistema de previdência estatal tem sido questionada. O crescente *deficit* público obrigou o Estado a buscar alternativas, entre as quais se destaca a previdência complementar, fortemente estimulada a partir da edição da Emenda Constitucional 20/1998. Tal emenda alterou a redação do art. 202 da Constituição Federal, incorporando na Carta Magna princípios específicos para a previdência privada.

Neste estudo pretendemos tratar de um dos mecanismos criados no bojo da lei complementar que regulamentou o referido artigo da Constituição. Trata-se dos fundos multipatrocinados, entidades fechadas de previdência complementar que podem agregar empregados de mais de uma empresa patrocinadora, visto como um avanço com relação à legislação anterior, que previa apenas entidades unipatrocinadas.

Tem-se percebido, assim, um crescente interesse por esse tipo de fundo, sendo certo que a maior

parte dos fundos multipatrocinados são geridos por instituições financeiras. Vale notar que tais instituições oferecem, igualmente, planos de entidades abertas de previdência complementar, que possuem características específicas, distintas dos oferecidos pelas entidades fechadas.

O objetivo desse estudo, portanto, é analisar as características essenciais das entidades fechadas e das entidades abertas e avaliar em que medida tais aspectos determinam ou não a escolha por uma ou por outra. Pretendemos, assim, identificar quais medidas seriam recomendáveis para se estimular o fomento da previdência fechada nesse segmento, destacando os aspectos que mais interessam tanto às patrocinadoras quanto aos participantes e assistidos.

## 2 O papel da previdência complementar no contexto da seguridade social

O sistema previdenciário brasileiro, desde a Constituição de 1988, tem sido objeto de inúmeras discussões e preocupações. Pródiga na concessão de direitos sociais, é no campo do Direito Previdenciário que a chamada Constituição Cidadã se mostrou mais generosa. Como pontifica Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113):

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna.

Foi sobre a égide da redação original da Constituição de 1988, por exemplo, que se concedeu o direito à aposentadoria aos trabalhadores rurais, independentemente de contribuição (art. 143, Lei 8.213/1991). Não sem razão, a concessão de tais direitos sem a correspondente contrapartida tem sido apontada, há muito, como uma das principais causas para os sucessivos resultados deficitários da previdência social no Brasil.

Se por um lado houve a necessidade de se buscar o reequilíbrio das contas públicas, por outro a pressão pela inclusão previdenciária de determinados grupos

\*Procurador federal da Advocacia-Geral da União, especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar e procurador-chefe substituto da Procuradoria Federal junto à Previc.

não diminuiu. Nesse sentido a observação de Pereira Netto (*A Previdência Social em Reforma – O Desafio da Inclusão de um maior número de Trabalhadores*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 49):

[...] o fato é que o atual período da história da previdência caracteriza-se por profundas análises, questionamentos, propostas e ações concretas – reformas – no sentido de frear e reduzir a esfera das conquistas sociais. Assim, ainda que se possa reconhecer que, de fato, em alguns casos elas foram longe demais, no sentido de que se tornaram incompatíveis com a base econômica para sua sustentação (como, por exemplo, quando se criam benefícios previdenciários sem que seja definida a específica fonte de custeio), em outros, esse tão grande e propalado avanço social nunca chegou a se implantar.

Essas duas forças opostas podem ser sentidas especialmente nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005. Foi no bojo da primeira reforma previdenciária que se afirmou expressamente o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial no âmbito da previdência social (art. 201, *caput*), estabelecendo, no mesmo passo, critérios mais rígidos para a aposentadoria no regime geral e nos regimes próprios (arts. 40 e 201, CF).

Por outro lado, além de ter sobrevivido às reformas previdenciárias, o princípio da universalidade de cobertura e atendimento (art. 194, parágrafo único, inciso I, CF/1988) foi ampliado, pela Emenda Constitucional 47/2005, de forma a prever um sistema especial de inclusão previdenciária, como se vê do art. 41, §§ 12 e 13, da Constituição Federal.

É tendo em vista o objetivo de aumentar a cobertura previdenciária que deve ser compreendido também o fortalecimento da previdência privada no contexto das reformas constitucionais assinaladas. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 20/1998 inseriu o seguinte dispositivo na Carta Maior:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como,

à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

A inserção da previdência privada no texto constitucional representou, sem dúvida alguma, um fator de forte impulso para o desenvolvimento do setor, antes regulado apenas pela Lei 6.435/1977. Destaque-se o caráter complementar do sistema de previdência privada, a obrigatoriedade de adoção de regime de capitalização (vez que baseado em reservas que garantam o benefício contratado) e sua subsunção a regime instituído em Lei Complementar, conferindo-lhe maior estabilidade e segurança.

Segundo Paulo Kliass (*Conjuntura Social*. v. 11, n. 2, Brasília: MPAS, abr-jun./2000, p. 70):

Com a aprovação da Reforma da Previdência, sob a forma da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, foram estabelecidas as condições para uma significativa expansão do Sistema de Previdência Complementar. A partir da democratização do acesso à previdência complementar fechada e da manutenção da sua confiabilidade e segurança, estima-se um amplo crescimento do setor em curto espaço de tempo.

Sobre o papel da previdência privada no sistema de seguridade social brasileira, esclarece Pereira Netto (*op. cit.*, p. 149 e 154):

Atualmente, desde a instituição da previdência social pública entre nós, a previdência privada assume caráter nitidamente complementar, no sentido de que tem sido sempre um *plus*, facultativo, adicionado à proteção garantida pelo mecanismo oficial básico, obrigatório (ou seja, a participação em um plano de previdência privada não desobriga o segurado de contribuir, concomitantemente, para o RGPS ou um regime próprio de previdência social).

[...] o trabalhador de melhor poder aquisitivo encontra nessa modalidade de previdência uma alternativa para manter seu padrão de vida após a aposentadoria, o que a previdência pública não lhe oferece. Destarte, se a previdência privada tem como um dos seus grandes problemas o fato de não atingir a maior parte da população do país, posto que é bastante onerosa, não se pode deixar de levar em consideração que, por outro lado, é exatamente ela que virá dar certo alívio e segurança para uma outra camada da população, que tem um poder aquisitivo maior durante a atividade e se vê obrigada a reduzi-lo aos limites do INSS quando da aposentadoria.

O caráter complementar da previdência privada em relação à previdência social não faz dela um instrumento menos importante. Tal como a previdência pública, a previdência complementar também se insere no rol de direitos sociais, merecedor de igual proteção.

É o que constata Rodrigues (*Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36-37):

[...] estaria a previdência, tanto a pública como a complementar privada, abrangida pelos direitos fundamentais de segunda geração, pois que direito social devido aos trabalhadores e seus dependentes. Não restam dúvidas de que o acolhimento previdenciário é uma decorrência obrigatória do primado do trabalho. Aqueles que dependem do seu desempenho laborativo para manter a si e a seus dependentes, somente podem possuir bem-estar mínimo se existente forma de acolhimento quando não puder haver mais condições pessoais para o trabalho, seja pelo decurso da idade, seja em caso de invalidez, ou de seu falecimento, para fazer constar os três principais eventos envolvidos. O que se pretende são os meios garantidores de uma vida digna aos destinatários desses direitos.

Naturalmente, o Constituinte de 1988, sensível à matéria, acolhe em seu texto os direitos fundamentais de segundo grau, ora objeto de nossas indagações. Veja-se que fez constar que 'a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 – dispositivo geral do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social). Este título traz em si a Seguridade Social (Capítulo II), que se integraria por ações na área da saúde, da previdência social (pública e privada complementar) e da assistência social. [...]

Mais especificamente ainda, arrolou o Constituinte, dentro os direitos sociais, o direito à previdência social e à aposentadoria (art. 6º e 7º - XXIV - CF). Ao detalhar a previdência dispensada aos cidadãos trabalhadores em nosso país, contemplou o regime geral de previdência social (art. 201), o regime de previdência complementar (art. 202) e o regime voltado para os servidores públicos (art. 40), todos a merecer semelhante destaque.

Esse entendimento – que confere o mesmo *status* aos direitos garantidos pela previdência pública e pela previdência complementar – é o que confere maior segurança ao cidadão, vez que exige, por parte do Estado, semelhante grau de atenção. Além disso, entendimento contrário levaria à conclusão de que a simples redução dos benefícios garantidos pela previdência social desoneraria o Estado da preocupação quanto ao pagamento de qualquer benefício complementar em valor superior ao teto do Regime Geral.

De modo exemplificativo, seria considerado direito fundamental a previdência paga aos servidores públicos, ainda que acima do teto do RGPS, enquanto não fosse instituído o regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição Federal. Uma vez instituído o referido regime, porém, o direito ao recebimento de benefícios transmutaria sua natureza, passando o Estado a se preocupar somente com o mínimo oferecido diretamente pelo Poder Público. Dessa forma, o direito outrora fundamental passaria a ser um direito meramente privado, e o seu não oferecimento uma questão alheia ao Estado, interessando tão somente aos particulares envolvidos.

Isso, contudo, não ocorre. Muito pelo contrário, a Lei Complementar 109/2001, ao regulamentar o art. 202, *caput*, da Constituição, desde logo imprimiu forte caráter interventivo do Estado no setor, como se vê já nos primeiros artigos da lei:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. (grifou-se)

Não é outra a leitura de Villela (*Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Orione Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004, p. 40-41):

Como estamos tratando de previdência privada, poderíamos imaginar que o princípio constitucional a ser aplicado neste caso é, isoladamente, o da livre iniciativa, previsto no art. 1º da CF/88, já que tais entidades estariam, em tese, regidas pelo direito privado. No entanto, como vimos, o art. 202 da CF/88 está inserido no Capítulo da Seguridade Social e este, por sua vez, inserido na Constituição, logo qualquer interpretação deve seguir a interpretação ditada constitucionalmente. [...]

Portanto, para analisarmos as regras contidas no art. 202 da CF/1988 devemos levar em consideração, principalmente, os princípios e objetivos constantes nos arts. 1º, 3º e 194 da CF/1988, não nos esquecendo que se sobressai, nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do inciso III do art. 1º da CF/1988. [...]

Diante desses fatos é muito importante uma atuação forte por parte do Estado - principalmente do Poder Judiciário quando da aplicação e da interpretação do Direito e, em especial, do direito previsto na Constituição - e de toda a comunidade junto aos fundos de pensão, seja na gestão, na administração ou na fiscalização, com o objetivo de torná-los sólidos, garantindo-se, assim, os benefícios futuros de todos os participantes e cumprindo os ditames de nossa Carta Magna.

Ressalte-se que essa conclusão se aplica tanto à previdência complementar fechada quanto à aberta, que se voltam para a proteção da mesma espécie de direitos e com fundamento no mesmo regramento constitucional (art. 202, CF), embora adotando estratégias por vezes distintas para a sua proteção e ampliação.

Nesse sentido é que se compreende a preocupação do Estado com a expansão da previdência complementar, seja ela fechada ou aberta, que abordaremos a seguir.

### 3 O problema da inclusão previdenciária no sistema complementar

Uma vez reconhecido seu caráter de direito fundamental, o direito à previdência complementar deve passar a ser pauta prioritária do Governo. Afinal, como defende Pereira Netto (*op. cit.*, p. 26), “simultaneamente a previdência é também obrigação e, mais que isso, interesse permanente do Estado, compondo os direitos fundamentais do homem na categoria dos direitos sociais.”

A autora, porém, destaca o desafio de proceder à inclusão de um número maior de trabalhadores na previdência, principalmente diante da crescente informalização do mercado de trabalho.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho – OIT, um dos principais problemas dos países em desenvolvimento atualmente é a ampliação da cobertura da seguridade social. Segundo dados da OIT, 80% da população mundial ainda vive sem uma proteção suficiente da seguridade social (*Trabajo: la revista de la OIT*, n. 67, dez./2009, p. 6).

Como informa o ex-Ministro da Previdência Social Waldeck Ornélas, de cada dez trabalhadores brasileiros, seis não têm proteção do seguro social, ou seja, cerca de 37 milhões de brasileiros no total (*Conjuntura Social*. v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 16).

Essa situação tende a se agravar no longo prazo, especialmente no âmbito da previdência pública, em função da chamada transição demográfica. É o que observa Pereira Netto (*op. cit.*, p. 88):

[...] ocupamos hoje o 16º lugar em número de idosos no mundo e, dentro de trinta anos, estaremos na quinta posição, perdendo apenas para a China, a Índia, os Estados Unidos e o Japão. Além disso, os dados da OMS – Organização Mundial da Saúde indicam que o Brasil é o país que apresenta mais rápido envelhecimento populacional. [...]

Essas alterações demográficas significam um inegável avanço social, mas, por outro lado, produzem efeitos bastante graves em um sistema previdenciário. Em especial naqueles que, como o brasileiro, adotam o regime de repartição simples, assim entendido aquele que arrecada contribuições e distribui benefícios dentro de gerações diferentes.

Talvez em razão da constatação da insuficiência da previdência pública, o problema da inclusão previdenciária no sistema complementar tem se colocado com cada vez mais intensidade. No seminário Internacional de Previdência, ocorrido em Brasília nos dias 9 e 10 de dezembro de 1999, o então Secretário de

Previdência Paulo Kliass já afirmava (*Conjuntura Social*, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 114 e 115):

[...] Há apenas 2 milhões de pessoas que são participantes de fundos de pensão, em uma população economicamente ativa de quase 70 milhões de pessoas. Certamente, ainda temos de caminhar muito para melhorar o perfil da distribuição de renda, para que cada vez mais as pessoas tenham recursos que sejam poupáveis e estes recursos também caminhem para a poupança previdenciária. [...]

Procura-se fazer com que haja uma tendência à universalização de acesso à previdência complementar. A legislação era elemento de restrição, pois os fundos existentes não podiam ser aumentados em número, em função da limitação legal de que só poderiam ser criados por empresa.

Para Adacir Reis, ex-Secretário de Previdência Complementar, as modificações promovidas pela EC 20/1998 e pelas Leis Complementares 108 e 109, de 2001, aumentaram significativamente a possibilidade de ampliação do sistema. Em sua visão, o sistema de previdência complementar, na perspectiva de retomada de crescimento do País, tem uma possibilidade de absorção de oito milhões de novos participantes (*Reforma da Previdência: o Brasil e a Experiência Internacional*. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005, p. 151).

Os dados indicam que o sistema previdenciário complementar fechado conta com 370 entidades, 1.037 planos previdenciários, 2.712 patrocinadores, 2,53 milhões de participantes e assistidos e um patrimônio estimado em R\$ 502 bilhões. A previdência associativa, prevista na LC 109/2001 e implantada somente em 2003, já conta com 27 entidades e 45 planos, reunindo 450 entidades de classe, com uma reserva de R\$ 712 milhões, garantindo a cobertura previdenciária de cerca de 100 mil pessoas (Ministério da Previdência Social. *Previc. Relatório de atividades 2009*. Brasília-DF: 2010, p. 9).

Esse fortalecimento da previdência privada também pode ser verificado no âmbito da previdência aberta. É o que constata Pereira Netto (*op. cit.*, p. 156):

A previdência aberta, por sua vez, também tem experimentado crescimento acelerado (o patrimônio das entidades cresceu em tono de 40% ao ano, a partir de 1994). Provavelmente como consequência da reforma previdenciária, da estabilização econômica, do lançamento de produtos mais flexíveis (como o PGBL – Plano Gerador de Benefícios Livres) e, em alguns casos, da transferência de reservas das previdências fechadas para as abertas, o patrimônio dessas entidades ultrapassou a casa dos R\$ 10 bilhões já no primeiro

semestre de 1999 [...], englobando cerca de 3 milhões de participantes.

De acordo com a Superintendência de Seguros Privados – Susep, em maio de 2009 as reservas totais de previdência mais VGBL somavam um total de R\$ 146,6 bilhões, abrangendo mais de 15 milhões de participantes<sup>1</sup>. E espera-se que essa taxa de crescimento, situada por volta de 20% ao ano, permaneça pelos próximos dez anos<sup>2</sup>.

Tanto o crescimento da previdência complementar fechada quanto da previdência complementar aberta tem sido atribuído não só à estabilidade econômica, mas também aos novos produtos e mecanismos fornecidos por ambos os sistemas. No campo da previdência fechada, deve-se destacar a previsão da previdência instituída e dos planos multipatrocinaados, ambos criados a partir da LC 109/2001.

Com relação à previdência instituída, seu crescimento tem se verificado continuamente desde o momento de sua criação (*Trinta anos da história da previdência complementar no Brasil*. Brasília: SPC, 2008, p. 24):

Mas o grande fomento para a formação da previdência complementar associativa veio a partir de 2003, num processo comandado por Adacir Reis. A SPC realizou mapeamento do mercado potencial, verificando que existiam, no país, 40 órgãos de classe federais, mais de 15 mil sindicatos e mais de 7 mil cooperativas. [...]

Ao final de 2003, segundo Adacir Reis, a SPC tinha concluído o processo de regulamentação da chamada previdência associativa (instituidores) e aprovado os primeiros planos de previdência criados no Brasil por sindicatos e entidades associativas, como cooperativas e conselhos de profissionais liberais. [...] Tratava-se de um novo tipo de previdência complementar, que se apresentava para determinados grupos associativos como alternativa a outras modalidades de previdência privada já existentes.

Interessa observar que a Espanha possui mecanismo semelhante em operação há mais tempo. Como afirma Carlos Bravo, responsável pela área de planos e fundos de pensão da Confederação Sindical de Comissões de Construções de Trabalhadores da Espanha (*Reforma da Previdência: o Brasil e a*

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/numeromercado/conjuntura/index.asp>>. Acesso em: 5 jun.2011.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/previdencia/mat/2007/11/21/327246666.asp>>. Acesso em: 5 jun.2011.

Experiência Internacional. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005, p. 190 e 191):

Na Espanha, o sistema associativo foi instituído pelas organizações sindicais. [...] O sindicato não faz nenhuma contribuição. As contribuições são feitas pelos afiliados, com sua própria poupança. E ninguém, a não ser eles, podem fazer contribuições a esse sistema. [...]

[...] como em qualquer outra modalidade dos planos de aposentadoria, existe liberdade para movimentar os direitos. Isto é, o participante de um plano associativo pode movimentar livremente seus direitos para qualquer outro plano de previdência. [...]

A razão dos planos associativos é ofertar um serviço de qualidade para os afiliados. Como já dissemos, o papel da comissão de controle é fixar os investimentos, como deve funcionar o plano. São bastante competitivos em preços e serviços, *contudo têm uma escassa implantação*. [...] Por quê? Porque é poupança individual, *porque tem de competir com as entidades financeiras para captar a poupança individual das pessoas*. (grifou-se)

Os planos multipatrocinados, igualmente, têm merecido bastante atenção do órgão supervisor. Como salienta Paulo Kliass, ex-Secretário de Previdência Complementar (*Conjuntura Social*, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 120):

Há também o foco da legislação não mais sobre a entidade no seu conjunto, mas sobre o plano especificamente. Cada vez mais, com a criação dos fundos multiplanos [...] haverá crescimento das alternativas apresentadas do ponto de vista de um plano de previdência propriamente dito. [...] Na medida em que pequenas e médias empresas, bem como prefeituras e entidades associativas passem a constituir seus fundos e, portanto, seus planos, isoladamente, não tenham a capacidade de gerar uma gestão eficiente em função do problema de escala, de porte, *a idéia é que instituições do mercado financeiro, do mercado previdenciário, se especializem na gestão do pequeno*. E na gestão agregada do pequeno, há possibilidade de um patrimônio acumulado que permita a essa entidade eficiência e rentabilidade maiores. (grifou-se)

De acordo com Sousa e Nazaré (*Aspectos da previdência no Brasil e os fundos de pensão multipatrocinados: Introdução à previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 126) há as seguintes vantagens nessa espécie de fundo:

As principais vantagens da vinculação das empresas aos fundos multipatrocinados, à criação de uma nova entidade, referem-se à transferência da administração previdenciária para terceiros,

mantendo o foco no seu *business* original, e aos baixos custos de administração.

A administração profissionalizada, a transparência, a autonomia em relação à patrocinadora, a tradição e a imagem das entidades já constituídas possibilitam, ainda, uma maior aceitação dos participantes.

Os baixos custos de administração decorrem do ganho de escala obtido à medida que são incorporados novos patrocinadores e participantes. Na busca desse objetivo, alguns multipatrocinados têm atuado no mercado de prestação de serviços aos fundos de pensão que preferem manter uma estrutura operacional menor, terceirizando a maior parte dos serviços.

Como observam os autores, esse tipo de serviço tem sido oferecido hoje principalmente por instituições financeiras (*op. cit.*, p. 127):

*Diferentemente da experiência internacional, no Brasil os fundos multipatrocinados sem vínculos diretos com os patrocinadores são ligados a instituições financeiras, que têm como pontos fortes a sua própria carteira de clientes e possuem como diferencial a rede de distribuição. Nesse mercado, destacam-se a BB Previdência Fundo de Pensão do Banco do Brasil; o Multipensions, vinculado ao Bradesco; o Multiprev, vinculado ao Citibank; e o HSBC Fundo de Pensão, que congregam cerca de 250 patrocinadoras e mais de 130 mil participantes e assistidos, segundo ranking da ABRAPP de dezembro de 2004.* (grifou-se)

Para Gushiken, Ferrari e Freitas (*Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002, p. 109-110) o interesse das instituições financeiras é claro:

Ultimamente assiste-se uma ploriferação de Fundos Multipatrocinados, criados por bancos privados.

Essa movimentação nos remete a uma indagação: quais as razões que levam bancos privados a construir Fundos Multipatrocinados, já que são organizações fechadas e, portanto, sem fins lucrativos?

A resposta é simples: o interesse dos Bancos reside na gestão dos recursos, através da terceirização da sua administração; isto é, *o Fundo Multipatrocinado repassa a gestão dos recursos o Banco ao qual está ligado, situação que permitirá a obtenção de enormes lucros para a instituição financeira, sob forma de taxas de administração*. (grifou-se)

Como se vê, há uma grande proximidade entre os fundos de pensão multipatrocinados e os planos de previdência aberta, especialmente de natureza coletiva, oferecido pelas mesmas instituições.

Nosso objetivo, com este trabalho, é identificar as características comuns e as especificidades de cada um desses *produtos* oferecidos pelas instituições financeiras. Com isso, pretendemos salientar as razões que levam as empresas a optar por um ou outro, bem como reconhecer os aspectos dos fundos multipatrocinados que podem ser enfocados, caso se pretenda estimular o crescimento da previdência fechada nesse segmento.

## 4 Previdência complementar aberta e fechada: características comuns e especificidades

### 1 Características essenciais

A divisão entre entidades fechadas e abertas de previdência privada não surgiu com a edição da Lei Complementar 109/2001. Ela remonta à época da Lei 6.435/1977 que, desde então, já utilizava dois critérios fundamentais para diferenciar uma da outra, conforme a natureza da relação estabelecida entre a entidade e os participantes ou levando em consideração os objetivos da entidade.

O primeiro aspecto refere-se ao fato das entidades fechadas serem acessíveis somente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, e as entidades abertas não terem restrição semelhante. O segundo ponto diz respeito à finalidade lucrativa, facultada apenas para as entidades abertas.

Disponha então a Lei em comento:

Art. 4º Para os efeitos da presente Lei, as entidades de previdência privada são classificadas:

I - de acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios, em:

a) *fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas*, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras;

b) abertas, as demais.

II - de acordo com seus objetivos, em:

a) entidades de fins lucrativos;

b) entidades sem fins lucrativos.

§ 1º *As entidades fechadas não poderão ter fins lucrativos.*

§ 2º Para os efeitos desta Lei, são equiparáveis aos empregados de empresas patrocinadoras os seus gerentes, os diretores e conselheiros ocupantes de cargos eletivos, bem como os empregados e respectivos dirigentes de fundações ou outras entidades de natureza autônoma, organizadas pelas patrocinadoras.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos diretores e conselheiros das empresas

públicas, sociedades de economia mista e fundações vinculadas à Administração Pública.

§ 4º Às empresas equiparam-se entidades sem fins lucrativos, assistenciais, educacionais ou religiosas, podendo os planos destas incluir os seus empregados e os religiosos que as servem. (grifou-se)

A Lei 6.435/1977 previa ainda que a entidade de previdência privada com fins lucrativos se constituiria sob a forma de sociedade anônima e a entidade sem fins lucrativos, sob a forma de sociedade civil ou fundação.

Como leciona Gonçalves (*Direito Civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197):

As corporações dividem-se em *associações e sociedades*. Estas podem ser *simples e empresárias*, antigamente denominadas *civis e comerciais*. Como no sistema do novo Código Civil todas as sociedades são civis, optou o legislador pela nova designação supramencionada (cf. art. 982).

As *associações* não têm fins lucrativos, mas religiosos, assistenciais, desportivos ou recreativos. As *sociedades simples* têm fim econômico e visam lucro, que deve ser distribuído entre os sócios. [...]

As *fundações* constituem um acervo de bens, que recebe personalidade para a realização de fins determinados. Compõem-se de dois elementos: o patrimônio e o fim (estabelecido pelo instituidor e não lucrativo).

As sociedades anônimas, por sua vez, possuem inarredável caráter lucrativo (art. 2º, Lei 6.404/1976). Por tal razão, esse formato é adstrito às entidades abertas de previdência complementar.

A Lei Complementar 109/2001 preservou essa lógica, como pode se ver dos seus arts. 31, inciso I e § 1º, e 36, *caput*, que seguem transcritos:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; [...]

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Desse modo, salienta Tavares (*Direito Previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26):

A Lei Complementar 109/2001 dispõe que o sistema será denominado aberto, se for acessível a qualquer pessoa; ou fechado, se os assistidos somente puderem ser empregados de empresas, grupos de empresas e agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (por exemplo, a Previ – Fundo de Pensão dos Empregados do Banco do Brasil) ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional (Caixa de Assistência dos Advogados – CAARJ/OAB).

As entidades abertas são organizadas como sociedades anônimas e podem pactuar dois tipos de planos: individual e coletivo, se as pessoas físicas estiverem vinculadas a uma pessoa jurídica contratante, como, por exemplo, uma empresa. [...]

As entidades fechadas de previdência são organizadas na forma de fundação privada ou sociedade civil sem fim lucrativo. Não podem solicitar concordata ou ser submetidas à falência e seus planos são estabelecidos mediante convênio entre o patrocinador (pessoa jurídica que também contribui, como a Petrobras em relação à Petrus) ou instituidor (pessoa jurídica que apenas organiza o plano, sem contribuir, como a OAB em relação à CAARJ) e a entidade de previdência.

Em nosso sentir, o público alvo e a finalidade são dois elementos indissociáveis na diferenciação entre as espécies de entidades de previdência privada. É justamente diante da falta de finalidade lucrativa e considerando suas consequências, pressupõe-se, que a lei resolveu limitar os potenciais beneficiários das entidades fechadas de previdência complementar, o que não ocorre com as entidades abertas.

Uma das consequências mais importantes dessa diferenciação residia no art. 39, § 3º, da Lei 6.435/1977, que concedia às entidades fechadas, sob o aspecto tributário, o mesmo tratamento reservado às instituições de assistência social. Assim, nos termos do art. 19, inciso III, alínea c, tais entidades estavam imunes à incidência de impostos em geral, o que pode ser considerado natural face ao seu enquadramento dentro do sistema de seguridade social.

Nessa linha, observa Rodrigues (*Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 5):

Desde a Constituição de 1946, o nosso sistema jurídico prevê a imunidade tributária das instituições de assistência social. Conforme disposto no seu art. 31, IV, 'b', era vedado criar ou lançar imposto sobre instituições de assistência social, vedação esta que foi acompanhada pelos textos constitucionais seguintes (art. 20, III, 'c', da Constituição de 1967, e ainda art. 19, III, 'c' da EC nº 1/69). A Constituição de 1988 apenas inovou no que diz respeito ao

acréscimo da expressão 'sem fins lucrativos', o que, no entanto já era exigido em ordens normativas anteriores por força do inciso I do art. 14, do Código Tributário Nacional.

Desse modo, justifica-se a limitação para a atuação das entidades fechadas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, evitando-se que esse benefício seja utilizado de forma a permitir uma concorrência desleal com as entidades abertas, sujeitas que estão estas a todos os ônus tributários decorrentes da atividade. Não se vislumbra outra razão para que as entidades fechadas não possam albergar pessoas que possuam vínculo de outra natureza com a empresa que não o empregatício.

Embora não presente à época da edição da Lei 6.435/1977, outra consequência importante refere-se à aplicação do Código do Consumidor. A Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, trouxe diversas disposições com a finalidade de regular as relações de consumo, conforme definições contidas nos seus arts. 2º e 3º. Destaque-se que o art. 3º, § 2º, em especial, estipula a remuneração como critério essencial para a identificação de relação de consumo.

Nesse sentido, sustenta Coelho (*Curso de Direito Comercial*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 164-165):

Hoje, o direito privado dos contratos se biparte em dois regimes: o cível e o de tutela dos consumidores. Em termos genéricos e ainda um tanto imprecisos, o regime cível disciplina as relações contratuais entre contratantes iguais (dois empresários ou dois não-empresários, por exemplo), e o consumerista cuida das relações entre contratantes desiguais (um empresário e um não-empresário, por exemplo). Tecnicamente falando, porém, a definição do regime jurídico a aplicar se encontra no conceito legal de relação de consumo. Quanto caracterizada esta, o contrato se submete ao Código de Defesa do Consumidor; quando não, ao Código Civil de 2002.

O estabelecimento de relação jurídica de natureza diversa entre a entidade privada e os participantes e assistidos também seria um forte o bastante para justificar os regimes jurídicos diferenciados. Desse modo, teríamos dois sistemas nitidamente distintos, um cuja relação contratual seria regida pelo Código Civil (previdência fechada) e outro em que a mesma relação seria regida pelo Código do Consumidor (previdência aberta).

Note-se, porém, que esse não é o caminho que tem sido trilhado pelo Poder Judiciário, que em nenhum dos dois aspectos tem reconhecido a especificidade das entidades fechadas.

No que diz respeito à imunidade tributária, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no julgamento do Recurso Extraordinário 202.700-6-DF, ocorrido em 8 de novembro de 2001, em sentido contrário ao reconhecimento da imunidade tributária das entidades fechadas (seis votos contrários, quatro a favor e uma abstenção). Com relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entre participantes e assistidos e a entidade fechada de previdência, por sua vez, o entendimento favorável à sua aplicação restou consolidado pela Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça.

Sem adentrarmos no mérito das referidas decisões, dois desdobramentos se colocam de forma premente. Em primeiro lugar, nota-se uma aproximação entre o regime jurídico das entidades abertas e das fechadas. Por outro lado, intensifica-se o questionamento sobre as razões que levariam uma empresa – ou, mais especificamente, uma instituição financeira – a optar pela criação de uma entidade fechada, em vez de oferecer o mesmo benefício por meio de uma entidade aberta de previdência complementar.

Atendo-nos novamente aos planos multipatrocinados, podemos perceber que a Lei Complementar 109/2001 representou, nesse ponto, um avanço com relação à legislação pretérita. Com a novel regulamentação, uma entidade fechada de previdência complementar passa a poder agregar mais de um patrocinador ou instituidor com a finalidade de oferecer planos de benefícios (art. 34, inciso II, alínea b).

Dessa forma, tornou-se possível o oferecimento da prestação dessa espécie de serviço a outras organizações interessadas, superando, ao menos parcialmente, a limitação de público-alvo outrora existente. Permanece, contudo, a necessidade de existência de vínculo com um patrocinador ou instituidor para a adesão de novos participantes e assistidos, requisito inexistente para a previdência aberta.

É o que explica Gushiken, Ferrari e Freitas (*op. cit.*, p. 109):

Uma única Entidade Fechada de Previdência Complementar pode congrega os empregados de uma ou de várias empresas, bem como os associados das instituidoras. [...] Esta situação permite os seguintes principais tipos de organização:

a) Entidade Unipatrocinada – EFPC com apenas um patrocinador ou com um Instituidor, normalmente com um único Plano de Benefícios aplicável a todos os participantes. Na nova legislação

recebem a denominação de ‘Patrocinador Singular’ e ‘Plano Comum’.

b) Entidade Multipatrocinada e Uniplano – EFPC com vários patrocinadores ou instituidores, mas com apenas um plano de benefícios, compartilhado de forma solidária entre esses patrocinadores ou instituidores. É definida pela nova legislação de ‘Plano Comum e Multipatrocinada’. É usual em conglomerado empresarial, quando um único plano é oferecido a todos os trabalhadores do conglomerado, mas tem diversas pessoas jurídicas patrocinando;

c) Entidades Multipatrocinadas e Multiplano – EFPC com mais de um patrocinador ou instituidor e mais de um plano de benefícios, para diversos grupos de participantes. A nova legislação a define como ‘Multiplano de Multipatrocinada’. Neste caso, poderá haver diversos planos, e vários patrocinadores sob guarda de uma entidade multipatrocinada. No mercado é chamada simplesmente de ‘Fundo Multipatrocinado’ e representa a tendência atual das EFPCs, que passam a oferecer uma administração única para vários planos específicos, um para cada conglomerado ou empresa patrocinadora.

Para as entidades abertas, de seu turno, além de facultada a adesão individual (art. 26, inciso I, LC 109/2001), a lei possibilita a adesão por meio de plano coletivo, nos termos do art. 26, inciso II, da LC 109/2001, e da Circular Susep 138/2000. Neste caso, a pessoa jurídica deve assinar contrato de adesão, de acordo com o art. 6º da mencionada Circular. Não há também maiores regras para a rescisão do referido contrato (art. 15).

Segundo o art. 4º da Circular, a pessoa jurídica contratante poderá ou não participar do custeio do plano previdenciário. O art. 19, inciso V, deixa para o contrato a definição do valor da taxa de carregamento, principal forma de remuneração da entidade aberta, limitada ao máximo de 10% sobre as contribuições para os planos estruturados na forma de contribuição variável e de 30% para os planos estruturados na modalidade de benefício definido (Resolução CNSP 66/2001). O mercado, no entanto, costuma praticar taxas de carregamento que variam de 2% a 5% sobre cada aporte, e taxas de administração que não costumam passar de 3,5%, incidentes anualmente sobre o saldo acumulado.

A norma prevê, ainda, a possibilidade de remuneração da pessoa jurídica contratante quanto a serviços relacionados à divulgação, propaganda, serviços de adesão e prestação de informações sobre o plano, utilizando-se de parte da taxa de carregamento (art. 12).

No caso das entidades fechadas multipatrocinadas, a situação é diversa. A instituição financeira que opta por essa modalidade, como já assinalado, não

poderá oferecer a possibilidade de adesão individual (art. 31, incisos I e II, LC 109/2001). Apesar de a condição de patrocinador ou instituidor ser estabelecida também por convênio de adesão, neste caso a validade do próprio negócio jurídico depende da autorização do órgão supervisor, com relação a cada plano de benefícios, na expressão do art. 13, *caput*, da Lei Complementar 109/2001. Da mesma forma, a retirada de patrocínio depende de autorização e observância das condições estabelecidas na legislação (arts. 25 e 33, inciso III, LC 109/2001).

A Lei Complementar 109/2001 estipula ainda, em seu art. 18, *caput*, que o plano de custeio deverá prever

[...] o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

Com fundamento nesse dispositivo, o então Conselho de Gestão da Previdência Complementar editou a Resolução 29, de 31 de agosto de 2009, a fim de regular os critérios e limites para custeio das despesas administrativas pelas entidades fechadas de previdência complementar.

No caso das entidades patrocinadas por entes privados, porém, a Resolução apenas impõe que o conselho deliberativo fixe os critérios quantitativos e qualitativos. A limitação do art. 6º, que limita a taxa de administração a 1% e a taxa de carregamento a 9%, apenas se aplica às entidades regidas pela LC 108, de 2001. Ou seja, especialmente no caso dos fundos multipatrocínados, *nada impede que as entidades fechadas adotem as mesmas taxas praticadas no mercado pelas entidades abertas, que visam fins lucrativos.*

Ressalte-se que, ainda que o art. 31, § 3º, da Lei Complementar 109/2001 imponha a separação do patrimônio do patrocinador e do instituidor com relação à entidade fechada, na prática, especialmente nos fundos multipatrocínados, tais entidades costumam partilhar da mesma estrutura, física e de pessoal. Do mesmo modo, os prestadores de serviço, quando não se confundem com o próprio patrocinador, costumam fazer parte do mesmo grupo empresarial.

No caso da BB Previdência, por exemplo, a página eletrônica da instituição faz questão de afirmar que “os recursos garantidores das reservas técnicas são aplicados pela BB Administração de Ativos –

Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (BB DTVM).”<sup>3</sup>

Dessa forma, torna-se extremamente difícil averiguar, na prática, a existência ou não de finalidade lucrativa da atividade desenvolvida pelos fundos multipatrocínados. É possível, pois, que as taxas de administração e de carregamento cobradas acabem revertendo integralmente para a remuneração de entidade que componha o grupo empresarial da instituição patrocinadora.

É provável, inclusive, que as instituições financeiras ofereçam taxas próximas para os dois *produtos* (entidades fechadas e entidades abertas), visto que os custos para a administração dos recursos de terceiros, em ambas as situações, tendem a ser assemelhados. Por consequência, acredita-se que o impacto dessa remuneração sobre as reservas para pagamento de benefícios previdenciários tendem a não apresentar diferença significativa. Essa hipótese, no entanto, demandaria pesquisa de campo específica para poder ser comprovada.

Desse modo, não sendo estes, aparentemente, aspectos definitivos para a escolha entre a criação e o oferecimento de uma entidade aberta ou uma entidade fechada de previdência complementar pelas instituições financeiras, cumpre-nos passar à análise de outros pontos eventualmente relevantes para a nossa análise.

## 2 Regras para a criação da entidade e estrutura de governança

Como já observado, as entidades fechadas de previdência complementar se constituem sob a forma de sociedade civil ou fundação, enquanto as entidades abertas são criadas sob a forma de sociedade anônima (art. 31, § 1º, e art. 36, *caput*, da LC 109/2001).

### A sociedade anônima

[...] é a sociedade empresária com capital dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados *acionistas*, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem (Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63).

Pode ser aberta ou fechada, conforme suas ações sejam ou não negociadas em bolsa ou mercado de balcão (art. 4º, Lei 6.404/1976).

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portalbb/page3,8942,8954,20,0,1,8.bb?codigoMenu=5356&codigoNoticia=6863&codigoRet=5366&bread=1>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

Podemos citar como exemplo o Brasilprev, sociedade anônima fechada que possui como acionistas o Banco do Brasil e o Principal Financial Group<sup>4</sup>. A exigência de que pelo menos duas pessoas subscrevam as ações da entidade está prevista na legislação (art. 80, inciso I, LSA).

De acordo com o art. 45 do Código Civil, a existência legal de todas as pessoas jurídicas começa com a inscrição do ato constitutivo (estatuto e ata da assembléia de constituição) no respectivo registro. Como ocorre com as entidades com fins lucrativos em geral, as sociedades anônimas devem ser registradas na junta comercial do Estado em que se situa a sede da companhia (art. 967, CC).

A Lei das Sociedades Anônimas, porém, estabelece outras formalidades antes do início de seu funcionamento (art. 95 a 98). Entre eles, a comprovação do depósito da parte do capital realizado em dinheiro (art. 80, inciso III) e a apresentação a duplicada da ata de assembléia de avaliação dos bens (art. 8º). Ademais, no prazo de 30 (trinta) dias do deferimento os administradores, os administradores devem providenciar a publicação dos atos constitutivos em órgão oficial (art. 98).

O início da operação somente dependeria de autorização da CVM caso se optasse pela abertura do seu capital. A quase totalidade das entidades abertas de previdência, contudo, não fizeram ainda essa opção.

Após, a entidade aberta deve obter autorização da Susep para operar no segmento de previdência complementar, submetendo seus atos constitutivos e respectivos planos de benefícios à aprovação do órgão fiscalizador (art. 38, LC 109/2001). Também dependerão da aprovação do órgão fiscalizador os atos relativos à eleição e posse dos membros de diretoria e conselhos estatutários, bem como operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização da entidade.

A administração da companhia é atribuída pela Lei de Sociedades Anônimas ao conselho de administração e à diretoria, ou somente a esta, como dispuser o estatuto da entidade (art. 138). O conselho de administração deve ter no mínimo três membros, eleitos pela assembléia dos acionistas, destituíveis a qualquer tempo (art. 140). Seus membros devem necessariamente ser acionistas (art. 146, LSA).

A diretoria, por sua vez, é composta por dois ou mais diretores eleitos e destituíveis a qualquer tempo

pelo conselho de administração (art. 143). Os diretores podem ser acionistas ou não (art. 146). De acordo com a Lei, deve existir ainda um Conselho Fiscal, composto por no mínimo três e no máximo cinco membros (art. 161, § 1º, LSA).

Tantos os dirigentes quanto os conselheiros estão sujeitos aos deveres instituídos nos artigos 153 a 157 da Lei de Sociedades Anônimas, sob pena de responsabilidade pessoal. Desse modo, devem empregar em suas funções “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios” (art. 153).

Desse modo, devem agir sempre visando o fim e os interesses da companhia (art. 154), estando impedidos os seus membros de intervir em qualquer operação social em que tiverem interesse conflitante com o da companhia (art. 156). De acordo com o art. 155, § 1º, devem também guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para o mercado.<sup>5</sup>

Como observa Coelho (*op. cit.*, p. 194),

[...] a assembleia geral é o órgão máximo deliberativo máximo da estrutura da sociedade anônima. Pode, em função disso, discutir, votar e deliberar sobre qualquer assunto do interesse social, inclusive os mais diminutos problemas administrativos.

Ainda no que se refere à estrutura de governança, podemos citar a Circular Susep 249/2004, que trouxe para as entidades abertas de previdência complementar a obrigação de mecanismos de controles internos, avaliando continuamente os diversos tipos de riscos associados às atividades da entidade (art. 2º, inciso IV). Cuida-se, aqui, da implantação da metodologia de supervisão baseada em risco no âmbito da Susep.

Em se tratando de instituições financeiras, contudo, acreditamos que não houve grande inovação. A implantação de mecanismos de controles internos já deveria ser uma realidade nessas instituições desde a edição da Resolução CMN 2.554, de 1998.

Bastante distinta é a forma de constituição de uma entidade fechada de previdência complementar. Caso se opte pela estrutura de sociedade civil, em tese, serão necessários pelo menos dois sócios quotistas

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www2.brasilprev.com.br/Empresa/GovernancaCorporativa/Estatuto/Documents/Anexo\\_I\\_Estatuto.pdf](http://www2.brasilprev.com.br/Empresa/GovernancaCorporativa/Estatuto/Documents/Anexo_I_Estatuto.pdf)>. Acesso em: 22 de jun. de 2011.

<sup>5</sup> A fiscalização relativa ao cumprimento dessas normas é efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 8º, inciso III, Lei 6.385/1976. No caso das entidades abertas, o art. 3º da Lei 10.190/2001 sujeitou os administradores também às regras próprias das instituições financeiras, possibilitando inclusive a decretação de indisponibilidade de seus bens, mas sob fiscalização da Susep, e não do Banco Central.

para sua constituição. Optando pela estrutura de fundação, uma única instituição poderia criar a entidade fechada, o que representa, de certa forma, uma vantagem em relação às entidades abertas.

Tanto a fundação quanto a sociedade civil terão sua ata constitutiva e estatuto registrados em cartório de registro público. No caso da fundação, exige-se a lavratura de escritura pública (art. 62, Código Civil). Não se aplica às entidades fechadas as regras que prevêm a fiscalização do Ministério Público e a necessidade de que esse órgão se manifeste nas propostas de alteração do estatuto (arts. 66 e 67, inciso III), por força do disposto no art. 72 da LC 109/2001.

Diferentemente das entidades abertas, esse registro inicial não depende de nenhuma formalidade complementar. Ou seja, mais um aspecto favorável das entidades fechadas.

Mais relevante, no entanto, nos parece ser o prazo para a autorização para funcionamento da entidade fechada e aprovação dos respectivos planos de benefícios que, no caso das entidades fechadas, fica a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc (art. 33, LC 109/2001, e art. 2º, inciso IV, Lei 12.154/2009).

Sob esse aspecto, percebe-se que é mais complexa a regulamentação das entidades fechadas, na medida em que não só a criação da entidade e seus planos de benefícios devem ser submetidos ao órgão fiscalizador; todo contrato de adesão celebrado entre a entidade fechada e patrocinador ou instituidor também deve sê-lo (art. 13, LC 109/2001), assim como ocorre por ocasião de sua retirada (art. 25). Isso se justifica em razão da responsabilidade especial do patrocinador e do instituidor com a entidade fechada de previdência complementar (art. 41, § 2º, LC 109/2001).

Por essa razão, a nosso ver, torna-se fundamental considerar-se o prazo que leva para a aprovação de tais atos no âmbito dos entes fiscalizadores. Nesse sentido, nos parece extremamente relevante o estabelecimento dos prazos para análise dos requerimentos apresentados, como se vê da recente Instrução Previc 30/2009.

Mas é na estrutura de governança que as entidades fechadas de previdência complementar apresentam as diferenças mais sensíveis.

Inicialmente, não se vislumbra a existência de uma entidade fechada sem a figura de um patrocinador ou instituidor, ao menos no momento de sua constituição (art. 31, incisos I e II, LC 109/2001). No caso dos fundos multipatrocinados, no entanto, o que se percebe é que a instituição responsável pela sua criação, geralmente, não o faz visando aos seus próprios empregados, mas sim o de outras empresas ou entidades de classe que

podem vir a aderir ao Fundo de Pensão. Dessa forma, a instituição financeira responsável pela criação do Fundo apresenta características muito próximas das de um prestador de serviço.

Embora o Código Civil tenha disposições a respeito dos órgãos que integram as sociedades civis e fundações, tais normas devem ser afastadas face ao teor do art. 35 da Lei Complementar 109/2001. Desse modo, as entidades fechadas deverão manter uma estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva – à semelhança, nesse ponto, do que ocorre com as entidades abertas.

Na entidade aberta a instância máxima de deliberação costuma ser o conselho deliberativo (inexistindo, nesse caso, a figura da Assembleia Geral), que não pode se afastar na sua atuação do objetivo primordial dessas entidades que é “instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário” (art. 2º, LC 109/2001). O eventual intuito lucrativo da instituição financeira, nesse caso, não encontra guarida na legislação.

Percebe-se, assim, a forte possibilidade de ocorrência de conflito de interesses nos fundos multipatrocinados, em que a maioria dos dirigentes e conselheiros acabam sendo indicados pela instituição financeira. Vale observar, sobre isso, a recomendação que consta do item 25 do Guia de Melhores Práticas em Fundos de Pensão:

O exercício da atividade de conselheiro e de dirigente deve ser feito em prol dos planos de benefícios e da entidade, evitando-se que o mesmo seja feito em benefício próprio ou de um grupo, evitando potencial conflito de interesses. Conselheiros e dirigentes, independente de indicação ou eleição, depois de empossados nos respectivos cargos, passam a representar a entidade e os planos de benefícios. Esses requisitos se aplicam ainda aos membros dos comitês constituídos e destinados a realizar a gestão específica de planos de benefícios.<sup>6</sup>

A maior diferença com relação às entidades abertas, contudo, reside no art. 35, §§ 1º e 2º, da LC 109/2001, que garantem a participação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, reservando-lhes no mínimo um terço das vagas. A esse respeito, afirma o item 17 do Guia de Melhores Práticas da Previc:

É recomendável buscar o máximo de representatividade em todas as instâncias,

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_101112-163932-055.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2011.

garantindo a participação, sempre que possível, de representantes de todos os planos administrados, de seus patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos.

Essa previsão torna possível aos participantes e assistidos tomar parte nas decisões sobre a administração de seus recursos, o que não é possível no caso das entidades abertas. É o que atestam Gushiken, Ferrari e Freitas (*Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002, p. 152-216):

Com a aprovação da nova legislação, que incorpora o direito de os participantes elegerem seus próprios representantes nos órgãos diretivos de seus Fundos de Pensão, uma antiga reivindicação dos trabalhadores foi resolvida. Ainda que de maneira parcial, pois somente nas estatais se garante a paridade nos Conselhos Deliberativos e Fiscais, este novo direito não deixa de expressar uma grande inovação e avanço. [...]

A participação direta dos atores sociais, notadamente dos trabalhadores, nos órgãos previdenciários, é um importante fator de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. [...] Um dos elementos do dever da universalização dos direitos sociais, notadamente os da previdência social, avançam na proporção direta da gestão ativa da comunidade dos órgãos colegiados da previdência social em todos os níveis, reforçando a chamada democracia participativa.

Seria importante, nesse sentido, que o órgão de fiscalização averiguasse continuamente em que medida tem sido garantida a representatividade dos participantes e assistidos nos conselhos estatutários das entidades multipatrocinaadas, visto que se trata de um aspecto fundamental do perfil traçado pela Lei para as entidades fechadas de previdência complementar, do qual não se pode afastar.

Ainda quanto aos aspectos relacionados à estrutura de governança, deve-se ressaltar a edição da Resolução CGPC 13/2004. Essa norma trouxe para o sistema de previdência complementar fechada os princípios de supervisão baseada em risco, exigindo das entidades a implantação de práticas de governança, gestão e controles internos adequados ao porte, complexidade e riscos inerentes aos planos de benefícios por ela operados (art. 1º). Não há, nesse ponto, diferenças significativas com relação às entidades abertas a serem considerados.

### 3 Aspectos tributários

Como tivemos a oportunidade de destacar, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento

contrário ao reconhecimento da imunidade tributária dos Fundos de Pensão (RE 202.700-6-DF), exceto quando houver contribuição exclusiva do patrocinador (Súmula 730, STF).

A solução, então, foi a criação de um regime especial de tributação. É o que relata Rodrigues (*op. cit.*, p. 155):

À vista de quadro que vislumbrava derrota na tese da imunidade no plenário do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República, em 04 de setembro de 2001, editou a Medida Provisória nº 2.222 que dispunha 'sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefício de caráter previdenciário. Em seguida, outras normas legais complementaram quadro de regras tributárias destinadas a prover, para os planos previdenciários de entidades fechadas, mecanismo exacional menos oneroso do que o destinado às demais pessoas jurídicas não financeiras.

De acordo com o autor, para melhor compreensão do problema deve-se diferenciar a fase de contribuição (pagamento pelos participantes e patrocinador) da fase de acumulação (gerenciamento de recursos), e ambas da fase de recebimento do benefício (*op. cit.*, p. 156).

O art. 1º da MP 2.222/2001, inicialmente, igualou as regras de tributação incidentes na fase de acumulação sobre as entidades fechadas e sobre as entidades abertas. Após, estabeleceu a exceção constante do art. 2º, criando um regime especial de tributação. Tal regime consistia em evitar-se a tributação na fase da contribuição, tributando-se apenas os rendimentos na fase de acumulação com uma alíquota de 20%, limitada ao valor estabelecido no § 1º daquele mesmo dispositivo.

Conforme esclarece Rodrigues (*op. cit.*, p. 157-159):

Verificou-se que a contribuição da pessoa física beneficiária já dispunha de um diferimento via legislação do imposto de renda. O art. 11 da Lei 9.532, de 1997 (Art. 74, III do Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda) autoriza que se abata até 12% da renda bruta anual, desde que valores alocados em fundos previdenciários (tanto entidades abertas como fechadas). Assim, somente quando a pessoa física viesse a receber o benefício previdenciário incidiria a exação (via recolhimento à época) sobre sua renda passada não tributada.

De outro lado, a pessoa jurídica empregadora podia verter contribuições, abatendo-as de sua receita bruta, e, por conseguinte, deixando de incidir tributação sobre estes montantes (observado o limite de 20% da folha da pagamento dos participantes dos planos). Neste caso, está-se a

cuidar de alíquota de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ; alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL e os Adicionais (9%), num total de 34%. Estes valores não pagos pela pessoa jurídica empregadora ao Fisco Federal na fase de contribuição não eram percebidos mais adiante por este percentual de 34% (*ratio* do deferimento). Esses montantes se incorporavam às reservas dos planos e quando dispendidos em forma de benefícios eram recuperados parcialmente, pois que observada a alíquota da pessoa física (até 27,5%, subtraída ainda a parcela a deduzir, conforme tabela do imposto de renda).

Esta 'distorção' é que o Regime Especial de Tributação buscou evitar: a perda de receita tributária quando do aporte da contribuição do empregador pessoa jurídica. [...] Em outras palavras, o RET aumentou a carga tributária na fase de acumulação dos planos das entidades abertas e instituiu regime para quaisquer planos previdenciários (de entidades abertas ou fechadas), visando o diferimento dos tributos alocados na fase de contribuição.

O grande avanço no tratamento dessa matéria veio com a Lei 11.053/2004. Com a nova legislação, deixou-se de tributar na fase inicial da formação das reservas, concentrando-se a cobrança exclusivamente na fase de recebimento dos benefícios, possibilitando ao participante optar por um regime regressivo de tributação e estimulando a formação de poupança de longo prazo. A previsão aplica-se aos planos de contribuição definida e contribuição variável tanto de entidades fechadas quanto de entidades abertas.

Duas diferenças fundamentais, entretanto, podem ser identificadas com relação ao regime de tributação das entidades fechadas e das entidades abertas de previdência complementar. O principal delas refere-se à tributação da própria entidade, vez que, como esclarece o art. 17 da Instrução Normativa SRF 588/2005, *as entidades fechadas (ou abertas sem fins lucrativos) estão isentas do IRPJ e da CSLL*. É o que prevê o art. 5º da Lei 10.426/2002 e no art. 7º da Lei 11.053/2004, o que representa uma significativa vantagem em relação às entidades abertas com fins lucrativos.

Sobre esse tema, sustenta Gaudenzi (*Tratamento Tributário Aplicado: Patrocinadores, participantes e ativos financeiros dos planos de previdência complementar*, in *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: SINDAPP, 2006, p. 215):

[...] à simples análise da estrutura das EFPC, é possível verificar que não é apenas formalmente que essas entidades não possuem fins lucrativos, mas efetivamente têm a sua organização voltada exclusivamente para a administração de planos de benefícios. Essas entidades, diferentemente das

sociedades seguradoras ou das entidades abertas de previdência complementar, têm de reverter a integralidade do seu superávit em benefício dos participantes de seus planos, restando não revertida apenas a parcela destinada ao custeio das despesas inerentes à própria manutenção das suas atividades.

Assim, é por razões, desde as mais evidentes, até as mais particulares, que as EFPC não podem ser cobradas do recolhimento da CSLL.

Nessa linha também é a observação de Carvalho e Murgel (*Tributação de Fundos de Pensão*. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2007, p. 121):

[...] exsurge patente que as entidades fechadas de previdência complementar encontram-se impedidas de auferir lucro, assim entendido como o resultado positivo, nos exatos termos fixados pela legislação comercial.

Conforme reza o regime contábil próprio das entidades fechadas de previdência complementar, estas não apuram lucro ou prejuízos, mas superávits ou déficits. E, caso apurem superávit, impede ressaltar que nunca terão sua disponibilidade, visto que tal numerário possui como destinação específica as reservas técnicas que, se não utilizadas, determinarão a revisão do plano de benefícios, diminuindo as contribuições dos patrocinadores e participantes.

Vale notar que sobre a remuneração eventualmente destinada pelos fundos multipatrocinados aos seus prestadores de serviço, envolvendo os valores obtidos a título de taxa de carregamento ou taxa de administração, incidem o IRPJ e a CSLL. Não há, entretanto, dados disponíveis sobre a destinação desses valores cobrados a título de despesa administrativa, principalmente quanto à remuneração de prestadores de serviço integrantes do mesmo grupo econômico.

Vale notar que o art. 13 da Resolução CGPC 29/2009 determina a publicação dos dados consolidados referentes às despesas administrativas no site do Ministério da Previdência Social, providência ainda não adotada pelo órgão fiscalizador do sistema.

Outro aspecto a ser salientado, nessa discussão, é o fato de as instituições financeiras poderem oferecer planos VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) para os quais não há dedução e a tributação somente incide sobre o ganho das aplicações financeiras. Esta é uma boa opção para quem faz declaração simplificada de imposto de renda (art. 1º, inciso II, e 3º, inciso II, Lei 11.053/2004), não disponível para as entidades fechadas.

É certo que tais planos são oferecidos por entidades seguradoras, e não propriamente por entidades abertas de previdência complementar. Essa vantagem, no entanto, pode muito bem ser explorada pela instituição financeira alternativamente ao oferecimento de um plano de benefícios oferecido por uma entidade fechada (fundo multipatrocinado), motivo pelo qual também deve ser considerada.

Não se pode esquecer, por fim, da taxa de fiscalização cobrada pela Susep instituída pelos arts. 48 a 58 da Lei 12.249/2010, e da taxa cobrada pela Previc, conforme previsto no art. 12 da Lei 12.154/2009. O impacto da cobrança dessas taxas, entretanto, tem sido considerado ínfimo diante do volume de recursos administrados por essas entidades.

## 4 Principais características dos planos de benefícios

Neste item pretendemos focar não a entidade como um todo, mas sim os planos de benefícios por elas administrados. Dessa forma poderemos avaliar melhor o produto oferecido por essas entidades aos potenciais interessados.

As entidades abertas e fechadas têm como objetivo inafastável instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 2º, LC 109/2001). Tais planos, nos termos do art. 7º, parágrafo único, podem ser de benefício definido, contribuição definida em contribuição variável, sem prejuízo do desenvolvimento de outras modalidades. Dispõe a Lei em comento:

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar. (grifou-se)

A regra encontra-se na seção que trata das disposições aos planos de benefícios das entidades abertas e fechadas de previdência complementar, atribuindo aos respectivos órgãos reguladores e fiscalizadores a competência para fixar as características desses planos.

Discussão importante refere-se à necessidade de normatização prévia pelos órgãos reguladores das

outras formas de planos de benefícios previstas na Lei. Há quem defenda, nesse ponto, que a necessidade de regulamentação é um pressuposto inarredável (*Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada: Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Oriane Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004, p. 162-163):

A primeira parte do parágrafo único do art. 7º da LC 109/2001 fixa a competência do órgão regulador e fiscalizador, que certamente é uma das figuras mais proeminentes dessa lei, para normatizar planos de benefícios.

O poder geral de normatização atribuído ao órgão regulador e fiscalizador está previsto no art. 5º da Lei. Sua competência para normatizar modalidades de planos de benefícios é apenas um desdobramento desse poder geral. [...]

Como já foi exposto ao comentarmos o art. 3º, inciso VI, da LC 109/01, o princípio básico que ocasiona e propulsiona toda a ação estatal pertinente à Previdência Complementar é a proteção dos interesses dos participantes e assistidos. [...]

Quanto mais precisa e delimitada for a normatização acerca das possíveis modalidades de planos de benefícios, menor será a possibilidade de abuso. [...] Cumpre assinalar, dessa maneira, que somente aquelas modalidades de planos que forem normatizadas pelo órgão regulador é que podem ser instituídas pelas entidades de Previdência Complementar. *Não podem estas, portanto, inventar novas modalidades de planos que não estejam desenhadas nas normas expedidas pelo órgão regulador.* (grifou-se)

Partindo desse pressuposto, impõe-se a análise das normas expedidas pelos órgãos reguladores dos respectivos sistemas para fins de regulação do art. 7º, parágrafo único, da LC 109/2001. Antes, porém, cumpre destacar que a regulação deve, necessariamente, considerar os direitos dos participantes e as especificidades dos planos oferecidos pelas entidades, conforme sejam elas abertas e fechadas.

Deve-se observar, dessa maneira, que o art. 14 da LC 109/2001 estabeleceu que os planos das entidades fechadas devem contemplar, necessariamente, os institutos do benefício proporcional diferido, da portabilidade (este restrito às hipóteses de cessão de vínculo com o patrocinador aliada à observância de prazo mínimo fixado pelo órgão regulador), além do resgate e do autopatrocínio. O art. 27 da Lei Complementar, por sua vez, ao tratar das entidades abertas, fez referência apenas aos institutos da portabilidade e do resgate.

Tanto o benefício proporcional diferido quanto o autopatrocínio, restrito às entidades fechadas, parecem

se justificar em razão da exigência de manutenção de vínculo com patrocinador ou instituidor para manutenção da qualidade de participante. Desse modo, não pode se considerar que tenham, sob esse aspecto, direitos a mais que os participantes das abertas; ao contrário, tratam-se de direitos necessários diante da restrição mencionada.

As regras que limitam a portabilidade dos recursos do participante, por sua vez, aparentemente decorrem da responsabilidade especial que o patrocinador tem com relação à entidade fechada de previdência complementar. Lembre-se que, ao contrário do que ocorre nos planos coletivos das entidades abertas, os patrocinadores das entidades fechadas somente podem exercer seu direito de retirada após o cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos até aquela data (art. 25).

Desse modo a norma busca resguardar, de alguma forma, as empresas que optaram pela criação de entidades fechadas para seus empregados, limitando a possibilidade de transferência de recursos dos planos de benefícios por ela criados. O mesmo ocorre com o resgate, que só é possível na hipótese de cessação do vínculo empregatício (art. 22, Resolução CGPC 6/2003). Essa mesma lógica não se aplica às entidades abertas, para as quais deve prevalecer o princípio da livre concorrência.

Além disso, deve-se considerar que diversas normas previstas para as entidades fechadas têm aplicação mais específica nos planos de benefício definido, para os quais a Lei parece dar tratamento mais adequado no âmbito das entidades fechadas. Esse é o caso não só da previsão constante do citado art. 25, como também 17 da Lei Complementar, que determina a aplicação imediata dos regulamentos dos planos aos participantes, observado o direito acumulado de cada um. Em se tratando de plano de contribuição definida tais disposições teriam certamente aplicação bastante limitada.

Outra característica das entidades fechadas é a obrigatoriedade de utilização do superávit para a constituição de reserva de contingência e de reserva especial (art. 20, LC 109/2001), havendo regras bastante rígidas antes de admitir-se a reversão de valores. Destaque-se que as entidades abertas não apresentam semelhante restrição.

Após enfatizadas essas especificidades estabelecidas na Lei, passamos a considerar as normas infralegais produzidas pelos respectivos entes reguladores. Estamos falando aqui, principalmente, da Resolução CGPC 16/2005 e da Resolução CNSP 139/2005.

Editada pelo então Conselho de Gestão da Previdência Complementar, a Resolução 16/2005 definiu as características essenciais dos planos de benefícios das entidades fechadas, assim dispondo:

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único. Não será considerado para fins da classificação de que trata o *caput* o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

Desde que se observem essas características básicas, os planos de benefícios das entidades fechadas podem adotar diversos formatos. E a conceituação elástica do art. 4º acaba por permitir uma ampla possibilidade de combinações. É o que observa Conde (*Modalidades e características dos planos de benefícios: introdução à previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 95):

Voltando-se para a modelagem de planos de benefícios, encontra-se grande quantidade de tipos de planos, mas, na essência, sempre serão enquadrados nas categorias BD, CD ou Misto.

- Na fase em que o participante está em atividade ou naquela em que recolhe contribuições, cito algumas modalidades:
- Planos com garantia de rentabilidade mínima;
- Planos que limitam os rendimentos financeiros ou adotam um teto de rentabilidade;
- Planos com garantia de benefício mínimo;
- Planos que oferecem apenas benefícios de risco e outros apenas benefícios programados;
- Planos que repassam para as seguradoras os benefícios de risco.

O Conselho Nacional de Seguros Privados, por sua vez, cuidou do tema no bojo da Resolução 139/2005 da seguinte forma:

Art. 7º Em função da cobertura por sobrevivência, os planos serão dos seguintes tipos:

I - Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável;

II - Plano com Remuneração Garantida e "Performance" (PRGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de índice de atualização de valores e de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros;

III - Plano com Remuneração Garantida e "Performance" sem Atualização (PRSA), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável;

IV - Plano com Atualização Garantida e Performance (PAGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, por meio da contratação de índice de preços, apenas a atualização de valores e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; e

V - Plano de Renda Imediata (PRI), quando, mediante contribuição única, garantir o pagamento do benefício por sobrevivência, sob a forma de renda imediata.

Parágrafo único. Em todos os tipos de plano mencionados neste artigo, poderá ser contratada a reversão de resultados financeiros durante o período de pagamento do benefício sob a forma de renda.

Art. 8º A cobertura por sobrevivência poderá ser estruturada nas seguintes modalidades:

I - Contribuição Variável: em que o valor e o prazo de pagamento das contribuições podem ser definidos previamente e o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, por ocasião da sobrevivência do participante ao período de diferimento, é calculado com base no saldo acumulado da respectiva provisão matemática de benefícios a conceder e no fator de cálculo;

II - Benefício Definido: em que o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, e das respectivas contribuições são estabelecidos previamente na proposta de inscrição.

Parágrafo único. Na modalidade prevista no inciso I deste artigo, quando o benefício for pago de

uma única vez, o fator de cálculo corresponderá à unidade.

Comparando as duas normas, vê-se que a Resolução CNSP 139/2005 não trata da modalidade de contribuição definida. Ao contrário, a modalidade mais usual para as entidades abertas é a de contribuição variável, permitindo que os participantes dessas entidades tenham maior liberdade para alterar o valor de suas contribuições durante o período de constituição das suas reservas.

Ademais, diferentemente da Resolução CGPC 16/2005, a Resolução do CNSP se ocupa de detalhar vários tipos de planos de benefícios (art. 7º), que se inserem em alguma das modalidades previstas no art. 8º. Nada obsta, contudo, que as próprias entidades fechadas se apropriem dos tipos de planos descritos na Resolução CNSP no momento da configuração dos planos, quando da celebração do contrato previdenciário.

Não se vê, assim, qualquer restrição para a criação de um plano PGBL por uma entidade fechada, estruturando-se um plano de benefícios na modalidade de contribuição variável. Aliás, essa é a modalidade em que o próprio art. 7º, inciso I, da Resolução CNSP 139/2005 enquadra esse tipo de plano. Igualmente não se vê qualquer restrição para a instituição de planos do tipo ciclo de vida, já utilizados pelas entidades abertas e por várias entidades fechadas.

Essas são, portanto, algumas das características mais importantes dos planos de benefícios oferecidos pelas entidades abertas e pelas entidades fechadas. Observa-se, em síntese, garantias maiores para os participantes das entidades fechadas, contrapondo-se à maior flexibilidade das entidades abertas, condição esta aparentemente mais atrativa para as instituições financeiras que oferecem tais produtos.

Por outro lado, vê-se um grande espaço ainda para o desenvolvimento de novos produtos pelas entidades fechadas, a fim de tornar seus planos mais atrativos, aspecto sobre o qual deve se focar o debate sobre o fomento da previdência complementar fechada nos próximos anos. Resta saber até onde vai o interesse das instituições financeiras em oferecer produtos diferenciados específicos para as entidades fechadas de previdência complementar, viabilizando a expansão do segmento.

Não se pode afastar, também, a possibilidade de discutir-se mais profundamente o desenvolvimento de uma regulação no ambiente da previdência fechada mais voltada para planos na modalidade de contribuição variável, com características mais flexíveis. Uma medida dessa natureza pode se mostrar

fundamental para o desenvolvimento da previdência fechada.

Mas essa maior flexibilidade, cumpre ressaltar, jamais poderá vir em detrimento das garantias mínimas previstas nas disposições específicas da previdência complementar fechada, sob pena, inclusive, de se perder as características protetivas elementares e essenciais desse sistema.

## Conclusão

Como observado de início, o caráter complementar da previdência privada (art. 202, CF/1988) não pode afastar a conclusão de que temos aí um importante instrumento de proteção aos direitos sociais dos trabalhadores. É o que se extrai do disposto nos arts. 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal, bem como pela inserção da previdência privada no capítulo que trata do sistema de Seguridade Social.

É isso que justifica o forte caráter interventivo da Lei Complementar 109/2001 e o que determina a crescente preocupação do Estado com o fomento da previdência complementar. Dessa forma, exsurge a importância do desenvolvimento dos mecanismos voltados para uma maior inclusão no sistema previdenciário complementar.

Um desses mecanismos, sobre o qual resolvemos nos debruçar, são os fundos multipatrocinaados. A possibilidade de redução de custos, nesse caso, é visto usualmente como uma grande vantagem, capaz de estimular a ampliação do sistema previdenciário fechado.

Não se pode olvidar, contudo, que os principais fundos multipatrocinaados hoje existentes são oferecidos, principalmente, por instituições financeiras, que fornecem também planos previdenciários de entidades abertas. Nossa intenção, portanto, resume-se em identificar os pontos comuns e especificidades das entidades abertas e fechadas, bem como de seus planos de benefícios, buscando apresentar sugestões voltadas para o crescimento da previdência fechada nesse setor, sem perder de vista as suas características essenciais.

Dessa forma, foi salientado o objetivo não lucrativo das entidades fechadas, em contraposição à finalidade lucrativa das entidades abertas. Identificou-se que uma das principais decorrências dessa característica, existente desde a Lei 6.435/1977, era a imunidade tributária então deferida às entidades fechadas. Isso justificaria, ademais, a limitação imposta pela legislação que permite o oferecimento dos planos de benefícios apenas para os empregados do patrocinador. A lógica da livre concorrência, desse modo, não se aplicaria às en-

tidades fechadas, mas apenas às abertas, para as quais não existe a mesma restrição.

Constatamos, entretanto, que essa distinção não se mostra tão nítida no caso dos fundos multipatrocinaados, em que as taxas podem acabar servindo simplesmente como forma de remuneração de entidades do mesmo grupo econômico da instituição financeira patrocinadora. Entendemos, pois, necessária uma avaliação mais aprofundada do órgão fiscalizador quanto à destinação dos valores cobrados a título de taxa de administração e de carregamento por essas entidades.

Verificamos ainda que as entidades abertas possuem, em tese, mais flexibilidade no momento da adesão e retirada de novas empresas, o que pode representar um estímulo para as empresas aderirem a esse modelo. Por outro lado, a existência de regras mais estreitas para as entidades fechadas pode representar uma garantia maior para os participantes e assistidos, especialmente quando se trata de planos de benefício definido. A fim de minimizar eventuais críticas, destacou-se a necessidade de se estabelecer prazos bastante exíguos para a aprovação desses atos no âmbito da Previc.

Outro aspecto a ser salientado diz respeito às regras para constituição dessas entidades, visto que as entidades abertas são constituídas sob a forma de sociedade anônima e as entidades fechadas, sob a forma de sociedade civil ou fundação. Observou-se, desse modo, que as regras para a constituição das entidades fechadas são mais simples, pois não têm de atender às exigências complementares constantes da Lei de Sociedades Anônimas.

Quanto à estrutura de governança, as entidades fechadas apresentam a vantagem – da perspectiva dos participantes e assistidos – de permitir a participação dos beneficiários na gestão dos seus recursos. Esse é um aspecto que precisa ser observado também com maior atenção pelo órgão fiscalizador, especialmente nos fundos multipatrocinaados, em que o interesse lucrativo das instituições financeiras pode implicar em situações de conflito de interesses.

Vale ressaltar que os dirigentes das entidades abertas ou fechadas devem observar os princípios prudenciais previstos nas ambas legislações, ponto com relação ao qual não há grandes distinções.

Do ponto de vista tributário, a falta de um produto semelhante ao VGBL ainda é um ponto em desfavor das entidades fechadas. A isenção do IRPJ e da CSLL, no entanto, é um ponto a favor dessas mesmas entidades, sendo necessário averiguar em que medida essa economia acaba sendo repassada ou não para os participantes e assistidos. Daí decorre a necessidade,

mais uma vez, de se aprofundar a discussão quanto às despesas administrativas cobradas pelos fundos multipatrocinados.

Por fim, com relação às características dos planos de benefícios administrados por essas entidades, percebe-se que a legislação da previdência complementar fechada apresenta uma modelagem mais adequada para planos de benefícios definidos, extremamente preocupada com a proteção dos direitos dos participantes e assistidos. A regulamentação, porém, deixa um grande espaço aberto para o desenvolvimento de novos tipos de planos de benefícios, restando questionar se há interesse das instituições financeiras em oferecer tipos de planos de benefícios muitos distintos daqueles já oferecidos pelas entidades abertas.

Não se pode afastar, por fim, a necessidade de discutir-se mais profundamente o desenvolvimento de uma regulação mais voltada para planos na modalidade de contribuição variável, com características mais flexíveis, no âmbito da previdência complementar fechada.

Como se viu, porém, essa flexibilidade não poderá vir jamais em prejuízo das garantias mínimas previstas na legislação da previdência complementar fechada, sob pena de se perder as características protetivas essenciais desse sistema.

## Referências

- CARVALHO E MURGEL, Fábio Junqueira e Maria Inês. *Tributação de Fundos de Pensão*. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CONDE, Newton. *Modalidades e características dos planos de benefícios*, in Introdução à previdência complementar. São Paulo: ABRAPP, 2005.
- Conjuntura Social, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan.-mar./2000.
- Conjuntura Social. v. 11, n. 2, Brasília: MPAS, abr.-jun./2000.
- GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tratamento Tributário Aplicado: Patrocinadores, participantes e ativos financeiros dos planos de previdência complementar*, in Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos. São Paulo: SINDAPP, 2006.
- Guia Previc – melhores práticas em fundos de pensão*. Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_101112-163932-055.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf)>. Acesso em: 22 jun./2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUSHIKEN, FERRARI e FREITAS, Luiz, Augusto Tadeu e Wanderley. *Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002.
- NETTO, Juliana Presotto Pereira. *A Previdência Social em Reforma: O Desafio a Inclusão de um maior número de Trabalhadores*, São Paulo: Ltr, 2002.
- Ministério da Previdência Social. *Previc. Relatório de atividades 2009*. Brasília-DF: 2010.
- Reforma da Previdência: O Brasil e a Experiência Internacional. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005.
- RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SOUSA e NAZARÉ, Antônio José Figueiredo Peva e Sérgio Ricardo Miranda. *Aspectos da previdência no Brasil e os fundos de pensão multipatrocinados*, in Introdução à previdência complementar. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 126
- TAVARES, Marcelo Leonardo Tavares. *Direito Previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- Trabajo: la revista de la OIT*, n. 67, dez./2009.
- Trinta anos da história da previdência complementar no Brasil. Brasília: SPC, 2008.
- VILLELA, José Corrêa. *Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada – Desafios e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Orione Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004.



Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 12.708, de 17 de agosto de 2012.**

Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2013 e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 17/08/2012 – Edição extra.

**Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012.**

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 30/08/2012.

**Lei 12.714, de 14 de setembro de 2012.**

Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança.

Publicada no *DOU* de 17/09/2012.

**Lei 12.715, de 17 de setembro de 2012.**

Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica; institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, o Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga para Implantação de Redes de Telecomunicações, o Regime Especial de Incentivo a Computadores para Uso Educacional, o Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica e o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência; restabelece o Programa Um Computador por Aluno; altera o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores, instituído pela Lei 11.484, de 31 de maio de 2007; altera as Leis 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.865, de 30 de abril de 2004, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 11.484, de 31 de maio de 2007, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.414, de 9 de junho de 2011, 8.666, de 21 de junho de 1993, 10.925, de 23 de julho de 2004, os Decretos-Leis 1.455, de 7 de abril de 1976, 1.593, de 21 de dezembro de 1977, e a Medida Provisória 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 18/09/2012.

**Decreto 7.795, de 24 de agosto de 2012.**

Altera o Decreto 7.499, de 16 de junho de 2011, que regulamenta dispositivos da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV.

Publicado no *DOU* de 27/08/2012.

### Decreto 7.796, de 30 de agosto de 2012.

Altera a redação de Notas Complementares aos Capítulos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi que menciona, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011.

Publicado no *DOU* de 31/08/2012.

### Decreto 7.802, de 13 de setembro de 2012.

Altera o Decreto 5.342, de 14 de janeiro de 2005, que regulamenta a Lei 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta.

Publicado no *DOU* de 14/09/2012.

### Decreto 7.804, de 13 de setembro de 2012.

Discrimina ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC a serem executadas por meio de transferência obrigatória.

Publicado no *DOU* de 14/09/2012.

### Decreto 7.805, de 14 de setembro de 2012.

Regulamenta a Medida Provisória 579, de 11 de setembro de 2012, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 17/09/2012.

### Decreto 7.807, de 17 de setembro de 2012.

Dispõe sobre a definição de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, para fins do disposto no inciso XXXII do *caput*, e no § 2º, do art. 24 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Publicado no *DOU* de 18/09/2012.

## Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível 0005632-98.2007.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal Catão Alves  
Autora: Dunorte Distribuidora de Produtos de Consumo Ltda.  
Advogados: Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha e outro  
Ré: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Suscitante: Sétima Turma do TRF 1ª Região  
Suscitada: Corte Especial do TRF 1ª Região  
Publicação: e-DJF1 de 18/09/2012, p. 6-7

### Ementa

*Arguição de inconstitucionalidade. Tributário. Taxa. Natureza jurídica. Constituição Federal, art. 145, II. Código Tributário Nacional, art. 77, caput. Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa. Taxa de Serviços Administrativos – TSA. Lei 9.960/2000, art. 1º. Fato gerador. Atuação estatal própria do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível. Inexistência de definição. Inconstitucionalidade reconhecida.*

Arguição de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.960/2000, que instituiu a Taxa de Serviços Administrativos – TSA.

I. Taxa é tributo e, sendo tributo, seu fato gerador ocorre, conforme estabelecido no art. 145, II, da Constituição Federal, “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”, definição que se repete, com mínima variação terminológica, no art. 77, caput, do Código Tributário Nacional.

II. O art. 1º da Lei 9.960/2000, que instituiu a *Taxa de Serviços Administrativos – TSA* a favor da Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, limita-se a repetir, como fato gerador da aludida taxa, a definição abstrata do seu objeto conforme descrito no art. 145, II, da Constituição Federal, deixando de definir, concretamente, qual atuação estatal própria do exercício do poder de polícia ou *qual serviço público*, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, seria passível de taxação.

III. Carecendo de definição legal prestação de serviço público, específica e divisível, em que incidiria a Taxa de Serviços Administrativos – TSA, é inconstitucional o art. 1º da Lei 9.960/2000, que a instituiu.

IV. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.960/2000 reconhecida.

### Acórdão

Decide a Corte, à unanimidade, declarar inconstitucional o art. 1º da Lei 9.960/2000.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 06/09/2012.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Catão Alves*: — Vistos, etc.

1 - *Dunorte distribuidora de produtos de consumo Ltda.*, empresa qualificada nos autos, impetrou *mandado de segurança* para impugnação de ato praticado pelo *superintendente da Zona Franca de Manaus – Suframa*, pretendendo compeli-lo a abster-se de exigir-lhe a Taxa de Serviços Administrativos-

TSA, estabelecida pela Medida Provisória 2.007/1999, convertida na Lei 9.960/2000, ao argumento de que, não tendo “descrito o aspecto material da hipótese de incidência, ou o critério material da regra matriz de incidência, ou núcleo do fato gerador”, o legislador não descrevera exercício de Poder de Polícia ou serviço público que permitisse o “nascimento da obrigação tributária”, motivo pelo qual, violado, flagrantemente, o art. 150, I, da Constituição Federal, a aludida taxa seria inconstitucional.

2 - Prestadas informações, indeferida liminar e, após manifestação do Ministério Público Federal, denegada a segurança, a impetrante, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 - Reexaminando a questão em grau de recurso, a Egrégia 7ª Turma deste Tribunal, em julgamento do qual participei como relator, reconheceu, *por maioria*, a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.960/2000 porque, ao instituir a *Taxa de Serviços Administrativos-TSA, limitara-se a repetir, como fato gerador do aludido tributo, a definição abstrata do seu objeto, conforme descrita no art. 145, II, da Constituição Federal, deixando de definir, concretamente, qual atuação estatal própria do exercício do Poder de Polícia ou qual serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, seria passível de taxação*, e determinou a remessa dos autos à Corte Especial, nos termos dos arts. 481, do Código de Processo Civil, e 355 e seus parágrafos, do Regimento Interno, após lavratura do acórdão:

*Tributário – Taxa – Natureza jurídica – Constituição Federal, art. 145, II – Código Tributário Nacional, art. 77, caput – Superintendência da Zona Franca de Manaus - Suframa – Taxa de serviços administrativos - TSA – Lei 9.960/2000, art. 1º – Fato gerador – Atuação estatal própria do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível – Falta de definição – Inconstitucionalidade reconhecida – Remessa à Corte Especial determinada.*

a) Recurso – Apelação em Mandado de Segurança.

b) Decisão de origem – Segurança denegada.

1 – Taxa é tributo e, sendo tributo, seu fato gerador ocorre, conforme estabelecido no art. 145, II, da Constituição Federal, “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”, definição que se repete, com mínima variação terminológica, no art. 77, *caput*, do Código Tributário Nacional.

2 – O art. 1º da Lei nº 9.960/2000, que instituiu a *Taxa de Serviços Administrativos – TSA* a favor da Superintendência da Zona Franca de Manaus-SUFRAMA, limita-se a repetir, como fato gerador da aludida taxa, a definição abstrata do seu objeto conforme descrita no art. 145, II, da Constituição Federal, deixando de definir, concretamente, qual atuação estatal própria do exercício do poder de polícia ou *qual serviço público*, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição seria passível de taxação.

3 - Carecendo de definição legal prestação de serviço público, específica e divisível, em que incidiria a Taxa de Serviços Administrativos – TSA, é

inconstitucional o art. 1º da Lei nº 9.960/2000, que a instituíra.

4 – Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.960/2000 reconhecida.

5 – Remessa dos autos à Corte Especial determinada. (Código de Processo Civil, art. 481; Regimento Interno, art. 352 e seus parágrafos.)

6 – Julgamento das demais questões suscitadas no processo suspenso.

4 - Ouvida, a Procuradoria-Regional da República absteve-se de opinar sobre o mérito da pendenga.

5 - *É o relatório.*

Ao Exmo. Sr. des. federal presidente. (Regimento Interno, art. 355, § 3º.)

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1. Consoante regra inserta no art. 78 do Código Tributário Nacional, Poder de Polícia é a

[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

2 - Outro não é o ensinamento da doutrina:

A Constituição autoriza a percepção de taxas, em primeiro lugar, *como contrapartida do poder de polícia*. Conceitua-se este, conforme a lição de Cretella Júnior, como “a faculdade discricionária da Administração de *limitar as liberdades individuais em prol do interesse coletivo*” (Direito Administrativo do Brasil, v.4, pág. 54).

No exercício do poder de polícia, o Estado autoriza, controla e fiscaliza a atividade particular, exatamente porque esta sempre concerne ao interesse comum (eventualmente). Toda vez que o Estado autoriza, controla ou fiscaliza, pode ele receber taxa como retribuição pelo serviço que presta, pois, se com isto beneficia a comunidade, também proporciona ao indivíduo vantagens específicas.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, José Amilcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Maria do Carmo Cardoso, Mônica Sifuentes, Mário César Ribeiro e Tourinho Neto.

Igualmente, pode ser cobrada (*sic*) taxa de quem utilizar serviço público, de benefício individualizável. Nem sempre o serviço público é divisível. Não é da melhor lógica dizer que o serviço de esgoto, por exemplo (*sic*), é divisível. Mas, para que se cobre taxa, *é imprescindível que o serviço traga um benefício para o indivíduo que deverá pagá-la: um benefício determinado [...]. Entretanto, pode ser cobrada (sic) taxa mesmo que o indivíduo não use do serviço, desde que o mesmo tenha sido colocado a sua disposição.* Ou, como reza o texto, desde que tenha ele a *utilização potencial* de serviço público específico." (Manoel Gonçalves Ferreira Filho - *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. 2, Ed. Saraiva, 2º ed., págs. 97/98.)

3 - A Taxa de Serviços Administrativos – TSA discutida foi instituída pelo art. 1º da Lei 9.960/2000:

Art. 1º. É instituída a Taxa de Serviços Administrativos–TSA, tendo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição pela Superintendência da Zona Franca de Manaus-Suframa.

4 - Verifica-se, pela análise do dispositivo legal em comento, que o legislador estabeleceu como fato gerador da Taxa de Serviços Administrativos-TSA, textualmente,

*[...] o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição pela Superintendência da Zona Franca de Manaus-SUFRAMA.* (Grifei.)

5 - Prescrevem, respectivamente, os arts. 145, II, da Constituição Federal, e 77, 78 e 79 do Código Tributário Nacional:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

[...]

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que

correspondam a imposto nem ser calculada(*sic*) em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele (*sic*) usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

6 - Nota-se, também, pela simples leitura do dispositivo constitucional em comento, que taxa é tributo e, sendo tributo, seu fato gerador ocorre, literalmente, "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição", definição que se repete, com mínima variação terminológica, no aludido art. 77, *caput*, do Código Tributário Nacional.

7 - Observa-se, ainda, pelo cotejo dos arts. 145, II, da Constituição Federal, que autoriza instituição de taxa, e 1º da Lei 9.960/2000, que instituiu a aludida *Taxa de Serviços Administrativos-TSA*, que o dispositivo legal limita-se a repetir, como fato gerador do aludido tributo, a definição abstrata do seu objeto, conforme descrita no dispositivo constitucional, deixando de definir, concretamente, qual atuação estatal própria do exercício do Poder de Polícia ou *qual serviço público*, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição, seria passível de taxação, pormenor que a torna inconstitucional.

8 - Ora, se o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos, decidiu pela inconstitucionalidade de taxas que tinham “como fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte”, maior razão existe para declaração de inconstitucionalidade quando não há definição, *sequer*, da prestação ou prestações de serviço público em que incidiria a Taxa de Serviços Administrativos – TSA:

EMENTA: I. IPTU: progressividade: L. 691/84 do Município do Rio de Janeiro: não recebimento pela nova ordem constitucional (CF/1988), conforme entendimento do STF firmado a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.96, Moreira Alves (Súmula 668-STF); declaração de inconstitucionalidade que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal: inviabilidade da concessão de efeitos *ex nunc*, no caso: precedentes. II. IPTU: leis do Município do Rio de Janeiro que alteraram o art. 67 do CTM, mantendo, contudo, a sistemática de alíquotas progressivas vedada pela Constituição: possibilidade do exame da sua legitimidade constitucional, inclusive por decisão individual, nos termos do art. 557 C. Pr. Civil. III. Taxa de limpeza pública e coleta

de lixo instituída pelo Município do Rio de Janeiro: inconstitucionalidade, conforme a jurisprudência do STF (v.g. EDvRE 256.588, Pleno, Ellen Gracie, DJ 19.3.2003, RE 249.070, 1ª T., Ilmar Galvão, DJ 17.12.1999). IV. Taxa de iluminação pública - caso anterior à EC 39/2002 - *ilegitimidade por ter como fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte*: precedente (RE 233.332, Galvão, Plenário, DJ 14/05/99); Súmula 670/STF. V. Agravo regimental manifestamente infundado: condenação do agravante ao pagamento de multa, nos termos do art. 557, § 2º, C. Pr. Civil. (AgrAI 470.575/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Unânime, DJ de 09/03/2007, p. 38.)

9 - Finalmente, carecendo de definição legal prestação de serviço público, específica e divisível, sobre a qual incidiria a Taxa de Serviços Administrativos – TSA, é inconstitucional o art. 1º da Lei 9.960/2000, que a instituiria.

Pelo exposto, declaro inconstitucional o art. 1º da Lei 9.960/2000.

É o meu voto.

Numeração única: 0031135-59.2000.4.01.3300

Arguição de Inconstitucionalidade 2000.33.00.031138-8/BA

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado  
Autor: Sétima Turma do TRF 1ª Região  
Reu: Município de Salvador/BA  
Procurador: José Antônio Garrido  
Ré: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Ezileide Miranda Pitanga Dias  
Publicação: e-DJF1 de 16/08/2012, p. 1

## Ementa

*Constitucional e Tributário. Arguição de inconstitucionalidade. Taxa de serviços urbanos. Previsão no Código Tributário do Município de Salvador. Art. 202 da Lei Municipal 4.279/1990. Alegação de confronto com o art. 145, II, § 2º, da Constituição Federal. Base de cálculo semelhante/identificável com a do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU). Prestação de utilidade não específica, indivisível e insuscetível de relacionar-se a um contribuinte determinado. Serviço executável uti universi. Benefício da população em geral. Custeio por meio da arrecadação de impostos gerais. Declaração de inconstitucionalidade do art. 200, da Lei Municipal 4.279/1990.*

I. Apresentando a taxa de serviços urbanos prevista no art. 200, do Código Tributário de Salvador (Lei Municipal 4.279/1990 – “A taxa tem como fato gerador a prestação dos serviços de pavimentação, conservação e urbanização de logradouros, pelo Município”) base de cálculo identificável com a do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), revela-se o confronto do dispositivo com o art. 145, §2º, da Constituição Federal.

II. A taxa prevista no art. 200 da Lei Municipal 4.279/1990, tendo como fato gerador a prestação de serviço não específico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser relacionado a contribuinte específico, contraria, também, o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal vigente, in verbis: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.”

III. Contraria a Constituição Federal o custeio, por meio da arrecadação de taxa, do serviço executado uti universi, em que é beneficiada a população em geral, sem possibilidade de individualização dos usuários. Nos termos da Carta Federal vigente, referido serviço deve ser custeado pela arrecadação de impostos (art. 145, I e II, da CF/1988).

IV. Arguição de inconstitucionalidade acolhida para declarar-se a Inconstitucionalidade do art. 200, da Lei Municipal 4.279/1990.

## Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 200 da Lei Municipal 4.279/1990.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 17/05/2012.

Desembargador Federal José Amilcar Machado, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: —* Trata-se de arguição de Inconstitucionalidade suscitada no julgamento de Apelação interposta pelo Município de Salvador/BA, contra a sentença proferida pelo Juiz da 18ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia a qual, em Embargos à Execução Fiscal opostos pelo INSS, julgou procedente o pleito ali deduzido, para desconstituir o respectivo título executivo em que se baseara a cobrança de crédito tributário de Taxa de Serviços Urbanos (TSU) prevista no art. 202, I, da Lei 4.279/1990 (Código Tributário do Município de Salvador).

A Sétima Turma desta Corte suscitou, à unanimidade, Incidente de Inconstitucionalidade e determinou, em observância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, a remessa dos autos à Corte Especial, nos termos do voto proferido pelo relator, Juiz Convocado Rafael Paulo Soares Pinto (fls. 107-110).

O representante do Ministério Público Federal, às fls. 135-140, manifestou-se pela declaração de inconstitucionalidade do art. 202 da Lei Municipal de Salvador 4.279/1990, por ofensa ao disposto no art. 145, § 2º, da Constituição Federal.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: —* “O controle de constitucionalidade configura-se garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito” (Direito Constitucional, 12. ed., Atlas Jurídico, São Paulo, 2002, p. 578).

A arguição de inconstitucionalidade em questão refere-se à cobrança da Taxa de Serviços Urbanos (TSU) prevista no Código Tributário do Município de Salvador, Lei 4.279/1990.

O relator originário – Juiz Federal convocado Rafael Paulo Soares Pinto - manifestou-se pela

inconstitucionalidade da cobrança da referida taxa, nos seguintes termos:

*Nota-se que a Taxa de Serviços Urbanos refere-se ao valor venal do imóvel semelhantemente à base de cálculo do IPTU, violando o art. 145, II, e §2º, da CF, que fazem referência às taxas pela razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.*

O fato gerador da TSU é a prestação dos serviços de pavimentação, conservação e urbanização de logradouros públicos, pelo Município que nada tem de divisibilidade e de especificidade, características inerentes às taxas. A TSU, certamente, tem natureza de imposto e não de taxa. Neste sentido, fere o art. 150 da CF, posto que é vedado à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Neste sentido, já se posicionou esta Corte e o STF, nos seguintes termos:

*Tributário. Constitucional. Taxa de serviços urbanos. Natureza de imposto. Imunidade autárquica. Prescrição quinquenal.*

1. A taxa de serviços urbanos não se reporta a serviços delimitáveis, ocupando posição de verdadeiro imposto, nos termos dos arts. 173 c/c 77 do Código Tributário Nacional, de maneira que sua cobrança a entidades autárquicas fere o quanto disposto no art. 150 da Constituição Federal, que prevê a imunidade recíproca entre entes federativos, extensível às autarquias.

2. Aplicável, ainda, a prescrição quinquenal parcial, no caso, de apenas um exercício, por se tratar o suposto tributo de crédito contra a Fazenda Pública.

3. Apelação e remessa oficial desprovidas. (AC 95.01.29503-6/BA, rel. convocado Juiz Federal Wilson Alves de Souza, Terceira Turma Suplementar, DJ de 29/07/2004, p. 74)

*Tributário. Taxa de serviços urbanos. Lei 5.386/1983 (Art. 126) do Município de Campinas/SP. Base de cálculo identificável com a do IPTU. Descaracterização jurídica da taxa. Vedação Constitucional (CF/1969, art. 18, § 2º; CF/1988, art. 145, § 2º). Reconhecido e provido.*

*A coincidência de bases impositivas referentes a exações tributárias diversas afeta a validade jurídico-constitucional do tributo instituído. Não se revela exigível, em consequência, porque infringente da vedação estabelecida pelo ordenamento constitucional (CF/69, art. 18, §2; CF/88, art.154, §2) a taxa de serviços urbanos cuja base de cálculo repouse em elementos - localização, área e dimensões do imóvel - que se identifiquem, em seus aspectos essenciais, com o conteúdo da base impositiva pertinente ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)” (RE 120811/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator*

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves, Mônica Sifuentes, Tourinho Neto, Catão Alves, Mário César Ribeiro, Olindo Menezes, Tolentino Amaral e I'talo Mendes.

*p/ acórdão Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 18/08/1999, p. 24.899)*

Portanto, a Taxa de Serviços Públicos instituída pelo Município de Salvador, nada mais é do que um imposto, sendo ilegal sua cobrança. Decidir desse modo, todavia, é, não menos, declarar a inconstitucionalidade da TSU, o que reclama diverso desdobrar procedimental.”

O representante do Ministério Público, por sua vez:

*Ab initio, mister esclarecer que a exação taxa é de competência comum federal, estadual ou municipal, somente sendo arrecadada para custear o gasto com o exercício regular do poder de polícia ou com serviços públicos de respectiva atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos efetivamente à sua disposição.*

O art. 145, §2º, da Constituição Federal *veda a cobrança de taxas que tenham como base de cálculos a mesma base que tenha servido para a incidência dos impostos.* Neste mesmo sentido é o artigo 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe, *verbis*:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.” grifos nossos

Isso porque o imposto não é contraprestacional. No sistema federativo, com a coexistência de vários fiscos, faz-se necessário que a Constituição não só qualifique cada imposto, mas ainda faça a divisão dos mesmos entre os vários fiscos, se assim não fosse, haveria verdadeira corrida para exigirem impostos e se estabeleceria o caos impositivo.

É o que ocorre no presente caso, vez que *a base de cálculo da Taxa de Serviços Públicos é a mesma do Imposto sobre a Propriedade Predial Territorial Urbana (IPTU)*, qual seja, o valor venal do imóvel, ferindo, por consequência, o artigo 145, §2º, da Constituição Federal.

Vejamos melhor o que dispõe o art. 202, da Lei Municipal, *verbis*:

“Art. 202. A taxa será cobrada anualmente em conjunto com o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, da seguinte forma:

I – sobre o valor locativo padrão, para os imóveis imunes ou isentos;

II – com base na Unidade Fiscal Padrão, nos demais casos.

Parágrafo único - Considera-se o valor locativo padrão o correspondente a 0,1 (um décimo) do valor venal do imóvel.” grifos nossos

Outrossim, o fato gerador da referida taxa é a prestação dos serviços de pavimentação, conservação e urbanização de logradouros públicos, pelo Município, conforme dispõe o art 200, da Lei Municipal 4.279/90, *verbis*:

“Art. 200. A taxa tem como fato gerador a prestação dos serviços de pavimentação, conservação e urbanização de logradouros públicos, pelo Município.”

Mister esclarecer que tais prestações de serviços não possuem caráter de divisibilidade nem de especificidade, característica fundamental da exação taxa, como dito alhures

Ademais, o C. Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que prescinde, para espancar a duplicidade de imposições fiscais sobre o mesmo pressuposto, que a identidade de fato gerador ou de base de cálculo seja absoluta, conforme voto proferido no RE 96.848/SP, em que o saudoso Ministro *Néri da Silveira assim se manifestou, verbis*: ‘O STF tem, como referi nos precedentes indicados, admitido que, bastando a identidade num dos critérios de lançamento, o imposto exclui a taxa.’(RTJ 116/604)”

Ao sustentar a inconstitucionalidade do art. 202, da Lei Municipal 4.279/1990, o representante do Ministério Público Federal ressaltou a ofensa de referida norma municipal ao §2º do art. 145 da Constituição Federal vigente, ao passo que o Relator dos Embargos à Execução subjacentes teve por fundamento a ofensa ao art. 145, II e §2º, da Constituição Federal.

Vale transcrever os dispositivos citados:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

No caso em presença, a análise da incompatibilidade da norma municipal com a Constituição Federal não deve ser apreciada somente sob o prisma de que tal exação tem base de cálculo identificável com a do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Referida taxa apresenta, como fato gerador, a prestação de serviço não específico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser relacionado a contribuinte específico, o que, indubitavelmente, contraria o disposto no art. 145, II, da Constituição vigente, supra-transcrito.

No que concerne ao estabelecimento de taxa por serviços públicos prestados à sociedade, o Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão no sentido de que são específicos e divisíveis os serviços quando sejam completamente dissociados de outros serviços públicos realizados em benefício da população em geral.

Por outro lado, tem-se reconhecido como inconstitucionais as cobranças de taxas de serviços de conservação e limpeza de logradouros e de bens públicos, haja vista suas características de indivisibilidade.

Nessa linha de entendimento, cabe referir:

*Tributário. Município de Santo André/SP. Taxa de pavimentação asfáltica. Lei 3.999/1972, Art. 244. Inconstitucionalidade.*

Tributo que tem por fato gerador benefício resultante de obra pública, próprio de contribuição de melhoria, e não a utilização, pelo contribuinte, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição. Impossibilidade de sua cobrança como contribuição, por inobservância das formalidades legais que constituem o pressuposto do lançamento dessa espécie tributária. Inocorrência da alegada afronta ao art. 18, II, da EC 1/1969. Inconstitucionalidade, que se declara, do art. 276 da Lei 3.999, de 29 de dezembro de 1972, do Município de Santo André/SP. Recurso não conhecido" (RE 140779/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 08/09/1995).

*"Serviço de limpeza de logradouros públicos e de coleta domiciliar de lixo. Universalidade. Cobrança de taxa. Impossibilidade.*

Tratando-se de taxa vinculada não somente à coleta domiciliar de lixo, mas, também, à limpeza de logradouros públicos, que é serviço de caráter universal e indivisível, é de se reconhecer a inviabilidade de sua cobrança. Precedente: RE 206.777. Embargos de divergência conhecidos e

providos." (Embargos de Divergência nos ED no RE 256588 ED-EDv/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ/03/10/2003.)

Tributário. Lei 11.152, de 30 de dezembro de 1991, que deu nova redação aos arts. 7º, inciso I e II; 87, inciso I e II, e 94, da Lei. 6.989/1966, do município de São Paulo. Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Taxas de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos. Inconstitucionalidade declarada dos dispositivos sob enfoque.

O primeiro, por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em Lei Federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo.

Os demais, por haverem violado a norma do art. 145, § 2º, ao tomarem para base de cálculo das taxas de limpeza e conservação de ruas elemento que o STF tem por fator componente da base de cálculo do IPTU, qual seja, a área do imóvel e a extensão deste no seu limite com o logradouro público. *Taxas que, de qualquer modo, no entendimento deste Relator, têm por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não sendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.* Recurso conhecido e provido" (RE 199969/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 06/02/1998)

Posta assim a questão, observo que a atividade estatal em questão é de prestação de utilidade não específica, indivisível e insuscetível de ser relacionada a contribuinte determinado, conforme pode ser observado do teor do art. 200, da Lei 4.279/1990, ora inquinada de inconstitucional:

A taxa tem como fato gerador a prestação dos serviços de pavimentação, conservação e urbanização de logradouros, pelo Município.

Tem-se, na verdade, um serviço a ser executado *uti universi*, em que é beneficiada a população em geral, sem possibilidade de individualização dos usuários, não podendo ser custeada senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Por tais fundamentos, declaro a inconstitucionalidade do art. 200, da Lei Municipal 4.279/1990.

É como voto.

# Corte Especial

Mandado de Segurança 0044613-57.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida  
Impetrante: Vanessa Batistuta Samper  
Advogados: Dr. Cláudio Júlio Fontoura  
Dra. Mohara Ferreira Freitas  
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
Interessada: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 31/07/2012, p. 4

## Ementa

*Administrativo. Mandado de segurança contra ato do desembargador federal presidente do TRF 1ª Região. Cessão. Ato precário. Revogação. Necessidade de serviço. Lei 8.112/1990, art. 93. Resolução 5/2008 do Conselho da Justiça Federal. Ausência de comprovação de direito líquido e certo. Segurança denegada.*

I. Mandado de segurança impetrado contra ato do presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que revogou a cessão da impetrante para a Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

II. A impetrante assumiu o cargo de analista judiciário – área judiciária – em 29 de agosto de 2005, no quadro de pessoal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Patos de Minas/MG, e em 9 de outubro de 2008 foi requisitada para exercer função comissionada junto à Segunda Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

III. O juiz federal diretor do Foro da Subseção Judiciária de Patos de Minas/MG requereu ao presidente do TRF 1ª Região a revogação das cessões de servidores daquela Subseção Judiciária, tendo em vista o elevado número de feitos em andamento.

IV. A cessão de servidor público é ato precário, decorrente do poder discricionário da Administração Pública que permite a ela, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação. Prevalência do interesse público, na espécie. Precedentes.

V. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

VI. Segurança denegada.

## Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, denegar a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 19/07/2012.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vanessa Batistuta Samper contra ato do desembargador federal presidente do TRF 1ª Região que revogou sua cessão para a Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

Afirma que assumiu o cargo de analista judiciário – área judiciária – em 29 de agosto de 2005, no quadro

de pessoal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Patos de Minas/MG, e em 9 de outubro de 2008 foi requisitada para exercer função comissionada junto à Segunda Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

Relata, em síntese, o seguinte:

A partir desse momento a impetrante passou a residir na Subseção de Uberaba com seu marido cujas núpcias foram realizadas em 15 de setembro de 2007.

Esta união teve como fruto dois filhos, Marcelo Batistuta Samper da Costa nascido em 03 de janeiro de 2009 e Miguel Batistuta Samper da Costa nascido em 07 de outubro de 2010.

Em 26 de setembro de 2008 (anexo 08) procedeu-se a averbação da compra de um apartamento na cidade de Uberaba completando-se ainda mais o núcleo familiar.

Posteriormente foi firmado instrumento de compra e venda de um novo imóvel.

O marido da impetrante Pedro Marcelo Sanches Pereira da Costa é servidor público estadual de Minas Gerais no cargo de Agente Fiscal de Tributos Estaduais, lotado na Superintendência Regional de Uberaba conforme declaração do Chefe da Administração Fiscal de Primeiro Nível de Uberaba.

O cônjuge da impetrante não pode requerer movimentação (remoção ou classificação) ou reopção para acompanhá-la, tendo em vista que é lotado na Superintendência da Receita Estadual de Uberaba, cuja distribuição não abrange o Município de Patos de Minas, o qual pertence à Superintendência Regional de Uberlândia, conforme Decreto nº 45.205, de 23 de outubro de 2009.

A lotação de servidor da SEF é feita na Superintendência Regional sendo que a distribuição e movimentação de cargos são regidas pela Resolução 3717, de 18 de novembro de 2005

[...]

Por tudo acima descrito, fica o cônjuge da impetrante impossibilitado de ter sua lotação transferida para Patos de Minas, pois trata-se de procedimento de grande abrangência iniciado pela própria Administração e que raramente acontece.

Cita o art. 226 da Constituição e sustenta que a doutrina e a jurisprudência têm defendido a prevalência da proteção da família sobre as transferências de servidores. Alega ainda a ocorrência de situação de fato consolidada, na espécie.

Pede a liminar para que seja mantida a sua lotação na Subseção Judiciária de Uberaba/MG e, no mérito, requer a confirmação da liminar.

Foi proferida decisão, fls. 99-100, indeferindo o pedido de liminar.

Informações da autoridade apontada como coatora, Desembargador Federal Olindo Menezes, Presidente do TRF 1ª Região, fls. 103-5.

Manifestação da União, fls. 115-120.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, fls. 150-4.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — A impetrante, inconformada com o ato do desembargador federal presidente do TRF 1ª Região que revogou sua cessão para a Subseção Judiciária de Uberaba/MG, impetrou o presente mandado de segurança.

A impetrante exerce o cargo de analista judiciário – área judiciária – desde 29 de agosto de 2005, no quadro de pessoal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Patos de Minas/MG, e em 9 de outubro de 2008 foi requisitada para exercer função comissionada junto à Segunda Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

Pleiteia, em síntese, a manutenção de sua cessão para a Subseção Judiciária de Uberaba/MG, ou alternativamente, que lhe seja deferida a remoção definitiva para aquela Subseção, ao argumento de que foi transferida para lá por ordem da administração, está com a família estruturada em Uberaba e seu cônjuge é servidor público estadual que não pode requisitar transferência para acompanhá-la.

Em que pesem os argumentos contidos na petição inicial, a decisão impugnada não merece reparos.

O art. 93 da Lei 8.112/1990 tem a seguinte redação:

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II - em casos previstos em leis específicas.

§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos.

§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem.

§ 3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca, Ângela Catão, Mônica Sifuentes, Néviton Guedes, Carlos Moreira Alves e João Batista Moreira.

§ 4º Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e a prazo certo.

§ 5º Aplica-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada.

§ 7º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a finalidade de promover a composição da força de trabalho dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, poderá determinar a lotação ou o exercício de empregado ou servidor, independentemente da observância do constante no inciso I e nos §§ 1º e 2º deste artigo.

A Resolução 5/2008 do Conselho da Justiça Federal (que regulamenta, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus a concessão de horário especial, do afastamento para estudo ou missão no exterior, da licença para capacitação, do afastamento de servidores para participação em curso de formação, da cessão e requisição, da licença por motivo de doença em pessoa da família, da licença para atividade política, do afastamento para exercício de mandato eletivo, da licença por motivo de afastamento do cônjuge, da licença para o trato de assuntos particulares e da licença-prêmio por assiduidade previstos, na Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990) prescreve:

Art. 36. Para os fins deste capítulo, são considerados:

I - cessão - afastamento do servidor para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a critério do órgão cedente, sem a vacância do cargo e sem alteração da lotação na sede de origem;

II - requisição - o ingresso, no Conselho e na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, de servidor oriundo de outro órgão ou entidade da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, mediante autorização do órgão ou entidade cedente, sem alteração da lotação na sede de origem, e sem provimento de cargo efetivo.

Como se sabe, a cessão de servidor público é ato precário, decorrente do poder discricionário da Administração Pública que permite a ela, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação.

Na hipótese dos autos, o juiz federal diretor do Foro da Subseção Judiciária de Patos de Minas, órgão cedente, manifestou expressamente seu interesse em revogar a cessão, conforme o documento de fl. 48.

OFÍCIO SECVA Nº 045/2010 Patos de Minas/MG, 16 de novembro de 2010.

Excelentíssimo Senhor Desembargador,

Tendo em vista que o número de servidores em exercício na Vara Única e Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Patos de Minas é insuficiente para o bom andamento dos trabalhos, uma vez que encontram-se em tramitação ajustada na Vara Única desta Subseção 11.774 (onze mil, setecentos e setenta e quatro) processos, sendo 5506 (cinco mil, quinhentos e seis) na Vara Única e 6.268 (seis mil, duzentos e sessenta e oito) no Juizado Especial Federal, dados de novembro/2010, solicito a Vossa Excelência providências no sentido de fazer retornar imediatamente aos seus cargos de origem os seguintes servidores constantes da lista em anexo, que encontram-se cedidos.

Respeitosamente

Edison Moreira Grillo Junior

Juiz Federal

Não há ilegalidade no ato guerreado, pois a nenhum servidor assiste o direito de ser cedido ou redistribuído a outro órgão. Repita-se: os atos de cessão e de distribuição de servidores encontram-se no âmbito da discricionariedade da Administração, que age de acordo com a sua oportunidade e conveniência, em nome do interesse público.

Nesse contexto, não prevalece as teses autorais relativas “à prevalência da proteção da família sobre as transferências de servidores” ou à ocorrência de situação de fato consolidada.

Confira-se a jurisprudência do STJ a respeito:

*Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Cessão temporária. Revogação. Indeferimento do pedido de remoção definitiva. Ato precário. Juízo de conveniência e oportunidade da administração. Legalidade.*

I. A cessão temporária de servidor público, bem como sua remoção definitiva, é ato precário, passível de ser revogado a qualquer momento, por juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

II. Ausência de ilegalidade do ato que, com base na supremacia do interesse público, indeferiu o pedido de remoção definitiva da impetrante devido à necessidade de seu retorno à comarca de origem, cuja única vaga de psicóloga judicial estaria desocupada diante de sua cessão temporária.

III. Recurso ordinário improvido.

(RMS 23.445/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 442.)

*Mandado de segurança. Servidor. Ato de redistribuição. Discricionariedade administrativa.*

I – O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II – O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes.

Segurança denegada.

(MS 12.629/DF, rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007, DJ 24/09/2007, p. 244.)

*Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Cessão. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Ato discricionário. Recurso improvido.*

I. Conforme pacífica orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, servidor público não tem direito adquirido à manutenção de regime jurídico funcional.

II. Hipótese em que a recorrente – servidora pública do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, à disposição da Câmara dos Deputados desde 1987 – defende ser inaplicável o disposto na Lei Complementar Estadual 46/94, segundo a qual a cessão para outro órgão ou Poder será de 5 (cinco) anos, prorrogável a critério do governador, ao argumento de que ingressou no serviço público antes da promulgação da referida lei.

III. A cessão de servidor público detém natureza precária e provisória. Por constituir ato discricionário, encontra-se sujeita aos juízos de conveniência e oportunidade da Administração.

Precedentes.

IV. Recurso ordinário improvido.

(RMS 23.386/ES, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 544.)

Nessa Corte, o entendimento não difere:

*Administrativo. Mandado de segurança. Servidor requisitado para a Defensoria Pública da União. Art. 4º da Lei 9.020/1995. Ilegitimidade ativa ad causam reconhecida. Processo extinto sem resolução do mérito.*

I. A requisição de servidor com base na Lei 9.020/95, para compor o quadro de pessoal de apoio da Defensoria Pública da União, constituiu-se em ato unilateral da Administração, de natureza irrecusável, em face do interesse público envolvido.

II. A nenhum servidor assiste o direito de ser cedido ou redistribuído a outro órgão, uma vez que os atos de cessão e de distribuição de servidores encontram-se no âmbito da discricionariedade da Administração, que age de acordo com a sua oportunidade e conveniência, tudo em nome do interesse público.

III. Incabível a pretensão da servidora impetrante em manter sua cessão para a Defensoria Pública da União, com base no art. 4º da Lei 9.020/95, tendo em vista que referido dispositivo é dirigido único e exclusivamente ao Defensor Público-Geral da União e somente ele teria legitimidade para questionar o ato apontado como ilegal.

IV. Apelação e remessa oficial providas.

(AMS 2005.33.00.005951-9/BA, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, 1ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 206, de 03/04/2012.)

*Administrativo. Servidor público. Aposentadoria por tempo de serviço. Agente de Polícia Federal. Cessão ao Poder Judiciário e ao Ministério das Relações Exteriores. Exercício de função comissionada com atribuições relacionadas à segurança. Tempo de serviço. Contagem especial. Possibilidade. Prorrogação da atividade policial. Apelação e remessa oficial desprovidas.*

I. As cessões do autor a pedido da Administração do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Ministério das Relações Exteriores, para desempenhar atribuições relacionadas à segurança, enquadram-se na hipótese de prorrogação da atividade policial, na acepção do voto do Ministro Menezes Direito na ADI n. 3817-6/DF.

II. A cessão de servidor de um órgão público a outro pressupõe o atendimento do interesse público, constituindo-se em ato precário, que pode ser revogado a qualquer tempo, pelo critério de conveniência e oportunidade da Administração.

[...]

IV. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(AC 0017890-54.2009.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado), Primeira Turma, e-DJF1, p. 42, de 24/05/2011.)

Como bem ressaltado no parecer do Ministério Público Federal,

[...] o Juiz Federal Diretor do Foro da Vara de lotação da autora (Patos de Minas), requereu ao presidente do TRF 1ª Região a revogação das cessões de servidores daquela Subseção Judiciária, tendo em vista o elevado número de feitos em andamento. Como se depreende, trata-se de absoluta necessidade do serviço, a qual, por mais justas que sejam, não podem se sobrepor situações individuais não abarcadas pelo conceito de direito líquido e certo (fl. 151).

Assim, a impetrante não logrou demonstrar a inequívoca existência de direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso de poder no ato emanado da autoridade apontada como coatora, a merecer proteção judicial por intermédio da ação mandamental.

Não vislumbro, portanto, direito líquido e certo a ser amparado pelo presente mandado de segurança.

Pelo exposto, denego a segurança.

É como voto.

## Primeira Seção

Numeração única: 0048859-67.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.050852-1/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
 Autora: Sueli Hercília Chaves  
 Advogado: Dr. Renato Luiz Pereira  
 Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Suscitante: Juízo Federal da 28ª Vara/MG  
 Suscitado: Juízo Federal da 16ª Vara/MG  
 Publicação: e-DJF1 de 03/08/2012, p. 252

### Ementa

*Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência. Vara federal comum e vara federal especializada (previdenciária). Ação de indenização. Valores relativos a benefício previdenciário de pensão por morte pagos a pessoa que não constava como beneficiária do benefício. Matéria de natureza previdenciária.*

I. É certo que a Resolução 2, de 26/02/1999, deste TRF1, que autorizou a instalação de dezoito varas federais na Primeira Região, definiu, no parágrafo único do art. 2º, a competência especializada das 28ª e 29ª Varas Federais de Belo Horizonte *para processar e julgar, privativamente, os feitos de natureza previdenciária.*

II. Nos termos do Provimento 68, de 16/04/1999, da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, serão julgadas pela vara previdenciária as ações previdenciárias em sentido estrito, assim entendidas aquelas relativas a benefícios previdenciários previstos na Lei 8.213/1991.

III. No caso, a autora visa à condenação do INSS ao pagamento de valores não recebidos no período de 05/06/1985 a 28/03/1995, relativos a parcelas de pensão por morte que foram pagas a pessoa que não constava como beneficiária do benefício, ou seja, o pedido refere-se a período de benefício previdenciário pago a terceira pessoa.

IV. Evidencia-se, portanto, que a autora não pede o reconhecimento da qualidade de segurada com vistas à concessão de benefício previdenciário, mas tão-somente o pagamento, a título de indenização, de quantia correspondente a benefício previdenciário supostamente pago com erro a terceira pessoa.

V. Com efeito, a despeito de o pedido se fundar em benefício previdenciário, o certo é que, como bem ressaltou o juízo suscitado (fl. 27), busca-se por meio da ação *“indenização por danos supostamente sofridos pela autora em decorrência de negligência por parte da autarquia previdenciária”*, ou seja, *“o objeto da ação é a indenização pelas perdas financeiras ocorridas no período referenciado e não obtenção ou revisão de benefício previdenciário”* (fl. 49).

VI. Conheço do presente conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 10/07/2012.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des Federal Néviton Guedes* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 28ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 16ª Vara da mesma Seccional, que determinou a redistribuição dos autos de ação de indenização de benefício previdenciário, por entender não se inserir a matéria previdenciária na competência daquele juízo.

O juízo suscitante, por sua vez, entende que, como o objeto da ação é a indenização pelas perdas financeiras ocorridas pelo não recebimento de parcelas de benefício previdenciário, que foram pagas a terceira pessoa, não tem competência para processar e julgar a ação, tendo em vista o disposto no art. 2º da Resolução 2, de 26/02/1999, deste TRF1, que delimitou a competência da 28ª e 29ª Varas Federais de Belo Horizonte, para processar e julgar, privativamente, os feitos de natureza previdenciária, não sendo o caso dos autos.

Parecer do MPF para que seja reconhecida a competência do juízo federal da 28ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitante.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des Federal Néviton Guedes* — Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Sueli Hercília Chaves, em que postula a condenação do INSS ao pagamento de quantia correspondente a benefício previdenciário de pensão por morte de seu marido, que teria sido pago com erro a Maria de Lourdes Rodrigues Chaves, no período compreendido entre 05/06/1985 a 28/03/1995, a despeito das diversas determinações judiciais dirigidas à autarquia previdenciária para cancelar o benefício pago a terceira pessoa.

Consoante se extrai dos autos, a autora alega ter sido abandonada pelo marido no ano de 1971, que veio a contrair núpcias com Maria de Lourdes Rodrigues Chaves em 1972, tendo logrado êxito em ação declaratória de nulidade, que culminou com a anulação do segundo casamento, de cuja decisão o INSS foi devidamente comunicado, em 27/07/1993, reiterado em 08/03/1994 e, somente em 24/04/1995 se deu o cancelamento do benefício de pensão por

morte de seu marido, falecido em 05/06/1985, pago à segunda esposa.

A ação foi distribuída inicialmente para a 28ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, especializada em matéria previdenciária, que entendeu ser absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, em razão de a autora buscar “indenização por danos supostamente sofridos em decorrência de negligência por parte da autarquia previdenciária” (cf. fls. 27-28).

Recebendo os autos em redistribuição, o juízo federal da 16ª Vara da mesma Seccional entendeu que o objeto da ação se identifica com matéria de natureza exclusivamente previdenciária, determinando, afinal, a redistribuição do feito para uma das varas previdenciárias, nos termos do art. 3º, III, da Resolução 5, e art. 2º, § 10 do Provimento 68/1999, ambos deste TRF1 (fl. 47).

Redistribuídos os autos, foram eles novamente atribuídos ao Juízo Federal da 28ª Vara, que suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 49-50).

Vejamos.

É certo que a Resolução 2, de 26/02/1999, deste TRF1, que autorizou a instalação de dezoito varas federais na Primeira Região, definiu, no parágrafo único do art. 2º, a competência especializada das 28ª e 29ª Varas Federais de Belo Horizonte *para processar e julgar, privativamente, os feitos de natureza previdenciária.*

O Provimento 68, de 16/04/1999, também desta Corte, estabeleceu no § 10 do art. 2º que,

*[...] na Sede da Seção Judiciária de Minas Gerais serão redistribuídas para as Varas Previdenciárias, todas as ações ordinárias previdenciárias (subclasse 1200), juntamente com os feitos distribuídos por dependência a elas e seus apensos, cabendo a todas as demais Varas identificar as ações de outras classes relativas a benefícios previdenciários e encaminhá-las para a devida redistribuição.*

Nessa linha de orientação, o que se extrai dos autos é que a autora visa à condenação do INSS ao pagamento de valores não recebidos no período de 05/06/1985 a 28/03/1995, relativos a parcelas de pensão por morte que foram pagas a pessoa que não constava como beneficiária do benefício, ou seja, o pedido refere-se a período de benefício previdenciário pago a terceira pessoa.

Evidencia-se, portanto, que a autora não pede o reconhecimento da qualidade de segurada com vistas à concessão de benefício previdenciário, mas tão somente o pagamento, a título de indenização, de quantia correspondente a benefício previdenciário supostamente pago com erro a terceira pessoa.

\*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Ângela Catão e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Pompeu de Sousa Brasil e Cleberson José Rocha (convocados).

Com efeito, a despeito de o pedido se fundar em benefício previdenciário, o certo é que, como bem ressaltou o juízo suscitado (fl. 27), busca-se por meio da ação *indenização por danos supostamente sofridos pela autora em decorrência de negligência por parte da autarquia previdenciária*, [ou seja], o objeto da ação é a indenização pelas perdas financeiras ocorridas no período referenciado e não obtenção ou revisão de benefício previdenciário (fl. 49).

Nesse sentido, trago à colação precedente citado pelo Juízo Suscitado, assim ementado:

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação de indenização por perdas e danos contra o INSS.*

I. A ação ajuizada por ex-servidora do INSS, postulando indenização por alegados danos materiais e morais decorrentes de doença profissional, não é ação previdenciária, de modo a justificar sua distribuição para vara especializada.

II. *Conflito conhecido* para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara de Minas Gerais, Suscitado.

(CC1999.01.00.119025-0/MG – Terceira Seção, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 1º/06/2004, p. 4.)

Em face do exposto, conheço do presente conflito, para declarar a competência do Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

É como voto.

## Segunda Seção

Numeração única 0041127-35.2009.4.01.0000

Ação Penal 2009.01.00.039415-4/PI

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
 Autora: Justiça Pública  
 Procurador: Dr. Wellington Luís de Sousa Bonfim  
 Réu: José Lopes Filho  
 Advogados: Dr. Helder Câmara Cruz Lustosa e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 04/09/2012, p. 5

### Ementa

*Penal e Processual Penal. Fraude em concurso público. Cola eletrônica. Denúncia por tentativa de estelionato e por falsidade ideológica. Atipicidade da conduta. Precedentes do STF, do STJ e do TRF 1ª Região. Analogia in malam partem. Impossibilidade de aplicação, no direito penal. Princípio da legalidade. Absolvição do réu.*

I. O réu foi denunciado por tentativa de estelionato qualificado e por falsidade ideológica (art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, e art. 299/CP), por contratar serviços de quadrilha especializada para tentar fraudar o concurso do Banco do Nordeste do Brasil, em 2003, mediante uso da chamada cola eletrônica.

II. Consoante a jurisprudência do STF, o uso da chamada cola eletrônica em concursos não configura os tipos penais de estelionato e falsidade ideológica, consistindo conduta atípica (STF, Inquérito 1.145, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJe de 04/04/2008, p. 55).

III. Por mais reprovável que seja a prática da cola eletrônica, no Direito Penal não se admite *analogia in malam partem*, para alcançar condutas que não estejam tipificadas, em detrimento do princípio da legalidade.

IV. Improcedência da pretensão acusatória deduzida na denúncia, para absolver o acusado dos delitos tipificados no art. 173, § 3º c/c 14, II (estelionato qualificado, na modalidade tentada) e no art. 299, *caput* (falsidade ideológica) do Código Penal, em concurso material (CP, art. 69), por atipicidade penal.

### Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, julgar improcedente a denúncia.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 25/07/2012.

Desembargadora Federal Assusete Magalhães, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:* — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, em 24/07/2006, em desfavor de oito denunciados, inclusive José Lopes Filho, este, pela prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 171, § 3º, c/c 14, II (estelionato qualificado, na modalidade tentada), e art. 299, *caput* (falsidade ideológica), do Código Penal (fls. 3A–3J).

Relata a denúncia que foi instaurado Inquérito Policial “para investigar a participação de outras pessoas na fraude apurada nos autos do inquérito 232/2008 – SR/DPF/PI (fls. 7-295), que desvendou os crimes praticados por uma quadrilha especializada em fraudar vestibulares e concursos públicos” (fl. 3B).

Diz o *Parquet* que “o *modus operandi* da quadrilha consistia em falsificar documentos de identidade para que seus membros pudessem fazer as provas em nome de inscritos em concursos públicos, além de compra e venda de gabaritos e repasse dos mesmos através de códigos de vibrações em aparelhos celulares” (fl. 3B).

Sustenta, com relação ao acusado, que “foi investigado no presente inquérito por ter sido citado por Ferdinan Francisco do Nascimento, um dos integrantes da quadrilha, que declarou ter feito o concurso do BNB no lugar do acusado, usando uma carteira de identidade falsificada (fl. 18)” (fl. 3D).

Ressalta o MPF que há fortes indícios que permitem concluir “que o acusado José Lopes Filho contratou os serviços da quadrilha para tentar fraudar o concurso do BNB” (fl. 3E).

Denúncia recebida, pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, em 28/08/2006 (fl. 673), tendo o réu sido interrogado, em 15/05/2007 (fl. 733).

Defesa prévia do réu, José Lopes Filho, apresentada em 11/05/2007 (fls. 734-736).

Manifestação do Ministério Público Federal, em 09/04/2009 (fl. 1.147v), pela declinação de competência, em favor do TRF 1ª Região, considerando o teor da certidão de fl. 1.146, que informa a eleição do denunciado, José Lopes Filho, para o cargo de prefeito do Município de Caridade do Piauí/PI, no pleito de 2008, para mandato de 4 (quatro) anos.

Decisão do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, em 22/04/2009 (fl. 1.148), declinando da competência, em razão do foro por prerrogativa de

função do acusado, determinando a remessa dos autos ao TRF1ª Região.

Os autos foram recebidos, no TRF 1ª Região, e conclusos a esta relatora, em 08/07/2009 (fl. 1.152), tendo sido remetidos, à PRR 1ª Região, em 09/07/2009 (fl. 1.153).

A PRR 1ª Região manifestou-se pelo regular seguimento do processo, nesta Corte (fls. 1.157-1.161), apenas em relação a José Lopes Filho, detentor de foro por prerrogativa de função, devendo a ação penal, em relação aos demais corréus, prosseguir perante o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí (fls. 1.160-1.161).

Decisão de 30/07/2009, deferindo o pedido da PRR 1ª Região, de desmembramento da ação penal e prosseguimento, nesta Corte, somente em relação ao acusado com foro por prerrogativa de função, José Lopes Filho (fls. 1.163-1.165).

Concluída a inquirição das testemunhas (fls. 1.216 e 1.287/1.288), foi determinada a intimação da acusação e da defesa, para requerimento de diligências (fl. 1.292), e, posteriormente, para a apresentação de alegações finais (fl. 1.381).

Alegações finais do Ministério Público Federal, a fls. 1.384-1.398, reafirmando, preliminarmente, a competência da Justiça Federal. No mérito, sustenta que o acusado deve ser absolvido, por *atipicidade da conduta*, nos termos do entendimento jurisprudencial do colendo STF, no sentido de que os arts. 171 e 299 do Código Penal não se aplicam ao caso de fraude a concursos, perpetrada por meio de aparelhos eletrônicos, bem como por *insuficiência de provas*, quanto à autoria dos fatos delituosos.

Alegações finais do acusado, a fls. 1.502-1.518, alegando, em síntese, ausência de provas da autoria e atipicidade da conduta, a ensejar a absolvição.

Documentos referentes ao *Habeas Corpus* 234972/PI, impetrado, no egrégio Superior Tribunal de Justiça, contra o TRF 1ª Região, bem como cópia do Ofício/GAB/8/36, de 26/03/2012, prestando as respectivas informações (fls. 1.485-1.498).

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta de julgamento e distribuam-se cópias do relatório aos desembargadores federais da 2ª Seção do TRF 1ª Região (art. 255, §§ 4º e 6º, do RITRF 1ª Região).

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: —  
O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, em 24/07/2006, em desfavor de José Lopes Filho – hoje prefeito do Município de Caridade do Piauí/PI –, pela prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 171, § 3º, c/c 14, II (estelionato majorado, na modalidade tentada) e art. 299, *caput* (falsidade ideológica) do Código Penal, em concurso material (CP, art. 69), nos seguintes termos:

### 1 Dos fatos

*Trata-se de inquérito policial instaurado para investigar a participação de outras pessoas na fraude apurada nos autos do inquérito 232/2003 – SR/DPF/PI (fls. 7-295), que desvendou os crimes praticados por uma quadrilha especializada em fraudar vestibulares e concursos públicos.*

O *modus operandi* da quadrilha consistia em falsificar documentos de identidade para que seus membros pudessem fazer as provas em nome de inscritos em concursos públicos, além de compra e venda de gabaritos e repasse dos mesmos através de códigos de vibrações em aparelhos celulares. Tal organização criminosa cobrava altos valores dos inscritos para levar a efeito o estelionato.

O líder da quadrilha era o advogado Edilberto de Carvalho Gomes. A quadrilha era formada pelas seguintes pessoas, que ajudavam EDILBERTO nas fraudes: ELIESSÉ GONÇALVES LOPES, ELIENE GONÇALVES LOPES, FERDINAN FRANCISCO DO NASCIMENTO, JONASCLEA CAVALCANTE DO NASCIMENTO, AYLAN BEZERRA MELO, OSNAN SOARES FERREIRA e TASSIANE MARIA DOS SANTOS LUCAS FERREIRA.

SAMUELDOUGLASLEITEFERREIRA, AURISMAR FRANCISCO BENTO e JAMILLY NAYARA ALENCAR, por sua vez, foram pessoas que contrataram os serviços da quadrilha e que foram beneficiadas com as fraudes, onde membros da quadrilha faziam provas em seus lugares.

Tais foram os indiciados no primeiro inquérito (IPL n.º 232/2003) e que já foram denunciados por este Parquet Federal.

Entretanto, *tendo em vista que aquele inquérito apresentava indícios de envolvimento de outras pessoas nos esquemas de fraude, o Ministério Público Federal requisitou à Polícia Federal a instauração do presente inquérito (IPL n.º 0013/2004) para apurar os desdobramentos do anterior.*

*A Polícia Federal, dessa forma, apurou a responsabilidade dos demais envolvidos, que ora são denunciados.*

[...]

JOSÉ LOPES FILHO

*O acusado foi investigado no presente inquérito por ter sido citado por FERDINAN FRANCISCO DO NASCIMENTO, um dos integrantes da quadrilha, que declarou ter feito o concurso do BNB no lugar do acusado, usando uma carteira de identidade falsificada (fls. 18).*

*JOSÉ LOPES FILHO prestou declarações às fls. 493/494, onde afirmou que não se inscreveu no concurso do BNB e que não pediu para ninguém fazer sua inscrição no citado concurso.*

Afirmou também que conhece o líder da quadrilha, EDILBERTO, mas que este nunca procurou o acusado para oferecer-lhe vantagens em concursos públicos.

Às fls. 343 se encontra cópia do gabarito do concurso do BNB em nome do investigado.

Às fls. 346V e 391/392 estão cópias da folha de presença assinada em nome do investigado.

Às fls. 383 encontra-se a ficha de informações do investigado, onde se vê que sua inscrição foi feita pela internet.

### 2 Do Direito

Dispõe o Código Penal Pátrio:

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

*Pena* - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

*Pena* - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcus Vinicius Reis Bastos, César Cintra Jatahy Fonseca, Clemência Maria Almada Lima de Ângelo e José Alexandre Franco (convocados).

Dessa forma, conclui-se, pelos fatos acima expostos, que os acusados Silvana Maria Macedo Leite Ricardo, José Lopes Filho, Ivo Nunes de Macedo Júnior e Cleidiane Francisca de Moura contrataram os serviços da quadrilha para tentarem fraudar o concurso do BNB em 2003, incorrendo no art. 171, § 3º c/c art. 14, II e 299.

[...]

### 3 Do pedido

Pelo exposto, o Ministério Público Federal requer a V.Ex. "que se digne a instaurar processo-crime contra os denunciados, a fim de serem processados e julgados como incurso nas penas dos dispositivos do Código Penal acima transcritos, e, após o recebimento da denúncia, que sejam citados para defesa e intimados para os demais atos processuais até ulterior condenação.

Requer, também, a intimação das testemunhas abaixo arroladas para prestarem depoimento em juízo, sob as cominações da lei." (fls. 3A/3J).

O réu foi denunciado por tentativa de estelionato qualificado e por falsidade ideológica (art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, e art. 299 CP), por contratar serviços de quadrilha especializada para tentar fraudar o concurso do Banco do Nordeste do Brasil, em 2003 (3-D/3-E e 3-H/3-I).

A denúncia, quanto ao réu José Lopes Filho, alicerçou-se no depoimento de Ferdinand Francisco do Nascimento – preso em flagrante, quando fazia prova do concurso vestibular da UFPI, em nome de Aurismar Francisco Bento (fls. 17-18) –, oportunidade em que informou, *in verbis*:

Que, algumas semanas após, foi chamado pelo advogado EDILBERTO até o seu apartamento no Edifício VAN GOGH onde foi oferecida uma carteira de identidade em branco para que o conduzido assinasse e foi realizada a colheita das impressões digitais; QUE, na mesma ocasião após o conduzido apresentar fotos, foi oferecida uma outra carteira de identidade falsificada para ser utilizada nas provas no concurso do BNB; QUE, recorda que a identidade falsificada para o concurso do BNB era em nome de JOSÉ LOPES FILHO e a identidade falsificada para o concurso da UFPI era em nome de AURISMAR FRANCISCO BENTO; QUE, realizou as provas do concurso do BNB, ocasião em que o gabarito seria passado pelo advogado EDILBERTO pelo celular em forma de mensagem na tela em relação ao concurso do BNB a operação não deu certo, pois a mensagem com o gabarito só chegou meia-hora após encerradas as provas (fls. 17-18).

Ouvido em Juízo, na Ação Penal 2004.0338-8/13.101, em depoimento juntado, por cópia, a fls.

1.317-1.318, esclareceu Ferdinand Francisco do Nascimento:

[...] que o depoimento prestado no decorrer da sua atuação em flagrante não corresponde a verdade, tendo sido prestado sob forte pressão psicológica, destacando que o Delegado de Polícia falou ao depoente que o primeiro acusado teria dito em depoimento que ele, ora depoente, era o chefe da quadrilha;

que o depoente se encontrava preso com outros acusados, optando todos por apontar Edilberto como chefe da operação fraudulenta, somente para se livrarem da pressão psicológica; que naquele momento o depoente entendeu que deveria indicar Edilberto como sendo chefe da quadrilha porque, na visão do depoente, "era ele ou eu"; que na presente data o depoente resolveu contar a verdade sobre o ocorrido, ou seja, de que EDILBERTO não participou de sua ajuda a AURISMAR; que o depoente realmente fez as provas do concurso do BNB em nome de Jose Lopes Filho, mas usando carteira de identidade do mesmo, vez que ambos são parecidos; que esse concurso também ocorreu em Parnaíba, no mês de dezembro do ano passado; que ambas as provas do vestibular e do BNB ocorreram no mesmo dia, no domingo; que o depoente conheceu Jose Lopes Filho no ano de 2000, na cidade de Floriano; que o depoente se encontrava em Floriano a trabalho; que JOSE LOPES FILHO ainda mora em Floriano, tendo telefonado para o depoente assim que saiu o edital do concurso do BNB; que o depoente combinou com JOSE LOPES FILHO de se encontrarem em Parnaíba em dezembro, porque já havia ajustado com AURISMAR FRANCISCO BENTO de realizar para este a prova do vestibular da Universidade Federal; que no momento do telefonema, o depoente relutou em aceitar o convite porque não tinha conhecimentos bancários, dominando mais a área de matemática e a de português; que acabou por aceitar o convite porque JOSE LOPES FILHO ponderou que ele poderia ficar despreocupado porque o gabarito da prova chegaria por mensagem no celular; que o depoente então forneceu o número do seu telefone celular a JOSE LOPES FILHO; que na prova do BNB o depoente recebeu o gabarito pelo telefone celular, porém meia hora após haver sido encerrada a prova; que o depoente não sabe dizer quem foi o remetente do gabarito" (fls. 1.317/1.318).

Processado o feito, o MPF manifestou-se (fls. 1.384-1.398) pela absolvição do acusado, ao argumento de *atipicidade da conduta*, nos termos do entendimento jurisprudencial do colendo STF (Inq. 1145/PB, rel. Min. Maurício Corrêa), no sentido de que os arts. 171 e 299 do Código Penal não se aplicam ao caso de fraude a concursos, perpetrada por meio de aparelhos eletrônicos. Assevera, ainda, a *insuficiência de provas* quanto à autoria dos fatos delituosos

A questão concerne ao exame da tipicidade da chamada cola eletrônica, com a transmissão de gabaritos, aos interessados, por meios eletrônicos.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 1.145/PB, reconheceu que a conduta designada como cola eletrônica é penalmente atípica:

EMENTA: Inquérito. 1. Denúncia originariamente oferecida pela Procuradoria-Regional da República da 5ª Região contra deputado estadual. 2. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face da eleição do denunciado como deputado federal. 3. Parlamentar denunciado pela suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3º). *Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de “cola eletrônica” em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim).* 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. 5. A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de “inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da “cola eletrônica”, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. 6. A tese vencida, iniciada pelo Min. Carlos Britto, e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, baseou-se nos seguintes argumentos: i) o acusado se defende de fatos, e não da respectiva capitulação jurídica. É indiferente à defesa do acusado a circunstância de a denúncia haver inicialmente falado de estelionato, enquanto sua ratificação, pelo Procurador-Geral da República, redefiniu a questão para focá-la na perspectiva da falsidade ideológica. Para a tese vencida, os fatos narrados não passaram por nenhuma outra versão, permitindo, assim, o desembaraçado manejo das garantias do contraditório e da ampla defesa; ii) o caso tem potencialidade de acarretar prejuízo patrimonial de dupla face: à Universidade Federal da Paraíba, relativamente ao custeio dos estudos de alunos despreparados para o curso a que se habilitariam por modo desonesto, de parelha com o eventual dever de anular provas já realizadas, e, assim instaurar novo certame público; e àqueles

alunos que, no número exato dos “fraudadores”, deixariam de ser aprovados no vestibular; iii) incidência de todos os elementos conceituais do crime de estelionato: obtenção de vantagem ilícita, que, diante do silêncio da legislação penal, pode ser de natureza patrimonial, ou pessoal; inflição de prejuízo alheio, que há de ser de índole patrimonial ou por qualquer forma redutível a pecúnia, pois o crime de estelionato insere-se no Título do Código Penal destinado à proteção do patrimônio; utilização de meio fraudulento; e induzimento ou manutenção de alguém em erro; iv) seja no delito de estelionato, ou no de falso, a denúncia parece robusta o suficiente para instaurar a ação penal; e, por fim, v) a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional para instituir um tipo criminal específico para a cola eletrônica não se traduz no reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado. 7. *Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como “cola eletrônica”.* (STF - Inq 1145, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJe de 04/04/2008, p. 55).

Constitui estelionato, nos termos do art. 171 do Código Penal, “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

Consoante a jurisprudência do STF, a conduta de *cola eletrônica* – no caso, tentativa – não corresponde à figura do estelionato, pois a “vantagem ilícita” deve ser de natureza patrimonial.

Entende a Suprema Corte, igualmente, que, no que concerne à falsidade ideológica, nos termos do art. 299 do Código Penal (“omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”), não está ela caracterizada, pois, nos gabaritos preenchidos mediante *cola eletrônica* não é inserida ou omitida declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, como elementar do tipo. As declarações inseridas nos cartões de resposta, mesmo que obtidas por meios não ortodoxos, são verdadeiras, e não falsas, como exige o tipo.

Nesse sentido:

*Habeas corpus.* Fraude a vestibular. “Cola eletrônica”. Estelionato. Falsidade ideológica. *Falsificação de documento público. Uso de documento falso. Formação de quadrilha truncamento da ação. Atipicidade e princípio da consunção. Ordem parcialmente concedida.*

I. Paciente denunciado por estelionato, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha, (artigos 171, § 3º, 297, 299, 304 e 288, todos do Código Penal), em concurso material.

II. “Fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora” (INQ 1145/STF).

III. *Writ* concedido para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos artigos 171, § 3º e 299 do Código Penal, mantida a persecução penal em relação as demais condutas típicas e autônomas.

IV. Exordial acusatória que descreve a prática de reiteradas e diversas condutas criminosas, que, em tese, adequam-se perfeitamente aos crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha, apontando o paciente como chefe da organização criminosa.

V. Denúncia que preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo, com os elementos indispensáveis, a prática, em tese, dos delitos que menciona, com suas circunstâncias, permitindo ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, viabilizada, assim, a ampla defesa, inexistindo qualquer motivo para o trancamento da ação penal.

VI. “O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.” (REsp nº 890.515/ES, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU de 4/6/2007). Sendo a “cola eletrônica” conduta atípica, não pode ela absorver outras condutas típicas e autônomas, afastado, assim, o princípio da consunção.

VII. *Habeas corpus* parcialmente concedido” (STJ, HC 39.592/Pl, rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), 6ª Turma, julgado em 19/11/2009, DJ-e de 14/12/2009).

*Rhc. Recurso ordinário oferecido a destempo.* Vestibular. “Cola eletrônica”. Não caracterização de crime.

I. Não obstante oferecido a destempo o recurso ordinário, a teor da letra do art. 30, da Lei 8.038/90, não há impedimento, sendo, inclusive, recomendado pela jurisprudência, que dele se conheça como ordem de “habeas corpus”.

II. *O preenchimento, através de “cola eletrônica”, de gabaritos em concurso vestibular não tipifica crime de falsidade ideológica. É que nos gabaritos não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa diversa daquela que devia ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta por meio de sinais eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional.*

III. *A eventual fraude mostra-se insuficiente para caracterizar o estelionato que não existe “in incertam personam”.*

IV. Recurso conhecido como “habeas corpus”. Ordem concedida para trancar a ação penal.” (STJ, RHC 7.376/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª

Turma, julgado em 1º/07/1998, DJU de 14/09/98, p. 136.)

*Penal. Processual penal. “Cola eletrônica”. Quadrilha ou bando. Atipicidade da conduta. Reforma da sentença para absolver os acusados da imputação do art. 228 do CP. Art. 386, III, do CPP.*

I. *A chamada “cola eletrônica” em vestibulares, única conduta supostamente delituosa atribuída aos acusados, não está prevista, em nosso ordenamento legal, como um tipo penal. Precedentes.*

II. Configura o crime do art. 288 do CP associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

III. No caso em tela, não há que se falar em associação para cometer crimes, impondo-se a absolvição dos réus da imputação do art. 288 do CP, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

IV. Apelações de Cícero Inácio de Oliveira e de Carlos José Saraiva de Souza providas.

V. Apelação do Ministério Público prejudicada (TRF 1ª Região, ACR 0000132-51.2007.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, e-DJF1 de 21/05/2010, p.58).

*Habeas corpus. “Cola eletrônica”. Vestibular. Ufac. Atipicidade. Precedentes do STF. Concessão da ordem.*

I. *A “cola eletrônica” em vestibulares não configura o tipo penal da falsidade ideológica ou de estelionato qualificado, consistindo em conduta atípica, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 88.967-1/AC, 1ª Turma, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. 06/02/2007).*

II. *Concessão da ordem. Extensão aos demais acusados.” (TRF 1ª Região, HC 2007.01.00.028859-0/AC, rel. Juiz Federal Convocado Leão Aparecido Alves, 3ª Turma, DJU de 21/09/2007, p. 36.)*

Por mais reprovável que seja a prática da *cola eletrônica*, no Direito Penal não se admite *analogia in malam partem*, para alcançar condutas que não estejam tipificadas, em detrimento do princípio da legalidade.

Observe que o próprio MPF requereu a absolvição do réu, por atipicidade da conduta, *in verbis*:

No mérito, temos que o réu José Lopes Filho deve ser absolvido, por atipicidade do fato que lhe é imputado na denúncia.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 6 (seis) votos no julgamento do Inquérito nº 1145/PB, decidiu que a realização de concurso por meio de gabaritos adquiridos via celular não caracteriza crime, mas, tão somente, um ato imoral. Significa dizer que as condutas do ora acusado não subsumíveis nos arts. 171 e 299 do Código Penal.

Nesse sentido, convém transcrever parte da fundamentação da tese vencedora (Min. Maurício Corrêa):

2. 2. Firmada a competência deste Tribunal, passo ao exame da questão de fundo. A redefinição jurídica dos fatos para enquadrá-los no crime de falsidade ideológica, proposta pelo Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, em parecer aprovado pelo Chefe do Parquet, tem inspiração em artigo da lavra do Ministro Vicente Cernicchiaro, que entende ser a fraude em concurso vestibular, por meio de cola eletrônica, delito tipificado no artigo 299 do Código Penal, com fundamento nas seguintes premissas básicas: a prova é documento em sentido jurídico; o candidato não resolve as questões com os próprios conhecimentos; há alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante e, por fim, existe prejuízo a direito de outros concorrentes (cf. fls. 681/684).

3. O Ministério Público Federal, ao afastar a denúncia por estelionato, reconheceu que essa figura delituosa não restou tipificada. A meu ver, com toda razão, dado que para consumir-se a conduta do art. 171 do Código Penal<sup>1</sup> é necessária a existência de vítima certa e determinada, conforme decidiu esta Corte no HC 394953<sup>2</sup>, RTJ 24/313; além disso, é imprescindível a existência de prejuízo patrimonial, o que certamente não se verificou no caso, salvo para o próprio denunciado que despendeu quantia em dinheiro na sua frustrada tentativa de obter, por via da fraude, a aprovação no vestibular de sua filha e amigos.

4. Cumpre-me verificar se o fato se enquadra no tipo do art. 299 do Código Penal<sup>3</sup>. [...]

6. Consigno, inicialmente, que em rápida pesquisa a que procedi não encontrei precedentes nesta Corte sobre a hipótese. No STJ<sup>4</sup> e em pelo menos dois TRFs<sup>5</sup>, a tese prevalente é a de atipicidade da conduta. A propósito, a defesa

informa que os co-autores foram beneficiados com o deferimento do *Habeas-Corpus* 757-PB pelo TRF da 5ª Região para trancar o inquérito resultante deste desmembrado, que tramitava na Justiça Federal da Paraíba, exatamente sob o fundamento de que o fato não é típico.

[...]

8. De fato, “*fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor)*”, *malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora.*

[...]

12. *A menos que se recorra aos métodos de integração legislativa, o que não se admite quando se cuida de enquadramento penal, é de ver-se que é imprópria a qualificação da conduta do acusado como a de crime de falsidade ideológica. Além de inexistir omissão em documento público ou particular de declaração que devia constar, não se pode conceber tenha havido informação falsa ou diversa da que deveria ser escrita, pois não há como precisar se os candidatos efetivamente utilizaram-se do artifício da “cola eletrônica” ou mesmo quais seriam as suas sem o uso do ardil.*

[...]

16. Não se pode dizer, repito, que houve declaração falsa ou diversa daquela que deveria ser respondida. O que efetivamente se deu é que se operou ajuda de terceiros para a resolução das questões, auxílio esse regularmente proibido e ética e moralmente reprováveis, mas ineficaz gerar crime. Registro que não se está aqui defendendo a legitimidade da conduta e nem mesmo afastando a ocorrência de fraude, mas apenas sustentando que não se pode identificá-la entre os tipos penais em vigor.

[...]

18. Ora, ausentes as elementares objetivas do tipo, torna-se dispensável aferir-se se as condutas prejudicaram direito, criaram obrigação ou alteraram a verdade sobre fato juridicamente relevante, se o documento é público ou se é privado. Ainda que presentes esses elementos, o que não afastou, desponta clara a ausência do suposto de declaração falsa, incontroversa, relevante, elemento substancial do ato. A fraude não está na veracidade do conteúdo do documento e sim no veículo utilizado na formulação das respostas, o que a desnatura do tipo penal previsto no referido preceito penal.

[...]

21. A propósito, sabedor da atipicidade da conduta e preocupado com o aumento de sua incidência, o Congresso Nacional vem debatendo a possibilidade de incriminação desse fato específico. Tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1086/99, que dispõe sobre o tema, Inicialmente pretendeu-se enquadrá-lo como estelionato, proposta modificada posteriormente para sua inclusão no capítulo dos crimes contra a fé pública. Enquanto a lei não se concretizar, porém, não pode o Judiciário suprir sua falta, por mais

<sup>1</sup> 2 Ari. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

<sup>2</sup> Ementa: Estelionato. Necessária a indicação das vítimas. Havendo prejuízo para a defesa, como no caso, o *habeas corpus* é concedido, sem prejuízo de nova ação penal pelo fato delituoso.

<sup>3</sup> Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e rcc1 uso de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

<sup>4</sup> (HHCC 4593, Jesus Costa Lima, Di de 28/08/1995 e 7376, Fernando Gonçalves, DJ de 14/09/1998)

<sup>5</sup> 1ª e 5ª Regiões – HHCC 1999.0L000718174/GO, Mário César Ribeiro, j. em 14/03/2000 e 757, Araken Mariz, j. em 07/10/1997.

imoral e desonesto que seja o comportamento de que trata a denúncia.”

Também é assim a jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*Penal. Processual Penal. Cola eletrônica. Quadrilha ou bando. Atipicidade da conduta. Reforma da sentença para absolver os acusados da imputação do art. 228 do CP. Art. 386, III, do CPP.*

I. A chamada “cola eletrônica” em vestibulares, única conduta supostamente delituosa atribuída aos acusados, não está prevista, em nosso ordenamento legal, como um tipo penal. Precedentes.

II. Configura o crime do art. 288 do CP associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

III. No caso em tela, não há que se falar em associação para cometer crimes, impondo-se a absolvição dos réus da imputação do art. 288 do CP, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

IV. Apelações de Cícero Inácio de Oliveira e de Carlos José Saraiva de Souza providas.

V. Apelação do Ministério Público prejudicada.

(ACR 000132-51.2007.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1, p. 58, de 21/05/2010.)

*Administrativo e Processual Civil. Antecipação dos efeitos da tutela. Improbidade administrativa. Vestibular. Fraude. Cola eletrônica. Denúncia oferecida em razão da suposta prática de estelionato, falsidade ideológica e coação no curso do processo. Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Inteligência da decisão que indeferiu o efeito suspensivo ao recurso. Agravo de instrumento improvido.*

I. Consoante vem orientando a jurisprudência, a denominada “cola eletrônica”, no vestibular, não configura estelionato, tipificado pela obtenção de vantagem material e pela exigência de vítima, nem falsidade ideológica, uma vez que as declarações inseridas pelos candidatos, nos cartões de resposta, ainda que obtidas por meios não convencionais, não são mentirosas, como exige o tipo.

II. Denúncia oferecida não somente pela suposta prática de estelionato e falsidade ideológica, como também por coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal), não havendo, nos autos, elementos que permitam razoável compreensão deste aspecto, e que, eventualmente, pudessem orientar o exame mais individualizado dos desdobramentos civis da prática, em tese, do referido delito.

III. Denegada a ordem de habeas corpus, impetrada com o objetivo de trancar a ação penal proposta para apuração de crime, supostamente cometido, em decorrência da fraude praticada no exame vestibular, não há de ser autorizado o retorno provisório do candidato às atividades acadêmicas

(matrícula e frequência às aulas), das quais fora afastado em virtude de antecipação de tutela, em ação civil pública, até que a respectiva situação seja definida na sentença, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Precedente da 3ª Turma: AG nº 2004.01.00.020339-7/AC, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, unânime, DJU/II de 13/05/2005. III - Considerando que, por meio da decisão que indeferiu o efeito suspensivo do agravo de instrumento, o agravante permaneceu afastado seus estudos, há de se manter essa situação até o julgamento da ação civil pública, que está a aguardar sentença, em razão da relevância da fundamentação daquele decisum, que não convém ser desfeito, a esta altura.

IV. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2004.01.00.0149894-0/AC, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado), Terceira Turma, e-DJF1, p. 59, de 07/11/2008.)

*Habeas corpus. Cola eletrônica. Vestibular. Ufac. Atipicidade. Precedentes do STF. Concessão da ordem.*

I. A “cola eletrônica” em vestibulares não configura o tipo penal da falsidade ideológica ou de estelionato qualificado, consistindo em conduta atípica, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 88.967-1/AC, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 06/02/2007).

II. Concessão da ordem. Extensão aos demais acusados.

(HC 2007.01.00.028859-0/AC, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), Terceira Turma, DJ, p. 36, de 21/09/2007.)

Portanto, a fraude em concurso público e em vestibulares, realizada por meio de gabaritos repassados por aparelhos eletrônicos, não configura crime, seja porque não existe tipo penal específico, seja porque não há possibilidade de subsunção nos tipos já existentes no Código penal, como reconheceram os ministros Ricardo Lewandowski (apesar de ter acompanhado a divergência do Min. Ayres Britto) e Carmen Lúcia, no referido Inquérito nº 1145/PB.

Os fatos são atípicos, portanto (fls. 1.391/1.395).

Pelo exposto, julgo improcedente a denúncia, para absolver o acusado dos delitos tipificados no art. 171, § 3º, c/c 14, II (estelionato qualificado, na modalidade tentada) e no art. 299, *caput* (falsidade ideológica) do Código Penal, por atipicidade penal.

Encaminhe-se cópia do acórdão à eminente Min. Laurita Vaz, relatora do HC 234972/PI, impetrado, perante o egrégio STJ, em favor do ora acusado (fls. 1.486–1.498).

É como voto.

## Terceira Seção

Numeração única: 0043289-37.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.042899-7/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
 Autor: Sandro Augusto Zavalhia  
 Advogados: Dr. Dine Cley Neves dos Santos e outro  
 Ré: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Publicação: e-DJF1 de 22/08/2012, p. 1.155-1.156

### Ementa

*Processual Civil. Ação rescisória. Concurso público. Admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Escola de Sargentos das Armas. Limite de idade. Lei. Inexistência. Conclusão do curso de formação. Erro de fato. Ocorrência.*

I. Este Tribunal firmou o entendimento no sentido de que o erro de fato suscetível de fundamentar a ação rescisória é somente aquele verificável mediante a análise das provas constantes do feito originário, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial a respeito.

II. Acórdão rescindendo que, ao julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender afastado o interesse processual, partiu de premissa equivocada, por considerar que, não tendo o candidato participado de todas as fases do certame, restou ausente a utilidade do mandado de segurança.

III. Quando do julgamento do RE 600.885/RS, no qual fora reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional nele debatida, o col. Supremo Tribunal Federal, considerando o teor do voto da eminente relatora Min. Cármen Lúcia, asseverou que, tendo a Constituição determinado que os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas são os previstos em lei, com referência constitucional expressa ao critério de idade, não cabe regulamentação por meio de outra espécie normativa – na espécie, o edital de abertura do concurso público –, sob pena de contrariedade à opção constitucional quanto ao processo legal adequado para a disciplina da matéria.

IV. Em atenção ao princípio da segurança jurídica, o qual impõe que, passados mais de vinte e dois anos da vigência da Constituição da República, lapso de tempo durante o qual dezenas de concursos foram realizados se observando a regra do art. 10 da Lei 6.880/1980, reputou a Suprema Corte ser mais prudente a modulação dos efeitos de sua decisão, declarando válidos, até 31/12/2011, os limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no dispositivo supracitado.

V. Ressalva dessa modulação de efeitos da não recepção pela Constituição da República do art. 10 da Lei 6.880/1980, dos direitos judicialmente reconhecidos antes da respectiva sessão de julgamento (09/02/2011), sendo certo que, na esteira dos debates havidos entre os ministros que compõem aquela Excelsa Corte, a não recepção do referido dispositivo de lei somente incide para os concursos para ingresso nas Forças Armadas iniciadas após a data do referido julgamento, preservando-se o direito daqueles que já tenham inclusive ajuizado ação com o mesmo objeto jurídico.

VI. Direito do autor à admissão no cargo reconhecido, tendo em vista que ele participou de todo o curso de formação, obteve aprovação em todas as disciplinas e cumpriu a carga horária exigida.

VII. Ação rescisória julgada procedente para rescindir o acórdão, proferir novo julgamento e negar provimento ao recurso de apelação interposto pela União Federal e à remessa oficial, confirmando, por consequência, a sentença que concedeu a segurança.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente o pedido rescisório.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 14/08/2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Trata-se de ação rescisória ajuizada por Sandro Augusto Zavalhia e outros(as), com fundamento no art. 485, IX, do CPC, objetivando a desconstituição de acórdão da eg. 5ª Turma deste Tribunal, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela União Federal e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, VI, c/c 462, ambos do CPC.

2. O aludido recurso foi aviado de sentença que concedeu a segurança pleiteada no mandado de segurança para assegurar ao impetrante a inscrição e participação no concurso de admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Escola de Sargentos das Armas, ante a inexistência de lei que regulamente a limitação de idade para o ingresso nas Forças Armadas.

3. Sustenta o autor o v. acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, pois partiu de premissa equivocada, no sentido de que ele não teria participado de todas as fases do concurso, o que afastaria o seu interesse processual.

4. Argumenta que, ao contrário do afirmado no acórdão, participou de todas as fase/etapas do concurso e do curso de formação, só não tendo participado da formatura, já que seu desligamento ocorreu dias antes.

5. Antecipação dos efeitos da tutela indeferida (fls. 65-66).

6. Contestação às fls. 88-91, ocasião em que a União sustenta, em síntese, que o autor não interpôs, no tempo hábil, o recurso cabível contra o acórdão que deu provimento ao apelo e extinguiu o mandado de segurança, sendo certo que o erro não surgiu em data posterior; que, uma vez suspensa a medida liminar, o candidato não poderia prosseguir no certame, sendo plenamente válida a sua exclusão; e que não foram juntados aos autos os documentos anunciados na inicial.

7. Intimado a se manifestar sobre a contestação, o autor pugna pela juntada dos documentos que entende relevantes e pela expedição de ofício à Escola de Sargentos das Armas, para informar se o aluno obteve aprovação no concurso e se participou de todo o curso de formação, concluindo todas as etapas (fls. 102 e segs.).

8. Razões finais da União às fls. 116-117, repisando os termos da contestação.

9. O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória (fls. 121-124).

10. Ofícios do Comandante da Escola de Sargentos das Armas (fls. 130-136, 138 e 142).

11. Intimado a se manifestar sobre as informações contidas no ofício de fl. 142, especialmente quanto à alegação de que não fora cumprida toda a carga horária prevista no curso, o autor informa que tal afirmação não espelha a verdade dos fatos, pois cumpriu toda a carga horária e somente foi desligado após a sua conclusão, aduzindo, ainda, que, consoante entendimento firmado no âmbito do eg. Supremo Tribunal Federal, restou assegurada a admissão nos quadros das Forças Armadas àqueles que tenham ingressado com medida judicial até então.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Consoante o art. 485, IX, do CPC, a sentença de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindida quando fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

2. Este Tribunal firmou o entendimento no sentido de que o erro de fato suscetível de fundamentar a ação rescisória é somente aquele verificável mediante a análise das provas constantes do feito originário, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial a respeito. Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

*Previdenciário. Ação rescisória. Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão de benefício. Cálculo da renda mensal inicial. Juntada de documentos no curso da instrução processual. Não intimação da parte contrária. Alegação de cerceamento de defesa. Matéria não alegada nas razões da apelação. Impossibilidade de sua utilização como sucedâneo recursal. Erro de fato não configurado. Improcedência da ação.*

I. O acórdão rescindendo enfrentou todas as questões levantadas pela parte, não havendo que se falar em violação literal a dispositivo de lei, dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou erro de fato.

II. Se o juízo de primeiro grau não instruiu devidamente o processo ou considerou desnecessária a produção de prova pericial, o alegado cerceamento de defesa deveria ter sido questionado no curso processual ou na apelação manejada, pois não é a rescisória sucedâneo de recurso.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, João Batista Moreira e Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado).

III. O erro de fato que enseja o manejo da rescisória é aquele que se verifica mediante a análise das provas carreadas no processo originário, no qual não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial acerca do fato, sendo incabível a correção do julgado que requeira o reexame da prova material já apreciada no acórdão rescindendo. Precedente.

IV. Ação rescisória que se julga improcedente. (AR 2009.01.00.061366-0/GO, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, Primeira Seção, e-DJF1, p. 24, de 21/06/2012.)

*Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Certidão da Justiça Eleitoral. Pronunciamento da Turma sobre o documento. Erro de fato. Inexistente. Pedido improcedente.*

I. Esta Corte já firmou o entendimento de que o erro de fato suscetível de fundamentar a ação rescisória é somente aquele averiguável mediante o exame das provas existentes no processo originário e sobre o qual não tenha havido pronunciamento judicial.

II. Na presente hipótese, o magistrado de base entendeu que a certidão da Justiça Eleitoral, emitida em data próxima ao ajuizamento da ação, não constitui início razoável de prova material e emprestou ao conjunto probatório dos autos a valoração que lhe pareceu pertinente, à luz dos dispositivos legais e da jurisprudência a respeito do tema, daí ressaíndo clara a pretensão do Autor de obter o reexame dos documentos que foram submetidos à análise minuciosa deste Tribunal, o que é incabível em sede de ação rescisória.

III. Embora as ações de aposentadoria rural por idade, em regra, não possam prescindir da produção de prova testemunhal que corrobore o início de prova documental, ressaí razoável que o magistrado profira desde logo a sentença, em hipóteses excepcionais, como diante da existência apenas de documentos não idôneos à comprovação da alegada condição de rurícola, mesmo após instada a parte a apresentar novos documentos. Precedentes desta Corte.

IV. Pedido rescisório que se julga improcedente. (AR 0072522-11.2010.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Seção, e-DJF1, p. 14, de 06/06/2012.)

3. No caso, observa-se que a eg. 5ª Turma deu provimento ao apelo da União para extinguir o mandado de segurança, sem resolução do mérito, por entender afastado o interesse processual, senão vejamos do voto do relator, Des. Federal convocado Marcelo Albernaz:

O impetrante pleiteou sua inscrição e participação no concurso público de admissão ao Curso de Formação de Sargentos da ESSA com início previsto para fevereiro de 2006.

Ocorre que, tendo sido suspensa a liminar concedida pelo Juízo a quo, o concurso se realizou sem que o impetrante participasse de todas as suas fases.

Diante disso, tornou-se inútil a tutela jurisdicional postulada, visto que não mais se afigura possível, por total ausência de razoabilidade, desconstituir o certame já concluído tão somente para viabilizar a participação do impetrante.

Ausente a utilidade, afasta-se o interesse processual.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação e à remessa oficial, para extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 267,VI, c/c art. 462, CPC).

[...] (Fl. 27.)

4. Para chegar a tal conclusão, entendeu a eg. Turma julgadora que, em razão da suspensão, por decisão proferida em sede de agravo de instrumento, a medida liminar que autorizou a sua inscrição certame, o impetrante não participou de todas as etapas.

5. Vê-se que o v. acórdão rescindendo partiu de premissa equivocada, ou seja, entendeu que, não tendo o candidato participado de todas as fases do certame, restou ausente a utilidade do mandado de segurança. Contudo, os fatos não ocorreram dessa maneira.

6. Do exame da documentação constante dos autos, verifica-se que, uma vez deferida a medida liminar, ainda em abril de 2005, o candidato foi eliminado.

7. Contudo, no mês de novembro do mesmo ano fora proferida sentença concedendo a segurança, e em virtude de tal fato foi-lhe oportunizada a realização das fases – inspeção de saúde e aptidão física – e a matrícula no curso de formação.

8. O seu desligamento efetivo somente ocorreu em 09/11/2006, quando já concluídas todas as fases do curso de formação.

9. A propósito, veja-se o seguinte trecho do parecer da Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais (fls. 60-63):

[...] a 01, BI Nr 204 - publicou o parecer da Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais, com o seguinte teor: 'Expediente versando sobre decisão proferida na Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.38.00.013648-0/MG, de interesse de SANDRO AUGUSTO ZAVALHIA (o qual, por não satisfazer a exigência do limite de idade, se inscreveu e participou do Concurso de Admissão aos Cursos de Formação de Sargentos de 2006 com base em decisão do Juízo da 22ª Vara Federal de Belo Horizonte), em que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao apelo da União Federal e extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

2. Sobre o assunto, cabe informar a V. Exa. o que se segue.

a. A União Federal, quando da concessão da liminar que assegurava a inscrição do candidato no processo seletivo, ingressou com o Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.051366-6/MG, no qual, em 04 Jul 05, foi deferido pelo Tribunal o pedido de efeito suspensivo em relação à decisão que garantia a participação do candidato no processo seletivo. Todavia, foi verificado posteriormente, em que pese a decisão proferida no agravo, que o candidato acabou realizando do, indevidamente, as provas do Exame Intelectual ocorridas em 16 Ago 05 (estando a decisão liminar que garantia a sua participação suspensa). Em função da decisão no agravo, o candidato foi eliminado do certame, que ainda tinha mais duas fases (Inspeção de Saúde - encerrada em 26 Out 05 e Exame de Aptidão Física - encerrado em 28 Out 05). Saliente-se que o processo seletivo se encerrou no último dia 30 de novembro de 2005, com a divulgação da relação dos candidatos aprovados e aptos à matrícula no CFS de 2006.

b. Após a eliminação do candidato do certame, esta Escola recebeu o Of nº 821/2005 – Sec. 22ª Vara, datado de 22 Nov 05, subscrito pela Diretora da Secretaria da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, dando ciência da decisão que concedeu a segurança (datada de 17 Nov 05), confirmando a liminar que inicialmente assegurava ao candidato a inscrição e a participação em todas as etapas no certame.

c. Em decorrência da decisão concessiva de segurança, este Comando expediu o Of nº 540-Sec Jus 1, de 14 Dez 05, ao Procurador-Chefe da União no Estado de Minas Gerais, solicitando parecer a respeito da força executória da mencionada decisão de mérito - tendo em vista que o mesmo já havia sido eliminado do processo seletivo - e consultando àquela Procuradoria se seria o caso, ou não, de assegurar ao candidato em tela a realização das demais fases, mesmo já estando superadas.

d. Em atenção à solicitação supra mencionada, a Dra SILVANA REGINA DOS SANTOS JUNQUEIRA - Advogada da União, por meio da Coordenadora Substituta do Grupo da Administração Pública da Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais, encaminhou a este Comando com o Of.307/GAP/22ª/SRSJ/SERJUD/PU/MG, datado de 31 Jan 06, o parecer 002/SRSJ/PU/MGI2006, de 30 Jan 06, entendendo naquela oportunidade que deveria ser assegurado ao candidato participar das demais fases do concurso, onde consta do seguinte:

‘Proferida a sentença, ora em análise, a eficácia da concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento foi por ela substituída, fazendo cessar assim, os efeitos daquela decisão.

Prevalece, portanto, até o momento, a sentença concessiva da segurança, o que impõe que o impetrante realize as demais etapas do referido concurso público, quais sejam, Inspeção

de Saúde Exame de Aptidão Física, e, caso seja aprovado, seja matriculado no curso de formação independentemente de sua idade, ainda que já submetidos os outros candidatos a todas as demais fases do certame, até que, eventualmente, a apelação interposta pela União em 10/01/2006 venha a ser recebida com efeito suspensivo, como expressamente requerido. Cabe notar que o regular efeito de recebimento de apelação em mandado de segurança é apenas o devolutivo, sendo de excepcional hipótese o recebimento do recurso no efeito suspensivo.’

e. Com base no referido parecer, o candidato foi matriculado no Curso de Formação de Sargentos. Agora, o Tribunal, em recente decisão, deu provimento ao apelo da União, extinguindo o processo sem resolução do mérito, uma vez que o concurso se realizou sem que o Impetrante pudesse participar de todas as fases, por estar suspensa a liminar que garantia a sua participação e que o processo se encerrou antes que a União tivesse sido intimada da sentença.

3. Sobre o feito em questão, solicito a V Exa verificar a possibilidade de emissão de parecer na máxima brevidade possível, sobre a força executória da decisão proferida na mencionada apelação, considerando que o Impetrante do mandado de segurança em tela se encontra matriculado e realizando o Curso de Formação de Sargentos desta Escola, em face do citado parecer anteriormente exarado pela Procuradoria da União.’

Em resposta à consulta formulada, a Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais - Escritório de Representação em Varginha, MG, respondeu com Of.094/OSM/ERVAR/PUMG, de 27 Out 06, que ora transcrevo:

‘Reportando-me ao Ofício n. 529-Sec Jus 1, datado de 26 de outubro e 2006, no qual Vossa Excelência relata o iter processual havido nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.38.00.013648-0, impetrado por Sandro Augusto Zavalhia contra ato desse Comando, exponho e assim me manifesto, para fins de parecer de força executória:

Adoto como relatório aquele exposto por Vossa Excelência, para dizer que a parte dispositiva do acórdão emanado da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos da Apelação Cível n. 2005.38.00.013648-0/MG, é incontroversa, no sentido de determinar a extinção do processo sem resolução do mérito.

Por conseguinte, dúvidas não restam acerca da revogação dos efeitos operados a partir da sentença concessiva de segurança, razão pela qual, a meu sentir, encontra-se esse Comando plenamente autorizado à prática de qualquer ato que importe na exclusão do Impetrante, ora Recorrido, do Curso de Formação de Sargentos dessa Escola, quanto mais não seja porque já se verificou o trânsito em julgado daquela decisão colegiada, conforme acusa a ‘Consulta Processual’ anexa. É o que me parece.

10. O ofício juntado à fl. 142, do comandante da Escola de Sargentos das Armas corrobora que o autor obteve aprovação em todas as disciplinas, mas não cumpriu toda a carga horária exigida, o que só pode levar à conclusão de que elas foram devidamente cursadas, motivo pelo qual entendo ser errôneo o fundamento do acórdão rescindendo, de que o candidato não concluiu todas as fases do certame.

11. Ademais, consta do calendário escolar juntado à fl. 105 que o licenciamento ocorreria no dia 10 de novembro de 2006, ou seja, apenas um dia após o desligamento do autor dos quadros do Exército Brasileiro, o que faz cair por terra o argumento de que ele não cumpriu toda a carga horária exigida para o curso.

12. Os dias seguintes, ao que consta, foram de treinamento para a formatura, realizada no dia 30 de novembro de 2006, constando, inclusive, do convite, o nome do autor, como integrante do 2º Pelotão – Couraça, fl. 156.

13. Ora, em tal convite de formatura consta a seguinte inscrição:

O Comandante da Escola de Sargentos das Armas e os Alunos da Turma Gen Pinheiro sentir-se-ão honrados com a presença de \_\_\_\_\_ e família nos eventos alusivos à conclusão do Curso de Formação de Sargentos/2006.

14. Portanto, era o próprio comandante da Escola de Sargentos das Armas quem estava convidando os familiares e amigos dos formandos, dentre eles o autor, para as solenidades de formatura, o que também vem corroborar o argumento de que ele já havia concluído, com êxito, todas as etapas do curso de formação.

15. Feitas essas considerações, saliento, acerca da matéria posta nos autos para exame, que já tive a oportunidade de me manifestar quando da análise de recursos de agravo de instrumento originários de ações ordinárias e de ações mandamentais em que, candidatos objetivando o ingresso nas Forças Armadas, lograram êxito em ver afastado o limite de idade de 24 anos estabelecidos nos respectivos editais, ocasiões nas quais, mantendo o entendimento adotado em primeira instância, expressamente consignei, amparado em julgados desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de previsão em lei em sentido formal.

16. No mesmo sentido firmou-se a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, o qual reiteradamente vem decidindo ser o art. 142, § 3º, X, da Constituição da República expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para

o ingresso nas Forças Armadas, não tendo sido recepcionado pela nova ordem constitucional a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” contida no art. 10 da Lei 6.880/1980.

17. Tanto é assim que, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 600.885/RS, no qual fora reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional nele debatida, aquela Corte, considerando o teor do voto da eminente relatora Min. Cármen Lúcia, asseverou que, *tendo a Constituição determinado que os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas são os previstos em lei, com referência constitucional expressa ao critério de idade, não cabe regulamentação por meio de outra espécie normativa – na espécie, o edital de abertura do concurso público –, sob pena de contrariedade à opção constitucional quanto ao processo legal adequado para a disciplina da matéria.*

18. Na mesma assentada, contudo, aquela excelsa Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, o qual, segundo entende, impõe que, passados mais de vinte e dois anos da vigência da Constituição da República, lapso de tempo durante o qual dezenas de concursos foram realizados se observando a regra do art. 10 da Lei 6.880/1980, reputou ser mais prudente a modulação dos efeitos de sua decisão, declarando válidos, até 31/12/2011, os limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no dispositivo supracitado. É o que se verifica da respectiva ementa, cujo redação tem o seguinte teor:

*Direito Constitucional e Administrativo. Concurso público para ingresso nas Forças Armadas: critério de limite de idade fixado em edital. Repercussão geral da questão constitucional. Substituição de paradigma. Art. 10 da Lei 6.880/1980. Art. 142, § 3º, inciso x, da Constituição da República. Declaração de não recepção da norma com modulação de efeitos. Desprovisionamento do recurso extraordinário.*

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885. 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de

concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. (RE 600.885, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, Repercussão Geral - Mérito DJe-125. Divulg. 30/06/2011 Public. 1º/07/2011 Ement. v.-02555-03. p.-00398.)

19. Importante destacar, porquanto oportuno, que, quando da lavratura do acórdão do recurso extraordinário em questão, restaram ressalvados da modulação de efeitos da não recepção pela Constituição da República do art. 10 da Lei 6.880/1980 os direitos judicialmente reconhecidos antes da respectiva sessão de julgamento (09/02/2011), sendo certo que, na esteira dos debates havidos entre os ministros que compõem aquela excelsa Corte, (fls. 62-67), a não recepção do referido dispositivo de lei somente incide para os *concursos para ingresso nas Forças Armadas iniciadas após a data deste julgamento, preservando-se o direito daqueles que já tenham inclusive ajuizado ação com o mesmo objeto jurídico do que ora se examina* (fl. 62, Min. Cármen Lúcia).

20. Observo, também, que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas por seu Plenário quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder

Judiciário na solução de outros feitos sobre idêntica controvérsia (Rcl 10793, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 13/04/2011).

21. No presente caso, o mandado de segurança foi ajuizado ainda em 2005 e, muito embora o feito tenha, ao final, sendo extinto sem resolução do mérito, o autor logrou concluir e ser aprovado no Curso de Formação de Sargentos/2006.

22. Assim, uma vez verificada a ocorrência de erro de fato no acórdão rescindendo, não me parece razoável a sua manutenção, impedindo o candidato de assumir o cargo para o qual foi devidamente aprovado no curso de formação.

Pelo exposto, *julgo procedente* a presente ação rescisória para, rescindindo o v. acórdão proferido na Ap 2005.38.00.013648-0/DF, proferir novo julgamento e negar provimento ao recurso de apelação interposto pela União Federal e à remessa oficial, confirmando, por consequência, a sentença que concedeu a segurança.

Sem custas em ambos os feitos, por processados sob o pálio da assistência judiciária gratuita e por isenta a União.

Condeno a União Federal em honorários advocatícios na rescisória, que fixo em 10% sobre o valor da causa. No mandado de segurança são incabíveis honorários advocatícios.

É como voto.

## Quarta Seção

### Ação Rescisória 0008734-23.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Ronaldo Castro Desterro e Silva (convocado)  
Autora: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Réu: J C Indústria Têxtil Ltda.  
Advogado: Dr. Vanderlei Kroetz  
Publicação: e-DJF1 de 07/08/2012, p. 10

## Ementa

*Constitucional, Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Competência do TRF. Tempestividade: tese do trânsito em julgado por partes afastada. Possibilidade jurídica do pedido. Inexistência de coisa julgada material. Inaplicabilidade da Súmula 343 do STF. Refis. Flexibilização da regra que estipula prazo máximo para retificação ou ajuste de valores previamente confessados e consolidados: possibilidade em casos excepcionais.*

I. O mero pronunciamento do STJ sobre os requisitos de admissibilidade do recurso especial, sem fazer qualquer referência ao acerto ou erro da decisão do tribunal, não tem o condão de substituí-la. Assim sendo, é

competente para o julgamento da rescisória o tribunal que por último se manifestou sobre o mérito da controvérsia. *In casu*, este TRF.

II. Nos termos da Súmula 401 do STJ, “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Assim sendo, a contagem de tal prazo não pode ser efetuada em separado para os trechos ou capítulos das sentenças questionados em possíveis recursos e para os não questionados.

III. Não existe coisa julgada administrativa, uma vez que, “sujeitando-se a Administração Pública ao autocontrole, no âmbito da mesma pessoa jurídica, exercitando o poder-dever, sob a aura do interesse público, a autoridade competente pode rever o ato inquinado de ilegalidade (Súmula 473/STF)”. Precedentes do STF e do STJ.

IV. A impossibilidade jurídica do pedido só existe quando a tutela jurisdicional buscada não é prevista em abstrato no ordenamento jurídico, ou por este é vedada. Precedentes desta Corte e do STJ.

V. A Súmula 343/STF não impede o julgamento da rescisória quando a alegada violação da lei pelo julgado rescindendo envolver, também, dispositivo da Constituição. Precedentes desta 4ª Seção e do STF.

VI. Não viola literal disposição da lei a decisão do acórdão rescindendo que se alinha ao entendimento do STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.143.216/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJ de 09/04/2010), no tocante à possibilidade de flexibilização das regras formais não essenciais do parcelamento, tendo em conta: (i) a boa-fé do contribuinte; (ii) a conduta contraditória da Administração; (iii) a razoabilidade da demanda; e (iv) a *ratio essendi* do parcelamento fiscal que abrange interesses tanto do contribuinte quanto do próprio Estado.

VII. Situação em que o acórdão rescindendo admitiu a possibilidade de retificação, após o prazo máximo fixado no Decreto 3.712/2000, de valores de dívida fiscal tempestivamente confessada, por entender, com apoio no princípio da isonomia, que o erro da empresa decorreu da falta de elementos para apurar os valores exatos dos débitos à época da opção pelo Refis, uma vez que seus documentos contábeis haviam sido apreendidos pela fiscalização e só foram devolvidos três anos depois, quando já havia se esgotado o prazo legal para alteração de dados.

VIII. Pedido rescisório julgado improcedente.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, rejeitar as preliminares e julgar improcedente o pedido rescisório.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 04/07/2012.

Juiz Federal *Ronaldo Desterro*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ronaldo Desterro: —* Cuida-se de ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, com o fito de rescindir o acórdão proferido pela 7ª Turma deste Tribunal, nos autos da AMS 2002.34.00.004001-2/DF (fls. 248-260), que deu provimento à apelação da J C Indústria Têxtil Ltda., reformando sentença que denegara a segurança por meio da qual a empresa impetrante pretendia lhe fosse assegurado o direito de retificar valores de débitos informados no Refis instituído pela Lei 9.964/2000, em data posterior à data limite estabelecida no § 1º do art. 2º do Decreto 3.712/2000 (12 fev. 2001).

Referido acórdão, lavrado pela Juíza Federal convocada Anamaria Reys Resende, recebeu a seguinte ementa:

*Processo Civil. Mandado de segurança. Adesão ao Refis. Preliminares afastadas. Lei 9.964/2000. Submissão do contribuinte às regras estabelecidas pelo programa. Decreto 3.712/2000. Possibilidade de retificação ou ajuste de valores confessados e consolidados. Apreensão de documentos pela fiscalização que dificultaram a confissão.*

I. Preliminares de ilegitimidade passiva, não-cabimento do mandado de segurança e ausência de direito líquido e certo afastadas.

II. O contribuinte que realiza voluntariamente acordo com o Fisco deve submeter-se às condições previstas na lei que instituiu o REFIS (art. 3º, IV, da Lei nº 9.964/2000).

III. O Decreto nº 3.712/2000 admite que, dentro de certo prazo, seja feita retificação/complementação de informações prestadas pelo contribuinte ao aderir ao Programa REFIS até 12/02/2001.

IV. No entanto, as situações individuais devem ser consideradas para aplicação das normas de regência, em face do princípio da isonomia, que permite tratamento desigual para casos desiguais.

V. *In casu*, a culpa pelo erro dos valores dos débitos confessados não pode ser imputada ao contribuinte, uma vez que, no momento da opção, os documentos contábeis e fiscais da empresa encontravam-se em poder da fiscalização.

VI. Boa-fé do contribuinte demonstrada nos autos.

VII. Apelação provida.

(AMS 2002.34.00.004001-2/DF, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada), Sétima Turma, DJ de 13/04/2007, p. 84.)

Sustenta a autora que o acórdão rescindendo violou o art. 1º da Lei 9.964/2000, assim como o art. 2º, § 1º, do Decreto 3.712/2000, ao permitir que fossem incluídos no Refis débitos constituídos mediante lavratura de auto de infração em data posterior (13 jun. 2001) à data limite prevista na lei para confissão da dívida a ser parcelada (12 fev. 2001), o que correspondeu a conceder à empresa ré um benefício não estendido a nenhum outro contribuinte.

Alega, ainda, que, diferentemente do afirmado no acórdão rescindendo, não se poderia imputar à Administração a culpa pela demora do contribuinte em retificar os valores da dívida confessada, pois, a despeito de os autos do processo administrativo terem sido retidos pela fiscalização, a empresa impetrante dispunha de outros elementos suficientes para calcular suas obrigações fiscais.

Pede, assim, seja julgada procedente a ação rescisória, por violação literal a dispositivo de lei, proferindo-se, novo julgamento que denegue a segurança e reconheça a legalidade do ato da autoridade apontada como coatora ao impedir a inclusão, no Refis, de débitos constituídos após a data limite fixada no art. 2º, § 1º, do Decreto 3.712/2000 (12 fev. 2001).

Contestando o pedido (fls. 309-381), a empresa ré arguiu, preliminarmente:

a) o pedido rescisório não pode ser conhecido na medida em que se contrapõe a questão já julgada e transitada em julgado na esfera administrativa, na qual a própria autoridade apontada como coatora admitiu a flexibilização da regra estampada no art. 2º, § 1º, do Decreto 3.712/2000;

b) a intempestividade da rescisória, ao argumento de que teria havido trânsito em julgado da matéria constitucional discutida no acórdão rescindendo em data anterior ao exame da matéria infraconstitucional pelo STJ;

c) incompetência do TRF para julgamento da rescisória, visto que a decisão de inadmissão do recurso especial teria procedido a um exame, ainda que perfunctório, do mérito da questão discutida no acórdão rescindendo, operando-se, assim, o efeito substitutivo que desloca a competência para julgamento da rescisória para o STJ;

d) impossibilidade jurídica do pedido na medida em que o pedido rescisório busca efeito maior do que aquele pretendido no mandado de segurança. Isso porque a Fazenda Nacional pretende sejam excluídos do Refis *todos* os débitos objeto do auto de infração lavrado em 13 jun. 2001, ignorando que a maioria daqueles débitos já haviam sido voluntária e tempestivamente declarados pela empresa contribuinte;

e) impossibilidade de utilização da ação rescisória como recurso; e

f) incidência da Súmula 343/STF.

No mérito, defende o acerto da decisão unânime da 7ª Turma desta Corte, salientando ser inverídica a alegação da Fazenda Nacional de que a apreensão dos documentos da empresa ré pela fiscalização não constituiria óbice ao cálculo do valor correto de sua dívida, pois:

Qualquer pessoa que conheça um pouco das rotinas da Secretaria da Receita Federal sabe que os documentos apreendidos por alguma fiscalização dificilmente ficam acessíveis à (*sic*) consultas. E, quando estas consultas são deferidas, é possibilitado (*sic*) ao contribuinte à (*sic*) análise do documento em algum corredor escuro, sem qualquer mobilha (*sic*). Quando muito, é fornecido (*sic*) uma cadeira ao contribuinte. Nada mais que isso.

Desta feita, não havia a menor possibilidade dos contadores da ré proceder (*sic*) a uma revisão de toda a contabilidade de 07 (sete) anos da ré, a fim de apurar os saldos corretos dos débitos nestas condições. (fls. 349-350)

Lembra, ainda, que a própria autoridade administrativa do Refis reconheceu a possibilidade de flexibilização da norma legal para admitir a realização de alguns ajustes (embora não de todos) nos valores da dívida confessada pela empresa contribuinte, mesmo após o transcurso do prazo limite fixado no decreto.

Às fls. 896-898, o Des. Federal Reynaldo Fonseca indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal, decisão contra a qual se insurgiu a Fazenda Nacional por meio de *agravo regimental* interposto às fls. 901-904.

Réplica da autora às fls. 905-908.

Contrarrazões ao agravo regimental ofertadas pela empresa ré às fls. 914-920.

Dispensada a produção de outras provas por ambas as partes (fl. 924 e 926-927), a Fazenda Nacional apresentou alegações finais às fls. 940-941 e ré às fls. 944-954.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 474-477, opinando pela improcedência da rescisória.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Ronaldo Desterro: —* Questiona-se, nos autos, a legalidade da retificação/ajuste, pelo contribuinte, de valores prévia e tempestivamente confessados e incluídos em programa de parcelamento de dívida fiscal (Refis – Lei 9.964/2000), mesmo depois de ultrapassado o prazo legal (*in casu*, o art. 2º, § 1º, c/c art. 3º do Decreto 3.712/2000 – 12 fev. 2001) para tal retificação.

Na hipótese em questão, o acórdão rescindendo, considerando as peculiaridades do caso concreto, amparou-se no princípio constitucional da isonomia para reconhecer a legalidade do procedimento, aos seguintes fundamentos:

a) o próprio comitê gestor do Refis, apreciando pedido da empresa contribuinte autorizara, *em parte*, o ajustamento dos valores já declarados mesmo após o transcurso do prazo estabelecido no Decreto 3.712/2000. A atitude denota incongruência por parte da autoridade impetrada, na medida em que não oferece nenhuma justificativa plausível para admitir a flexibilização da norma legal apenas em relação a parte de valores cuja correção foi aferida no mesmo momento e nas mesmas circunstâncias (a lavratura de auto de infração pela fiscalização);

b) a empresa contribuinte comprovou que o erro nos seus cálculos decorreu da falta de elementos para apurar os valores exatos de seus débitos na época da opção pelo Refis, efetuada em 22 mar. 2000, visto que seus documentos contábeis haviam sido apreendidos pela fiscalização em 7 out. 1999 e somente foram devolvidos três anos depois (em 13 jun. 2001) com o auto de infração. Mesmo que se pudesse argumentar que a empresa poderia ter acesso a seus documentos na repartição da Receita Federal, o tempo que o auditor levou para concluir a ação fiscal (três anos), por si só, demonstra o alto nível de complexidade exigida na análise dos documentos, o que seria extremamente difícil de executar sem total liberdade de acesso aos dados contábeis retidos;

c) a empresa não agiu de má-fé visto que confessou alguns débitos em valores menores e outros em valores maiores do que os apurados pela fiscalização no auto de infração. Se houvesse má-fé, o erro teria sido totalmente favorável à contribuinte.

## Das preliminares

### Da tempestividade da rescisória

A ação é tempestiva, pois o acórdão rescindendo transitou em julgado em 04/06/2009 (cf. certidão vista por cópia à fl. 806 deste feito virtual) e a presente ação foi ajuizada em 19/02/2010, dentro, portanto, do biênio legal previsto no art. 495 do CPC.

Não prospera a alegação da empresa ré de que a matéria constitucional em que se funda o acórdão rescindendo teria transitado em julgado em data anterior à do julgamento do recurso especial pelo STJ.

A tese, também conhecida na doutrina como *trânsito em julgado por partes*, já foi definitivamente refutada pelo STJ em sua Súmula 401, nos seguintes termos:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

*Da inexistência de coisa julgada material administrativa e da possibilidade jurídica do pedido*

Sustenta a ré que a presente rescisória “não pode ser conhecida, na medida em que se contrapõe a questão já julgada e transitada em julgado na esfera administrativa” (fl. 319).

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juízes Federais Alexandre Buck Medrado Sampaio e Clodomir Sebastião Reis (convocados).

Isso porque, quando pleiteou administrativamente a correção dos valores confessados quando da adesão ao Refis, em 22 mar. 2000, para adequá-los ao montante identificado como devido pela fiscalização tributária no auto de infração lavrado em 13 jun. 2001, a empresa ré teve seu requerimento acolhido, em parte, pela autoridade administrativa do Refis, que assim se pronunciou:

CONSIDERANDO que a opção pelo REFIS constitui confissão irretratável e irrevogável de débitos, conforme dispõe o art. 3º da Lei 9.964 de 10.04.2000;

INDEFIRO PARCIALMENTE o pedido na forma pleiteada pelo contribuinte. Débitos cujo valor do principal, no AI, seja maior que o valor confessado pelo contribuinte; manter na consolidação o valor confessado e cobrar imediatamente a diferença (inclusive multa e juros) pelo AI;

Débitos cujo valor do principal, no AI, seja menor que o valor confessado pelo contribuinte; excluir do débito confessado e consolidado no REFIS, o valor do principal constante do AI, e incluir o valor do débito exigido no AI pelo seu valor total (principal e acréscimos).

Assim sendo, conclui a ré que,

[...] tendo a própria administração pública (autora) reconhecido expressamente a possibilidade de flexibilização da regra estampada no art. 2º, § 1º, do Decreto 3.712/2000, resta absurdo esta mesma buscar guarida judicial alegando afronta ao dispositivo (fl. 323).

Tal incongruência se refletiria, também, segundo a ré, na possibilidade jurídica do pedido rescisório, na medida em que a Fazenda Nacional não poderia pleitear, judicialmente, a exclusão de *todos* os débitos objeto do auto de infração do Refis, já que a maioria da dívida identificada no auto de infração já havia sido voluntária e tempestivamente confessada pela empresa ré no momento da adesão ao Refis.

Sem razão a ré, no ponto. Nenhum dos argumentos por ela elencados constitui verdadeiro óbice ao conhecimento da rescisória.

A uma, porque não existe coisa julgada administrativa, pois, como se sabe, é prerrogativa da Administração revogar, anular ou cancelar seus atos a todo e qualquer momento, desde que o faça indicando seus motivos e que a mudança de posicionamento não implique em violação de direito adquirido do administrado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do STJ e do STF:

*Administrativo. Mandado de segurança. Transporte Coletivo Interestadual. Permissão e concessão. Ajuste de itinerário. Coisa julgada e preclusão. Recurso Hierárquico. Invalidação de ato pretérito. Devido processo legal. Constituição Federal, arts. 37, § 6º, e 175. Decreto 952/1993 (arts. 89, 90 e 91). Súmula 473/STF.*

I. *Inexistência de “coisa julgada administrativa” (formal ou material) oponível “erga omnes”. No sentido processual só concretiza-se nos julgados judiciais (arts. 467, 471 e 473, CPC). A preclusão cinge-se à extinção do direito de praticar o ato. No caso, à parla de recurso interposto por terceiro interessado, não ficou demonstrada a intempestividade.*

II. *Sujeitando-se a Administração Pública ao autocontrole, no âmbito da mesma pessoa jurídica, exercitando o poder-dever, sob a aura do interesse público, a autoridade competente pode rever o ato inquinado de ilegalidade (Súmula 473/STF). “Ultima ratio”, restará ao administrado, em tese, postular, danos e perdas (art. 37, § 6º, CF).*

III. *Nas vias recursais graduadas, inarredável o conhecimento do despique e oferecida ocasião para a defesa não procedem as invectivas versando ofensa ao princípio do “devido processo legal”.*

IV. *Segurança denegada.*

(MS 5.611/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, unânime, julgado em 09/09/1998, DJ de 29/03/1999, p. 58) negritei.

*EMENTA: Ação rescisória. Recurso extraordinário. Alegação de ofensa a coisa julgada administrativa e a direito adquirido.*

*- A coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa. Por outro lado, sob o ângulo da alegação de ofensa ao referido dispositivo constitucional no que diz respeito ao direito adquirido, o recurso extraordinário, em se tratando de acórdão que julgou ação rescisória, teria de atacá-lo com a demonstração de que esse aresto errou ao declarar inexistente violação à literalidade do preceito constitucional - o que no caso não ocorre - e não com a alegação de que o acórdão rescindendo o teria contrariado, pois a via rescisória não é mera reiteração da via originária que se pretende rescindir. Recurso extraordinário não conhecido.*

(RE 144.996/SP, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma do STF, julgado em 29/04/97, unânime, DJ de 12/09/1997, p. 43.732) negritei.

*Aposentadoria. Ato administrativo do Conselho da Magistratura. Natureza. Coisa julgada administrativa. Inexistência. O ato de aposentadoria*

exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insustentação de decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa.

(RE 195.861/ES, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, julgado em 26/08/1997, unânime, DJ de 17/10/1997, p. 52.507) negritei.

A duas, porque a eventual contradição entre a pretensão formulada nos autos da presente rescisória e decisão administrativa proferida em último grau recursal implicaria, no máximo, em ausência de interesse de agir, e não, em impossibilidade jurídica do pedido.

Tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que o pedido só é juridicamente impossível quando não existe ou é vedado pelo ordenamento jurídico. Confira-se:

*Mandado de segurança. Servidores públicos federais. Ex-território. Docentes. Gratificação. Gead. Illegitimidade passiva. Não ocorrência. Dilação probatória. Desnecessidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Não demonstração. Preliminares afastadas. Docentes do ex-território de Roraima que permaneceram vinculados à União. Arts. 18 E 19 da Lei Complementar 41/1981. Direito à Gead. Reconhecimento.*

[...]

III. A impossibilidade jurídica do pedido é de ser reconhecida apenas quando há expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico, e não quando inexistente norma jurídica que ampare a pretensão do Impetrante. Precedentes.

[...]

VIII. Ordem concedida.

(STJ - MS 11.513/DF, rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 28/03/2007, DJ de 07/05/2007, p. 274.)

*Ação civil pública. FGTS. Aplicação dos recursos e disponibilidades financeiras do fundo. Adequação da via eleita. Possibilidade jurídica do pedido. Dever de regulamentação da norma legal.*

1. Impossibilidade jurídica do pedido só existe quando a tutela jurisdicional buscada não é prevista em abstrato no Ordenamento Jurídico, ou por este é vedada.

[...]

16. Apelação provida para reformar a sentença de extinção, mas julgando o pedido improcedente no mérito.

(AC 2000.34.00.013305-3/DF, rel. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado), Quinta Turma, DJ de 14/06/2007, p. 45.)

Ora, não é esse o caso dos autos. O pedido de rescisão de julgado, cumulado com o de rejugamento da causa para “para que seja afastada a inclusão no REFIS de débitos referidos, porque descumpridos os ditames do art. 1º da Lei 9.964/2000 e do art. 2º § 1º, do Decreto 3.712/2000” (fl. 14) é possível e, embora genericamente formulado, jamais poderia alcançar a dimensão proposta pela ré, ou seja, a exclusão do Refis de todos os valores mencionados no auto de infração. Isso porque o rejugamento do acórdão rescindendo poderia levar, no máximo, à denegação da segurança pleiteada, na ocasião, pela ora ré, e, por via de consequência, à manutenção da decisão administrativa que admitiu, apenas em parte, a correção de valores confessados a maior pelo contribuinte.

Assim sendo, rejeito, também, essa preliminar.

## Da competência do TRF para julgamento da rescisória

Melhor sorte não tem a ré quando afirma que a competência para o julgamento da rescisória seria do STJ.

Ao examinar a admissibilidade do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra o acórdão rescindendo (REsp 1.042.594/DF – cópia às fls. 281-282 deste feito virtual) o Min. Herman Benjamin, relator do recurso) em nenhum momento se pronunciou sobre o mérito da causa. Quando faz menção a um dos fundamentos utilizados pelo acórdão rescindendo, não se posiciona sobre o acerto ou desacerto do entendimento desta Corte, mas limita-se a comparar a situação discutida neste TRF com aquela posta no acórdão paradigma à época indicado pela Fazenda Nacional para pleitear a admissibilidade do recurso especial com base no permissivo da alínea c do inciso III do art. 105 da CF.

Limitado o pronunciamento do STJ aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, não se opera o efeito substitutivo, prevalecendo, assim, a decisão desta Corte como a última proferida e, portanto, acobertada pela coisa julgada material.

Afasto, portanto, a preliminar.

## Impossibilidade de utilização da ação rescisória como recurso

Sem razão a ré quando afirma que a presente rescisória estaria sendo utilizada pela Fazenda Nacional

como sucedâneo de recurso, pois o pedido formulado na inicial encontra amparo, pelo menos em tese, em um dos permissivos do art. 485 do CPC, razão pela qual não se confunde o seu manejo com o de um recurso.

## Da Súmula 343 do STF

Reza a Súmula 343 do STF que:

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

Contudo, como bem observa a própria ré (fl. 339), o acórdão rescindendo tem como fundamento principal a interpretação da Lei 9.964/2000 à luz do princípio constitucional da isonomia conjugado com o princípio da razoabilidade, ao examinar tanto a conduta do contribuinte quanto a da Administração.

Ora, já é pacífico na jurisprudência que a Súmula 343/STF não impede o julgamento da rescisória quando a alegada violação da lei pelo julgado rescindendo envolver, também, dispositivo da Constituição. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. Finsocial. Empresa exclusivamente prestadora de serviços. Majorações de alíquota declaradas inconstitucionais no julgamento do RE 150.764. Acórdão rescindendo que afirmou o enquadramento da empresa como exclusivamente prestadora de serviços, mas extirpou as referidas majorações com base em precedente aplicável às empresas comerciais e industriais. Art. 56 do ADCT. Violação.*

I. [...].

II. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional.

III. [...].

IV. [...].

V. Ação rescisória julgada procedente.

(AR 1409, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-89 Divulg. 14/05/2009 Public. 15/05/2009 Ement. v.-02360-01 p.-00001 Lex STF v. 31, n. 365, 2009, p. 75-90 JC v. 35, n. 118, 2009, p. 143-160)

*Ação rescisória. Inaplicabilidade do enunciado das Súmulas 343 do Supremo Tribunal Federal. Cofins. Sociedade civil de prestação de serviços de profissão regulamentada. Isenção. Revogação do art. 6º da Lei*

*Complementar 70/1991 pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Constitucionalidade.*

Não incidência do enunciado das Súmulas 343 do STF, uma vez que está em causa a definição do sentido e do alcance do disposto em norma constitucional (artigo 195, I, e art. 146, III, a). Precedentes desta Corte, do STJ e do STF. Preliminar que se rejeita.

[...]

(AR 2007.01.00.047712-9/DF, rel. Des. Federal Leomar Amorim, Quarta Seção do TRF 1ª Região, e-DJF1, p. 163, de 19/12/2008) [...].

## Do juízo rescisório

### Da alegada violação a literal dispositivo de lei

Tenho, neste ponto, que o pedido rescisório não merece prosperar.

É que a interpretação da lei dada ao caso concreto, no acórdão rescindendo, se alinha perfeitamente ao entendimento do STJ no tocante à possibilidade de flexibilização das regras formais não essenciais do parcelamento, tendo em conta a *ratio essendi* do parcelamento fiscal que abrange interesses tanto do contribuinte quanto do próprio Estado.

Examinando a questão pela sistemática do recurso repetitivo, a 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.143.216/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 09/04/2010, obtemperou que tal flexibilização, no entanto, somente se justifica quando evidenciadas, concomitantemente, tanto a boa-fé do contribuinte, quanto a razoabilidade da demanda e a geração de uma expectativa por parte do Estado que é frustrada em decorrência de contradições em seu próprio comportamento. Não é por outro motivo que a ementa do citado precedente consigna:

10. A *ratio essendi* do parcelamento fiscal consiste em: (i) proporcionar aos contribuintes inadimplentes forma menos onerosa de quitação dos débitos tributários, para que passem a gozar de regularidade fiscal e dos benefícios daí advindos; e (ii) viabilizar ao Fisco a arrecadação de créditos tributários de difícil ou incerto resgate, mediante renúncia parcial ao total do débito e a fixação de prestações mensais contínuas.

11. Destarte, a existência de interesse do próprio Estado no parcelamento fiscal (conteúdo teleológico da aludida causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário) acrescida da boa-fé do contribuinte que, malgrado a intempestividade da desistência da impugnação administrativa,

efetuiu, oportunamente, o pagamento de todas as prestações mensais estabelecidas, por mais de quatro anos (de 28.08.2003 a 31.10.2007), sem qualquer oposição do Fisco, caracteriza comportamento contraditório perpetrado pela Fazenda Pública, o que conspira contra o princípio da razoabilidade, máxime em virtude da ausência de prejuízo aos cofres públicos.

12. Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos.

13. Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *Nemo potest venire contra factum proprium*.

Ora, no caso concreto, o voto condutor do acórdão rescindendo evidenciou com propriedade tanto a boa-fé do contribuinte quanto a contradição no comportamento da autoridade fiscal ao reter, durante três anos os documentos contábeis da empresa, impedindo-a de confessar seus débitos em valores corretos e, depois, penalizá-la com a exclusão do Refis de débitos informados a menor.

Ressalto, inclusive, que, no julgamento do AgRg no REsp 1.144.800/DF, a 1ª Turma do STJ examinou caso em tudo similar ao presente, decidindo por manter a orientação da Corte Regional que admitira a flexibilização das normas do Refis. Eis o julgado:

*Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Mandado de segurança. Refis. Lei 9.964/2000. Inclusão de dívida tributária no programa de parcelamento após o período legal previsto na lei.*

*Acórdão recorrido que se assenta no princípio constitucional da proporcionalidade. Incompetência do STJ.*

I. Trata-se de agravo regimental no qual se sustenta a inaplicabilidade do entendimento da Súmula n. 126 do STJ, ao argumento de que “o acórdão regional embasou-se em fundamento eminentemente infraconstitucional, sendo que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade sequer chegou a ser expressamente mencionado na ocasião, mas apenas implicitamente e de forma

meramente ilustrativa, não acarretando sustentáculo válido para interposição de recurso extraordinário”. Defende-se que o princípio da razoabilidade não tem carga normativa suficiente para fundamentar o acórdão objeto do recurso especial, de tal sorte que não seria cabível o recurso extraordinário.

II. No caso dos autos, o acórdão objeto do recurso especial procedeu a uma interpretação teleológica das normas que regem o REFIS instituído pela Lei n. 9.964/2000, sopesando a boa-fé no proceder da sociedade empresária, o bom senso comum e o excessivo rigor formal da administração tributária. E concluiu o Tribunal de origem: “do rosário legal supra e ante a conduta processual e administrativa da impetrante, que evidencia sua boa-fé, a exclusão do débito se fundamenta em rigorismo formal inútil, prejudicial à vida empresarial e, tanto mais, prejudicial à arrecadação tributária”.

III. Assim, não se deixou de aplicar a legislação de regência. Apenas se adequou a letra da lei ao que se interpretou como razoável, diante da situação fático-jurídica apresentada nos autos. Contexto que denota que a interpretação da legislação do REFIS realizada pelo Tribunal de origem está fundada no princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

IV. A jurisprudência do STJ tem entendido que a aplicação de princípio constitucional pelo acórdão recorrido, na interpretação de legislação infraconstitucional, empresta à fundamentação natureza constitucional, passível de ataque por meio de recurso extraordinário. Precedentes: AgRg no REsp 654.328/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/12/2009, DJe 15/12/2009; AgRg no REsp 800.679/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009; AgRg no REsp 1.112.649/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 8/9/2009, DJe 21/9/2009; AgRg no Ag 1086909/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/6/2009, DJe 5/8/2009; REsp 735.156/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 03/11/2008; AgRg no Ag 1.030.925/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12/8/2008, DJe 8/9/2008.

V. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1144800/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010.)

Tudo isso ponderado, *julgo improcedente a rescisória*.

Condeno a Fazenda Nacional pagar à ré honorários no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com apoio no art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

## Primeira Turma

Numeração única: 0001645-16.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.001646-5/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques  
Apelante: Marivalda Oliveira da Silva  
Advogados: Dr. Alano Bernardes Frank e outros  
Apelante: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Apelada: Maria Lúcia Andrade Santos  
Advogados: Dra. Ainah H. Angelini Neta e outros  
Recurso Adesivo: Maria Lúcia Andrade Santos  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/BA  
Publicação: e-DJF1 de 17/08/2012, p. 18

### Ementa

*Remessa oficial. Apelação cível. Pensão por morte. Congressista. Relação simultânea ao casamento. Concubinato. Concorrência entre viúva e companheira. Impossibilidade. Impedimento legal.*

I. Cuida a espécie da possibilidade de *reconhecimento* de união estável da autora com o instituidor do benefício de pensão por morte, ex-deputado federal, *previsto* no plano de seguridade social dos congressistas e regulamentado pela Lei 9.506, de 30 de outubro de 1997.

II. Reputo possível, em tese, a concessão de benefício à concubina, em concorrência com o cônjuge, desde que reste sobejamente comprovado que não existe simultaneidade entre o concubinato e o casamento legal – ou seja, situação indubitosa de que o matrimônio de fato não mais existia, pendente apenas a sua dissolução de direito.

III. Ocorre que a pretensão da autora – que não se desincumbiu do ônus de comprovar que o casamento do instituidor do benefício pleiteado houvesse se dissolvido de fato ou de direito – encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro, que expressamente prevê a impossibilidade de constituição de união estável entre pessoas casadas, como é o caso dos autos (arts. 1521, VI e 1.723, ambos do CC).

IV. “A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável”. (AgRg no REsp 1267832/RS, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2011).

V. Remessa oficial e apelações da União e de Marivalda Oliveira da Silva providas para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido, prejudicado o recuso adesivo da autora (Maria Lúcia Andrade Santos).

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento às apelações e à remessa oficial e julgar prejudicado o recurso adesivo da autora.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 30/05/2012.

Desembargador Federal *Kassio Nunes Marques*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Nunes Marques:* — Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas por Marivalda Oliveira da Silva e pela União em face da sentença de fls. 360-368, que, em ação pelo rito ordinário, julgou procedente o pedido alternativo da autora (Maria Lúcia Andrade Santos) e condenou a União ao pagamento de pensão por morte deixada pelo ex-Deputado Federal Jonival Lucas da Silva, na proporção de 50% (cinquenta por cento), em concorrência com a viúva do instituidor do benefício.

Às fls. 371-394, *a primeira apelante, Marivalda Oliveira da Silva*, viúva do ex-congressista, alega em preliminar a nulidade da sentença por cerceamento de defesa (art. 5º, LV/CF e art. 130/CPC). Aduz que a pretensão da autora de comprovar sua condição de companheira e dependente para fins de recebimento de pensão por morte não pode ensejar julgamento antecipado da lide. Alega, ainda, que, apesar de ter requerido dilação probatória, na ação de justificação que precedeu à presente ação ordinária, o juiz de base a indeferiu, mas não publicou o indeferimento e, por tal razão, ela não pôde dele recorrer.

No mérito, sustenta a impossibilidade de reconhecimento da união estável do ex-deputado com a apelada (art. 1.521, VI e 1.723/CC e 226, § 3º da CF), tendo em vista ser a apelante Marivalda Oliveira da Silva esposa do *de cuius* e com ele haver permanecido casada até a data do óbito. Afirma serem frágeis, inconsistentes e contraditórias as provas produzidas pela apelada. Sustenta que o fato de a apelada ser mãe de dois filhos do instituidor do benefício não comprova a coabitação, a dependência econômica, tampouco poderia configurar a alegada união estável.

Requer a anulação da sentença para que os autos retornem à origem para a produção de provas. Em face do princípio da eventualidade, pede que seja julgado improcedente o pedido de reconhecimento de união estável e, por consequência, que seja declarado o não cabimento da divisão da pensão por morte com a autora. Por fim, pugna pela condenação da autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Às fls. 398-406, *a segunda apelante, a União*, argumenta que a sentença deve ser revista por confrontar a legislação que rege a matéria e a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Pondera que as provas produzidas nos autos evidenciam a existência de concubinato impuro e que não há qualquer indício de que a viúva do ex-parlamentar dele estivesse separada à época do óbito. Esclarece que, diante da ausência de relação de convivência pública, duradoura e contínua,

de formação de patrimônio em comum, da existência de endereços diversos e dos depoimentos colhidos no processo de justificação, vê-se que o ex-deputado apenas visitava periodicamente os filhos em comum.

Declara, ainda, que, no recadastramento realizado em 2002 pela Câmara dos Deputados, o ex-parlamentar designou sua esposa como única dependente e que era pública a convivência do casal. Alega, ainda, a não comprovação de dependência econômica.

Por fim, também em homenagem ao princípio da eventualidade, requer, quanto aos juros de mora, observância à Tabela de Cálculo da Justiça Federal, a partir da citação, e a aplicação do percentual de 0,5% ao mês e correção monetária pelo IPCA.

Em suas ponderações, a União declara, assim como a primeira apelante, ofensa ao § 1º do art. 1.723 e 1.521, inc. VI, ambos do CC, requerendo o prequestionamento desses dispositivos.

Em contrarrazões, às fls. 418-427, a apelada defende seu direito à percepção do benefício de pensão por morte de seu companheiro, haja vista ter comprovado a alegada união estável, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/1991, e seu pedido ser fundamento na referida lei e nos arts. 28 e 29, ambos da lei 7.087/1982 e no art. 3º da Lei 9.056/1997. Requer o prequestionamento, também, dos arts. 1º, III, 5º e 226, § 3º, todos da CF/1988, além dos arts. 130 e 131 do CPC.

Às fls. 414-417, *em recurso adesivo, a autora* requer a majoração dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), com base nos arts. 1º, III, 5º e 133, todos da CF; art. 20, § 3º, do CPC e arts. 2º e 33, ambos da Lei 8.906/1994.

Em resposta ao recurso adesivo, a primeira apelante, às fls. 431-442, e a segunda, às fls. 447-451, pugnam pelo não conhecimento do recurso por falta de interesse recursal. Alegam que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado, sendo este o único legitimado a pleitear sua revisão, não sendo possível fazê-lo em nome de sua cliente. Argumentam, ainda, que o art. 500/CPC só admite o recurso adesivo quando há sucumbência mútua

Em petição de fls. 443-445, a apelante Marivalda Oliveira da Silva requer a suspensão da assistência judiciária gratuita da autora, consoante o que dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/1950.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Nunes Marques: — Cuidam os autos de ação ordinária em que pretende a autora, Maria Lúcia Andrade Santos, o recebimento de pensão por morte integral ou, alternativamente, 50% (cinquenta por cento) em face do falecimento do ex-Deputado Federal Jonival Lucas da Silva.

Em suas razões, a autora declara ter vivido maritalmente com o ex-congressista pelo período de mais de 28 (vinte e oito) anos, com quem teve dois filhos, ambos, hoje, maiores de idade (certidões de fls. 259-260).

Em ação de justificação, a autora pretendeu o reconhecimento de união estável com o falecido para fins de recebimento dos benefícios de pensão por morte junto ao Instituto Nacional do Seguro Social e à Câmara dos Deputados. Esses autos tramitaram junto à 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, sob o n. 2003.24504-9. A sentença julgou subsistente a justificação, reconhecendo a convivência marital de Maria Lúcia Andrade Santos e Jonival Lucas da Silva (fl. 338).

Em face dessa sentença, o INSS concedeu à autora o benefício de pensão por morte. No entanto, seu requerimento foi indeferido na Câmara dos Deputados, sob o fundamento de ausência de amparo legal, tendo em vista a impossibilidade de reconhecimento de união estável com pessoa casada. Tal fato motivou a presente ação ordinária, ora em julgamento.

Nos autos da ação de justificação, às fls. 354-355, a apelante Marivalda Oliveira da Silva requereu o produção de prova testemunhal, além do depoimento pessoal da autora. Declarou sua pretensão de demonstrar em juízo que não estava separada de fato do *de cujus*.

O juiz *a quo* entendeu desnecessária a produção de prova em audiência e julgou antecipadamente a lide. Sendo esse o objeto da *preliminar* arguida na apelação de Marivalda Oliveira da Silva, que pretende a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, passo a análise da questão.

A primeira apelante declara cerceamento de defesa, porquanto seu pedido de produção de provas foi ignorado pelo juiz de primeiro grau. Nesse ponto, anoto que, no processo de justificação, não se admite

defesa nem recurso, conforme prevê o art. 865 do CPC.

A justificação tem natureza jurídica voluntária. A prova colhida nesse procedimento, ainda que a sentença seja proferida como subsistente, não perde a natureza de mera prova, podendo ser utilizada em outro processo, mas sua valoração depende do convencimento do julgador.

Neste recurso que impugna a sentença proferida na ação ordinária, alega a primeira apelante que seu pedido de produção de provas, na justificação, tinha como finalidade a comprovação de que não estava separada, nem de fato nem de direito, e que, por essa razão, o pedido da autora – de reconhecimento de união estável – deveria ter sido julgado improcedente.

Entendo, como o fez o juiz de base, ser desnecessária a produção de tais provas, vez que há elementos nos autos que permitem decidir a controvérsia. No ponto, dispõe o art. 330, I, do Código de Processo Civil ser facultativo ao juiz proferir sentença, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Ressalto que reputo possível, em tese, a concessão de benefício à concubina, em concorrência com o cônjuge, desde que reste sobejamente comprovado que não existe simultaneidade entre o concubinato e o casamento legal – ou seja, situação indubitosa de que o matrimônio de fato não mais existia, pendente apenas a sua dissolução de direito. Ocorre que a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar que o casamento do instituidor do benefício pleiteado houvesse se dissolvido de fato ou de direito.

Observo que, em nenhum momento, restou qualquer dúvida acerca do fato de a apelante Marivalda Oliveira da Silva se encontrar casada quando o cônjuge faleceu, portanto, desnecessária, no meu modo de ver, a produção de provas para que a apelante demonstre que continuava casada quando do evento morte. Aliás, tal fato, pelo contrário, restou indubitoso. Tanto que a própria autora, na inicial (fl. 4), ao sustentar ter tido relacionamento com o Sr. Jonival Lucas da Silva, reconheceu que este era casado.

Da análise dos demais documentos carreados aos autos, não há qualquer um que indique que o instituidor do benefício estava separado da primeira apelante quando faleceu. Não há averbação de divórcio na certidão de registro civil do casamento de Jonival Lucas da Silva e Marivalda Pimentel Oliveira, realizado em 1965 (fl. 304). Na certidão de óbito (fl. 258), consta a observação de que “o falecido era casado com Marivalda

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Oliveira da Silva”. No indeferimento do requerimento administrativo junto à Câmara dos Deputados (fl. 28), há informações de que, no recadastramento realizado em 2002 (ano do óbito), o ex-deputado declarou ser casado com a Senhora Marivalda Oliveira da Silva, “sua viúva e única pessoa por ele designada, inexistindo indícios de que estivessem separados de fato à época do óbito”.

Os depoimentos das testemunhas trazidas em juízo pela parte autora confirmaram o fato de ser notório que o ex-deputado era casado com outra pessoa, que não a Sra. Maria Lúcia Andrade Santos. Também declararam as testemunhas não conhecer o fato de que o Sr. Jonival Lucas da Silva vivia no mesmo endereço da autora. A *testemunha Marialva Lima Cordeiro de Almeida* registrou em seu depoimento (fls. 14-15): “[...] Que o Sr. Jonival Lucas da Silva ia com frequência ao apartamento da justificante, mas não sabe precisar a periodicidade em que isto ocorria [...]”. A *testemunha Maria Isabel Leal Nuevo* declarou (fl. 20): “[...] Que nunca viu a justificante com o Sr. Jonival em eventos públicos. Que depois que conheceu o Sr. Jonival, porque este era uma pessoa pública, veio a saber que ele era casado com outra pessoa e tinha outros filhos [...]”. A *testemunha Telma Simões Teixeira* testemunhou (fls. 29-30): “[...] Que a informação de que a justificante conviveu maritalmente com o Sr. Jonival até o falecimento decorreu de conversas que à época teve com a justificante. [...] Que só veio a saber que o Sr. Jonival era casado com outra pessoa depois que leu uma notícia no Jornal *A Tarde*, mas nada comentou com a justificante [...]”.

Dessa forma, entendo que a produção de prova pretendida pela apelante não é necessária para decidir a controvérsia, pois há nos autos elementos suficientes à decisão da lide. Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

No mérito, registro que o cerne da questão é o reconhecimento de união estável da autora com o instituidor do benefício de pensão por morte, previsto no plano de seguridade social dos congressistas e regulamentado pela Lei 9.506, de 30 de outubro de 1997.

A sentença fundamentou suas razões de decidir na referida lei, que prevê:

Art. 3º Em caso de morte do segurado, seus dependentes perceberão pensão correspondente ao valor dos proventos de aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito.

§ 1º O valor mínimo da pensão corresponderá a treze por cento da remuneração fixada para os membros do Congresso Nacional.

§ 2º Não é devida pensão ao dependente do segurado que tiver falecido posteriormente ao cancelamento de sua inscrição

A Lei 9.506/1997 extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas, regulamentado pela Lei 7.087/1982. Como aquela norma citada foi silente e não definiu o conceito de *dependentes* para efeito de percepção do benefício, o juiz de base aplicou o disposto nessa última lei, que assim prescreve:

Art. 28 - Consideram-se dependentes do segurado, desde que vivam economicamente sob a sua responsabilidade:

I. a esposa, salvo se houver abandonado o lar sem justo motivo; o marido com mais de 60 (sessenta) anos ou inválido; a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos; os filhos de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos;

II. a pessoa designada, que só poderá ser menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida;

III. o pai inválido e a mãe;

IV. os irmãos de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos.

Art. 39 - Deixando o segurado viúva e companheira, a pensão será dividida igualmente entre elas, devendo o montante que couber às duas dependentes correspondera 50% (cinquenta por cento) do valor da pensão, se houver filhos habilitados como dependentes, ou, não os havendo, se houver pessoa designada (inciso II do art. 28 desta Lei). A parcela da pensão devida aos filhos será dividida igualmente entre eles.

§ 1º - Havendo viúva e companheira, a que se habilitar ao pagamento da pensão terá direito à parte da outra, cessando o direito a essa parte no mês subsequente ao da habilitação da segunda dependente.

O magistrado de base entendeu que a legislação especial não exige a existência de união estável, apenas a relação de dependência com o parlamentar falecido. Ocorre que a espécie não cuida de separação de fato.

Assim, ainda que de uma relação extra conjugal tenha havido o nascimento de dois filhos, tal circunstância não é suficiente para provar que a autora fora companheira do ex-deputado e, por essa razão, não faz jus ao benefício em concorrência com a viúva.

No ponto, a autora fundamentou seu pedido também no art. 16 da Lei 8.213/1991, que enumera os beneficiários dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social, transcrito a seguir:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

[...]

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Ocorre que a exegese dos dispositivos legais citados (tanto da Lei 8.213/1991, quanto da Lei 7.087/1982) não pode ser a de se admitir a existência de relacionamento proveniente de casamento e de união estável simultaneamente.

Em havendo um conflito normativo, devem prevalecer, por óbvio, os princípios segundo os quais a vedação brasileira expressamente veda a existência simultânea de dois casamentos. Admitir-se o contrário significaria conferir validade à uma exceção não contemplada no ordenamento jurídico nacional.

O pleiteado reconhecimento da condição de companheira da parte autora encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro vigente, conforme prevê o Código Civil, nos dispositivos a seguir transcritos (grifei):

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente

Art. 1.521. Não podem casar:

VI. as pessoas casadas.

No caso dos autos, não há como questionar a existência de relacionamento entre a autora com o Sr. Jonival, até porque eles tiveram dois filhos em comum. Isso não significa, porém, reconhecer a legalidade de uma situação não permitida, como já dito, no sistema jurídico brasileiro. Seria o mesmo que legitimar a

metáfora “fruição de dois estados ou vantagens simultâneos”, ou seja, a bigamia.

Entendo que as expressões *viúva* e *companheira* não podem ser entendidas como oriundas de relacionamentos concomitantes, porquanto – para fins de concessão de benefícios previdenciários – as pessoas que convivem em união estável devem ser descomprometidas civilmente. Portanto, a possibilidade de rateio da pensão somente pode ser aplicada no caso de confirmação de que a companheira viveu em união estável com pessoa separada, solteira, divorciada ou viúva, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Pelo que foi demonstrado, a relação que se constituiu entre a autora e o ex-congressista foi a de concubinato, que não tem amparo legal e não pode ser confundida a união estável, protegida pelo Estado. Ao contrário, a norma jurídica prevê expressamente o impedimento de constituição de união estável entre pessoas casadas, conforme se vê da redação dos dispositivos transcritos acima. Também esse é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

*Previdenciário. Concubinatio adulterino. Relação concorrente com o casamento. Embaraço à constituição de união estável. Aplicação.*

*Impedimento.*

I. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável. (AgRg no REsp 1267832/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2011.)

[...]

*Agravo Regimental. Previdenciário. Pensão por morte. União estável. Relação simultânea ao casamento. Caracterização. Impossibilidade. [...]*

II. Segundo o entendimento firmado nesta Corte, a proteção conferida pelo Estado à união estável não alcança as situações ilegítimas, a exemplo do concubinato. (AgRg no REsp-1.142.584, rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJ de 05/04/2010.)

[...]

*Recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre viúva e concubina. Simultaneidade de relação marital. União estável não configurada. Impossibilidade.*

I. Em razão do próprio regramento constitucional e infraconstitucional, a exigência para o reconhecimento da união estável é que ambos, o segurado e a companheira, sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se, assim, para fins

de reconhecimento de união estável, as situações de concomitância, é dizer, de simultaneidade de relação marital.

II. É firme o constructo jurisprudencial na afirmação de que se reconhece à companheira de homem casado, mas separado de fato ou de direito, divorciado ou viúvo, o direito na participação nos benefícios previdenciários e patrimoniais decorrentes de seu falecimento, concorrendo com a esposa, ou até mesmo excluindo-a da participação, hipótese que não ocorre na espécie, de sorte que a distinção entre concubinato e união estável hoje não oferece mais dúvida. (REsp 674.176/PE, rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 31/08/2009.)

[...]

*Previdenciário. Pensão por morte. Compartilhamento da pensão entre a viúva e concubina. Impossibilidade. Concomitância entre casamento e concubinato adúltero impede a constituição de união estável, para fins previdenciários. Recurso especial provido.*

I. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto.

II. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. (REsp-1.104.316, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 18/05/2009.)

Deixo de analisar os arts. 1º, III, 5º, ambos da CF/1988, invocados pela apelada porque não se aplicam ao caso concreto. Quanto à proteção dada ao instituto da união estável, garantida no art. 226, § 3º/CF, está prejudicada, visto que não foi reconhecida a situação de entidade familiar.

Quanto ao requerimento de fls. 443-445, em que a apelante Marivalda Oliveira da Silva pleiteia a revogação dos benefícios de assistência judiciária concedidos à autora, rejeito-os, pois a requerente não logrou infirmar a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos necessários à concessão do benefício (art. 7º da Lei 1.060/1950).

Diante das razões expostas, considerando o conjunto probatório que compuseram os autos, não reconheço a alegada união estável entre a autora, Maria Lúcia Andrade Santos e o ex-Deputado Jonival Lucas da Silva, tampouco o pretendido direito à percepção de pensão – restando, por consequência, prejudicado o recurso adesivo da parte autora.

Ante o exposto, dou provimento às apelações e à remessa oficial para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido e, em consequência, julgar prejudicado o recurso adesivo. Condeno a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais). Entretanto, considerando os benefícios de assistência judicial gratuita a ela concedidos, deverá permanecer suspensa a correspondente execução, nos termos dos arts. 11 e 12, ambos da Lei 1.060/1950.

É como voto.

## Segunda Turma

Numeração única: 0001229-23.2007.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2007.39.00.001229-3/PA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves  
 Apelante: União Federal  
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
 Apelado: Fábio Faro Wesche  
 Advogado: Dr. Carlos Maia de Mello Porto  
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/PA  
 Publicação: e-DJF1 de 28/08/2012, p. 400

## Ementa

*Administrativo. Serviço militar obrigatório. Dispensa de incorporação. Convocação após conclusão de curso de Medicina. Redação original do art. 4º da Lei 5.292/1967. Impossibilidade.*

I. O dispensado da incorporação para o serviço militar obrigatório, aos 18 anos de idade, não estava sujeito à convocação para prestá-lo após conclusão do curso de Medicina, pois o então vigente art. 4º da Lei 5.292/1967 previa esta possibilidade apenas para aqueles que, “como estudantes, tivessem obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso”.

II. Somente com a edição da Lei 12.336/2010, os dispensados de incorporação passaram a ser obrigados à prestação do serviço após conclusão do curso.

III. A parte autora não estava sujeita à prestação do serviço militar ao completar 18 anos de idade, pois incluído no excesso de contingente; dispensado de incorporação, está quites com o serviço militar. Ao concluir curso de Medicina em 2005 – tempo de paz –, não poderia ser compulsoriamente incorporado.

III. Apelação, remessa oficial e agravo retido desprovidos.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação, à remessa oficial e ao agravo retido.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/08/2012.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — Trata-se de apelação interposta pela União em face de sentença que considerou irregular a convocação da parte autora para o serviço militar após o término do curso superior de Medicina, em razão de sua anterior dispensa, por excesso de contingente.

Reconheceu o juízo *a quo* que a extemporânea prestação do serviço militar importa em grave lesão para a parte autora, que já exerce a Medicina em municípios do Estado do Pará.

Condenou a União na verba honorária devida ao patrono da parte autora, fixando-a em 5% do valor dado à causa.

Apela a União pedindo, preliminarmente, o julgamento do agravo retido pelo qual se volta contra decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e obistou a apresentação da parte autora ao serviço militar por ocasião da convocação.

No mérito, defendendo a regularidade da convocação, pois estariam os médicos que obtiveram o adiamento da incorporação obrigados à prestação do serviço ao término do curso.

Discorre longamente sobre a legislação que entende aplicável ao caso.

Contrarrazões.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves:* — O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

Os fundamentos invocados pela União no agravo retido de fls. 55-63 são praticamente os mesmos da apelação, confundindo-se com o mérito, razão pela qual serão apreciados no curso deste voto.

Limita-se a questão devolvida a esta Corte saber se o cidadão, dispensado do serviço militar obrigatório ao completar 18 anos, por excesso de contingente, estaria sujeito à nova convocação e prestação compulsória ao concluir curso de Medicina.

Quanto à convocação após a realização do curso superior, a matéria é regida pela Lei 5.292/1967, que assim dispunha na data dos fatos, *verbis*:

Art 1º Em tempo de paz, o Serviço Militar prestado nas Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - pelos brasileiros, regularmente matriculados nos Institutos de Ensino, oficiais ou reconhecidos, destinados à formação de Médicos, Farmacêuticos, Dentistas ou Veterinários (IEMFDV), ou diplomados pelos referidos Institutos, obedecerá às prescrições da presente Lei e sua regulamentação. Na mobilização, compreenderá todos os encargos de defesa nacional determinados por legislação especial.

[...]

Art 4º Os MFDV que, *como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a*

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

*terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação. – grifei*

Vê-se, portanto, que a condição para a convocação após a conclusão do curso, é ter o estudante obtido adiamento de incorporação durante sua realização.

Referido preceito legal tem duplo objetivo: por um lado, permitir que o estudante não tenha interrompida sua formação superior e, por outro, propiciar às Forças Armadas ter em seu quadro – ainda que prestando serviço obrigatório e temporário – profissionais indispensáveis à consecução de seus serviços.

Tal regra, todavia, é de caráter negocial e sua implementação depende da manifestação de vontade do cidadão, a quem é exclusivamente assegurado o direito de requerer o adiamento da prestação ou fazê-lo no momento devido, ao completar 18 anos de idade.

No caso sob exame, como não houve o adiamento, mas a dispensa de prestação, a parte autora dispensada na época própria fica quites com o serviço militar, não estando, em tempo de paz, sujeito à reconvocação.

A lógica deste entendimento é confirmada pela própria redação atual do antes transcrito art. 4º, que

foi modificado pela Lei 12.336/2010, justamente para permitir a convocação daqueles que foram dispensados no momento devido, *verbis*:

Art. 4º Os concluintes dos cursos nos IES destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários *que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação*, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea 'a' do parágrafo único do art. 3º, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação.

Na hipótese, na data da conclusão do curso de medicina pela parte autora, vigia a redação original do art. 4º da Lei 5.292/1967, que não previa a possibilidade de convocação de cidadãos dispensados de incorporação para a prestação extemporânea do serviço militar, razão pela qual a sentença não merece correção.

Em face do exposto, *nego* provimento à apelação e à remessa oficial. Corolário desse mesmo entendimento, *nego* provimento ao agravo retido.

É o voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 0002330-43.2008.4.01.4100

Apelação Criminal 2008.41.00.002333-1/RO

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)  
 Apelante: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Nádia Simas Souza  
 Apelados: Francisco Ferreira Lima  
 João Vianey de Santana  
 Mazurkiewicz Andrade da Silva  
 Narcísio Mendes de Freitas  
 Geová Francisco da Silva  
 Uelison Afonso de Souza  
 Francisco Benício de Paiva  
 Laércio da Silva Moura  
 Francisco Dias de Oliveira  
 Defensora: Defensoria Pública da União  
 Apelados: Edvaldo Teixeira Cavalcante  
 Davi Rodrigues Mendes  
 Advogado: Dr. Rodrigo Luciano Alves Nestor  
 Publicação: e-DJF1 de 31/07/2012, p. 210

## Ementa

*Penal. Processual Penal. Crime contra o meio ambiente. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Crime de usurpação do patrimônio público. Art. 2º da Lei 8.176/1991. Ausência de autorização legal. Conflito aparente de normas. Inexistência. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Prescrição em abstrato. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Erro de proibição. Não ocorrência. Art. 2º da Lei 8.176/1991. Materialidade e autoria comprovadas.*

I. Há concurso formal de delitos, e não conflito aparente de normas entre os crimes previstos no art. 2º da Lei 8.176/1991 (explorar matéria-prima pertencente à União Federal sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizador) e no art. 55, *caput*, da Lei 9.605 (lavra clandestina de minério), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 89878/SP).

II. De acordo com o art. 109, inciso VI, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se em quatro anos se o máximo da pena é igual a um ano. Tendo sido ultrapassado o prazo prescricional previsto para a pena em abstrato, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva para o delito do art. 55, *caput*, da Lei 9.605.

III. O princípio da insignificância não se aplica aos crimes ambientais, em razão da indisponibilidade do bem jurídico protegido. Precedentes do TRF 1ª Região.

IV. Materialidade e autoria do crime de usurpação de matéria-prima da União sem autorização legal (art. 2º da Lei 8.176/1991) devidamente comprovadas nos autos pelos documentos acostados e declarações testemunhais.

V. Não ocorrência de erro de proibição quando restar suficientemente provado nos autos que os réus tinham plena consciência da ilicitude de que extraíam matéria-prima pertencente à União Federal, ouro, sem a competente autorização legal.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, de ofício, declarar a prescrição da pretensão punitiva para o delito do art. 55, *caput*, da Lei 9.605 e dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para condenar os réus pela prática do delito do art. 2º da Lei 8.176/1991.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 16/07/2012.

Juiz Federal *José Alexandre Franco*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco:*  
— 1. Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Patos de Minas, José Humberto Ferreira, que absolveu Edvaldo Teixeira Cavalcante, Davi Rodrigues Mendes, Francisco Dias de Oliveira, Francisco Ferreira Lima, João Vianey de Santana, Mazurkiewicz Andrade da Silva, Narcísio Mendes de Freitas, Laércio da Silva Moura, Geová Francisco da Silva, Uelison Afonso de Souza e Francisco Benício de Paiva da imputação da prática do crime capitulado no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 e determinou a remessa do feito para o Ministério Público, de modo que, se for o caso, formule proposta de transação penal em relação ao crime do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998.

2. Narra a denúncia que (fls. 3-7):

[...] No dia 10 de agosto de 2007; por volta das 17h00min, os denunciados LAERCIO DA SILVA,

NARCISIO MENDES, MAZÚRKIEWICZ ANDRADE, GEOVÁ FRANCISCO, UELISON AFONSO, JOÃO VIANEY, FRANCISCO FERREIRA, FRANCISCO BENÍCIO e FRANCISCO DIAS, sobre as águas do Rio Madeira, próximo à Cachoeira de Teotônio, nesta cidade de Porto Velho, exploravam matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal, consoante Auto de Prisão em Flagrante de fls. 02-03.

É certo que os denunciados acima nominados, naquela oportunidade, utilizando-se de 04 (quatro) dragas intituladas “ESPERANZA, LEONARDO, VERMELHINHA e VAGA-LUME”, extraíam minérios do mencionado Rio, momento em que foram flagrados por Policiais Militares, integrantes do Batalhão ambiental, que atuaram todos eles, apreenderam as dragas e recolheram todo o material até então extraído irregularmente (fls. 13-17), ocasião em que também lograram apreender substância aparentando mercúrio utilizada no processo de extração do ouro (fls. 91-95).

Apurou-se, ainda, que a atividade desempenhada pelos denunciados supra era autorizada pelos denunciados DAVI RODRIGUES MENDES, proprietário da balsa VAGA-LUME, e também pelo denunciado EDVALDO TEIXEIRA

AVALCANTE, a quem pertence as dragas ESPERANÇA, LEONARDO e VERMELHINHA, podendo-se afirmar, inclusive, que LAERCIO DA SILVA, NARCISIO MENDES, MAZURKIEWICZ ANDRADE, GEOVÁ FRANCISCO, UELISON AFONSO, JOÃO VIANEY, FRANCISCO FERREIRA, FRANCISCO BENÍCIO e FRANCISCO DIAS trabalhavam aos dois primeiros na extração de minério.

2º FATO - No mesmo dia, os, denunciados DAVI RODRIGUES MENDES e EDVALDO TEIXEIRA CAVALCANTE desobedeceram a ordem legal de funcionário público, tendo em vista que naquela ocasião os flagranteados estavam utilizando na extração de minério, com consentimento de Davi e Edvaldo, dragas que já tinham sido apreendidas em operação policial anterior, ocasião em que referidos bens foram colocados aos cuidados desses dois denunciados na condição de depositários fiéis, conforme consta às fls. 109-111.

É dos autos que DAVI RODRIGUES e EDVALDO TEIXEIRA, em 27 de julho de 2007, tiveram suas dragas apreendidas pela Polícia Militar do Batalhão ambiental, em vista do seu uso para a extração ilegal de minério do Rio Madeira. Tal fato gerou a lavratura do Termo Circunstanciado 046/2007 (fls. 102-125), bem como a nomeação deles como depositários fiéis das balsas que eram de suas propriedades.

A despeito disso, posteriormente, em 10/08/2008, Agentes da Polícia Federal compareceram no mesmo local e flagraram as dragas apreendidas anteriormente em pleno funcionamento na retirada de minério do Rio Madeira, configurando-se, pois, desobediência à ordem emanada da Autoridade Pública quando da nomeação dos denunciados Davi Rodrigues e Edvaldo Teixeira como depositários fiéis dos bens.

#### MATERIALIDADE E DA AUTORIA

Os elementos que instruem os presentes autos são suficientes à comprovação da materialidade delitiva, a exemplo do Laudo de Exame em Embarcação (fls. 188-192), afirmando que as balsas apreendidas estavam em atividade, sendo aptas à extração de minérios. Ainda a Informação de fl. 016/2008-SETEC/SR/DPFIRO (fl. 199-201) apresenta indícios veementes de que os denunciados faziam uso de mercúrio para extração do minério. Ademais, a juntada de cópias do TC nº 047/2008, comprova o delito de desobediência.

Noutro giro, os documentos juntados nos autos apontam para a responsabilidade criminal de todos os denunciados, principalmente o auto de prisão em flagrante. [...].

3. Na sentença, o MM. juiz *a quo* decretou a prescrição do delito de desobediência e entendeu que, segundo o princípio da especialidade, os fatos narrados configuram agressão apenas ao bem jurídico tutelado pelo art. 55 da Lei 9.605/1998, e, não, àquele tutelado pelo art. 2º, §1º, da Lei 8.176/1991. Em razão de o crime ambiental ser de menor potencial ofensivo, determinou a remessa do feito para o Ministério

Público, se for o caso, formular proposta de transação penal (fls. 558-565).

4. Em apelação, o Ministério Público Federal sustenta que não há que se falar em derrogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998, pois o primeiro dispositivo tutela o patrimônio público (usurpação) e o segundo protege o meio ambiente (extração), não havendo, pois, conflito aparente de normas. Cita precedentes jurisprudenciais para respaldar sua pretensão recursal. Requer o provimento do recurso para que os réus sejam condenados pela prática dos delitos do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998 e do art. 2º da Lei 8.176/1991 (fls. 567-571).

5. Em contrarrazões, os denunciados pugnam pela manutenção da decisão em todos os seus termos (fls. 574-575, 586-588 e 592-594).

6. Em alegações finais, conforme consta da sentença, em síntese, os denunciados sustentaram que:

#### 6.1 Francisco Dias de Oliveira:

a) Não cometeu crime algum; b) Fora contratado para trabalhar como soldador; c) Não tinha conhecimento de a draga se encontrar em situação irregular, sem autorização para exploração de minério; d) Não possui antecedentes criminais; e) Fora contratado para exercer suas funções laborais na draga, propugnando, ao final, pela absolvição (fls. 513-515);

#### 6.2 Francisco Ferreira Lima, João Vianey de Santana e Mazurkiewicz Andrade da Silva:

a) Deve-se afastar o delito previsto na Lei 8.176/91, artigo 2º, por conta do princípio da especialidade; b) as dragas onde foram encontrados os acusados FRANCISCO e MARKIEWICZ não estavam funcionando; c) FRANCISCO estava apenas montando a draga e MARKIEWICZ era soldador e, nesta condição, estava apenas desempenhando seu ofício; d) O acusado JOÃO VIANEY desconhecia a irregularidade na extração mineral, já que desempenhava sua função de forma subordinada; e) a regularização das dragas cabia aos acusados EVALDO e DAVI, proprietários das embarcações, propugnando, ao final, pela absolvição (fls. 517-521).

#### 6.3 Laércio da Silva Moura:

a) A instrução processual e os documentos juntados comprovam exercer o acusado a função de soldador; b) Não estava trabalhando em local proibido e sem licença; c) Todas as dragas, esporadicamente, precisam de manutenção de solda; d) Não trabalha para uma única draga especificadamente, propugnando, ao final, pela absolvição (fls. 526-527).

6.4 Narcísio Mendes de Freitas, Geová Francisco da Silva, Uelison Afonso de Souza e Francisco Benício de Paiva:

a) Deve-se afastar o delito previsto na Lei 8.176/91, artigo 2º, por conta do princípio da especialidade; b) A draga onde foi encontrado o acusado FRANCISCO não estava funcionando; c) Os acusados desconheciam a irregularidade na extração mineral, visto que desempenhava suas funções de forma subordinada; e) A regularização das dragas cabia ao acusado EVALDO, proprietário das embarcações; f) Há de se aplicar o princípio da insignificância, ante a desproporcionalidade da imposição da pena face à ofensa jurídica provocada; g) Tem-se presente o erro de proibição, já que os acusados ignoravam a ilicitude da conduta, propugnando, ao final, pela absolvição (fls. 534-541).

6.5 Edvaldo Teixeira Cavalcante e Davi Rodrigues Mendes:

a) Conquanto proprietários das embarcações apreendidas, não autorizaram os demais réus a utilizar seus equipamentos para exploração de ouro; b) O acusado EDVALDO sequer estava em Porto Velho/RO; c) Os acusados não permitiram a utilização das dragas; d) Não participaram da exploração; e) A conduta Lei 8.176/91, artigo 2º, é idêntica à conduta da Lei 9.605/98, artigo 55, deve incidir somente o crime ambiental, propugnando, ao final, pela absolvição (fls. 555-556).

7. Nesta instância, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Paulo V. Jacobina, opina pelo provimento do recurso, para que seja decretada a prescrição do delito do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998 e para que os réus sejam condenados pelo delito do art. 2º da Lei 8.176/2010 (fls. 598-602).

8. É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco: — 1. Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu Edvaldo Teixeira Cavalcante, Davi Rodrigues Mendes, Francisco Dias de Oliveira, Francisco Ferreira Lima, João Vianey de Santana, Mazurkiewicz Andrade da Silva, Narcísio Mendes de Freitas, Laércio da Silva Moura, Geová Francisco da Silva, Uelison Afonso de Souza e Francisco Benício de Paiva da imputação da prática do

crime capitulado no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 e determinou a remessa do feito para o Ministério Público, para que, se for o caso, formular proposta de transação penal para o crime do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998.

## 2 Tipificação

Na hipótese, na denúncia imputa-se aos acusados a prática dos delitos do art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998 e do art. 2º da Lei 8.176/1991.

Dispõe o art. 2º da Lei 8.176/1991, que trata de crimes contra a ordem econômica:

Art. 2º. Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matérias-primas pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no *caput* deste artigo.

O art. 55, *caput*, da Lei 9.605/1998 estabelece as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

No primeiro, caracteriza-se o crime de usuração (contra o patrimônio da União). O outro trata de crime contra o meio ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização.

O conflito aparente se instala quando, havendo duas ou mais normas tratando de um mesmo assunto, o agente, mediante uma única ação ou omissão, ofende (aparentemente) tais normas (na hipótese, uma norma prevista em lei ambiental e outra na lei que trata dos crimes contra a ordem econômica). Há unidade do fato e pluralidade de normas. Nessa situação, deve o magistrado proceder à subsunção adequada e aplicar apenas um dos preceitos legais, qual seja, o que melhor se ajusta à conduta praticada, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

Os que comungam da tese de concurso formal no tipo de delito ora descrito entendem que a conduta do agente infringe as regras estabelecidas nos arts. 2º da

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado).

Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998, por atingir objetivos jurídicos diferenciados a um só tempo. Produz-se mais de um resultado naturalístico, simultaneamente.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, em processo análogo, tem entendido que, na subsunção dos fatos a esses dois crimes (usurpação e ambiental), não ocorre conflito aparente de normas, mas, concurso formal, devendo o réu ser penalizado por ambos os crimes. Veja:

I. O art. 2º da Lei 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

II. Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.

(REsp 547047/SP, 5ª Turma, DJ de 03/11/2003, p. 348, rel. Min. Gilson Dipp.)

Essa questão foi motivo de controvérsia nesta Corte, que, ao julgar o Inq. 2006.01.00.006622-9/BA, pela Segunda Seção, por maioria, vencidos o relator, Juiz Hilton Queiroz, e o Juiz I'talo Mendes, entendeu que o art. 55 da Lei 9.605, por ser posterior, derogou o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, modificando a pena e reduzindo-a (sessão de 21/06/2006, DJ 25/08/2006)<sup>1</sup>.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito, no julgamento do HC 89.878/SP, rel. Min. Eros Grau<sup>2</sup>, e decidiu que o art. 55 da Lei 9.605/1998 não revogou o art. 2º da Lei 8.176/1991. Com base em parecer da Procuradoria-Geral da República, o ministro concluiu no voto condutor do acórdão que:

<sup>1</sup> Quando o agente extrai recursos minerais, sem a competente autorização legal, altera o mundo naturalístico uma só vez, havendo, no caso, um conflito aparente de normas. É de atentar-se que o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, estabelece que constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, [...] explorar matéria-prima pertencentes à União, sem a devida autorização legal [...], e o art. 55 da Lei 9.605, de 1998, define como crime o executar [...] extração de recursos minerais sem a competente autorização. A conduta, nos dois crimes, é a mesma, razão por que muitos entendem que esta última norma, por ser posterior, derogou o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, modificando a pena, reduzindo-a. [...].

<sup>2</sup> Segunda Turma, à unanimidade, publicado em 14/05/2010.

[...] é nítida a diferença entre os bens jurídicos tutelados pelas normas supracitadas, ambas em plena vigência, qual seja: a primeira tutela a preservação do patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas; e a segunda almeja um meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto, a extração de recursos minerais, no caso, areia, necessita de autorização do órgão competente.

E, aprofundando o tema, fez constar como razão de decidir a distinção entre os dispositivos da lavra da Procuradora Ana Lúcia Amaral, que merece ser aqui transcrita por oportuna:

[...] a) o art. 2º da Lei n. 8.176/91 pressupõe uma apropriação de minério (primeiro, porque, conforme diz a norma, trata-se de um crime contra o patrimônio e, na modalidade de usurpação; segundo, porque os núcleos do tipo são 'produzir' e 'explorar'; terceiro, porque essa matéria-prima produzida ou explorada há de pertencer a outrem, no caso, à União). Trata-se, pois, de um crime de dano, contra o patrimônio da pessoa jurídica União.

b) Já o tipo descrito no art. 55 da Lei n. 9.605/98 fala, simplesmente, em 'executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais'. Observa-se, inicialmente, que, ao contrário do primeiro, definido como crime contra o patrimônio, este é intitulado, na seção da lei a que pertence o artigo, como um crime ambiental. E, como tal, não pressupõe a apropriação de minério. Tanto isso é verdade que a mera execução de pesquisa constitui crime.

Não apenas os bens jurídicos protegidos nessas leis são diversos, como também diversos são os elementos normativos dos tipos. No primeiro, que é um crime contra o patrimônio, o elemento normativo é a 'falta de autorização legal' ou o 'desacordo às obrigações impostas pelo título autorizativo', elementos estes claramente relacionados à autorização para extrair minério. Já no segundo, crime ambiental, o elemento normativo é a 'falta de competente autorização, permissão, concessão ou licença ou em desacordo com a obtida'. Nota-se, conforme já observado, que, no segundo, dentre os atos administrativos cuja desobediência caracteriza crime, há o acréscimo de licença, ato esse que, nos termos do Código de Mineração, é de competência da autoridade local (art. 2º, III) e diz respeito ao meio ambiente, cuja observação é de competência também dos entes políticos locais, e não diz respeito à exploração do minério, que pertence à União e cuja autorização e concessão de lavras competem ao Ministério pertinente ou ao DNPM.

O entendimento predominante, portanto, é que a Lei 9.605/1998, pelo seu art. 55, não derogou o art. 2º da Lei 8.176/1994.

### 3 Da prescrição do crime do art. 55 da Lei 9.605/1998

Ora, na hipótese, os fatos ocorreram entre 2007; a denúncia foi recebida em 14/04/2008, conforme a decisão de fls. 214-215; e a sentença foi absolutória.

A pena em abstrato prevista para o delito do art. 55 da Lei 9.605/1998 é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Segundo o art. 109, V, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se em quatro anos se o máximo da pena é igual a um ano.

Pois bem, verifica-se que entre a data do recebimento da denúncia e a presente data já se passaram *mais de quatro anos*, operando-se a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, pela pena *em abstrato*, em abril de 2012.

### 4 Princípio da insignificância

Não cabe a aplicação do princípio da insignificância ao caso.

Isso por não estar presente os requisitos da mínima ofensividade da conduta do agente e da inexpressividade da lesão jurídica provocada, para reconhecimento do princípio da insignificância, os quais são necessários, segundo precedentes do STF:

(1) mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 98.152, rel. min. Celso de Mello, DJe-104 de 05.06.2009).

(HC 102210/SP; rel. Min. Joaquim Barbosa; 2ª Turma; DJe-20 divulgado em 31/01/2011 e publicado em 1º/02/2011.)

Ademais, o bem jurídico protegido é indisponível, o que afasta a aplicação do princípio da insignificância ao caso. Nesse sentido, esta Corte firmou entendimento:

I. Inaplicabilidade do princípio da *insignificância* em relação aos crimes ambientais, em razão da indisponibilidade do bem jurídico protegido e da necessidade de dissuasão da prática dos delitos atentatórios ao meio ambiente. Precedentes do TRF/1ª Região.

(3ª Turma, RSE 0002736-32.2006.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), e-DJF1, p. 102, de 08/07/2011.)

[...] II. Impossibilidade de aplicação do princípio da *insignificância* nos casos que versem sobre a prática, em tese, de *crime ambiental*, dada a indisponibilidade do bem jurídico tutelado.

(4ª TURMA, RSE 0002440-68.2010.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado), e-DJF1, p. 130, de 29/06/2011.)

Ademais, o laudo de exame de substância de fls. 362-373 revela o dano ambiental decorrente da exploração ilegal de recursos minerais, constando que os réus efetuaram lavra de ouro, sem as devidas licenças, mediante utilização do mercúrio no processo de extração de ouro, o que gera danos ambientais e riscos à saúde humana, eis que provoca inúmeras doenças e prejudica diversos órgãos, danificando principalmente o cérebro e os rins, entre outros.

### 5 Materialidade e autoria do delito do art. 2º da Lei 8.176/1991

O crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/1991 incrimina a conduta de explorar matéria-prima pertencente à União, tirando proveito ou utilidade, sem a devida autorização, bem como adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no *caput* do artigo, sem autorização legal. Ele não exige para sua configuração que as condutas sejam praticadas com finalidade lucrativa.

O elemento subjetivo do tipo é dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de executar pesquisa ou lavra, extrair recursos minerais ou explorar matéria-prima pertencentes à União sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

A expressão “sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo”, inserta no art. 20 da Lei 8.176/1991, é elemento deste tipo penal e, para a caracterização do dolo, devem estar na esfera de conhecimento do agente.

A materialidade e autoria restaram comprovadas: pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 20; pelo laudo de exame em embarcação de fls. 196-200, que afirma que as balsas apreendidas estavam em atividade, sendo aptas à extração de minérios; pelo laudo de exame de substância de fls. 362-373; nos quais se constata a extração de minério – ouro sem autorização legal mediante a utilização de mercúrio metálico; pela prova testemunhal colhida (fl. 455); pelos interrogatórios dos réus, nos quais declararam que exploraram ouro sem a necessária autorização do

DNPM; pelo Termo Circunstanciado 46/2007 (fls. 102-125), que demonstra que, em 27 de julho de 2007, os réus Davi e Edvaldo tiveram suas dragas apreendidas pela Polícia Militar do Batalhão Ambiental em razão do seu uso para a extração ilegal de minério do Rio Madeira, contudo, no dia dos fatos ora em apuração, descumpriram essa ordem.

No laudo de exame de substância, de fls. 362-373, consta que:

[...] Tendo em vista os exames realizados, bem como tudo quanto foi exposto no corpo deste laudo, os peritos passam a responder aos quesitos da forma como segue:

1. Qual(is) a(s) substância(s) e a(s) característica(s) da(s) mesma(s)?

A substância contida nos frascos apresentados a exame apresenta o MERCÚRIO METÁLICO (Hg<sup>0</sup>) como principal componente. Vide itens II e IV para detalhes.

2. A(s) substância(s) ora encaminhada(s) pode(m) causar degradação ambiental e/ou danos a saúde?

Sim. O mercúrio é considerado um poluente de alto risco para o meio ambiente. No processo de extração de ouro utilizado pelas embarcações (balsas), o mercúrio acaba por ser lançado na água e na atmosfera, formando um ciclo de contaminação do ar, da água e do solo. Vide item V.2 para detalhes.

O mercúrio provoca inúmeras doenças e prejudica diversos órgãos, danificando principalmente o cérebro e os rins, entre outros. Vide item V.3 para detalhes.

3. A(s) substância(s) pode(m) ser utilizada(s) na extração de ouro?

Sim. As embarcações (balsas) utilizam amplamente o mercúrio metálico no processo de extração de ouro em garimpos. O fato de o ouro ser encontrado sob a forma de pó (ouro de aluvião) exige o uso de mercúrio para formar um amálgama que facilita a identificação do ouro. Vide item V.1 para detalhes sobre o processo.

4. Outros quesitos julgados úteis/esclarecedores.

As informações sobre danos ambientais e riscos à saúde humana levantadas neste Laudo estão relacionadas à utilização do mercúrio no processo de extração de ouro. A contaminação por mercúrio é um assunto de grande complexidade, tendo os signatários somente o objetivo de fornecer as informações necessárias, sem o intuito de pormenorizar o assunto. Estas questões estão em constante estudo por pesquisadores, para aprofundamento e um entendimento de todos os fatores envolvidos. [...].

No caso, está devidamente demonstrado nos autos o dolo dos réus em praticar o delito, pois, conscientemente, efetuaram pesquisa e lavra de matéria-prima pertencente à União, sem as devidas autorizações legais, embora soubessem da necessidade de obtê-las previamente.

Em juízo, o réu Uelison Afonso de Souza declarou que estava trabalhando na draga Esperança, de responsabilidade do réu Edvaldo, na *função de operador e soldador*, há um ano e dois meses, a qual não tinha licença para exploração de ouro. Veja (fls. 242-243):

[...] Que mensalmente no garimpo auferia de R\$ 800,00 a R\$ 1000,00; Que no sítio ganha na faixa de R\$ 300,00 a R\$ 400,00 mensalmente; Que estudou até a sétima série; Que nunca foi preso nem processado; *Que é verdade os fatos narrados na denúncia; Que estava trabalhando na draga Esperança; Que não tinha licença para exploração de ouro; Que a draga era de responsabilidade de Edvaldo; Que trabalhou nesta draga há um ano e dois meses, exercendo função de operador e soldador; Que o pagamento era feito por comissão à base de cinco por cento da comissão; Que não sabia da necessidade de licença para exploração de ouro, até porque não tinha sido fiscalizado; Que a draga estava parada e Edvaldo devia a comissão; Que por conta própria resolveu trabalhar na draga para receber a comissão; Que a draga tinha combustível; Que estava trabalhando naquela draga há uns quinze e vinte dias; Que estava trabalhando com auxílio de Japurá; Que Edvaldo não estava comparecendo àquele local; Que não sabia que a draga Esperança havia sido apreendida anteriormente, pois não estava lá na época dos fatos; Que não sabia que o ouro era da União; Que nunca tinha sido fiscalizado anteriormente; Que conhece as dragas Leonardo, Vermelhinha e Vagume, mas não sabe dizer quem o proprietários delas; Que conhece Narcísio Mendes, Marzurkiewicz Andrade, Davi Rodrigues, Edvaldo Teixeira e Geová Francisco; Que na exploração do minério, utiliza-se mercúrio para separação do ouro da terra e para juntá-lo; Que não se joga mercúrio no rio; Que é utilizado um instrumento chamado cadinho para o trabalho com mercúrio, e que se trata de recipiente fechado; Que um quilo de mercúrio é suficiente para setenta dias de trabalho; Que Edvaldo não autorizou ao interrogando a trabalhar na draga. [...].*

Em juízo, o réu Narcísio Mendes de Freitas declarou que os fatos são verdadeiros, pois estava trabalhando na draga Esperança, de responsabilidade do réu Edvaldo, juntamente com os réus Geová e Francisco, a qual acha que não tinha licença para exploração de ouro. Veja (fls. 244-245).

Que auferia mensalmente no garimpo em média R\$ 800,00, atualmente ganha menos; Que estudou até a quinta série do ensino fundamental; Que já compareceu na Justiça Federal por problemas de dragas; *Que os fatos são verdadeiros; Que estava*

*explorando ouro na Draga Vermelhinha, juntamente com Geová Francisco; Que o proprietário da draga vermelhinha é Edvaldo; Que Edvaldo estava devendo para o interrogando e a draga estava parada a mais de trinta dias, como estavam precisando de dinheiro, resolveu trabalhar nos finais de semana; Que não possuía licença e acha que Edvaldo também; Que não sabia que precisava de licença para trabalhar no garimpo, pois o IBAMA e o DNPM nunca compareceram ali para fiscalizar; Que Edvaldo estava para Guajará-Mirim e não tinha autorizado na draga; Que não utiliza mercúrio, pois atualmente utiliza-se um método chamado resumidor; Que a referida draga foi apreendida anteriormente, estando parada há mais de trinta dias; Que havia proibição em voltar a funcionar a draga; Que estava na draga quando da primeira apreensão; Que o pagamento era realizado por comissão na razão de cinco por cento da produção; Que não tinha conhecimento de que o ouro era da União; Que não sabia se Edvaldo tinha ou não licença para trabalhar com a draga; Que conhece as dragas Esperança, Leonardo e Vaga-lume; Que as duas primeiras era de responsabilidade de Edvaldo e pertence a uma pessoa que mora em São Paulo, e a última é de propriedade Davi; Que trabalhava na draga vermelhinha há mais de ano; Que conhece todos os acusados, exceto os acusados Francisco Ferreira e Francisco Dias. [...].*

Em juízo, réu Geová Francisco da Silva declarou que os fatos são verdadeiros, pois estava trabalhando na draga Esperança, de responsabilidade do réu Edvaldo, na função de operador, a qual não tinha licença para exploração de ouro. Veja (fls. 248-250):

*Que está trabalhando há quinze anos no garimpo no Rio Madeira, na região acima do Teotônio; Que reside em Porto Velho em casa própria; Que é casado e tem duas filhas; Que a renda mensal é em torno de R\$ 900,00 a R\$ 1000,00; Que não possui automóvel e nem conta bancária; Que estudou até a terceira do ensino fundamental; Que foi preso ou processado; Que os fatos verdadeiros; Que estava trabalhando na draga vermelhinha de propriedade de Edvaldo; Que exercia a função de operador da draga; Que o pagamento era realizado na proporção 5% da produção bruta em ouro; Que a produção de ouro mensal da draga era de 800gr a 1000gr; Que trabalhava na draga vermelhinha há dois anos; Que no dia dos fatos, também estava trabalhando na draga vermelhinha o acusado Narcísio; Que Edvaldo não tinha autorização para trabalhar; Que Edvaldo estava devendo aos funcionários, e então eles colocaram a Draga para trabalhar; Que a draga vermelhinha havia sido presa anteriormente pelo Ibama, época em que o interrogando estava na cidade; Que não sabia que precisa de autorização do DNPM e da SEDAM para exploração de ouro; Que mesmo o Ibama tendo apreendido a draga anteriormente, não sabia que precisa de licença, pois achou que a apreensão foi devida à exploração de minério próximo ao barranco; Que a draga vermelhinha não havia sido fiscalizada anteriormente, e ouviu falar na região de Mutumàs vezes comparecia a fiscalização; Que*

*todos os acusados, exceto Uelison Afonso e Jorjão Viane; Que conhece as dragas Esperança, Leonardo e Vaga-lume; Que o proprietário da draga vaga-lume é Davi; Que não conhece o proprietário das dragas Esperança e Leonardo; Que na exploração do ouro usa o mercúrio; Que no dia da apreensão não se recorda se havia mercúrio, que o mercúrio é utilizado para separação do ouro da terra e para dá liga ao metal; Que o mercúrio não é jogado no rio, ao contrário, o mercúrio existente no fundo do rio atualmente é recolhido e reaproveitado; Que o mercúrio queimado em um recipiente fechado e reaproveitado novamente; Que não conhece as testemunhas arroladas pela acusação. [...] Que estava na draga quando os agentes da polícia federal lá chegaram; Que o proprietário não havia autorizado no trabalho na draga, mas como ele devia aos funcionários e havia óleo para o funcionamento da máquina, os empregados resolver funcionar a draga. [...].*

Em juízo, réu Edvaldo Teixeira Cavalcante declarou que é proprietário da draga Vermelhinha e tomava conta das dragas Esperança e Leonardo. Disse que as dragas Vermelhinha e Esperança haviam sido presas anteriormente pela Polícia do Meio Ambiente e que a draga Vaga-lume, de Davi, também havia sido presa.

Afirmou que não autorizou os funcionários a trabalhar nas dragas e que ficou sabendo da segunda apreensão das dragas através de sua esposa, que não tinha licença para trabalhar; Que não sabia da necessidade de licença para exploração de ouro, pois nunca tinha sofrido uma fiscalização até a data da primeira apreensão. Veja (fls. 251-252):

*[...] Que a sua renda mensal é de R\$ 800,00 a R\$ 1000,00; Que possui o segundo grau incompleto; Que nunca foi preso ou processo criminalmente; Que é proprietário da draga vermelhinha e tomava conta das dragas Esperança e Leonardo; Que as dragas vermelhinha e esperança havia sido presa anteriormente pela Polícia do Meio Ambiente; Que a draga Vaga-lume de Davi também havia sido presa; Que as dragas ficaram paradas no Porto do Sr. Manel, abaixo da Cachoeira de Teotônio; Que foi para Guajará-Mirim e lá ficou por um mês; Que devida a prisão ficou devendo aos funcionários; Que não autorizou os funcionários a trabalhar nas dragas; Que ficou sabendo da segunda apreensão das dragas através de sua esposa, que entrou em contato com o interrogando em Guajará-Mirim; Que estava naquela região trabalhando com os parentes que tem fazenda; Que trabalhava na draga vermelhinha, o Sr. Geová e o Sr. Narcísio; Que na draga Esperança estava a pessoa de apelido "Biel"; Que não sabe dizer quem estava trabalhando na draga Leonardo; Que não tinha licença para trabalhar; Que não sabia da necessidade de licença para exploração de ouro, pois nunca tinha sofrido uma fiscalização até a data da primeira apreensão; Que atualmente a cooperativa conseguiu as licenças; Que atualmente as dragas*

estão paradas; Que possui a draga Vermelhinha há mais ou menos há um ano e meio; Que em média uma draga produz 800gr de ouro mensal; Que não utilizava mercúrio na draga; Que atualmente utiliza-se a técnica chamada resumidor ou bateia para separação do ouro da terra; Que comprou a draga vermelhinha por R\$ 40.000,00, dando um carro de entrada, faltando o pagamento de R\$ 20.000,00; Que o pagamento dos empregados era por comissão na razão de 20% a ser rateado entre os empregados; Que em média trabalham quatro pessoas em uma draga; Que conhece os acusados Uelison Afonso, Narcisio Mendes, Davi Rodrigues e o Geová Francisco; Que não conhece os demais acusados pelo nome, podendo conhecê-los por apelido. [...].

Em juízo, réu Davi Rodrigues Mendes declarou que a draga é de sua propriedade e já foi apreendida em 2007, sendo que não autorizou o funcionamento da draga no dia dos fatos. Disse que não possuía autorização para explorar no garimpo e nem sabia que era necessário. Veja (fls. 246-247).

Que trabalhou com garimpo de 2004 até 2007, atualmente desmanchou a draga e está estudando para concurso; Que é desquitado e possui três filhos; Que reside com a sua genitora; Que não possui casa própria, carro, moto e nem conta bancária; Que na época do garimpo auferia em torno de R\$ 1000,00 mensalmente; Que atualmente não possui rendimentos; Que tem formação superior em Administração; Que já foi preso e processado por tráfico de droga em 1997, já tendo encerrado todo o processo em 04.12.2004; Que confirma que a draga foi apreendida em 2007, não sabendo a data correta; Que no dia dos fatos estava na draga; Que com aquela apreensão ficou encostada e na primeira audiência daquele processo, solicitou o desmanche da draga; Que não autorizou o funcionamento da draga e que ficou sabendo que ela estava trabalhando quando a polícia federal compareceu em sua residência; Que no dia da segunda apreensão duas pessoas estavam trabalhando na draga, uma de apelido Marzurca e outro o interrogando não se lembra o nome; Que Mazurca trabalhava na draga há uns dois meses, que volta a confirmar que não autorizou ele a trabalhar no garimpo após a primeira apreensão; Que adquiriu a draga vaga-lume por uns R\$ 35000,00 ou R\$ 40000,00 no ano de 2004; Que não possuía autorização para explorar no garimpo, e nem sabia que era necessário; Que nunca foi fiscalizado durante os três anos que trabalhou lá; Que utiliza mercúrio com a tecnologia de cadinho, que consiste na queima em recipiente fechado; Que atualmente não se joga mercúrio no rio; Que conhece as dragas Esperança, Leonardo e Vermelhinha, mas não sabe dizer quem é o proprietário delas; Que o pagamento dos trabalhadores é feito por comissão a base de cinco por cento da produção bruta para cada pessoa; Que na draga geralmente trabalham quatro pessoas; Que a produção mensal é em média de 800gr de ouro; Que atualmente não tem comprado mercúrio, mas sim retirado aquela substância do rio, reaproveitando-a; Que conhece todos os acusados, exceto Francisco

Ferreira, Francisco Dias, Francisco Benício, Laércio da Silva e João Vianei. [...].

Em juízo, réu João Vianey de Santana declarou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga Leonardo extraindo ouro (fls. 274-275).

O réu Francisco Benício de Paiva, em juízo, declarou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga Leonardo na função de operador de draga, recebendo para tanto cerca de R\$ 800,00 por mês, quando houve a abordagem dos policiais. Disse que, no dia dos fatos, a draga estava apenas em teste, não estando em funcionamento e que não sabia ser ilegal a extração de ouro (fl. 455).

O réu Francisco Dias de Oliveira, em juízo, declarou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga esperança na função de soldador há dois dias. Disse que não sabia ser ilegal a extração de ouro sem a devida autorização (fl. 455).

O réu Francisco Ferreira Lima, em juízo, declarou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga Vermelhinha, de propriedade Edvaldo, na função de soldador, juntamente com outros réus, recebendo, para tanto, cerca de R\$ 200,00 por mês. Disse que não sabia ser ilegal a extração de ouro sem a devida autorização (fl. 455).

O réu Laércio da Silva Moura, em juízo, declarou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga Vermelhinha, de Leonardo, sem saber o nome do proprietário, no serviço de soldador e revisão geral, recebendo, para tanto, cerca de R\$ 800,00 por mês. Disse que a draga estava lá em montagem há 22 dias e em funcionamento há dois dias (fl. 455).

O réu Mazurkiewicz de Andrade, em juízo, declarou que são falsos os fatos narrados na denúncia, eis que, realmente, estava trabalhando na draga Vaga-lume, de responsabilidade de Davi, como soldador, recebendo, para tanto, cerca de R\$ 700,00 a R\$ 900,00 por mês (fl. 455).

A testemunha Ednaldo Rodrigues de Oliveira, policial federal, em juízo, afirmou que, após receber denúncia de que existiam dragas trabalhando no Rio Madeira, ele e outros policiais foram ao local e constataram a presença de quatro dragas/balsas (Vermelhinha, Esperanza, Leonardo e Vaga-Lume), sendo que cada equipe de policial foi para uma. Disse que o réu Geová era responsável por uma draga e encontrou os demais réus extraindo ouro sem a devida autorização legal no leito do rio.

Afirmou que foi encontrado mercúrio no local, tendo, inclusive, uma das pessoas da equipe se intoxicado em razão da apreensão desse produto, bem como que as dragas tinha acabado de retirar o ouro do fundo do rio que esta depositado em carpetes que são utilizados para separar o material sólido da água. Disse que, 15 dias antes, as mesmas dragas foram surpreendidas realizando o mesmo crime e interdidas, contudo, desrespeitaram a interdição e continuaram trabalhando (fl. 455).

A testemunha Hermes Bolívar Clemente Pereira, policial militar, em juízo, disse que participou da abordagem dos réus nas dragas dos acusados Edvaldo e Davi, afirmando que, efetivamente, eles estavam explorando ouro no momento dos fatos sem a devida autorização legal no leito do Rio Madeira.

A testemunha Izaías Luiz do Nascimento, em Juízo, policial ambiental, também declarou que, após receberem denúncia de que existiam dragas trabalhando no Rio Madeira, ele e os outros policiais foram ao local e constataram a presença de três dragas/balsas trabalhando e uma parada, sendo que em toda a extensão desse rio é proibida a extração de minério. Disse que as dragas Vermelhinha, Vaga-Lume e outra estavam funcionando no local, com os réus extraíndo ouro sem a devida autorização legal no leito do rio. Afirmou que elas causavam os seguintes danos ambientais: assoreamento no rio madeira, extração ilegal de ouro e despejo de mercúrio no rio (fl. 455).

Portanto, não há dúvida da presença do dolo na conduta dos réus, ou seja, de que tinham a consciência de que estavam extraíndo ouro sem a devida autorização legal, até porque vários deles declararam que exploraram ouro sem a necessária autorização e licença do órgão competente. *Além disso, a testemunha Ednaldo Rodrigues de Oliveira, policial federal, disse que, 15 dias antes, as mesmas dragas foram surpreendidas realizando o mesmo crime e interdidas; contudo, desrespeitaram a interdição e continuaram trabalhando (fl. 455), o que demonstra a efetiva consciência da ilicitude da conduta.*

Nesse diapasão, restou comprovado, pelos depoimentos das testemunhas e interrogatórios dos acusados, pelos laudos periciais e demais documentos que os réus, sob ordens de Edvaldo Teixeira Cavalcante e Davi Rodrigues Mendes, estavam explorando, sem autorização do DNPM e do Ibama, matéria-prima pertencente à União, usurpando patrimônio desta, causando prejuízos ao meio ambiente.

Diante disso, impõe-se a condenação dos réus pela prática do crime do art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991 c/c o art. 29 do Código Penal.

## 6 Erro de proibição

O erro de proibição encontra-se previsto no art. 21 do CP:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ele caracteriza-se pela exclusão da culpabilidade em razão da inexistência do potencial conhecimento da ilicitude. Assim, o agente age com dolo, mas supõe que seu comportamento seja lícito, ou amparado pelo Direito.

Para haver culpabilidade, basta que o agente saiba que seu comportamento é contrário às exigências da vida social e que seja proibido juridicamente.

No caso, não houve erro de proibição, porquanto restou suficientemente provado nos autos que os réus tinham plena consciência da ilicitude, até porque não há como aceitar que não soubessem do ilícito, pois extraíam ouro sem autorização legal para tanto.

Ora, embora os acusados afirmem que não sabiam que a matéria-prima (ouro) pertencia à União, isso não significa que eles não tivessem consciência de que o bem pertencia a terceiro, ou seja, de que era *coisa alheia*. Ademais, eles sabiam que não havia autorização para a extração do minério em causa.

Dessa forma, não restou configurado o erro de proibição na espécie.

Nesse aspecto, tenho que os réus agiram, no mínimo, com dolo eventual, eis que era possível saber que seus comportamentos contradizem às exigências da ordem comunitária. O contínuo desuso e o costume contrário à lei (contra legem) não têm eficácia revocatória da ordem jurídica. Assim, a eventual habitualidade da prática não justifica a conduta dos agentes e o desrespeito maciço à norma penal.

## 7 Dosimetria

7.1 Réus Francisco Dias de Oliveira, Francisco Ferreira Lima, João Vianey de Santana, Mazurkiewicz Andrade da Silva, Narcísio Mendes de Freitas, Laércio da Silva Moura, Geová Franciscô da Silva, Uelison Afonso de Souza e Francisco Benício de Paiva

Na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo que: os acusados são tecnicamente

primários (fls. 170-181); agiram com culpabilidade normal à espécie; não demonstram ter personalidade voltada para o crime; apresentam conduta social normal; o motivo do crime foi obter lucro, renda decorrente de garimpo de ouro; as circunstâncias do delito são próprias da espécie.

As consequências são danosas, eis que os réus efetuaram lavra de ouro, sem as devidas licenças, mediante a utilização do mercúrio no processo de extração, o que gera danos ambientais e riscos à saúde humana, eis que provoca inúmeras doenças e prejudica diversos órgãos, danificando principalmente o cérebro e os rins, entre outros; e o comportamento da vítima não influenciou na prática do delito.

Diante disso, fixo a pena-base em *1 (um) ano e 6 meses de detenção e 15 dias-multas, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos*, a qual resta definitiva neste montante, à míngua de outras circunstâncias atenuantes e agravantes ou outras causas de diminuição e aumento de pena.

Não aplico a atenuante da confissão espontânea, eis que, apesar de confirmarem a ocorrência dos fatos, os réus declararam que não sabiam da necessidade de autorização para extração do ouro.

Os acusados não detêm condições financeiras altas, pois são garimpeiros e declararam que auferem renda mensal em torno de R\$ 800,00 a R\$ 1.000,00.

O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Presentes as condições objetivas e subjetivas do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária, esta no valor de dois salários-mínimos.

7.2 Edvaldo Teixeira Cavalcante e Davi Rodrigues Mendes

Na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo que: os acusados são tecnicamente primários (fls. 170-181); agiram com culpabilidade em grau médio, eis que, como responsáveis pelas dragas, detinham maior consciência da gravidade dos fatos e do dano ambiental ocasionado e, portanto, apresentam maior reprovabilidade de suas condutas; apresentam conduta social normal à espécie; não demonstram ter personalidade voltada para o crime; o motivo do crime foi obter lucro decorrente de garimpo de ouro; as circunstâncias do delito são próprias da espécie.

As consequências são danosas, eis que os réus efetuaram lavra de ouro, sem as devidas licenças, mediante a utilização do mercúrio no processo de

extração de ouro, o que gera danos ambientais e riscos à saúde humana, eis que provoca inúmeras doenças e prejudica diversos órgãos, danificando principalmente o cérebro e os rins, entre outros; e o comportamento da vítima não influenciou na prática do delito.

Diante disso, fixo a pena-base em *dois anos e seis meses de detenção e 40 dias-multas, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos*, a qual resta definitiva neste montante, à míngua de outras circunstâncias atenuantes e agravantes ou outras causas de diminuição e aumento de pena.

Os acusados têm condições financeiras para suportar a sanção secundária, pois são comerciantes e auferem renda mensal alta, haja vista que pagam em torno 5% pelo trabalho dos garimpeiros, os quais declararam que auferem renda mensal em torno de R\$ 800,00 a R\$ 1.000,00.

O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Presentes as condições objetivas e subjetivas do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária, esta no valor de 20 salários-mínimos.

6. Ante o exposto, *de ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva para o delito do art. 55, caput, da Lei 9.605, e dou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para condenar, pela prática do delito do art. 2º da Lei 8.176/1991 c/c o art. 29 do Código Penal, os réus:*

Francisco Dias de Oliveira, Francisco Ferreira Lima, João Vianey de Santana, Mazurkiewicz Andrade da Silva, Narcísio Mendes de Freitas, Laércio da Silva Moura, Geová Franciscô da Silva, Uelison Afonso de Souza e Francisco Benício de Paiva às penas de 01 (um) ano e 06 meses de detenção, no regime inicial aberto, e 15 dias-multas, à razão de 1/30 do salário mínimo;

Edvaldo Teixeira Cavalcante, Davi Rodrigues Mendes às penas de 02 anos e 06 meses de detenção, no regime inicial aberto, e 40 dias-multas, à razão de 1/30 do salário-mínimo.

7. Condeno os réus ao pagamento das custas processuais.

8. Após o trânsito em julgado: incluam-se os nomes dos réus no rol de culpados; recolham-se as penas de multa; comunique-se a condenação dos réus ao TRE e à Polícia Federal; expeçam-se as guias de recolhimento em desfavor dos condenados.

9. É o voto.

## Quarta Turma

Numeração única: 0013044-08.2006.4.01.3300

Apelação Cível 2006.33.00.013051-3/BA

Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)  
Apelantes: Saulo Passos Santos e outro  
Advogados: Dr. José Leite Saraiva Filho  
Dr. Jorge Luís Cerqueira Cintra  
Apelante: Manoel Honório de Souza  
Advogado: Dr. Thyers Novais de Cerqueira Lima Filho  
Apelante: Ministério Público Federal  
Procuradora: Dra. Flávia Galvão Arruti  
Apelante: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Apelados: os mesmos  
Publicação: e-DJF1 de 15/08/2012, p. 897

### Ementa

*Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Procedimento licitatório. Município. Verba federal. Interesse da União. Competência da Justiça Federal. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Oitiva de testemunhas como informante. Comissão de licitação. Inocorrência de cerceamento de defesa. Procedimento de fiscalização realizado pela CGU no âmbito de sua competência. Legalidade. Procedimentos administrativos colacionados aos autos. Conjunto probatório que demonstra a ocorrência de irregularidades caracterizadoras de ato de improbidade. Contraditório e ampla defesa observados. Dano ao erário. Inocorrência. Sanções. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade observados.*

I. Consoante entendimento jurisprudencial, já consolidado nos Tribunais, é competência da Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa que trata de suposta irregularidade na aplicação de verba federal repassada pela União a entes da federação.

II. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública por ato de improbidade administrativa, visando à apuração de atos ímprobos e a aplicação das sanções deles decorrentes.

III. No caso em exame, as testemunhas, contra que se insurgem os réus no seu apelo, por terem participado da comissão de licitação, foram ouvidas, em juízo, como informantes (cf. fls. 195-208), tendo aos apelantes, na oportunidade, sido garantido o contraditório, não havendo eles, em suas razões, demonstrado a existência de prejuízo a se impor mácula ao julgado.

IV. A prova das irregularidades, configuradoras de ato de improbidade administrativa imputada aos requeridos, ocorridas nos procedimentos licitatórios, foi devidamente colacionada aos autos pelo Ministério Público Federal, consubstanciada em fiscalizações realizadas pela Controladoria-Geral da União, em duas auditorias realizadas no Município de São Francisco do Conde, uma ocorrida em outubro de 2003 e outra em novembro de 2004, em que se apuraram fraudes nos procedimentos licitatórios, confirmadas em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não sendo os apelantes logrado afastá-las.

V. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público (Lei 8.429/1992, art. 21, inciso I).

VI. O elemento subjetivo, consubstanciado no dolo na conduta dos requeridos, pessoas físicas, se extrai do próprio contexto dos autos que revela o *modus operandi* com que se houveram na fraude perpetrada nos procedimentos licitatórios.

VII. Indemonstrada a ocorrência de dano ao erário, não há como prosperar a pretensão do autor da ação de condenação dos requeridos no ressarcimento do dano.

VIII. Apelação dos réus e apelação do Ministério Público Federal improvidas.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação dos réus e à apelação do Ministério Público Federal.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 31/07/2012.

Juiz Federal *Marcus Vinícius Reis Bastos*, relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos:*  
— Cuida-se de apelações interpostas por Saulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda. (fls. 390-440), por Manoel Honório de Souza (fls. 452-470), pelo Ministério Público Federal (fls. 489-495) e pela União (fls. 563-564) contra sentença (fls. 332-351) que condenou os requeridos nas sanções do art. 12, II, da Lei 8.429/1992, nestes termos:

Em face ao exposto, *julgo procedente o pedido* (CPC, art. 269, I) para condenar, nos termos do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92:

a) *MANOEL HONÓRIO DE SOUZA* ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma solidária com os réus *Saulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda.*, à suspensão dos direitos políticos pelo período de seis anos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por cinco anos.

b) *SAULO PASSOS SANTOS* ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma solidária com os réus *Manoel Honório de Souza e Still Comércio e Representações Ltda.*, à suspensão dos direitos políticos pelo período de seis anos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por cinco anos.

c) *STILL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.*, ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma solidária com os réus *Manoel Honório de Souza e Saulo Passos Santos* e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, por cinco anos.

Ficam, ainda, os réus responsáveis pelo pagamento das custas judiciais e honorários

advocatórios, em favor da União, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pro rata, em face do trabalho desempenhado pelo Ministério Público Federal, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil. (fls. 350/351).

Opostos embargos de declaração por Manoel Honório de Souza (fls. 357-369), foram rejeitados pela sentença de fls. 382-383.

Os apelantes, Paulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda., sustentam, em preliminar, a nulidade da sentença, ao argumento de que, fundada nos testemunhos de Ivonilson dos Santos Franco e Marilda Silva, tais pessoas se encontram sob timbre de suspeição.

No mérito, alegam violação da norma prevista nos arts. 131 e 485, IX, do Código de Processo Civil (fls. 397-415); ausência de dano ao erário e impropriedade da sanção (fls. 415-420); ausência de dolo ou culpa (fls. 420-440).

Ao final, requerem

*[...] seja conhecido e dado provimento ao recurso para anular a d. sentença ou para desconstituí-la e julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial, condenando o apelado em custas e honorários advocatícios a serem arbitrados por essa Corte* (fl. 440).

Por sua vez, Manoel Honório de Souza, sustenta, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer e decidir a lide (fls. 453-461) e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para a ação, uma vez que a receita utilizada para o pagamento das despesas relacionadas às Cartas Convites 76/2001 de fl. 34; 14/2002 de fl. 70; 15/2002 de fl. 103; e 104/2003 de fl. 135, decorreu do orçamento do próprio Município de São Francisco do Conde, e nunca de recursos oriundos da União ou do SUS (fls. 461-464).

No mérito, alega que toda a prova produzida no processo conduz à certeza de que nem a empresa Still, nem qualquer dos seus sócios, aí incluso o ora apelante, praticaram qualquer ato que pudesse

induzir à conclusão da ocorrência de improbidade administrativa.

Aduz que a própria autoridade judicante admitiu na motivação da sentença a ausência de dano ao erário, pela absoluta ausência de prova desse suposto fato alegado pela parte apelada e, mesmo assim, puniu os réus, dentre os quais o ora apelante, com multa e perda de direitos políticos, sem qualquer justificativa.

Por fim, diz que a sentença encontra-se desarraigada da prova dos autos, bem incongruente na sua justificação e, por consequência, desmotivada.

Ao final, requer

[...] *seja recebido o presente recurso para anular a venerável sentença ou, não sendo esse o entendimento da Corte, para desconstituir a decisão recorrida e julgar improcedentes todos os pedidos formulados na petição inicial* (fl. 470).

O Ministério Público Federal, em suas razões, sustenta, em síntese, que:

Partindo da premissa de que efetivamente houve frustração aos processos licitatórios em tela – como comprovado nos autos e reconhecido na sentença – tem-se que os referidos procedimentos foram impregnados de vícios de nulidade (operando-se, portanto, efeitos *ex tunc*), de modo que, considerando a clara má-fé dos ora apelados, não há como vingar a tese acolhida na sentença no sentido de que não houve prejuízo ao erário. (fls. 492v-493).

Ao final, requer:

Ante todo o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer seja a apelação *conhecida e provida*, com a reforma parcial da sentença de fls. 332/351 a fim de que os réus, além da condenação já firmada na sentença – suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público – sejam condenados solidariamente nos termos do art. 12, I, da Lei nº 8.429/92, ao *ressarcimento integral* dos valores correspondentes às licitações de que participaram fraudulentamente, as quais perfazem um total de R\$ 308.783,00 (trezentos e oito mil, setecentos e oitenta e três reais)” (fl. 495).

A União, por seu turno, ratifica, em sua apelação, os argumentos e pedidos constantes da peça recursal do Ministério Público Federal.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal (fls. 475-487v); por Saulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda. (fls. 507-541 e 568-600); por Manoel Honório de Souza (fls. 542-559 e 604-613) e pela União (fls. 561-562).

Nesta instância, a PRR 1ª Região, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República, Dra.

Andréa Lyrio Ribeiro de Souza, opinou pelo não provimento das apelações.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos: — Consta da fundamentação da sentença:

Finalmente, *passando ao mérito*, tenho como suficientemente comprovada a tese autoral.

O Município de São Francisco do Conde foi selecionado por sorteio público para ser objeto de fiscalização da Controladoria-Geral da União. As inspeções foram duas, realizadas nos anos de 2003 e 2004, e tiveram como alvo *vinte e oito programas de governo financiados por recursos federais*. Os auditores da CGU chegaram à conclusão de que, do universo de 37 procedimentos licitatórios vistoriados, pelo menos 30 apresentavam falhas, apesar de possuírem aparência de licitude. A verificação mais aprofundada, todavia, permitiu divisar as seguintes irregularidades (Relatório de Fiscalização n. 007, fl. 13 do volume I dos autos suplementares):

- empresas convidadas que pertencem a sócios comuns e/ou familiares;
- propostas contendo idênticos erros ortográficos e disposição textual, alterando-se apenas o tamanho e a fonte da letra para aparentar diferença;
- convite a empresas fora do ramo do objeto licitado;
- *empresas vencedoras sempre ganham todos os itens cotados*;
- empresas supostamente concorrentes possuem o mesmo endereço;
- *empresas que não existem no endereço informado no convite da Prefeitura*;
- *17 dos 30 convites tiveram objeto adjudicado ao 'licitante vencedor' no valor igual ou superior a R\$ 79.000,00, sendo que os demais 'concorrentes' geralmente apresentavam propostas acima de R\$ 80.000,00*;
- elevação exorbitante de preços por meio de cotações simuladas;
- foram encontrados na sala da comissão permanente de licitação processos onde os convites que teoricamente informam às empresas a realização do procedimento licitatório estavam em branco e já assinados como recebidos.

A fim de apurar melhor os fatos, o Ministério Público Federal procedeu à oitiva de vários dos

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

envolvidos nas irregularidades, entre os quais os membros da Comissão Permanente de Licitação Municipal. Foi então que IVONILSON DOS SANTOS FRANCO e MARILDA SILVA - também ouvidos na presente ação -, mesmo depois de haverem negado qualquer falha nos procedimentos licitatórios, voltaram atrás e admitiram as simulações já constatadas pela CGU e pelo MPF.

Confira-se, no mais importante, o depoimento de IVONILSON DOS SANTOS FRANCO, presidente da Comissão de Licitação no período sob censura (fls. 337/338 do volume II dos autos suplementares), prestado ao MPF:

[...] que os processos licitatórios realizados no município de São Francisco do Conde, principalmente as Cartas-Convite, eram, em sua grande maioria, forjados; que a Comissão de Licitação de São Francisco do Conde, integrada pelo depoente, limitava-se a montar os processos licitatórios; que as atas de reuniões constantes dos referidos processo eram todas falsas, pois as reuniões para abertura de propostas não existiam; *que essas propostas das empresas supostamente concorrentes eram entregues, sem nenhum sigilo, à Comissão de Licitação, para que se procedesse à montagem do processo; que normalmente, uma pessoa só levava as propostas de preços; que as empresas que normalmente participavam das licitações assinavam, muitas vezes, o protocolo de recebimento de convite antes de efetivamente recebê-los, e até mesmo antes de conhecer o objeto da licitação; que o documento descoberto pelos técnicos da CGU, na sala da Comissão de Licitação, referido no relatório à fl. 14 dos autos principais, tratava-se de um processo licitatório em fase inicial de montagem; que o depoente sentia-se compelido a proceder dessa forma, sob pena de ser retaliado pela Administração Municipal; que o processo licitatório consistia nos seguintes passos: a Comissão de Licitação recebia um ofício da Secretaria solicitando a abertura de processo licitatório, muitas vezes com um pedido genérico; que, em seguida, elaborava-se o edital padrão e se encaminhava à Secretaria solicitante a folha de protocolo de entrega dos convites, em branco, juntamente com a Ata de Reunião de abertura de propostas, já assinada pela Comissão de Licitação, para ser assinada pelos supostos participantes; que o depoente não sabia as empresas que participariam da licitação; [...] que a Comissão de Licitação não tinha nenhuma autonomia para desclassificar as empresas; que a Ata de Reunião para abertura de propostas, muitas vezes, era assinada em branco, sem que tivesse ocorrido a reunião de abertura das propostas; que não se observava a ordem cronológica na montagem dos processos licitatórios, pois a ata, por exemplo, era assinada pelos supostos licitantes, juntamente com a elaboração das propostas; *que a Comissão de Licitação recebia as propostas e a Ata de Reunião já assinada pelos 'licitantes', em branco [...].**

Para a mesma direção convergiram as declarações prestadas por MARILDA SILVA (fls. 335/336 do volume II dos autos suplementares) durante o procedimento investigatório promovido pelo MPF. Outrossim, ressalte-se que tanto a Sra. MARILDA SILVA quanto o Sr. IVONILSON DOS SANTOS FRANCO foram ouvidos neste juízo, fls. 197/208, ocasião na qual reafirmaram todos os termos dos depoimentos prestados ao MPF, *não havendo, ao contrário do que sustentam os réus, qualquer contradição nas informações por eles prestadas em juízo.*

Por oportuno, deve-se ressaltar que tanto o procedimento de fiscalização empreendido pela Controladoria-Geral da União quanto o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público Federal para subsidiar o ajuizamento da presente Ação Civil Pública não contém qualquer vício capaz de macular os elementos de informações em ambos revelados. Ao contrário do que sustentam os réus, não é exigível que se oportunize o contraditório e a ampla defesa em procedimentos de tal natureza, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

*Processual Civil. Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Inquérito civil público. Ação ajuizada. Perda do objeto superveniente. Fato consumado. Legitimidade do Ministério Público para instaurar inquérito civil. Procedimento administrativo. Natureza Inquisitorial.* 1[...] 3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 4 [...] no procedimento meramente informativo, o contraditório e a ampla defesa não são imprescindíveis, salvo se houver restrição de direitos e aplicação de sanções de qualquer natureza, o que incoorre in casu. 6. *O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.* (REsp. 644.994/MG, Segunda Turma, DJ 21/03/2005) 7. A doutrina do tema é coadjuvante do referido entendimento, verbis: [...] 'Tal aspecto, o de servir o inquérito como suporte probatório mínimo da ação civil pública, já havia sido notado por José Celso de Mello Filho quando, na qualidade de *Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei n. 7.347/85: 'O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil,*

*em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. (grifos nossos). (Rogério Pacheco Alves, em sua obra intitulada 'Improbidade Administrativa', 2ª edição, págs. 582/583). 8. Como mero instrumento de apuração de dados, o inquérito civil, a símile do que ocorre com o inquérito policial, tem caráter inquisitório, não se aplicando, em decorrência disso, os postulados concernentes ao princípio do contraditório. [...] No inquérito civil, inexistem litigantes, porque o litígio, se houver, só vai configurar-se na futura ação civil; nem acusados, porque o Ministério Público limita-se a apurar fatos, colher dados, juntar provas e, enfim, recolher elementos que indiciem a existência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível. [...] Sendo inaplicável, pois, o princípio do contraditório e da ampla defesa, não pode ser exigido do Ministério Público que acolha peças de contestação, indicação de testemunhas de defesa, pedido de alegações escritas ou orais e outros semelhantes. Nada impede, é verdade, que o órgão que presida o inquérito civil atenda a pedidos formulados por interessados, mas se o fizer será apenas para melhor constituição dos dados do procedimento. [...] (Ação Civil Pública, comentários por artigo, 5ª edição, José dos Santos Carvalho Filho, pág. 254). 9. Extinção do processo sem análise do mérito.*

(ROMS 200502012458, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 01/06/2009)

No caso específico em testilha, o Ministério Público Federal imputa aos réus o cometimento de irregularidades que teriam sido perpetradas com a finalidade de fraudar os processos licitatórios referentes às cartas-convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003, que tiveram por objeto o serviço de impressão gráfica de formulários padronizados relacionados a programas de saúde pública financiados com verbas federais. Conforme se extrai do relatório de fiscalização da CGU, as seguintes irregularidades foram diagnosticadas:

'O convite nº 76/2001, datado de 13/08/2001, tendo como objeto a prestação de serviço de impressão de formulários padronizados para a SESAP, foram convidadas as empresas STILL Comércio e Representações, Seleta Studio Gráfico e Multigráfica Comercial e Serviços, sendo homologada vencedora a empresa STILL, por ter apresentado proposta no valor de R\$ 78.304,00, menor preço.

A empresa SELETA Studio Gráfico, convidada pela Administração Municipal para participar do certame licitatório, teve seu cadastro estadual cancelado em 19/03/1997, conforme consulta à Secretaria da Fazenda Estadual. Em visita ao endereço JD. Vera Cruz, IAPI, lote 34, Q. 08, Loja A, constante do processo licitatório, verificou-se a inexistência de qualquer empresa em atividade e, conforme declaração de moradores locais, no endereço citado funcionou uma empresa de ônibus por um período

médio de quatro anos encerrando suas atividades no local em junho de 2003. Informamos ainda que tentou-se contatar por telefone o sócio gerente, o Senhor Márcio Ribeiro dos Santos, porém não houve êxito.

No que diz respeito à empresa Multigráfica Comércio e Serviços Ltda, a outra convidada para o mesmo certame, com endereço na Rua Ajax Baleeiro, 63, Jd. Brasília, Pernambuco, verificou-se que a mesma não funciona no referido endereço desde maio de 2001, segundo informações prestadas por um comerciante com estabelecimento ao lado do endereço apontado. No endereço constante da Multigráfica no cadastro da Receita Federal, encontra-se instalada a empresa CORBA Comércio e Representações.

As licitações na modalidade Convite 14/2002 e 15/2002, de 04/02/2002, cujos objetos contemplavam serviços de impressão gráfica de formulário padronizado, participaram as empresas STILL Comércio e Representações, Seleta Studio Gráfico e Editora e Gráfica Rio Branco, tendo vencido os certames a STILL com as propostas nos valores de R\$ 76.420,00 e R\$ 78.304,00, respectivamente.

O convite nº 104/2003, de 13/05/2003, participaram as empresas Still, Rio Branco e S. Vitor Ltda., vencendo a empresa Still, proposta no valor de R\$ 75.755,00.

A empresa Still comércio e Representações Ltda., venceu as quatro licitações no valor total de R\$ 308.783,00, tendo como objeto prestação de serviços de impressos e confecção de formulários e materiais nos exercícios de 2001 a 2003.

Os controles de entrada e saída de materiais no almoxarifado da Secretaria Municipal de Saúde são inexistentes, fato que dificulta constatar a efetividade das aquisições dos produtos, bem como o destino que lhes são dados. O quantitativo de material supostamente fornecido é superdimensionado em comparação à demanda' (fls. 45-46 - autos suplementares)

Destaque-se, inicialmente, que assiste razão aos réus quando afirmam que é tão-somente da administração pública a responsabilidade pela verificação da regularidade das empresas concorrentes para fins de habilitação no certame, bem como quando sustentam que o eventual superdimensionamento do quantitativo licitado constitui irregularidade imputável apenas ao administrador público. Além disso, pesa em favor dos réus o depoimento da testemunha Moacir Ramos dos Santos (fls. 235-236), que confirmou o recebimento do material licitado, não se podendo falar, portanto, em descumprimento do dever contratual de entrega dos produtos licitados.

Todavia o conjunto probatório produzidos nos autos revela que, inequivocamente, os réus concorreram para a frustração do caráter concorrencial dos processos licitatórios em testilha. A análise detalhada dos processos de licitação

referentes às cartas-convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003 revela que todos os itens cotados nas propostas apresentadas pela pessoa jurídica ré tiveram custo menor do que aqueles ofertados pelas supostas empresas concorrentes. A carta-convite 76/2001 teve como objeto 33 itens, sendo que a proposta oferecida pela Still Comércio e Representações Ltda. contém preços inferiores em todos os itens cotados. A variação de preços entre as concorrentes, outrossim, é irrisória, refletida preponderantemente em centavos de diferença (fls. 26/28 - anexo dos autos complementares). Por seu turno, os produtos cotados por intermédio das cartas-convites 14/2002 e 15/2002 totalizam 79 itens. Mais uma vez, a empresa Still Comércio e Representações Ltda, 'vencedora' de ambos os certames, apresentou melhor preço em absolutamente todos os itens cotados, situação que se repetiu, sem qualquer exceção, nos 40 itens 'licitados' através da carta-convite 104/2003 (fls. 63-64, 96-97 e 127-129 - anexo dos autos complementares). Como visto, as semelhanças apresentadas ultrapassam a mera 'coincidência', notadamente em uma economia livre de mercado.

Tal conclusão, inclusive, é corroborada com as declarações prestadas em Juízo, que confirmam a colaboração dos réus para a frustração da licitude dos processos licitatórios em evidência. A seguir, alguns dos principais trechos das informações colhidas:

MARILDA SILVA

'Fez parte da comissão de licitação do município de São Francisco do Conde em 1995 e 2004 ou 2005; que *nessa comissão não ocorriam reuniões para deliberar as propostas*, uma vez que já recebia a documentação preparada pelas secretarias, tais como planilhas, documentos do INSS, FGTS, além de toda a documentação que acompanha a carta convite, bem como as proposta, que era preparada ata de reunião com base nessa documentação recebida; que esses documentos mencionados eram oriundos das secretarias de saúde, de educação, da fazenda e administração; que essa comissão de licitação era composta por Ivonilson, Josélia e Edinalva, além da própria informante; que a partir das propostas apresentadas verificava-se quem era o vencedor a partir do menor preço encontrado; *não havia envelopes lacrados de forma que a partir do exame das propostas encaminhadas à comissão é que se verificava a proposta vencedora; que esse tipo de procedimento irregular era comum nas licitações da modalidade convite*, mas que, em outras modalidades, como tomada de preços, existia, de fato, a reunião da comissão e a deliberação acerca das propostas; que os documentos encaminhados à comissão de licitação partiam das Secretaria e eram entregues à comissão por intermédio de assessores e outros funcionários das secretarias, mas que não se recorda dos nomes desses servidores; porque em geral não eram pessoas residentes do município de S. Francisco do Conde, mas prestadores de

*serviço; que se recorda de procedimento licitatório de que participou a demandada Still, possivelmente relacionado a prestação de material gráfico, panfletos, voltados para a área da saúde; que houve alguns convites de que participou essa empresa, além de uma tomada de preços ou concorrência; que os certames na modalidade convite de que participou a empresa Still sofreram da mesma irregularidade já mencionada anteriormente, qual seja a ausência de reunião formal da comissão de licitação*

[...]

Nas modalidades de convite de que participaram a demandada STILL, bem como suas concorrentes, *não compareceram à seção de julgamento até porque esta não houve de fato; [...] que em todos os convites que participou a empresa Still se deu a mesma irregularidade*, qual seja, a ausência de efetiva deliberação dos membros da comissão em seção de julgamento; que a documentação era recebida aberta pela comissão, sem nenhum sigilo das propostas'. (fls. 197/202)

(grifos acrescentados).

IVONILSON DOS SANTOS FRANCO

'que se recorda de mais de um convite de que participou a empresa Still relacionado à prestação de serviços gráficos; que não se recorda dos nomes das empresas concorrentes da Still nestes certames; *que a Still era sempre vencedora dos certames em que participava; que se recorda de um convite em que as propostas e toda a documentação veio toda preparada da secretaria, não passando por qualquer deliberação da comissão; [...]* que não se recorda de ter participado de reunião em que tenha estado presente algum representante da empresa Still; [...] que se recorda precisamente dos convites de que participou a empresa Still, uma vez que essa empresa era a única que prestava serviços gráficos para a secretaria de saúde, tais como formulários contínuos das secretarias' (fls. 203/208) (grifos acrescentados)

Desta forma, todas as provas produzidas nos autos convergem para a verossimilhança da tese autoral, visto que tanto os documentos colacionados quanto as informações prestadas em Juízo revelam que, em verdade, restou frustrada a licitude dos processos licitatórios referentes aos convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003, em função, notadamente, da ação dos réus, que, para se beneficiarem dos valores decorrentes da contratação, concorreram para a frustração do caráter concorrencial dos certames em referência.

Fixados os elementos fáticos da demanda, confirmadas estão as acusações formuladas pelo Ministério Público Federal. Resta verificar o enquadramento da conduta na Lei de Improbidade Administrativa.

Do enquadramento na lei de improbidade

Nos termos do art. 3º Lei n. 8.429/92, *todos os que concorrem para a prática do ato de improbidade ficam incursos nas sanções correspondentes*. Por isso, os réus estão implicados, dado que, malgrado não

sejam agentes públicos, aderiram à conduta ímproba dos agentes municipais, concorrendo decisivamente para a frustração do processo licitatório referente aos convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003.

Desta forma, embora não seja possível o enquadramento dos réus nas práticas referidas no art. 9º da Lei 8.429/1992, pois não foi comprovado o enriquecimento ilícito decorrente da não entrega ou superfaturamento das mercadorias, os fatos subsumem-se perfeitamente às infrações tipificadas em seu artigo 10, visto que, *por presunção legal*, causa lesão ao erário o ato ímprobo que enseja a frustração da licitude de processo licitatório:

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

VIII - *frustrar a licitude de processo licitatório* ou dispensá-lo indevidamente;

Logo, configurada a concorrência para ato de improbidade administrativa que causou lesão ao erário, mister se faz a imposição da sanção legalmente decorrente.

Da dosimetria das sanções

Incorre o réu nas penas do art. 12, II do diploma em questão. Confira-se:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Como já vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, o magistrado deve verificar entre as sanções prescritas as mais adequadas para reprimir o ato ímprobo, não se impondo que sejam todas cumulativamente fixadas:

*Administrativo. Lei de improbidade administrativa. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. [...]*

I. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Estadual em face de ex- prefeito, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consubstanciado na permissão a particulares de uso de bens imóveis públicos, sem permissão legal, enquanto do exercício do cargo eletivo.

II. As sanções do art. 12, da Lei n. 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo.

III. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. Precedentes: REsp 664856/PR, desta relatoria, DJ de 02.05.2006; REsp 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; REsp 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; REsp 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002; REsp 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e REsp 505.068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003 (Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, REsp 631301/RS, DJ 25/09/2006, p. 234).

Nesse passo, fica descartada a pena de perda de função pública, pois não consta nos autos notícia de que qualquer dos réus a exerça.

No caso em testilha, posto a ocorrência de lesão ao erário seja legalmente presumida, a sua determinação dependeria da prova da quantidade de eventuais produtos não entregues à prefeitura municipal ou da efetiva ocorrência de superfaturamento dos valores cobrados. Nenhuma das duas hipóteses se descortinou nos presentes autos; pelo contrário, a testemunha Moacir Ramos dos Santos afirmou expressamente em seu depoimento que os produtos contratados foram efetivamente entregues. Além disso, constata-se que não há qualquer evidência de superfaturamento das mercadorias contratadas. Outrossim, conforme já mencionado na decisão de fls. 150/151, a análise da petição inicial revela que 'o Parquet Federal não busca obter uma declaração a respeito do cumprimento ou descumprimento de contratos, mas sim sobre a regularidade ou irregularidade dos procedimentos licitatórios em si. Os vícios de comportamento deles, ao menos demonstráveis, portanto, seriam de ordem procedimental e ideológica'. Por isso, embora a simples frustração da licitude de processo licitatório e, conseqüentemente, de seu caráter competitivo, seja suficiente para se presumir o dano ao erário, entendo que, no caso dos autos, não pode haver a imposição de condenação ao réu de ressarcimento do dano, ante a ausência de prova inequívoca da sua extensão.

Ademais, ressalte-se que, nos caso em tela, os valores *acrescidos* ilicitamente ao patrimônio corresponderiam ao lucro auferido pelos réus

em decorrência da contratação. Todavia, não há elementos nos autos capazes de quantificá-los, de modo que se torna inviável a determinação da perda de tais valores. Desta forma, em decorrência da inexistência de provas capazes de quantificar o lucro proveniente do negócio firmado, deixo de aplicar a sanção de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Já a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber aportes fiscais são penalidades altamente recomendáveis às práticas descritas nos autos, pois o móvel da frustração ao processo licitatório foi o interesse financeiro ilícito. Se por um lado não se tem certeza do prejuízo econômico suportado pela comuna, é indubitável que os réus auferiram pelo menos o proveito de contratar sem efetiva concorrência.

Portanto, quanto à multa civil em função dos réus terem concorrido para a frustração da licitude de 04 (quatro) processos licitatórios, entendo correto fixá-la em 10% (dez por cento) do valor total auferido por intermédio das contratações realizadas com a comuna (R\$ 308.783,00, somatório dos valores percebidos nos processos licitatórios 76/2001 (R\$ 78.304,00), 14/2002 (R\$ 76.420,00), 15/2002 (R\$ 78.304,00) e 104/2003 (R\$ 75.755,00)), ou seja, R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), valor a ser pago de forma *solidária* pelos demandados.

Ademais, a proibição de todos os réus 'contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário' é medida de rigor, pois foi justamente a ânsia pela contratação com o Município que levou à atuação em desconformidade com Direito. Assim, fica arbitrada em 05 (cinco) anos tal sanção.

Quanto à suspensão dos direitos políticos, medida prevista na lei para durar entre cinco a oito anos, entendo adequada a sua imposição em 06 (seis) anos, visto que, posto não haja notícia de que os réus sejam reincidentes, foram detectadas, nos presentes autos, a concorrência destes para a frustração da legalidade de quatro procedimentos licitatórios. Note-se que tal reprimenda, por sua própria natureza, não incide sobre a pessoa jurídica.

Dispositivo

Em face ao exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO (CPC, art. 269, I) para condenar, nos termos do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92:

a) MANOEL HONÓRIO DE SOUZA ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma *solidária* com os réus Saulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda., à suspensão dos direitos políticos pelo período de seis anos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda

que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por cinco anos;

b) SAULO PASSOS SANTOS ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma *solidária* com os réus Manoel Honório de Souza e Still Comércio e Representações Ltda., à suspensão dos direitos políticos pelo período de seis anos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por cinco anos;

c) STILL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., ao pagamento de multa civil no importe de R\$ 30.878,30 (trinta mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos), a ser paga à União de forma *solidária* com os réus Manoel Honório de Souza e Saulo Passos Santos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, por cinco anos.

Ficam, ainda, os réus responsáveis pelo pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, em favor da União, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pro rata, em face do trabalho desempenhado pelo Ministério Público Federal, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil. (fls. 338-350).

Examino os recursos.

## Das preliminares

### 1.1 Da preliminar de cerceamento de defesa levantada na apelação de Paulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda.

Alegam os apelantes, em preliminar, que teria ocorrido cerceamento de defesa, uma vez que, sejam as declarações prestadas no âmbito do inquérito civil, sejam as informações dos agentes membros da comissão, colhidas na instrução, e levadas em consideração para a condenação, são elementos imprestáveis para efeito de prova, o que ensejaria a anulação da sentença, tendo em vista que os referidos agentes seriam suspeitos, nos termos do art. 405, § 3º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

As alegações não procedem.

Com efeito, no caso em exame, verifico que as alegadas testemunhas, que participaram da comissão de licitação, foram ouvidas, em juízo, como informantes (cf. fls. 195-208), tendo aos apelantes, na oportunidade, sido garantido o contraditório, não havendo eles, em

suas razões, demonstrado a existência de prejuízo a se impor mácula ao julgado.

Ademais, as declarações dos informantes estão em harmonia com os demais elementos de prova dos autos, que demonstram de forma indubitosa a veracidade das imputações que lhes foram feitas pelo Ministério Público na inicial, tendo a sentença recorrida explicitado, de forma fundamentada, que os requeridos concorreram para a frustração da concorrência dos processos licitatórios envolvendo a empresa Still Comércio e Representações Ltda., da qual eram representantes legais os réus Manoel Honório de Souza e Saulo Passos Santos.

Registre-se que o juiz sentenciante fundamentou sua sentença com base no contexto probatório, do qual se colhe estarem as declarações dos informantes, prestadas em audiência, coerentes com as provas dos autos. As declarações dos informantes apenas confirmam as provas que subsidiaram a condenação. Não há nisso qualquer ilegalidade, considerando que não foram elas (declarações dos informantes) consideradas, isoladamente, como fundamento para a formação da convicção do julgador.

Assim, não prospera a pretensão de nulidade da sentença, defendida pelos apelantes, sob o argumento de cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar.

## 1.2 Da preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito e da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, suscitada pelo apelante Manoel Honório de Souza

Não tem razão o apelante quando defende a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para a ação.

Nesse ponto, registre-se, de início, que o sentenciante, ao fundamentar sua sentença, não deixa dúvida quanto à origem federal das verbas, ao firmar a competência da Justiça Federal, nestes termos:

Ainda antes da análise do mérito, deve-se ressaltar que a origem federal das verbas utilizadas nos convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003 não foi alvo de qualquer impugnação dos réus em sede de contestação, de modo que tal fato não foi sequer objeto de prova nos presentes autos, frente ao seu caráter incontroverso. Assim, não é admissível que, tão somente em memoriais, o réu Manoel Honório de Souza venha negar a origem federal das verbas em testilha, ante a preclusão temporal empreendida. Por oportuno, ressalte-se

que, posto a incompetência do juízo seja matéria de ordem pública, os fundamentos que subsidiaram a sua arguição nos memoriais de fls. 279/281 estão pautados na impugnação extemporânea de fatos que não foram controvertidos em momento oportuno.

Além disso, destaque-se que a origem federal das verbas em tela está suficientemente demonstrada no relatório de fiscalização da Controladoria Geral da União, no qual resta claro que os processos licitatórios em tela estão inseridos em ações de responsabilidade do Ministério da Saúde, mais especificamente ao programa/ação denominado 'Parte Fixa do Piso de Atenção Básica' (fls. 44/48 do processo administrativo-autos suplementares). Desta forma, tendo em vista a origem federal das verbas empreendidas e considerando que tais valores ainda estavam submetidos ao crivo fiscalizador da Controladoria Geral da União, *afasto a arguição de incompetência do juízo sustentada pelo réu Manoel Honório de Souza em seus memoriais.*" (fls. 337/338).

Consoante entendimento jurisprudencial, já consolidado nos Tribunais, é competência da Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa que trata de suposta irregularidade na aplicação de verba federal repassada pela União a entes da federação.

Nesse sentido, trago à colação ementas de julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional, conforme passo a transcrevê-las:

*Conflito de competência. Desvio de verba pública. FNDE. Sujeição à fiscalização por órgãos federais e à prestação de contas pelo Tribunal de Contas da União. Aplicação da Súmula 208/STJ. Conflito conhecido para determinar competente a Justiça Federal.*

I. Compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito, para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, sobressaindo efetivo interesse da União Federal. Incidência do teor da Súmula 208/STJ.

II. Ação em que a parte autora pede a citação do FNDE (autarquia federal) como litisconsorte ativa.

III. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Rio Grande – SJ/RS."

(STJ - CC 41.635/RS, rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, julgado por unanimidade em 27/04/2005, publicado no DJ de 17/10/2005, p. 162.)

*Processual civil. Agravo de instrumento, ação de improbidade. Verbas federais oriundas do FNDE do Ministério da Educação. Sujeição à fiscalização do*

*Tribunal de Contas da União. Competência da Justiça Federal.*

I. Não há necessidade da intimação do agravado, já que este não foi citado na ação originária.

II. Merece reparo a decisão agravada que afastou a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação de improbidade. Nos termos da Súmula nº 208 do STJ, a existência de obrigação de prestação de contas ao órgão federal ou ao TCU fixa a competência da Justiça Federal (art. 71, VI, da CF).

III. Agravo provido.

(TRF 1ª Região, AG 2006.01.00.019553-0/TO, do qual fui relator, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 1º/08/2006, publicado no DJ de 23/08/2006, p. 36.)

Por outro lado, o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública por ato de improbidade administrativa, visando à apuração de atos ímprobos e a aplicação das sanções deles decorrentes.

Colha-se, a propósito, o que dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

E o art. 6º, inciso XIV, alínea f, da LC 75/1993:

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

[...]

f) à probidade administrativa.

E, ainda, o art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (grifei).

Em assim sendo, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito e a legitimidade

ativa do Ministério Público Federal para a propositura da presente ação estão devidamente caracterizadas.

Preliminares rejeitadas.

Passo ao Mérito.

A presente ação de improbidade administrativa foi proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor de Still Comércio e Representações Ltda., Manoel Honório de Souza e Saulo Passos Santos, com o fim de condená-los nas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, em razão de os requeridos supostamente terem concorrido para a frustração da licitude dos processos licitatórios referentes aos convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003, realizados pelo Município de São Francisco do Conde.

### Das apelações dos requeridos

Analiso a apelação dos requeridos Saulo Passos Santos e Still Comércio e Representações Ltda., conjuntamente, com a apelação de Manoel Honório de Souza.

Sustentam os apelantes, em suas razões, basicamente, a ausência de prova da prática de ato de improbidade administrativa, principalmente de dano ao erário que entendem necessário à caracterização do ato ímprobo, bem assim ausência de dolo ou culpa.

Os argumentos dos apelantes, todavia, não se sustentam.

No caso em exame, ficou comprovado pelo autor da ação, com provas substanciais carreadas aos autos, declinadas na fundamentação da sentença, de que não se verifica qualquer ilegalidade, que os ora apelantes, se beneficiaram de contratações advindas de processos licitatórios, cuja licitude foi frustrada, em razão de simulações ocorridas em procedimentos que possuíam aparência de licitude.

Esse fato ficou muito bem delineado pelo magistrado ao fundamentar sua sentença, conforme destaco:

Por oportuno, deve-se ressaltar que tanto o procedimento de fiscalização empreendido pela Controladoria-Geral da União quanto o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público Federal para subsidiar o ajuizamento da presente Ação Civil Pública não contém qualquer vício capaz de macular os elementos de informações em ambos revelados. Ao contrário do que sustentam os réus, não é exigível que se oportunize o contraditório e a ampla defesa em procedimentos de tal natureza (fl. 341).

[...]

No caso específico em testilha, o Ministério Público Federal imputa aos réus o cometimento de

irregularidades que teriam sido perpetradas com a finalidade de fraudar os processos licitatórios referentes às cartas-convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003, que tiveram por objeto o serviço de impressão gráfica de formulários padronizados relacionados a programas de saúde pública financiados com verbas federais. (fl. 342)

[...]

[...]o conjunto probatório produzido nos autos revela que, inequivocamente, os réus concorreram para a frustração do caráter concorrencial dos processos licitatórios em testilha. A análise detalhada dos processos de licitação referentes às cartas-convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003 revela que todos os itens cotados nas propostas apresentadas pela pessoa jurídica ré tiveram custo menor do que aqueles ofertados pelas supostas empresas concorrentes. A carta-convite 76/2001 teve como objeto 33 itens, sendo que a proposta oferecida pela Still Comércio e Representações Ltda. contém preços inferiores em todos os itens cotados. A variação de preços entre as concorrentes, outrossim, é irrisória, refletida preponderantemente em centavos de diferença (fls. 26/28 anexo dos autos complementares). Por seu turno, os produtos cotados por intermédio das cartas-convites 14/2002 e 15/2002 totalizam 79 itens. Mais uma vez, a empresa Still Comércio e Representações Ltda., 'vencedora' de ambos os certames, apresentou melhor preço em absolutamente todos os itens cotados, situação que se repetiu, sem qualquer exceção, nos 40 itens 'licitados' através da carta-convite 104/2003 (fls. 63-64, 96-97 e 127-129 - anexo dos autos complementares). Como visto, as semelhanças apresentadas ultrapassam a mera 'coincidência', notadamente em uma economia livre de mercado.

MARILDA SILVA

'Fez parte da comissão de licitação do município de São Francisco do Conde em 1995 e 2004 ou 2005; que *nessa comissão não ocorriam reuniões para deliberar as propostas*, uma vez que já recebia a documentação preparada pelas secretarias, tais como planilhas, documentos do INSS, FGTS, além de toda a documentação que acompanha a carta convite, bem como as propostas, que era preparada ata de reunião com base nessa documentação recebida; que esses documentos mencionados eram oriundos das secretarias de saúde, de educação, da fazenda e administração; que essa comissão de licitação era composta por Ivonilson, Josélia e Edinalva, além da própria informante; que a partir das propostas apresentadas verificava-se quem era o vencedor a partir do menor preço encontrado; *não havia envelopes lacrados de forma que a partir do exame das propostas encaminhadas à comissão é que se verificava a proposta vencedora; que esse tipo de procedimento irregular era comum nas licitações da modalidade convite*, mas que, em outras modalidades, como tomada de preços, existia, de fato, a reunião da comissão e a deliberação acerca das propostas; que os documen-

tos encaminhados à comissão de licitação partiam das Secretarias e eram entregues à comissão por intermédio de assessores e outros funcionários das secretarias, mas que não se recorda dos nomes desses servidores; porque em geral não eram pessoas residentes do município de S. Francisco do Conde, mas prestadores de serviço; *que se recorda de procedimento licitatório de que participou a demandada Still, possivelmente relacionado a prestação de material gráfico, panfletos, voltados para a área da saúde; que houve alguns convites de que participou essa empresa, além de uma tomada de preços ou concorrência; que os certames na modalidade convite de que participou a empresa Still sofreram da mesma irregularidade já mencionada anteriormente, qual seja a ausência de reunião formal da comissão de licitação*

[...]

Nas modalidades de convite de que participaram a demandada STILL, bem como suas concorrentes, *não compareceram à seção de julgamento até porque esta não houve de fato; ... que em todos os convites que participou a empresa Still se deu a mesma irregularidade, qual seja, a ausência de efetiva deliberação dos membros da comissão em seção de julgamento; que a documentação era recebida aberta pela comissão, sem nenhum sigilo das propostas*'. (fls. 197-202)

(grifos acrescidos).

IVONILSON DOS SANTOS FRANCO

'que se recorda de mais de um convite de que participou a empresa Still relacionado à prestação de serviços gráficos; que não se recorda dos nomes das empresas concorrentes da Still nestes certames; *que a Still era sempre vencedora dos certames em que participava; que se recorda de um convite em que as propostas e toda a documentação veio toda preparada da secretaria, não passando por qualquer deliberação da comissão; ...; que não se recorda de ter participado de reunião em que tenha estado presente algum representante da empresa Still; ...; que se recorda precisamente dos convites de que participou a empresa Still, uma vez que essa empresa era a única que prestava serviços gráficos para a secretaria de saúde, tais como formulários contínuos das secretarias*' (fls. 203-208) (grifos acrescidos)

Desta forma, todas as provas produzidas nos autos convergem para a verossimilhança da tese autoral, visto que tanto os documentos colacionados quanto as informações prestadas em Juízo revelam que, em verdade, restou frustrada a licitude dos processos licitatórios referentes aos convites 76/2001, 14/2002, 15/2002 e 104/2003, em função, notadamente, da ação dos réus, que, para se beneficiarem dos valores decorrentes da contratação, concorreram para a frustração do caráter concorrencial dos certames em referência. (fls. 344-346).

Como visto, a prova das irregularidades, configuradora de ato de improbidade administrativa

imputada aos requeridos, ocorrida nos procedimentos licitatórios, foi devidamente colacionada aos autos pelo Ministério Público Federal, consubstanciadas em fiscalizações realizadas pela Controladoria-Geral da União, em duas auditorias realizadas no Município de São Francisco do Conde, uma ocorrida em outubro de 2003 e outra em novembro de 2004, onde se apurou fraudes nos procedimentos licitatórios, que foram confirmadas em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de que não se desincumbiram os apelantes em afastá-las.

Destarte, as razões invocadas pelos réus apelantes não se apresentam capazes de abalar os fundamentos da sentença que bem demonstrou a prática de ato de improbidade administrativa a eles imputadas, em razão da frustração de procedimentos licitatórios apontados pelo Ministério Público Federal na inicial do presente feito.

Ademais, é de se registrar que a aplicação das sanções, por ato de improbidade administrativa, independe da demonstração de ocorrência de dano ao erário.

Nesse sentido é o que dispõe o art. 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa, *verbis*:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

[...].

Ressalte-se, por fim, que o elemento subjetivo, consubstanciado no dolo na conduta dos requeridos, pessoas físicas, se extrai do próprio contexto dos autos que revela o *modus operandis* com que se houveram no simulacro da fraude perpetrada nos procedimentos licitatórios.

Em assim considerando, mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos quanto à condenação dos requeridos pela prática de ato de improbidade administrativa.

### Da apelação do Ministério Público Federal

Defende o apelante, em sua peça recursal, que os requeridos sejam condenados também ao ressarcimento de dano ao erário.

Em relação à pretensão do Ministério Público Federal, adoto para decidir, por sua pertinência, as razões do parecer ministerial da lavra da eminente Procuradora Regional da República Andréa Lyrio Ribeiro de Souza, nestes termos:

Como já ressaltado, o Ministério Público Federal requer '[...] a reforma parcial da sentença [...] a fim de que os réus, além da condenação já firmada na sentença [...] sejam condenados solidariamente [...] ao ressarcimento integral dos valores correspondentes às licitações de que participaram fraudulenta e, as quais perfazem um total de R\$ 308.783,00 [...] (fl. 495).

Sobre a dosimetria das sanções, o MM. Juiz de primeiro grau assim decidiu (fls. 347 e s.):

'Incorre o réu nas penas do art. 12, II do diploma em questão [...].

Como já vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, o magistrado deve verificar as sanções prescritas as mais adequadas para reprimir o ato ímprobo, não se impondo que todas sejam cumulativamente fixadas [...].

Nesse passo, fica descartada a pena de perda de função pública, pois não consta nos autos notícia de que qualquer dos réus a exerça.

No caso em testilha, posto a ocorrência de lesão ao erário seja legalmente presumida, a sua determinação dependeria da prova da quantidade de eventuais produtos não entregues à prefeitura municipal ou da efetiva ocorrência de superfaturamento dos valores cobrados. Nenhuma das duas hipóteses se descortinou nos presentes autos; pelo contrário, a testemunha Moacir Ramos dos Santos afirmou expressamente em seu depoimento que os produtos contratados foram efetivamente entregues. Além disso constata-se que não há qualquer evidência de superfaturamento das mercadorias contratadas (...). Por isso, embora a simples frustração da licitude de processo licitatório e, conseqüentemente, de seu caráter competitivo, seja suficiente para se presumir o dano ao erário, entendo que, no caso dos autos, não pode haver a imposição de condenação ao réu de ressarcimento do dano, ante a ausência de prova inequívoca da sua extensão.

Ademais, ressalte-se que, nos casos em tela, os valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio corresponderiam ao lucro auferido pelos réus em decorrência da contratação. Todavia, não há elementos nos autos capazes de quantificá-los, de modo que se torna inviável a determinação da perda de tais valores. Desta forma, em decorrência da inexistência de provas capazes de quantificar o lucro proveniente do negócio firmado, deixo de aplicar a sanção de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Já a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber aportes fiscais são penalidades altamente recomendáveis às práticas descritas nos autos [...].

Quanto à suspensão dos direitos políticos, medida prevista na lei para durar entre cinco a oito anos, entendo adequada a sua imposição em 06 (seis) anos, visto que, posto não haja notícia de que os réus sejam reincidentes, foram detectadas,

nos presentes autos, a concorrência destes para a frustração da legalidade de quatro procedimentos licitatórios.’

Note-se que tal reprimenda está em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com base em critérios legais, em consonância com o que determina o art. 12 da Lei n. 8.429/92.

No ponto, calha trazer à baila jurisprudência dos tribunais:

*Processual Civil. Administrativo. Apelação. Ação Civil Pública. Simulação de negócio jurídico. Empréstimo na CEF para pagamento de 13º salário de servidores municipais. Nulidade. Ato de improbidade administrativa dos arts. 10, VI, e 11, I, da Lei 8.429/1992 configurado. Prejuízo ao erário. Adequação das penalidades aplicadas.*

[...]

*III. A aplicação das penalidades previstas na LIA devem ser razoáveis (adequadas, sensatas, coerentes) e proporcionais (compatíveis com a gravidade e extensão do dano - material e moral) ao ato de improbidade praticado. A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva, de modo que o julgador deve levar em consideração a gravidade do fato, considerando a natureza do cargo, as responsabilidades do agente, o elemento subjetivo, a forma de atuação e os reflexos do comportamento ímprobo na sociedade.’*

(TRF1, AC 200335000121158, rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-DJF1 de 11/11/2011, p. 891, destacou-se.)

*Administrativo. Improbidade administrativa. Sanções. Condenação cumulativa. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

*Multa civil e ressarcimento integral do dano. Natureza diversa.*

*I. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, ‘a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente’. Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas cumulativas ou não. II. No caso dos autos, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de primeiro grau, condenou os recorrentes a perderem as funções públicas, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e vedação de contratarem com o poder público, com a efetiva consideração dos limites fixados na legislação e observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. III. A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa. Enquanto esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo. Agravo regimental improvido.*

(STJ, AGRESP 1122984, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJE de 09/11/2010, destacou-se) (fls. 638-641).

Assim, indemonstrada a ocorrência de dano ao erário, não há como prosperar a pretensão do Ministério Público Federal de condenação dos requeridos no ressarcimento do dano.

Diante do exposto, nego provimento à apelação dos réus e à apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

## Quinta Turma

### Apelação e Reexame Necessário no Mandado de Segurança 2009.40.00.001438-9/PI

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente  
Apelante: Universidade Federal do Piauí  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelada: Jeane Carla de Lima Rocha  
Defensor: Dr. Sérgio Murilo F. Marques Castro  
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/PI  
Publicação: e-DJF1 de 06/07/2012, p.179

## Ementa

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Ensino superior. Vestibular. Sistema de cotas. Ensino fundamental cursado, parcialmente, em escola privada. Ausência de pagamento das mensalidades. Hipossuficiência. Violação ao princípio da igualdade de tratamento. Segurança concedida.*

I. A limitação imposta pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, quanto ao ingresso naquela instituição de ensino, pelo sistema de cotas, a alunos que tenham cursado o ensino médio e fundamental em escola pública, agride frontalmente a norma constitucional que proíbe qualquer forma de discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil, em flagrante violação ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV) e agride, também, a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, por não encontrar amparo legal para se sustentar, na espécie.

II. A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de seus alardeados objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior.

III. Em sendo assim, afigura-se ilegítima a recusa da instituição de ensino superior em matricular a candidata hipossuficiente, aprovada com êxito dentro das vagas destinadas ao sistema de cotas sociais, sob o fundamento de que parte do ensino fundamental (apenas a 2ª Série) foi cursado em escola privada, ainda que na condição de bolsista integral, motivo pelo qual se pode equiparar, portanto, a impetrante aos alunos oriundos de escola pública.

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas.

## Acórdão

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

5ª Turma do TRF 1ª Região – 04/06/2012.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —* Cuida-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo douto Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, concedendo a tutela mandamental postulada nos autos do mandado de segurança impetrado por Jeane Carla de Lima Rocha contra ato do Sr. Reitor da Universidade Federal do Piauí – UFPI, assegurando à impetrante o direito à matrícula no Curso de Medicina Veterinária, junto à referida instituição de ensino, em virtude de regular aprovação em processo seletivo, mediante o preenchimento de uma das vagas destinadas aos alunos da rede pública de ensino, pelo sistema de cotas. Concluiu o douto juízo monocrático que,

*[...] o fato da impetrante ter cursado somente a 2ª série do ensino fundamental em uma escola privada não exclui sua condição de hipossuficiente, mormente porque cursado como aluna bolsista integral, conforme atesta a declaração encartada à fl. 13”.*

Em suas razões recursais (fls. 65-70), sustenta a recorrente, em resumo, que

à parte discussões sobre a legitimidade do sistema, o que se busca é dar concretude ao princípio da isonomia – tratar iguais, igualmente, desiguais, desigualmente. Por isso, a fixação de critério objetivo: apenas os alunos que cursaram, integralmente, o

ensino fundamental e médio em escola pública é que podem “beneficiar-se” do sistema de cotas. E a universidade, diante de várias situações que lhe são postas, como a do presente caso, não pode fazer outra coisa, senão aplicar, também objetivamente, as disposições do Edital do certame.

Com as contrarrazões de fls. 73-79, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força, também, da remessa oficial interposta, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do apelo e da remessa oficial (fls. 85-88).

Este é o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —*

|

No caso em exame, o juízo monocrático concedeu a segurança buscada nos presentes autos, sob o fundamento de que a impetrante, embora tenha cursado parte do ensino fundamental em escola privada (somente a 2ª série), assim o fez sem pagar as mensalidades, como bolsista integral, equiparando-se

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

assim aos alunos oriundos de instituição pública de ensino, fazendo jus, portanto, ao ingresso no ensino superior, junto à instituição de ensino recorrente, pelo sistema de cotas, em virtude de regular aprovação em processo seletivo, para essa finalidade.

Compulsando os presentes autos, verifica-se que, efetivamente, a impetrante cursou todo ensino médio e praticamente todo o ensino fundamental em escola pública, sendo que apenas a 2ª série do ensino fundamental foi cursado em escola privada, porém, como bolsista integral, ou seja, sem pagar as mensalidades.

Assim posta a questão, não merece qualquer reparo a sentença monocrática, que decidiu com inegável acerto, a controvérsia instaurada nestes autos, mormente em face do caráter manifestamente discriminatório do sistema de cotas, implementado pela instituição de ensino recorrente.

Sobre o sistema de cotas para acesso ao ensino superior, tenho convicção formada, no sentido de que, não obstante a nobreza da intenção de que estão imbuídas as medidas dessa natureza, a sua instituição representa flagrante violação ao princípio da igualdade assegurado em nossa Constituição Federal (CF, art. 5º, *caput*) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV).

Há de se ver que a igualdade constitucionalmente protegida visa, a despeito do sistema de cotas, garantir a igualdade de recursos, condições e oportunidades das pessoas, a fim de possibilitar a disputa equânime e a concorrência leal entre os candidatos ao direito buscado, aqui, ao nível superior de ensino, afigurando-se desinfluyente, para fins de se alcançar esse tratamento isonômico, a circunstância do aluno ter cursado o ensino fundamental em escola particular, pois se assim o fez, certamente, é porque a atuação do Estado mostrou-se falha no cumprimento de um de seus deveres institucionais, insculpidos em nossa Constituição Federal (CF, art. 205)

Sob este enfoque, garantir-se tão-só o ingresso aos bancos universitários por meio de ações discriminatórias servem, a meu ver, para afirmar e perpetuar a combatida “inferioridade” de méritos de parte substancial da população, a quem supostamente se pretende proteger.

A afirmação da dignidade da pessoa humana está, justamente, em garantir o desenvolvimento dos méritos pessoais próprios, resguardando-se, assim, a igualdade formal e material entre as pessoas. Restringir as ações sociais a somente uma parcela da sociedade, no sentido de reconhecer a defasagem do ensino público e conceder privilégios aos que o frequentam afigura-se manifestamente contrário aos objetivos de construção de uma sociedade justa, de erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação, de qualquer natureza.

Especificamente com relação ao acesso à educação, mais claro ainda o objetivo do constituinte originário de determinar ações com fins a efetivar a aplicação do princípio do mérito, ao dispor, em seu art. 205, que;

*Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Corroborando o que dispõe o artigo acima, segue o constituinte afirmando:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade.

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, *segundo a capacidade de cada um*;

[...]

Mantendo o objetivo constitucional, em análise, a Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, limitou-se a repetir os preceitos supra, conforme se vê da leitura dos arts. 2º, 3º, I e IX, e 4º, V e IX.

Posta a questão nestes termos, verifica-se que a própria implementação do sistema de cotas, ofende frontalmente a norma constitucional que proíbe qualquer forma de discriminação como fundamento da

República Federativa do Brasil, bem como a garantia de acesso e permanência ao ensino público em igualdade de condições, mas também agride a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, por não encontrar amparo legal para sustentar-se.

Com efeito, a Constituição Federal, ao conceder o gozo de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (art. 207, *caput*) às universidades, outorga-lhes poderes para as seguintes atribuições:

Lei nº. 9.394/96 - Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

Apesar da enumeração acima não ser exaustiva, da leitura do artigo supra observa-se claramente que não se pretendeu, nem mesmo em legislação infraconstitucional, conferir-se qualquer competência às universidades para legislar sobre políticas sociais de inclusão de qualquer grupo social. Ao contrário, determinou-se rigor na observância ao princípio do livre acesso e do mérito do candidato, como já dito.

A todo modo, apesar de toda a controvérsia acerca da legitimidade, ou não, do sistema de cotas, o que se verifica, na sua essência, é que um de seus alardeados objetivos, seria propiciar ao aluno integrante de uma suposta minoria excluída, aí incluído aquele economicamente hipossuficiente, a possibilidade de acesso ao ensino superior.

Sob esse prisma, afigura-se manifesta a legitimidade da pretensão mandamental postulada pela impetrante, na espécie em comento.

Com efeito, segundo noticiado nos autos, a recorrida, embora tenha cursado parte do ensino fundamental (apenas a 2ª série) em instituição particular, assim o fez sem pagar as mensalidades, circunstância essa, contudo, que, longe de afastar, apenas confirma o estado de hipossuficiência da impetrante, caracterizando-se, assim, o preenchimento daquele requisito tido por descumprido pela autoridade impetrada.

II

Com estas considerações, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial, mantendo-se a sentença recorrida, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

## Sexta Turma

### Apelação/Reexame Necessário 2009.40.00.001075-1/PI

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
Apelante: Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelada: Nathaly Macedo dos Santos Borges  
Defensora: Defensoria Pública da União  
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/PI  
Publicação: e- DJF1 de 27/08/2012, p. 353

### Ementa

*Administrativo. Ações afirmativas. Sistema de cotas. Matrícula em ensino superior. Processo de seleção destinado a quem estudou integralmente na rede pública de ensino. Hipótese de exceção. Medida liminar deferida há 4 (quatro) anos. Impetrante que cursou parte do ensino fundamental em escola particular, ainda que mediante bolsa integral ou isenção de anuidade.*

I. O processo de seleção de estudantes pela via do sistema de cotas integra um conjunto de ações afirmativas instrumentalizadas para a promoção da igualdade efetiva, respeitando o princípio da isonomia aristotélica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, políticas deste jaez buscam realinhar os meios de acesso e formas de competitividade a fim de assegurar condições para que grupos raciais, sociais ou étnicos, bem como indivíduos que necessitam da proteção específica do Estado, possam exercer os direitos consagrados na Constituição da República e nos diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, integrada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 65.810/1969.

II. O art. 207 da Constituição Brasileira confere autonomia didático-científica, bem como administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, o que lhes dá o direito de regulamentar seu funcionamento e editar as regras de acesso ao ensino superior, nos termos da Lei 9.394/1996.

III. As normas de acesso ao ensino superior pelo sistema de cotas não podem ser interpretadas extensivamente sob pena de inviabilizar o programa. Defender a observância dos critérios seletivos atinentes ao ingresso no ensino superior por via de cotas é atuar em prol das políticas afirmativas na área educacional.

IV. O caso *sub examine* revela peculiaridade *sui generis*, tendo presente que a Requerente não estudou todo o ensino fundamental e médio em instituição da rede pública de ensino, em razão de ter sido beneficiada pela isenção do pagamento de mensalidades na ocasião em que cursou da 1ª à 4ª série em escola da rede privada. Todavia, excluí-la do corpo discente da instituição de ensino, em adiantada fase de conclusão do curso (medida liminar deferida há quatro anos), apenas interromperia seu processo de formação e criaria uma situação desarrazoada diante dos investimentos empregados a compor prejuízo ainda maior do que sua manutenção na academia. Ademais, sua retirada não implicaria o restabelecimento do *status quo ante* e o redirecionamento da vaga a eventual beneficiário do programa de cotas. Essa hipótese milita contra a formação acadêmica incentivada pelo Estado e o direito à educação, tutelado no texto constitucional. Precedente do colendo STJ.

V. Apelação da Fundação Universidade Federal do Piauí e remessa oficial a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fundação Universidade Federal do Piauí e à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 10/08/2012.

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — *Nathaly Macedo dos Santos Borges* impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do reitor da Universidade Federal do Piauí que indeferiu seu pedido de matrícula no curso de Bacharelado em Ciências Biológicas decorrente de seleção no Processo Seriado de Ingresso na Universidade – PSIU/2008, pelo sistema de cotas, sob o fundamento de que a requerente não teria estudado todo o ensino fundamental e médio exclusivamente em instituição da rede pública de ensino.

2. Medida liminar deferida nos termos da decisão de fls. 21-23.

3. Informações da autoridade coatora (fls. 29-36).

4. O Ministério Público Federal, em primeira instância, opinou pela denegação da segurança (fls. 54-58).

5. A MM. Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária do Piauí confirmou a liminar e concedeu a segurança conforme o seguinte dispositivo (fl. 61):

*Dessa forma, concedo a segurança, para determinar ao Impetrado que mantenha, mediante o preenchimento dos requisitos legais, a matrícula da Impetrante, NATHALY MACEDO DOS SANTOS BORGES, no curso de Bacharelado em Ciência Biológicas da Universidade Federal do Piauí, considerando, para tanto, os seus estudos na Escola Irmã Catarina Levrini, da 1ª a 4ª séries do ensino fundamental.*

*Indevida verba honorária (súmula n.ºs 105/STJ e 512/STF).*

*Sem custas processuais.*

*Sentença sujeita a reexame obrigatório (art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009).*

6. Inconformada, a Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI, em suas razões de recurso, sustenta que a pretensão do sistema de cotas, entre outras, é alcançar o estudante que comprove ter cursado o ensino fundamental e médio integralmente em escola da rede pública de ensino, consoante regra inscrita no edital do concurso e na Resolução que rege a matéria.

7. Após o recebimento do recurso no efeito devolutivo, subiram os autos a esta Corte com as contrarrazões da Impetrante (fls. 79-90).

8. Nesta instância, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação (fls. 95-100).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A *quaestio juris* posta para julgamento diz respeito à possibilidade de matrícula de estudante aprovado em concurso vestibular pelo sistema de cotas, na hipótese em que não tenha cursado integralmente o ensino fundamental e médio em escola da rede pública de ensino, tendo presente a exigência editalícia do certame e Resolução que rege a matéria à luz da autonomia universitária conferida às instituições de ensino Superior pela Constituição Federal.

2. Sobre o tema, vale registrar que o processo de seleção de estudantes pela via do sistema de cotas integra um conjunto de ações afirmativas instrumentalizadas para a promoção da igualdade efetiva, respeitando o princípio da isonomia aristotélica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, políticas deste jaez buscam realinhar os meios de acesso e formas de competitividade a fim de assegurar condições para que grupos raciais, sociais ou étnicos, bem como indivíduos que necessitam da proteção específica do Estado, possam exercer os direitos consagrados na Constituição da República e nos diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, integrada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 65.810/1969, cujo item 1, do art. 1, parte 1, tem a seguinte redação:

*Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (Negritei).*

3. Em conformidade com o art. 3º, IV, da Carta de 88, o art. V da referida Convenção convida os países a eliminar todas as formas de discriminação e garantir o direito de cada cidadão à igualdade perante a lei sem distinção de raça, cor, origem ou etnia, principalmente

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado).

no gozo dos direitos civis, entre eles o direito a educação e à formação profissional, bem como a igualdade de participação nas atividades culturais.

4. O art. 207 da Constituição brasileira confere autonomia didático-científica, bem como administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, o que lhes concede o direito de regulamentar seu funcionamento e editar as regras de acesso ao ensino superior, nos termos da Lei 9.394/1996.

5. A propósito da autonomia didático-científica da Universidade, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o REsp 1.132.476/PR, tutelou a tese de que

*A exigência relacionada à frequência integral e exclusiva no ensino médio e fundamental públicos é um critério objetivo razoável e proporcional escolhido pela universidade, pois a possibilidade de candidato que cursou alguns meses do ensino fundamental em escola privada disputar vagas reservadas aos cotistas retira a objetividade da norma". Ou seja, "não se pode interpretar extensivamente norma que impõe como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa (REsp 1.247.728/RS, DJe 14/06/2011).*

6. Desse modo, defender a observância dos critérios seletivos atinentes à política de cotas para o ingresso em instituição de ensino superior é atuar em prol da conservação do programa de políticas afirmativas na área educacional.

7. Esse é o entendimento que venho defendendo ao apreciar agravos que combatem medida judicial concessivas de matrícula em universidade pelo sistema de cotas, quando o candidato não comprove ter estudado todo o ensino fundamental e médio em escola da rede pública de ensino. É o que se pode ver, por exemplo, na decisão proferida nos autos do AG 13948-58.2011.4.01.0000/MG.

8. O caso *sub examine* revela que a impetrante não estudou todo o ensino fundamental e médio em instituição da rede pública, a despeito de ter sido isentada do pagamento de mensalidades, no período de 1ª a 4ª série frequentou a Escola Irmã Maria Catarina Levrini, de natureza privada, ligada a Associação Norte Brasileira de Educação e Assistência social – Anbeas, conforme consta no documento de fl. 13.

9. Acontece que a situação dos autos apresenta peculiaridade *sui generis*. É que a impetrante foi beneficiada com medida liminar que determinou a efetivação de sua matrícula em 20 de fevereiro de 2009 (fl. 23). Desse mandamento judicial a Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI manejou agravo de instrumento (que neste Tribunal recebeu o número 16083-14.2009.4.01.0000/PI), tido por prejudicado em

razão da perda superveniente de seu objeto, consoante se depreende em consulta no sistema informatizado deste Tribunal.

10. Nesse particular, tem-se que desde o primeiro semestre de 2009 a Impetrante vem ocupando uma vaga no quadro discente da Universidade Federal do Piauí, devendo estar cursando o 4º ano do Curso de Bacharelado em Ciências Biológicas. Assim, embora não esteja inserida no grupo de pessoas abrangidas pelo sistema de cotas da UFPI, sua exclusão dos quadros da universidade apenas interromperia seu processo de formação, uma vez que a vaga não poderia mais restabelecer a isonomia ferida e ser redirecionada a outro aluno passível de ser beneficiado pelo sistema de cotas.

11. Esse é o entendimento expendido em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que tem notável sintonia com a hipótese dos autos, *in verbis*:

*Administrativo. Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Sistema de cotas para alunos negros egressos de escola pública. Frequência em escola privada mediante bolsa de estudos integral. Exclusão de aluna em fase adiantada do curso de graduação. Singularidade.*

[...] III. As ações afirmativas são medidas especiais que têm por objetivo assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.

IV. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do art. 3º da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular. (REsp 1.132.476/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 21.10.2009).

V. Sobre as normas que estabelecem o processo seletivo, sabe-se que estas não comportam exceção, sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto. Ou seja, "não se pode interpretar extensivamente norma que impõe como critério a realização do ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública para abarcar instituições de ensino particulares, sob pena de inviabilizar o fim buscado por meio da ação afirmativa" (REsp 1.247.728/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 14.6.2011).

VI. Os autos cuidam de mandado de segurança em que a impetrante, recorrida, pleiteia a manutenção em Curso de Graduação em Engenharia de Alimentos da UFRGS, pelo Programa de Ações Afirmativas instituído pela Decisão CONSUL 134/2007, nas vagas destinadas a candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, candidatos autodeclarados negros egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, e a candidatos indígenas.

VII. *In casu*, a autora não está no grupo de indivíduos abrigados pelo Programa de Ações Afirmativas instituído pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul.

VIII. *Todavia*, o caso concreto apresenta a singularidade de a aluna já haver cursado quase a metade do curso. Situação que ganhou ares de consolidação.

IX. O restabelecimento da estrita legalidade da norma posta no edital do vestibular acarretaria um prejuízo, um dano ao sistema jurídico e aos seus vetores, muito maior que a manutenção da aluna como cotista, sem que haja, em contrapartida, o restabelecimento da isonomia ferida anteriormente, pela dificuldade/impossibilidade de se alocar outro candidato na vaga aberta.

X. Não se despreze o custo já expendido com a formação já entregue pela instituição, bem como as horas de estudos e a dedicação empregada pela estudante.

XI. Assim, a exclusão da aluna do corpo discente acarretaria um prejuízo de tal monta que não seria

*lícito ignorar, em face da criação de uma mácula ao direito à educação, direito este marcado como central ao princípio da dignidade da pessoa humana.*

XII. Pontue-se, conjuntamente, que a impetrante somente teve acesso à instituição particular porque possuía bolsa de estudos integral, o que denota uma situação especial que atrai a participação do Estado como garantidor desse direito social.

Recurso especial improvido.

(Negritei). (REsp 1254118/RS, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 23/09/2011.)

12. À luz do raciocínio acima esposado, excluir a Impetrante do corpo discente da UFPI, em adiantada fase do curso superior, criaria uma situação desarrazoada diante dos investimentos empregados em sua formação a compor prejuízo ainda maior do que sua manutenção na instituição de ensino. Ademais, sua retirada não implicaria o restabelecimento do *status quo ante* e a integração de eventual beneficiado pelo programa de cotas, militando contra a formação acadêmica e o direito à educação, tutelado no texto constitucional.

Pelo exposto, nego provimento à apelação da Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI e à remessa oficial.

É como voto.

## Sétima Turma

### Agravo de Instrumento 0027164-52.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)  
 Agravantes: Ana Pinto Coelho Ferolla e outros  
 Advogados: Dr. Rodrigo de Sá Queiroga e outros  
 Agravado: Conselho Federal de Medicina – CFM  
 Procuradores: Dra. Giselle Crosara Lettieri Gracindo  
 Dra. Ana Luíza Brochado Saraiva Martins  
 Dr. José Alejandro Bullon Silva  
 Dr. Turíbio Teixeira Pires de Campos  
 Dr. Francisco Antônio de Camargo Rodrigues de Souza  
 Dra. Valéria de Carvalho Costa  
 Dr. Antônio Carlos de Oliveira  
 Dr. Raphael Rabelo Cunha Melo  
 Publicação: e-DJF1 de 17/08/2012, p. 1.180

## Ementa

*Processual Civil. Divulgação de título de pós-graduação. Inconstitucionalidade de ato normativo do Conselho Federal de Medicina. Antecipação de tutela. Impossibilidade. Agravo de instrumento não provido.*

I. A Resolução 1.974/2011, do CFM preceitua: “Art. 3º Fica expressamente vetado o anúncio de pós-graduação realizada para capacitação pedagógica em especialidades médicas e suas áreas de atuação, mesmo que em instituições oficiais ou por estas credenciadas, exceto quando estiver relacionado à especialidade e área de atuação registrada no Conselho de Medicina”,

II. Não obstante possuidores de títulos acadêmicos (pós-graduação *lato sensu*) reconhecidos pelo MEC, tal não se confunde, o que aos olhos leigos pode parecer, à primeira vista, com a especialidade médica reconhecida pelos Conselhos de Medicina, sendo certo que, consoante previsão legal (art. 17 da Lei 3268/1957) “os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade”.

III. Para se reconhecer a especialidade médica, o conselho pode, legitimamente, ser mais exigente do que o MEC, ao regulamentar requisitos mínimos para tal, sendo certo, portanto, que o título acadêmico pode, então, não ser suficiente para o registro no Conselho, como médico especialista. E tais exigências, tendo em vista a proteção à própria saúde, não se me afiguram, *prima facie*, violadoras do direito constitucional ao livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), porquanto direito limitado conforme previsão no próprio texto da Constituição ao atendimento às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. E nada obsta que a lei, enquanto norma geral, preveja que o detalhamento de tais qualificações se faça no âmbito da entidade (Conselho Profissional) especialmente criada com tal objetivo. Portanto, não há falar, em exame de cognição sumária, em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

IV. Outrossim, de nenhuma maneira a atuação do CFM impede ou inibe a aquisição de graus superiores de educação. O que se pretende é tão somente impedir que o médico que somente tenha o curso de pós-graduação, mas que não possua todos os requisitos necessários (notadamente a residência médica) a ser admitido como especialista, em determinada área médica, induza a clientela em confusão. Em última análise, busca-se o aperfeiçoamento do exercício profissional da medicina, dever do CFM que atende ao interesse público e ao desiderato constitucional de preservação da vida e da saúde.

V. Verifica-se, ainda, o *periculum in mora* inverso, pois a publicidade do título de pós-graduação pode induzir o paciente à presunção de que está sendo tratado por profissional especialista, o qual requer concurso de prova escrita e/ou oral e prática, formação não inferior a dois anos e área de atuação com tempo mínimo de um ano.

VI. Ausentes os requisitos do art. 273/CPC, deve ser mantida a decisão agravada.

VII. Agravo de instrumento não provido.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 6 de agosto de 2012, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 06/08/2012.

Juiz Federal Renato Martins Prates, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Por agravo protocolizado em 7 mai. 2012 (fl. 5-24), Ana Pinto Coelho Fenolla e outros pedem a reforma do indeferimento da antecipação de tutela, em decisão datada de 19 abr. 2012 (fl.12), da lavra do MM. Juiz Federal Flávio Marcelo Sérgio Borges, da 17ª Vara-DF, nos autos da AO 11913-76.2012.4.01.3400, por eles

ajuizada contra o Conselho Federal de Medicina – CFM, objetivando a a autorização do “uso da expressão pós-graduado em Dermatologia” nos anúncios feitos pelos agravantes e para determinar ao CFM “que se abstenha de abrir processo ético em face dos mesmos, por esse motivo” suspensão dos efeitos do art. 3º, I, da Resolução 1.974/2011 do CFM, para divulgação de título de pós-graduação *lato sensu*.

Sua Excelência indeferiu o pedido pela ausência dos requisitos do art. 273/CPC.

Os agravantes alegam, em síntese, que a vedação do CFM de divulgar o título reconhecido pelo MEC ofende os arts. 205, *caput*, e 206, II e III da CF, sendo a educação direito fundamental da pessoa, além do art. 5º/CF, que garante o livre exercício da profissão. Sustentam que “a Medicina exige do médico a divulgação de sua qualidade para criar uma clientela. E esta divulgação é justa e vantajosa para a própria sociedade”. Aduzem que os documentos de conclusão do curso comprovam suas alegações e que o dano de difícil reparação é constatado pela impossibilidade de divulgarem a pós-graduação como “fator diferencial de outros médicos”. Concluem que não é razoável a restrição e a limitação de direitos imposta no art. 3º, I, da Res. CFM 1974/2011, frisando que os certificados de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* têm validade nacional

Com resposta (fls. 326-356), sem fatos novos.

Autos recebidos no gabinete em 21 jun. 2012.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: —*

Para concessão de medida antecipatória, impõe-se a presença concomitante da verossimilhança das alegações do autor e do perigo da demora (art. 273/CPC). No caso, ausentes ambos os requisitos.

Os agravantes são médicos pós-graduados em dermatologia e pretendem a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Resolução 1.974/2011, que preceitua: “Art. 3º Fica expressamente vetado o anúncio de pós-graduação realizada para capacitação pedagógica em especialidades médicas e suas áreas de atuação, mesmo que em instituições oficiais ou por estas credenciadas, exceto quando estiver relacionado à especialidade e área de atuação registrada no Conselho de Medicina”, de modo a que possam livremente anunciar a pós-graduação que possuem, em dermatologia.

A despeito de razoável a argumentação, cumpre salientar que, não obstante possuidores de títulos acadêmicos (pós-graduação *lato sensu*) reconhecidos pelo MEC, tal não se confunde, o que aos olhos leigos pode parecer, à primeira vista, com a especialidade médica reconhecida pelos Conselhos de Medicina,

sendo certo que, consoante previsão legal (art. 17 da Lei 3268/1957)

[...] os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Portanto, para se reconhecer a especialidade médica, o Conselho pode, legitimamente, ser mais exigente do que o MEC, ao regulamentar requisitos mínimos para tal, sendo certo, portanto, que o título acadêmico pode então não ser suficiente para o registro no Conselho, como médico especialista. E tais exigências, tendo em vista a proteção à própria saúde, não se me afiguram, *prima facie*, violadoras do direito constitucional ao livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), porquanto direito limitado conforme previsão no próprio texto da Constituição ao atendimento às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. E nada obsta que a lei, enquanto norma geral, preveja que o detalhamento de tais qualificações se faça no âmbito da entidade (Conselho Profissional) especialmente criada com tal objetivo. Portanto, há falar, em exame de cognição sumária, em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Outrossim, de nenhuma maneira a atuação do CFM impede ou inibe a aquisição de graus superiores de educação. O que se pretende é tão somente impedir que o médico que somente tenha o curso de pós-graduação, mas que não possua todos os requisitos necessários (notadamente a residência médica) a ser admitido como especialista, em determinada área médica, induza a clientela em confusão. Em última análise, busca-se o aperfeiçoamento do exercício profissional da medicina, dever do CFM que atende ao interesse público e ao desiderato constitucional de preservação da vida e da saúde.

Na espécie, verifica-se, ainda, o *periculum in mora* inverso, pois a publicidade do título de pós-graduação pode induzir o paciente à presunção de que está sendo tratado por profissional especialista, que requer concurso de prova escrita e/ou oral e prática, formação não inferior a dois anos e área de atuação com tempo mínimo de um ano (fl. 329).

Ausentes os requisitos que autorizam o juiz a conceder a tutela antecipada, deve ser mantida a decisão agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Reynaldo Fonseca.

## Oitava Turma

Numeração única: 0031869-88.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.032712-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Apelante: Enex Neumann e Neumann Importação e Exportação Ltda.  
Advogada: Dra. Juliana Brasil Ponte Guimaraes Coury  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Publicação: e-DJF1 de 03/08/2012, p. 969

### Ementa

*Constitucional e Tributário. Fiscalização. Apreensão de documentos. Inviolabilidade de domicílio. Alteração de endereço da empresa comprovada. Princípios e garantias constitucionais.*

I. O dever de fiscalização da administração tributária e alfandegária, em especial o acesso dos agentes públicos aos estabelecimentos das empresas, não deve se sobrepor às garantias constitucionais.

II. Comprovada a mudança de endereço da sede da empresa em data anterior à diligência do Fisco, não se justifica sua realização no endereço anterior, no domicílio dos pais do sócio gerente da empresa.

III. A demora na alteração do endereço nos sistemas da Receita Federal não pode ser imputada ao contribuinte, de forma a legitimar a diligência perpetrada no endereço residencial do pai do proprietário da empresa.

IV. Não há de se esperar do homem médio que impeça o acesso ao interior de sua residência aos agentes fiscais, mormente diante das ameaças de intimação em caso de não cumprimento, com a requisição de auxílio da força pública e representação para fins penais.

V. A abusividade decorrente das diligências realizadas no interior do domicílio do pai do sócio da empresa investigada, somada ao fato de que houve a regular alteração do endereço da sua sede, configuram a ilegalidade da apreensão de documentos.

VI. O direito de examinar *mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores*, para os efeitos da legislação tributária, conforme dita o art. 195 do CTN, embora não sofra excludentes ou limitações, deve ser exercido dentro dos parâmetros de legalidade e da constitucionalidade.

VII. Apelação a que se dá provimento.

### Acórdão

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

8ª Turma do TRF 1ª Região – 29/06/2012.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

### Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Esta apelação foi interposta pela Enex Neumann Importação e Exportação Ltda. à sentença que dene-gou a segurança ao fundamento de que *inexistente, conforme ficou demonstrado, violação direta à esfera de liberdade do contribuinte.*

A apelante sustenta que *não houve qualquer instauração de procedimento fiscal prévio que oferecesse à apelante a oportunidade de exercer a garantia constitucional do devido contraditório (cf. art. 5º, LIV e LV/ CF) para fins de, eventualmente, exibir a documentação fiscal apreendida equivocadamente.*

Defende que houve violação ao contraditório, assim como à inviolabilidade de domicílio, pois a

*circunstância de a empresa já ter funcionado no mesmo endereço da residência dos pais do sócio-gerente da apelante não autorizaria a presença do Fisco, notadamente pela comprovação de que a alteração de endereço da empresa se dera anteriormente à ação fiscalizadora do órgão fazendário.*

Contrarrazões apresentadas às fls. 272-288.

O representante do Ministério Público Federal, nesta instância, deixou de examinar o mérito do recurso por ausência de interesse público indisponível (fls. 292-294).

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Segundo relata a Fazenda Nacional, nas contrarrazões, a empresa em questão está sob Procedimento Especial Aduaneiro, Processo Administrativo 10111.000621/2006-93, em decorrência de sua atuação no comércio exterior, devido à constatação de utilização de faturas comerciais falsas na instrução de despachos aduaneiros, faturas que eram emitidas em média com valores equivalentes a 10% (dez por cento) do valor efetivamente pago ao exportador, implicando numa grande sonegação de tributos aduaneiros, e de cometimento de ilícitos no campo fiscal e também, em tese, no campo penal.*

A sentença recorrida está fundamentada, em especial, a partir das informações prestadas pela autoridade impetrada, nos seguintes termos:

A empresa Enex Neumann & Neumann Importação e Exportação Ltda. desde o início de suas atividades no ano de 1995 sempre teve endereço declarado à Receita Federal na SHI/Sul QI 13, conjunto 3, casa 18, Lago Sul, Brasília-DF. Em 17/08/2006, foi emitido o MPF-F Nº 0117600-2006.00192-9, a fim de que se procedesse a fiscalização na empresa, no endereço declarado à Receita Federal, devendo tal procedimento ser executado até o dia 15/12/2006.

No dia 18/10/2006, previamente à execução do procedimento de fiscalização, os Auditores-Fiscais realizaram consulta ao CNPJ da Receita Federal e confirmaram que o endereço declarado pela empresa à Receita Federal era o mesmo do MPF a ser cumprido [...].

A alteração do endereço da empresa perante o Sistema do CNPJ da Receita Federal somente ocorreu às 12:59h desse mesmo dia 18/10/2006,

conforme demonstram as telas emitidas do Sistema CNPJ (doc. 18) confirmando a alteração de endereço e que a fiscalização aduaneira somente veio a tomar conhecimento dessa alteração posteriormente à fiscalização [...].

Conforme explicitarei por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos ao Al 2006.01.00.046917-6, a diligência foi realizada no endereço da residência do Sr. Karl Henz Neumann, pai do sócio-majoritário da empresa, Sr. Karl Alexander Neumann.

A documentação acostada aos autos comprova que a mudança de endereço da sede da empresa fiscalizada precedeu à diligência realizada pelos auditores-fiscais.

O contrato de locação de fls. 23-27, datado de 24/02/2006, aponta a alteração do endereço para a CRS 513, bloco c, sala 204, Brasília-DF.

Na 7ª Alteração Contratual, devidamente registrada na Junta Comercial em 26/09/2006, já constou o novo endereço da sede da empresa impetrante (fls. 16-22).

Está comprovado nos autos, ainda, que a demora no registro do novo endereço foi decorrente da greve de quase 120 dias dos servidores da Junta Comercial (fls. 28-29).

A apelante apresentou requerimento de habilitação na Secretaria da Receita Federal, para acesso ao Siscomex, e indicou o endereço constante no contrato de locação citado e na 7ª Alteração Contratual (fl. 30). O recebimento pelo órgão alfandegário responsável foi certificado em 10/10/2006.

O comprovante de inscrição e de situação cadastral da empresa, emitido em 18/10/2006, às 14h 45min, também já indicava o novo endereço (fl. 31).

A autoridade coatora alegou, nas informações prestadas às fls. 54-73, que *a Alfândega de Brasília não conhecia a alteração de endereço da empresa antes da execução do procedimento, e perante o sistema CNPJ da Receita Federal, quando do início da fiscalização da empresa Enex Neumann, às 10h30, ainda não havia sido procedida essa alteração de endereço.*

Afirmou, ainda, que a alteração no sistema ocorreu somente às 12h59min do mesmo dia 18/10/2006.

Essa demora na alteração do endereço no sistema não pode ser imputada à impetrante, de forma a legitimar a diligência perpetrada no endereço residencial do pai do proprietário da empresa.

O dever de fiscalização da administração tributária e alfandegária, em especial o acesso dos

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Clodomir Sebastião Reis e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

agentes públicos aos estabelecimentos das empresas, não deve se sobrepor às garantias constitucionais.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme destacado no voto condutor do julgado no HC 82788/RJ:

*Fiscalização tributária. Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial. Inadmissibilidade. Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI). Subsunção ao conceito normativo de “casa”. Necessidade de ordem judicial. Administração pública e fiscalização tributária. Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela constituição e pelas leis da república. Impossibilidade de utilização, pelo ministério público, de prova obtida em transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Prova ilícita. Inidoneidade jurídica. Habeas corpus deferido. Administração tributária. Fiscalização. Poderes. Necessário respeito aos direitos e garantias individuais dos contribuintes e de terceiros. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público,*

onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites

impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. (rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/06/2006).

No que se refere à questão do consentimento do morador, mantenho o entendimento de que não haveria de se esperar do homem médio que impedisse o acesso ao interior de sua residência aos agentes fiscais, mormente diante das ameaças de intimação em caso de não cumprimento, com a requisição de auxílio da força pública e representação para fins penais.

Registro, ainda, elementos que autorizem concluir que a mudança de endereço foi apenas formal. E ainda, que essa presunção, alegada pela Fazenda Nacional

e refutada pelos documentos da regular alteração do endereço, não é suficiente a manter a apreensão dos documentos.

A ilegalidade do procedimento de fiscalização não está caracterizada apenas pelo abuso de poder referente às diligências feitas no interior do domicílio do pai do sócio da empresa investigada, mas, em especial, pelo fato de que houve a regular alteração do endereço da sede da apelante anteriormente à fiscalização.

O direito de examinar *mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores*, para os efeitos da legislação tributária, conforme dita o art. 195 do CTN, embora não sofra excludentes ou limitações, deve ser exercido dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade.

Diante das peculiaridades do caso em tela, tenho que essa autorização legal não é irrestrita e deve se pautar nos princípios e nas garantias constitucionais.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para conceder a segurança.

É como voto.

## Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0009056-61.2002.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2002.39.00.009072-7/PA

Relator: Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira (convocado)  
 Apelante: Maria Vinhas de Lima Correia  
 Advogados: Dra. Carla Ferreira Zahlouth e outros  
 Apelante: Centro Federal de Educação Tecnologia do Pará – Cefet/PA  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/PA  
 Publicação: e-DJF1 de 03/08/2012, p. 1.028

### Ementa

*Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Decadência administrativa. Termo inicial. Lei 9.786/1999. Não configuração. Gratificação de dedicação exclusiva. Atividade própria de docente. Não configuração. Reposição ao erário. Pagamento indevido. Desconto das parcelas em folha de pagamento. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de concordância.*

I. Segundo precedentes da Corte Especial do c. Superior Tribunal de Justiça, quanto aos atos anteriores à Lei 9.784/1999, o prazo decadencial de cinco anos tem por termo *a quo* a data da vigência da lei, e não a data do ato. (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 897540/SC, rel. Min. Nilson Naves, unânime, DJ 03/03/2008.)

II. São consideradas atividades próprias de docentes de 1º e 2º graus as relacionadas, predominantemente, ao ensino, à pesquisa, bem como as que estendam à comunidade atividades sob a forma de cursos e serviços especiais,

além das inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição (Decreto 94.664/1987).

III. As atividades desenvolvidas pela impetrante, constantes no Projeto de Solicitação de Dedicção Exclusiva – desenvolvimento do projeto de acompanhamento escolar e banco de informações – (fl. 20), não configuram atividade própria de docentes de 1º e 2º graus, mas atuações meramente burocráticas de âmbito administrativo, distanciando-se, por completo das atividades docentes.

IV. Orientação jurisprudencial desta Corte, a partir do entendimento firmado pelo eg. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o desconto de valores em folha de pagamento de servidor público, a título de reposição ao erário de quantias pagas indevidamente, pressupõe prévia anuência. Precedentes.

V. Apelo da Impetrante desprovido.

VI. Apelo e reexame necessário parcialmente providos para, reformando a sentença, conceder parcialmente a segurança pretendida apenas para determinar a suspensão dos descontos realizados a título de reposição ao erário de valores indevidamente recebidos, sem a anuência do servidor.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da impetrante e dar parcial provimento ao reexame necessário e à apelação do Cefet.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 10/05/2012.

Juiz Federal *Francisco Hélio Camelo Ferreira*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira:* — Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pelas partes contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará (fls. 69-73), que concedeu parcialmente a segurança pretendida apenas para que a impetrante não fique sujeita à devolução dos valores recebidos a título de Gratificação de Dedicção Exclusiva, até a revisão administrativa. Reembolso de metade das custas pela autoridade impetrada. Sem honorários (Súmula 105/STJ).

A parte impetrante requer a reforma da sentença argumentando, em síntese, a decadência do direito de anular ato administrativo que lhe concedeu a gratificação, a irredutibilidade dos vencimentos de servidor público e, por fim, o desenvolvimento de atividades próprias do pessoal docente (fls. 76-84).

Insatisfeito, o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará alega que a impetrante exerce função meramente administrativa e não preenche os requisitos para a percepção da Gratificação de Dedicção Exclusiva. Requer, assim, a reforma da sentença no sentido de condenar a apelada a devolver ao erário os valores recebidos indevidamente (fls. 88-92).

Contrarrazões às fls. 101-103 (impetrante). O impetrado não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso da impetrante e desprovimento do recurso do Cefet (fls. 125-128).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira:* — Em primeiro plano, quanto à decadência do ato administrativo suscitada pela impetrante, destaco que, segundo precedentes da Corte Especial do c. Superior Tribunal de Justiça, quanto aos atos anteriores à Lei 9.784/1999, o prazo decadencial de cinco anos tem por termo *a quo* a data da vigência da lei, e não a data do ato. (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 897540/SC, rel. Min. Nilson Naves, unânime, DJ 03/03/2008.).

Assim sendo, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 não se aplica retroativamente a atos praticados anteriormente à sua edição, de forma que o prazo de cinco anos para que a Administração possa anular os atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários deverá ser contado a partir de vigência da referida Lei e não do momento em que aqueles foram editados. Dessa forma, não restou operada a decadência na hipótese dos autos, porquanto a impetrante foi notificada dos resultados da Auditoria

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado).

11/2002 – que determinou a mudança do regime de trabalho e a consequente suspensão do pagamento da gratificação – em outubro de 2002 (fls. 29-31).

Quanto à matéria de fundo debatida nos autos, observo que a autora ocupa o cargo de Professor de Ensino de 1º e 2º graus, classe E, nível 4, tendo sido redistribuída do ex-Território Federal do Amapá para a Escola Técnica Federal do Pará, exercendo suas funções na Coordenação Técnico-Pedagógica (fl. 18).

A autora obteve a alteração do seu regime de trabalho, passando para o de dedicação exclusiva em 18/01/1995 (Portaria 15/1995, fl. 26), sendo posteriormente notificada de que, de acordo com a Auditoria 11/2002, estaria percebendo indevidamente a gratificação de dedicação exclusiva por não estar no efetivo exercício do magistério.

A controvérsia da lide cinge-se, pois, à possibilidade de professor que não está lecionando, mas sim exercendo função administrativa, enquadrar-se no regime de dedicação exclusiva e, portanto, receber a respectiva gratificação.

No que tange ao direito à percepção da Gratificação de Dedicação Exclusiva, verifico que o Decreto 94.664, de 23/07/1987, que aprovou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, regulamentou a Lei 7.596/1987, assim dispondo, *verbis*:

Art. 4º São consideradas atividades próprias do pessoal docente de 1º e 2º Graus:

I - as relacionadas, predominantemente, ao ensino, no âmbito das instituições de 1º e 2º Graus e as relacionadas à pesquisa, bem como as que estendam à comunidade atividades sob a forma de cursos e serviços especiais;

II - as inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além de outras previstas na legislação vigente.

[...]

Art.15 - O Professor da carreira do Magistério de 1º e 2º graus será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e impedimento de exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

II - tempo integral de quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos;

III - tempo parcial de vinte horas semanais de trabalho.

1º Aos docentes de 1º e 2º Graus das instituições de ensino superior não se aplica o disposto no item II.

2º No regime de dedicação exclusiva o professor da carreira de Magistério de 1º e 2º Graus poderá exercer as atividades de que tratam as alíneas do § 1º do art. 14.

A propósito, verifica-se que as atividades propostas pela impetrante (desenvolvimento do projeto de acompanhamento escolar e banco de informações) no Projeto de Solicitação de Dedicação Exclusiva (fl. 20), por sua própria limitação e vagueza não têm o condão de serem caracterizadas como atividade própria de docentes de 1º e 2º graus.

Na hipótese, em que pese a ligação dos objetivos visados pelo projeto da requerente (acompanhamento dos projetos, controle e atendimento a docentes e discentes da Escola Técnica Federal do Pará) com a atividade docente, não se pode deixar de constatar que o rol de tarefas apresentado pela servidora – descrito, como dito, de forma extremamente vaga, imprecisa e limitada, dificultando a análise – restringe-se a atuações meramente burocráticas de âmbito administrativo.

Assim, a impetrante verdadeiramente não fazia jus à vantagem guerreada.

Todavia, deve-se reconhecer procedência à pretensão da impetrante de obstar o intento administrativo em promover o desconto de valores que lhes foram indevidamente pagos.

A propósito da questão, a orientação deste Tribunal, com respaldado na jurisprudência do Plenário do STF, é no sentido de que a Administração não pode efetuar descontos em folha de pagamento de valores considerados indevidos, sem a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou com a sentença judicial transitada em julgado.

Nestas condições, não basta a eventual constatação da irregularidade dos valores pagos para legitimar o desconto no contracheque do servidor: faz-se necessária a sua aquiescência com a referida conclusão, sem o que, deverá a Administração valer-se dos meios judiciais para ressarcir-se dos danos.

Nas sempre esclarecedoras palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, é válido o desconto em folha,

[...] inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis; Ivan Barbosa Rigolin, Saraiva; 2. ed., p. 217-218.

No mesmo sentido, o eg. STF registrou que

[...] o art. 46 da Lei 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. (MS 24182/DF; rel. Min. Maurício Corrêa; Tribunal Pleno).

Os precedentes da Corte não dissentem de tal compreensão, *verbis*:

*Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Ressarcimento de valores recebidos indevidamente. Ação de cobrança. Cabimento. Jurisprudência do supremo tribunal federal.*

1. Orientação jurisprudencial desta Corte, a partir do entendimento firmado pelo eg. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o desconto previsto pelo artigo 46 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pressupõe expressa concordância do servidor.

2. Inexistindo, no caso em exame, tal aquiescência, necessária a atuação do Poder Judiciário para dirimir o conflito de interesses objeto da lide.

3. Recurso de apelação provido.

(AC 2005.31.00.000105-0/AP; rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves; 2ª Turma; DJ de 21/01/2008.)

*Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Reposição ao erário. Pagamento indevido. Desconto das parcelas em folha de pagamento. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de anuência prévia e do devido processo legal.*

1. O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente, uma vez que as disposições do art. 46 da Lei 8.112/90, longe de autorizarem a Administração Pública a recuperar valores apurados em processo administrativo, apenas regulamentam a forma de reposição ou indenização ao erário após a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. Precedentes.

2. Remessa oficial a que se nega provimento.

(REOMS 0000629-83.2008.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1, p. 345, de 09/09/2011.)

Relativamente ao tema mostra-se de toda esclarecedora a manifestação do e. TRF3 no âmbito do Agravo de Instrumento – 22.9340 – rel. Des. Federal Johnson Di Salvo – DJU de 08/08/2007 p. 127

(*omissis*)

18. A Lei n.8.112/90 permite a restituição de indébito diretamente dos proventos dos servidores nos termos dos artigos 46 e 47, os quais somente admitem o desconto parcelado das reposições

e indenizações ao erário pela administração diretamente sobre os proventos percebidos pelos servidores públicos quando por estes solicitada a moratória.

19. A implementação dos descontos diretamente sobre os proventos sem que haja a solicitação - ou "concordância" - do servidor ou pensionista não se coaduna com o regramento jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, e, por se tratar de medida de natureza expropriatória, deve observar o devido processo legal nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.

20. Ausente previsão expressa no ordenamento jurídico da possibilidade da administração proceder de ofício aos descontos em folha de pagamento dos servidores públicos e seus beneficiários, mas ao contrário, exigindo a lei a prévia solicitação do servidor ou seu pensionista, não há como corroborar a atividade administrativa nesse aspecto.

21. Ainda que os descontos tenham sido determinados em decorrência de ato administrativo dotado de auto-executoriedade e proveniente do poder-dever de autotutela, carece a medida de amparo legal para justificar uma invasão da esfera patrimonial do beneficiário.

22. Por outro lado, os proventos de pensão são absolutamente impenhoráveis nos termos do art. 649, VII, do Código de Processo Civil, porquanto destinadas ao sustento das agravantes e, sob essa égide, sequer o Juiz poderia determinar-lhe a constrição.

Dessa forma, diante da discordância da impetrante com os descontos efetuados, a Administração não pode, unilateralmente, privá-lo de parte de seus vencimentos/proventos, tendo em vista que o art. 46 da Lei 8.112/1990 não tem o alcance pretendido, o que qualifica a conduta como abusiva, em flagrante violação a direito constitucionalmente garantido.

Por fim, registra-se que a presente compreensão, fundada em detida interpretação do direito aplicável ao fato, encimado pela Constituição Federal, bem como nos precedentes jurisprudenciais referenciados, não implica qualquer ofensa às normas constitucionais e legais que disciplinam a questão, em especial os seguintes dispositivos: art. 5º e art. 37, da Constituição Federal; arts. 45, 46 e 114, da Lei 8.112/1990.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação da impetrante e *dou parcial provimento* à apelação do Cefet/PA e ao reexame necessário para, reformando a sentença, conceder parcialmente a segurança pretendida apenas para determinar a suspensão dos descontos realizados a título de reposição ao erário de valores indevidamente recebidos, sem a anuência do servidor.

É como voto.

## Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0018781-85.2002.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2002.01.99.018724-7/MG

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelado: Osmar Pinto de Souza  
Advogado: Dr. Mauro Braz Povoleri  
Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Além Paraíba/MG  
Publicação: e-DJF1 de 23/08/2012, p. 228

### Ementa

*Previdenciário. Constitucional. Procedimento administrativo. Ampla defesa. Devido processo legal. Observância. Ato de suspensão nulo desde a origem. Aplicação de lei posterior à prestação da atividade laboral. Parcelas vencidas, correção monetária. Juros. Honorários advocatícios. Custas.*

I. Se a Administração Pública almeja a suspensão ou o cancelamento de benefício previdenciário já concedido, mas sobre o qual paira a dúvida da irregularidade, mister a instauração de procedimento prévio à prática do ato, com a observância do devido processo legal, no qual está inserto o esgotamento de todas as possibilidades de recurso na via administrativa.

II. O cancelamento do benefício do autor é indevido. Conforme informado pela Equipe de Auditoria de Benefícios à fl. 81, a irregularidade na concessão do benefício seria o enquadramento indevido como atividade especial da função de carpinteiro, no período de 05/08/1974 a 16/05/1995, na empresa Light Serviços de Eletricidade S/A, já que no período executou diferentes atividades, não amparadas nos quadros dos Anexos I e II do Decreto 83.030/1979 e III do Decreto 53.831/1964.

III. Conforme informações fornecidas pelo seu empregador à fl. 64, o mesmo exerceu atividades exposto, de forma habitual e permanente ao agente agressivo eletricidade, atividade prevista no Anexo I do Decreto 53.831/1964.

IV. O autor faz jus ao restabelecimento do seu benefício, tal como concedido, desde a data da sua indevida suspensão. O pagamento das prestações atrasadas é consequência da pretensão de restabelecimento do benefício desde o seu cancelamento e não configura sentença *ultra petita*.

V. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VI. Cedendo à orientação desta c. Turma, os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual de 0,5% a.m. conforme são aplicados nas cadernetas de poupança. Contam-se da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores

VII. Os honorários de advogado são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC.

VIII. O INSS é isento de custas.

IX. Apelação desprovida e remessa parcialmente provida para estabelecer os critérios de cálculo da correção monetária e dos juros moratórios (itens 5 e 6), alterar o valor dos honorários advocatícios (item 7), e isentar o INSS das custas, mantida a sentença nos demais termos.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 18/07/2012.

Juíza Federal *Rogéria Maria Castro Debelli*, relatora convocada.

### Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: —

1. Osmar Pinto de Souza, qualificado, ajuizou ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com o objetivo de restabelecer o seu benefício previdenciário.

2. Alega o autor que requereu e obteve o benefício de aposentadoria, mas o réu, de forma inesperada e abusiva, suspendeu o seu benefício, sem a observância do contraditório e da ampla defesa.

3. Contestação apresentada pelo réu, conforme fls. 15-23.

4. Sentença prolatada pelo MM. juiz de Direito Substituto da 1ª Vara da Comarca de Além Paraíba/MG (fls. 134-136), julgando procedente o pedido do autor, decretando a nulidade do processo administrativo que culminou com a suspensão do seu benefício, e determinando ao réu o restabelecimento do mesmo, com o pagamento das parcelas vencidas. O INSS foi condenado ainda ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em quinze por cento do valor da causa. Houve remessa.

5. Irresignado, apelou o INSS (fls. 138-147) sustentando, em síntese, que: a) a decisão é *extra petita*; já que o autor não pediu o pagamento de parcelas atrasadas; b) o benefício do autor foi suspenso em razão de irregularidades constatadas em certo período laborado, mas com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Requer, em caso de confirmada a sentença monocrática, a redução dos honorários advocatícios para cinco por cento sobre o valor dado à causa.

6. Recebido o apelo (fl. 148), com contrarrazões (fls. 149-153). Ascenderam os autos a esta c. Corte Regional, também por conta do reexame necessário.

É o relatório.

### Voto\*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: —

1. Trata-se apelação e remessa em face de sentença que julgou procedente o pedido do autor e condenou o réu ao restabelecimento da aposentadoria em seu favor, com o pagamento de parcelas vencidas.

2. Conforme entendimento deste Tribunal, a eventual suspensão de benefício previdenciário, por suspeita de irregularidade na concessão ou por cessação dos motivos que o determinaram, só poderá ocorrer após o esgotamento da via administrativa.

3. Veja-se, nesse sentido, o seguinte excerto jurisprudencial, *verbis*:

*Previdenciário. Restabelecimento de benefício. Aposentadoria por idade. Ampla defesa. Devido processo legal. Decadência: art. 54 da Lei 9.784/1999. Inocorrência.*

I. O art. 54 da Lei 9.784/99 não se aplica retroativamente para limitar a atuação da Administração com relação à anulação dos atos por ela praticados antes de sua vigência, cujo prazo decadencial previsto no referido artigo somente pode ser contado a partir da entrada em vigor daquele diploma legal. A suspensão da aposentadoria da impetrante se deu em dezembro de 2003, logo não há que se falar em decadência, porquanto não decorrido o lustro contado da edição da Lei 9.784, de 29.01.1999.

II. A Administração Pública pode, a qualquer tempo, rever os seus atos para cancelar ou suspender benefício previdenciário que foi concedido irregularmente, desde que mediante procedimento administrativo que assegure ao beneficiário o devido processo legal.

III. Não havendo prova de observância do devido processo legal e da ampla defesa, merece ser prestigiada a sentença que determinou o restabelecimento do benefício de prestação continuada.

IV. O devido processo legal compreende também a via recursal administrativa, de modo que a

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado).

suspensão do benefício somente será possível após o julgamento do recurso. Precedentes desta Corte.

V. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 2005.34.00.001025-0/DF, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, e-DJF1, p. 460, de 17/02/2009.)

4. Não se pode olvidar que está assentado em nosso ordenamento jurídico, em especial, na Constituição da República, no seu art. 5º, inciso LIV, a necessidade do prévio processo, propiciando-se à parte interessada a mais ampla defesa possível, como garantia da pessoa humana contra qualquer ato arbitrário de constrição do patrimônio ou da liberdade. Esse princípio se aplica também no processo administrativo no âmbito da Administração Pública.

5. No contexto em tela, deve-se considerar, ainda, o conteúdo da Súmula 160 do TFR, o qual dita que “A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário, não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo”.

6. Dessa forma, ainda que autoridade previdenciária venha a suspeitar de benefício previdenciário concedido de forma irregular, não é cabível a suspensão do seu pagamento *in continenti*, ausente o devido processo legal, em todas as suas fases, inclusive a recursal. Vai nesse sentido o disposto no art. 308, do Decreto 3.048/1999: “Os recursos tempestivos contra decisões das Juntas de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social têm efeito suspensivo e devolutivo”.

7. De plano, o autor diz que o INSS, em inobservância ao devido processo legal, suspendeu o seu benefício.

8. Ao compulsar os autos, verifico que o autor teve o pedido de seu benefício deferido com início em 29/05/1995 (fl. 77). À fl. 78 o apelado foi intimado a comparecer ao Posto de Seguro Social da cidade de Além Paraíba, munido de alguns documentos especificados. Através do Ofício de fl. 81, o requerente foi intimado a apresentar defesa, no prazo de trinta dias em face da irregularidade constatada na concessão do seu benefício, o que foi feito, conforme fls. 103-107. Finalmente, conforme fl. 122, o autor foi comunicado da revisão do seu benefício, e do prazo de quinze dias para recorrer da decisão, em 15/10/1999 (fls. 121-122), mas o autor ficou inerte.

9. O INSS procedeu à suspensão do benefício do autor oportunizando-lhe oportunidade de defesa,

de forma que não há que se falar em inobservância do devido processo legal.

10. Contudo, analisando os autos, ainda que tenha sido respeitado o devido processo legal pelo INSS no ato de revisão do benefício do autor, o mesmo é nulo desde a sua origem, tendo em vista a sua fundamentação. Conforme informado pela Equipe de Auditoria de Benefícios à fl. 81, a irregularidade na concessão do benefício seria o enquadramento indevido como atividade especial da função de carpinteiro, no período de 05/08/1974 a 16/05/1995, na empresa Light Serviços de Eletricidade S/A, já que no período executou diferentes atividades, não amparadas nos quadros dos Anexos I e II do Decreto 83.030/1979 e III do Decreto 53.831/1964. Para melhor análise, vejamos o que a legislação prevê sobre o tema.

11. A aposentadoria especial foi instituída pela Lei 3.807/1960, regulamentada pelo Decreto 87.374/1982, e era concedida ao segurado que contasse no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuição, sendo necessário que ele trabalhasse durante 15, 20 ou 25 anos, pelo menos, em serviços que fossem considerados, por Decreto do Poder Executivo, penosos, insalubres ou perigosos (art. 31). Posteriormente, essa lei foi alterada pela Lei 5.440-A/1968, que suprimiu o requisito de idade de 50 anos. A Lei 5.890/1973, art. 9º, também alterou os requisitos da aposentadoria em questão. A Lei 8.213/1991, por sua vez, nos arts. 57 e 58, regulamentou a aposentadoria em referência. Os Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 2.172/1997 definiram as atividades consideradas prejudiciais à saúde.

12. Quanto à comprovação da exposição ao agente insalubre, tratando-se de período anterior à vigência da Lei 9.032/1995, de 28/04/1995, que deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei 8.213/1991, basta que a atividade seja enquadrada nas relações dos Decretos 53.831/1964 ou 83.080/1979, não sendo necessário laudo pericial, exceto a atividade exercida com exposição a ruído superior ao previsto na legislação de regência. Importa ressaltar que determinadas categorias estavam elencadas como especiais em virtude da atividade profissional exercida pelo trabalhador, hipótese em que havia uma presunção legal de exercício profissional em condições ambientais agressivas ou perigosas. Nesses casos, o reconhecimento do tempo de serviço especial não depende da exposição efetiva aos agentes nocivos.

13. Essa presunção, consoante acima explicitado, é possível até o advento da Lei 9.032/1995 (28/04/1995). A partir dessa lei a comprovação da atividade especial é

feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172/1997, que regulamentou a MP 1523/1996, a qual foi posteriormente convertida na Lei 9.528, de 10/12/1997, momento em que se passou a exigir o laudo técnico.

14. Com relação aos documentos apresentados (fls. 64 e 108-111), quais sejam Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP e laudo médico pericial, o entendimento desta Corte é no sentido da comprovação do exercício da atividade especial no período demonstrado. É o que se depreende dos seguintes julgados:

*Previdenciário e Processual Civil. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Exposição a ruído. Aposentadoria especial. Leis 3.087/1960 e 8.213/1991. Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 2.172/1997. Possibilidade.*

[...]

III. Os agentes nocivos estão previstos nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/79 e no Anexo do Decreto n. 53.831/69, que vigorou até a edição do Decreto n. 2.172/97 (05.03.97), por força do disposto no art. 292 do Decreto n. 611/92, devendo-se considerar como agente agressivo à saúde a exposição a locais de trabalho com ruídos acima de 80 dBA, para as atividades exercidas até 05.03.97. De 06 de março de 1.997 até 18 de novembro de 2003, o índice é de 90 dB (A). (AMS 2000.38.00.018266-8/MG, Relator DES. FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 17/03/2003). A partir de 19 de novembro de 2003, a Instrução Normativa n. 95 INSS/DC, de 7 de outubro de 2.003, com redação dada pela Instrução Normativa n. 99, de 5 de dezembro de 2.003, de 5 de dezembro de 2.003, alterou o limite para 85 dB(A) (art. 171). *Impõe-se reconhecer que esse novo critério de enquadramento da atividade especial beneficiou os segurados expostos ao agente agressivo ruído, de forma que em virtude do caráter social do direito previdenciário, deve ser aplicado de forma retroativa, considerando-se como tempo de serviço especial o que for exercido posterior a 06/03/1997 com nível de ruído superior a 85 decibéis*, data da vigência do Decreto n. 2.172/97.; AMS 2007.38.14.000024-0/M, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 08/04/2008).

[...]

V. *Como documentos hábeis à comprovação do tempo de serviço sob condições insalubre são admitidos os formulários SB-40, DSS 8030, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP e laudo técnico, devendo ser ressaltado, conforme jurisprudência da Corte, que a exigência de laudo pericial somente pode ser dar a partir de 10.12.97, data da publicação da Lei n. 9.528/97. No que diz respeito à utilização de equipamento de proteção individual (EPI), ele tem a finalidade de resguardar a saúde do trabalhador, para que não sofra lesões, não podendo*

descaracterizar a situação de insalubridade. (AMS 2001.38.00.017669-3/MG, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, SEGUNDA TURMA, DJ 24/10/2002; AMS 2001.38.00.005243-0/MG, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, DJ 09/12/2002; AC 2002.38.00.032229-8/MG, Relator Convocado JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA, PRIMEIRA TURMA, Publicação: 07/10/2008 e-DJF1).

VI. Para a concessão da aposentadoria especial, considerando tempo de serviço posterior a EC 20/98, não se exige nem o requisito de idade mínima nem o pedágio de que tratam as regras de transição contidas no art. 9º da EC 20/98, mas tão-só o tempo de serviço exercido em condições insalubres, na forma prevista pela legislação previdenciária (REO 2004.35.00.006881-3/GO, Relator Convocado JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES, DJ 02/07/2007)

[...]

VIII. Apelação provida.

(AC 2006.38.14.003867-6/MG, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), Primeira Turma, e-DJF1, p. 67, de 10/02/2009.)

15. No caso em exame, verifico que o apelado trabalhou na empresa Light Serviços de Eletricidade S.A. exercendo as funções de ajudante de pedreiro, pedreiro, e carpinteiro na Usina e Barragem. É o que se constata do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP (fl. 64), em que consta claramente as atividades exercidas e declaração de que o segurado esteve exposto ao fator de risco eletricidade, com intensidade acima de 250 volts, bem como preparava caixas subterrâneas.

16. Dessa forma, o ato de suspensão do benefício do autor é ilegal. Conforme informações fornecidas pelo seu empregador à fl. 64, o mesmo exerceu atividades exposto, de forma habitual e permanente ao agente agressivo eletricidade, atividade prevista no Anexo I do Decreto 53.831/1964.

17. Assim, faz jus o autor ao restabelecimento do seu benefício, tal como concedido, desde a data da sua indevida suspensão. O pagamento das prestações atrasadas é consequência da pretensão de restabelecimento do benefício desde o seu cancelamento e não configura sentença *ultra petita*.

18. A sentença foi omissa no que tange à fixação do percentual de juros de mora e do critério de cálculo da correção monetária. A teor do disposto no art. 293, do CPC, e nas Súmulas 254/STF e 204/STJ, a omissão da sentença condenatória não exclui a incidência dos juros de mora e da correção monetária. Assim, não de ser computados independentemente da omissão. Precedentes. (in AC 200201990308342/MG, rel. Des.

Federal Carlos Moreira Alves, 2ª Turma do e. TRF 1ª Região, *DJ* de 22/11/2007, p. 26).

19. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

20. Cedendo à orientação desta c. Turma, os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual de 0,5% a.m. conforme são aplicados nas cadernetas de poupança. Contam-se da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.

21. Os honorários de advogado são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC.

22. O INSS é isento de custas.

23. Diante de todo exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa para estabelecer os critérios de cálculo da correção monetária e dos juros moratórios (itens 19 e 20), alterar o valor dos honorários advocatícios (item 21), e isentar o INSS das custas, mantida a sentença nos demais termos.

É o voto.

## Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0026202-34.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.026308-0/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)  
 Apelante: Amauri da Silva Magdalena  
 Advogados: Dr. Einstein Lincoln Borges Taquary e outro  
 Apelada: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Publicação: e-DJF1 de 07/08/2012, p. 342

## Ementa

*Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Demissão. Lei 8.112/1990. Violação aos princípios regentes da Administração Pública. Correspondência entre os fatos e a penalidade aplicada. Apelação desprovida.*

I. Após a instauração de processo administrativo disciplinar – PAD pelo Secretário Executivo do Ministério da Justiça, a comissão processante atribuiu ao autor desvio de conduta ante a violação de deveres e proibições impostas pela Administração Pública, implicando-o no art. 116, II, III, VI e IX, art. 117, IX e 132, IV e XI da Lei 8.112/1990, fato que culminou com sua demissão pelo ministro de Estado da Justiça.

II. O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

III. A Comissão concluiu que o autor solicitou indevidamente valores – leia-se: propina – a pessoa particular, com o fim de “consumar transação pouco convencional” (fl. 574 do volume II do PAD). Ficou constatado o relacionamento do demandante com o representante da empresa Microcom, vencedora da licitação que deu origem ao PAD, relacionamento este que foi determinante para que a aludida empresa fosse vencedora no certame, violando os princípios da moralidade e da lealdade, além de uma série de dispositivos legais. Todos os fatos emergem claramente dos autos do PAD, especialmente dos trechos transcritos na sentença.

IV. As ações do demandante configuram deslealdade com seu órgão público – a Imprensa Nacional –, conduta incompatível com a moralidade administrativa, utilização do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, improbidade administrativa e corrupção.

V. Não há qualquer injustiça ou ilegalidade na aplicação da sanção demissional, visto que, de acordo com o art. 132, incisos IV, XI e XIII, da Lei 8.112/1990, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão.

VI. Apelação desprovida.

## Acórdão

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

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 04/07/2012.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora convocada.

## Relatório

*A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu*: — Trata-se de apelação interposta em face da sentença (fls. 272-279) que julgou improcedente o pedido do autor – Amauri da Silva Magdalena – consistente na sua reintegração ao cargo público do qual foi demitido.

Em seu recurso (fls. 281-285), sustenta que não praticou quaisquer dos atos ilícitos que lhe foram imputados, que não foi dada a correta interpretação aos dispositivos legais mencionados e que sua defesa não foi devidamente examinada.

A União apresentou contrarrazões.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu*: — Conforme se extrai dos autos, após a instauração de processo administrativo disciplinar – PAD pelo Secretário Executivo do Ministério da Justiça, a comissão processante atribuiu ao autor desvio de conduta ante a violação de deveres e proibições impostas pela Administração Pública, implicando-o no art. 116, II, III, VI e IX, art. 117, IX e 132, IV e XI da Lei 8.112/1990, fato que culminou com sua demissão pelo Ministro de Estado da Justiça.

O demandante não apresenta impugnações relativas às formalidades do PAD, razão pela qual nada há de ser examinada sobre este aspecto do processo administrativo.

O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

Acerca dos motivos do ato administrativo, ensina Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade.<sup>1</sup>

Necessário, pois, para analisar a validade do ato impugnado, o exame da existência e da veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a demissão.

No caso dos autos, a comissão concluiu que o autor solicitou indevidamente valores – leia-se: propina – a pessoa particular, com o fim de “consumar transação pouco convencional” (fl. 574 do volume II do PAD). Ficou constatado o relacionamento do demandante com o representante da empresa Microcom, vencedora da licitação que deu origem ao PAD, relacionamento este que foi determinante para que a aludida empresa fosse vencedora no certame, violando os princípios da moralidade e da lealdade, além de uma série de dispositivos legais. Todos os fatos emergem claramente dos autos do PAD, especialmente do que se colhe do auto de acareação ( fls. 407-414, e 493, v. II) e dos depoimentos das testemunhas (fls. 411-412; 497-505) e do próprio autor (fls. 502-503 v. II), trechos transcritos na sentença.

Efetivamente, as ações do demandante configuram deslealdade com seu órgão empregador – a Imprensa Nacional –, conduta incompatível com a moralidade administrativa, utilização do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 181-182.

da dignidade da função pública, improbidade administrativa e corrupção.

Não há qualquer injustiça ou ilegalidade na aplicação da sanção demissional, visto que, de acordo com o art. 132, incisos IV, XI e XIII, da Lei 8.112/1990, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão.

Assim, ao contrário do que afirma o apelante, as provas dos autos foram devidamente analisadas, não

havendo qualquer irregularidade ou ilegalidade no processo administrativo disciplinar.

Demonstrada a veracidade dos fatos que fundamentaram o ato administrativo questionado, bem como a correspondência entre os motivos e objeto do ato (demissão), indevido o pedido de reintegração.

Em face ao exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

## Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0001862-61.2002.4.01.3301

Apelação/Reexame Necessário 2002.33.01.001825-6/BA

Relator:	Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelante:	Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradores:	Dra. Adriana Maia Venturini Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
Apelante:	Ministério Público Federal
Procuradora:	Dra. Bartira de Araújo Goes
Apelado:	João Avilete Sobral
Advogados:	Dr. Durval Julio Ramos Neto e outro
Litisconsorte passivo:	Comunidade Indígena Pataxó (revel)
Remetente:	Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA
Publicação:	e-DJF1 de 20/08/2012, p. 61

### Ementa

*Civil e Processual Civil. Interdito proibitório. Imóvel rural. Posse e exploração de atividade agropecuária pelo apelado há pelo menos 30 anos. Invasão por índios da comunidade pataxó.*

I. É cabível a proteção possessória pleiteada pelo autor, ante a comprovação, nos autos, de que ele exerce pacificamente a posse do imóvel rural há mais de 30 anos, localizado no Município de Itajú do Colônia/BA, e da utilização sócio-econômica desse imóvel, onde são executadas atividades de criação de gado, dando-se cumprimento à função social da propriedade rural, em atendimento ao que preceitua o art. 186 da Carta Magna.

II. No âmbito de ação possessória não deve o órgão judiciário, a pretexto de tutelar pretensos direitos indígenas, reconhecer como legítima a invasão de terra por indígenas, que viola o direito de posse de imóveis rurais exercido por largo e continuado lapso de tempo.

III. "Caso em que o amparo pelo Poder Judiciário de conduta invasora de silvícolas em fazendas onde se exercem atividades sócio-econômicas, de forma continuada, por décadas, pacificamente, significaria inversão da ordem jurídica, dos princípios que presidem a segurança pública, no que concerne à organização da vida social, com evidente quebra da ordem pública interna, à qual devem se submeter todos os cidadãos do país, sob pena, inclusive, de se admitir a ocorrência de graves conflitos, com sério risco à vida para os segmentos populacionais envolvidos." (AC 2006.33.11.001550-1/BA, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1, p. 212, de 21/10/2011).

IV. Nega-se provimento aos recursos de apelação.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento às apelações.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 07/08/2012.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*: — João Avilete Sobral ajuizou ação de interdito proibitório contra a Comunidade Indígena Pataxó, representada pela Funai, com o objetivo de impedir ameaça de invasão (e eventual turbação ou esbulho) pelo povo indígena daquela comunidade em sua propriedade, denominada Fazenda Alegrete, no Município de Itaju do Colônia-BA.

Alega o autor deter a posse e propriedade do referido imóvel, com atividade produtiva de pecuária bovina. Relata que sua propriedade sofre ameaça de invasão pelos silvícolas da tribo Pataxó, que se dizem proprietários da área em que está inserida a Fazenda Alegrete.

O pedido de medida liminar foi deferido (fls. 74-84).

Ao sentenciar o feito, o ilustre magistrado de 1º grau julgou procedente o pedido.

Inconformadas, apelam a União e a Funai, conjuntamente, e o MPF.

A União e a Funai sustentam, em suma, o desacerto da sentença, pois terra indígena não pode ser objeto de domínio por particular. Afirma que as terras em questão foram demarcadas administrativamente e já foi reconhecida como reserva indígena. Alega que deve prevalecer o direito dos requeridos, por se tratar de terra tradicionalmente indígena, ainda que o não-índio esteja ocupando há muitos anos a posse.

O MPF sustenta, em suas razões de recurso, em síntese, que (a) os documentos juntados aos autos seriam inaptos para fins de comprovação da posse do autor na área objeto do litígio, não tendo sido comprovada, do mesmo modo, a ameaça de esbulho ou turbação; (b) há impossibilidade de aplicação à espécie das regras concernentes ao direito privado, devendo ser observadas as peculiaridades da posse indígena. Requer o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pedido do autor.

Foram apresentadas as contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer opinando pelo provimento das apelações, para reforma da sentença.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*: — Preliminarmente, afasto a alegação do MPF de que a ameaça de esbulho não teria sido comprovada. É de notório conhecimento as invasões ocorridas no sul da Bahia por grupos indígenas da tribo Pataxó. Tanto é assim que foram ajuizadas várias ações de interdito proibitório, o que denota a verossimilhança das alegações do autor, inclusive com casos de invasão violenta, destruição de benfeitorias e abate de animais nas propriedades invadidas. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

*Civil e Processual Civil. Interdito proibitório. Imóvel rural. Posse e exploração de atividade agropecuária pelo apelado há pelo menos trinta anos. Invasão por índios da Comunidade Pataxó.*

1. Incensurável a sentença que confere proteção possessória ao Requerente, que conta atualmente com 85 anos de idade, uma vez comprovado, nos autos, que ele exerce pacificamente a posse dos imóveis rurais há mais de 30 anos, com justo título e de boa-fé, em razão de o estado da Bahia, em processos de alienação de terras públicas, ter-lhe outorgado o título definitivo das Fazendas denominadas “Santa Madalena” e “Santo Antônio”, no final da década de 70, localizadas respectivamente nos municípios de *Itaju do Colônia* e *Pau Brasil/BA*, e tendo presente a prova da utilização sócio-econômica desses imóveis, onde são executadas atividades de criação de gado e venda de leite, dando-se cumprimento à função social da propriedade rural, em atendimento ao que preceitua o artigo 186 da Carta Magna.

II. No âmbito de ação possessória, ante as peculiaridades apontadas, ou seja, especificamente em situação desse jaez, não é dado ao Órgão Judiciário, no afã de tutelar pretensos direitos indígenas, reconhecer prevalência aos interesses daqueles que, afrontando uma situação pacífica e consolidada no tempo, *mediante violência, intentam invadir terras, sejam índios ou não, em detrimento do direito regularmente constituído em favor daqueles*

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian* e o Exmo. Sr. Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia* (convocado).

*que detêm e exercem a posse de imóveis rurais, por largo e continuado espaço de tempo. A violência, em qualquer de suas modalidades, não é admitida pelo ordenamento jurídico, mas, ao contrário, é sempre repelida, independentemente da classe social ou etnia de quem a pratique.*

III. Caso em que o amparo pelo Poder Judiciário de conduta invasora de silvícolas em fazendas onde se exercem atividades sócio-econômicas, de forma continuada, por décadas, pacificamente, significaria inversão da ordem jurídica, dos princípios que presidem a segurança pública, no que concerne à organização da vida social, com evidente quebra da ordem pública interna, à qual devem se submeter todos os cidadãos do país, sob pena, inclusive, de se admitir a ocorrência de graves conflitos, com sério risco à vida para os segmentos populacionais envolvidos.

IV. Conquanto esteja em tramitação no STF a Ação Cível Originária n. 312/BA, na qual se busca a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais expedidos pelo Governo do Estado da Bahia, sob a alegação de se tratar de terra indígena, é certo que a presente demanda visa apenas a proteção possessória, não se discutindo nem se proclamando, no caso concreto, a propriedade imobiliária. Por isso, irrelevante, para fins de definição relativamente à posse, a perícia antropológica realizada na citada ACO 312, ainda mais porque não houve conclusão do julgamento naquele feito.

V. Apelações desprovidas.

(AC 2006.33.11.001550-1/BA, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1, p. 212, de 21/10/2011). Grifo nosso.

Quanto à questão possessória, em si, é de se ter presente que, segundo estatui o art. 927 do CPC, deve o juiz conceder a proteção possessória sempre que o autor comprovar a sua posse, o esbulho ou turbação pelo réu e a data em que tal violência tornou-se efetiva. Tratando-se de interdito proibitório, seus pressupostos específicos são: a) posse do autor; b) justo receio de violência iminente a ser praticada pelo réu.

Na situação da causa, os documentos acostados aos autos comprovam a posse anterior do requerente, ora apelado, na propriedade rural denominada “Fazenda Alegrete”, assim como a utilização sócio-econômica desse imóvel, onde executa atividade ligada à pecuária (fls. 15 e 18), entre eles, guia de trânsito animal relativas ao envio de bovinos a frigoríficos da região, para abate e nota fiscal respectiva, além de recibos de entrega de declaração do ITR e da guia de recolhimento ao Incra, datada de dezembro/1974 (fl.11).

Tais as circunstâncias, cabível conferir proteção possessória ao requerente, uma vez comprovado, nos autos, que ele exerce a posse dos imóveis rurais há mais

de 30 anos e tendo em vista a prova da utilização sócio-econômica desse imóvel, dando, pois, cumprimento à função social da propriedade rural, em atendimento ao que preceitua o art. 186 da Carta Magna.

No âmbito de ação possessória, portanto, ante as peculiaridades apontadas, ou seja, especificamente em situação desse jaez, a meu ver, não é dado ao Órgão Judiciário, no afã de tutelar pretensos direitos indígenas, reconhecer prevalência aos interesses daqueles que, afrontando uma situação pacífica e consolidada no tempo, intentam invadir terras, sejam índios ou não, em detrimento do direito regularmente constituído em favor daqueles que detêm e exercem a posse de imóveis rurais, por largo e continuado espaço de tempo.

Devo, pois, afirmar minha posição jurídica no sentido de outorgar a proteção possessória a quem exerce pacificamente a posse e está na iminência de sofrer turbação ou esbulho de um momento para o outro, impondo-se, por isso mesmo, o manutenção do *status quo*, ainda porque é imperioso assegurar a continuidade do exercício daquelas atividades de economia rural, até que a questão relativa à propriedade da terra seja dirimida.

Assim, entendo que a adoção de entendimento em sentido contrário implicaria em implícita autorização judicial para que haja invasão de terras e esbulhos possessórios.

É importante enfatizar, de logo, que não se está a ignorar que a posse permanente dos silvícolas em terras por eles habitadas acha-se sob a garantia constitucional (CF, arts. 231 e 232) e possui, de fato, peculiaridades. Contudo, o assunto merece uma análise bastante criteriosa, mormente quando há discussão judicial sobre o fato de a área litigiosa ser, ou não, tradicionalmente ocupada pelos índios Pataxós e, especialmente, porque avulta, no caso, a circunstância de ameaça de esbulho a fazenda que desenvolve atividade econômica há longo período de tempo.

Acerca do tema, transcrevo as seguintes ementas de julgados desta Corte:

*Civil e Processual Civil. Ação possessória. Reintegração de posse. Imóvel rural. Exploração de atividade agropecuária. Invasão por índios da comunidade pataxó. Liminar. Deferimento. Agravo de instrumento.*

I. Comprovadas a posse e a utilização sócioeconômica do imóvel invadido, com atividades ligadas à agropecuária, tem-se, por acertado, o deferimento da liminar reintegratória.

II. Em exame perfunctório, como o exercitado em sede de agravo, impossível é concluir pela posse indígena sobre as terras em litígio, sem perícia antropológica que indique, sem margem a dúvida, a influência indígena demonstrativa de que, não há muitos anos, os índios tinham ali o seu habitat.

III. Agravo desprovido.

(AG 2004.01.00.052638-8/BA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 15/05/2006, p. 106.)

*Civil e Processual Civil. Ação de interdito proibitório. Concessão de liminar. Ameaça de invasão pela comunidade indígena pataxó.*

I. Confirma-se decisão que determinou a expedição de mandado proibitório, a fim de que os índios da Comunidade Indígena Pataxó se abstenham de turbar ou esbulhar áreas comprovadamente possuídas pelos autores, onde desempenham atividade econômica.

II. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento.

(AG 2003.01.00.001164-2/BA, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ de 20/06/2005, p. 119.)

*Processo Civil. Agravo de instrumento. Ação possessória. Comunidade Indígena Pataxó, Hã, Hã, Hãe. Ameaça de invasão de propriedades rurais localizadas no sul da bahia. Cabimento do interdito. CPC, art. 932.*

I. De acordo com o direito positivo brasileiro, aquele que exerce sobre a coisa os poderes de proprietário é possuidor, com direito à proteção possessória, inclusive por meio do interdito de que trata o art. 932 do CPC, em caso de ameaça à sua posse (Código Civil de 1.916, arts. 499 e 501; Código Civil atual, art. 1.210).

II. In casu, segundo consta da decisão recorrida, o agravado exerce esses poderes sobre os imóveis mencionados na petição do agravo, com base em instrumento de transferência de posse que tem origem em título de domínio outorgado pelo Estado da Bahia.

III. Em tal caso, não cabe desprezar a posse atual e efetiva, para dar prevalência à alegação de posse histórica e imemorial de indígenas, sob pena de incentivarem-se novas invasões, com risco de aumento da violência na região.

IV. O periculum in mora negado pela agravante ressaí da probabilidade de concretizar-se a invasão dos imóveis por integrantes da Comunidade Indígena Pataxó Hã, Hã, Hãe, diante das reiteradas invasões que vêm sendo por eles praticadas na região, consoante afirmado na decisão agravada, se já não decorresse do só fato de a agravante pretender afastar a proibição da receada invasão.

V. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2002.01.00.023113-1/BA, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Quinta Turma, DJ de 18/04/2004, p. 37.)

*Civil e Processual Civil. Ação de interdito proibitório. Ausência de audiência prévia. Inocorrência. Manifestação da União Federal e da Funai previamente à apreciação do pedido de liminar. Área rural explorada pelos agravados há mais de 15 (quinze) anos. Ausência de comprovação de direito indígena sobre a área.*

I. O artigo 63 da Lei 6.001/73 e o parágrafo único do artigo 928 do CPC não exigem a designação de audiência de justificação prévia, bastando a intimação dos requeridos para que se manifestem previamente à apreciação do pedido de liminar.

II. A parte que detém a posse do imóvel há mais de 15 (quinze) anos, a qual somada às posses anteriores perfaz mais de 40 (quarenta) anos de ocupação das áreas dos imóveis rurais, merece a proteção possessória.

III. Essa situação recomenda, em princípio, a expedição de mandado proibitório a fim de impedir a ameaça de esbulho ou turbação da posse dos imóveis rurais pelos índios da Comunidade Indígena Pataxó Aldeia Nova, pois se a terra é devidamente explorada em todo esse período não se deve impedir que os autores possam produzir seu sustento sob o pretexto de que as terras seriam indígenas.

IV. Em uma cognição sumária, própria do agravo de instrumento, não se pode concluir que os imóveis em comento se encontram dentro de áreas de terras indígenas, ante a ausência de laudo pericial antropológico, elaborado com observância do contraditório, que indique a posse imemorial dos índios naquelas terras.

V. Agravo de instrumento da FUNAI e da União Federal improvido.

(AG 2003.01.00.001163-9/BA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 11/11/2004, p. 47.)

Destaco que o reconhecimento da existência de reserva indígena é questão que deve ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Cível Originária 312/BA, na qual se pretende a anulação de registros de títulos dominiais no Estado da Bahia. Quanto à questão possessória, esta sim objeto de apreciação nesta demanda, não me parece razoável, em hipótese nenhuma, amparar a possível conduta invasora dos índios àquelas terras, pois esta fere, incontestavelmente, a ordem pública e o direito de posse daqueles cuja tutela se impõe nesta oportunidade.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação.

É o meu voto.

## Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0029783-16.2003.4.01.3800

Apelação Cível 2003.38.00.029775-7/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)  
Apelante: Mundial Atacadista Ltda.  
Advogados: Dr. Renato de Magalhães e outros  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Publicação: e-DJF1 de 24/08/2012, p. 1.444

### Ementa

*Tributário. Administrativo. Mandado de segurança. Habilitação de representante de empresa de comércio exterior junto ao Siscomex. IN 228/2002. Fiscalização especial. Origem e disponibilidade dos recursos, Não comprovados. IN 286/2003. Representação para declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ. Habilitação indeferida. Sentença mantida.*

I. A impetrante, requereu a habilitação de responsável perante o Siscomex em 10 de março de 2003, porém, anteriormente, foi submetida ao procedimento de fiscalização especial (Procedimento Fiscal 0611000 2002 00213 1, de 03/12/2002) previsto na Instrução Normativa SRF 228/2002, o qual tem por objetivo verificar a origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior.

II. Durante o referido procedimento, a empresa fiscalizada teve o direito de apresentar todos os documentos requeridos e fazer prova da regularidade de suas operações. Entretanto, conforme representação lavrada pelos fiscais responsáveis de fls. 53-65, a apelante não se desincumbiu de tal ônus, pois que não comprovou diversos quesitos do Termo de Intimação. Cumpre ressaltar que, em 14/04/2003, compareceram na Seção de Controle Aduaneiro da Delegacia da Receita Federal de Contagem/MG o sócio da empresa, ora apelante, e o gerente respectivo, onde foi oportunizado aos mesmos esclarecerem o motivo da não apresentação da documentação requerida.

III. Contata-se, portanto, diante das diversas oportunidades concedidas pelo Fisco para que a ora apelante comprovasse a origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos voltados para o exercício do comércio exterior e diante do fato que a mesma quedou-se inerte, a ausência de violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

IV. Em virtude do exposto, o Fisco, chegou a conclusão de que *"existem indícios de omissão de receitas por parte da empresa diligenciada bem como de inadimplência nos tributos devidos incidentes sobre a receita bruta, tornando-se necessária a instauração de um procedimento fiscal específico para apurar os fatos e lançar os possíveis tributos devidos. [...]"*(fls. 63-64).

V. Somente após a instauração do procedimento de fiscalização supracitado, no qual foram assegurados os princípios constitucionais mencionados, foi instaurada a representação para declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ, com base na IN 286/2003, de modo que não se verifica qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato que inabilitou a inscrição da impetrante no Siscomex.

VI. Inexiste qualquer inconstitucionalidade na Instrução Normativa da SRF 286/2003, que mais não fez que dar abrangência finalística à lei. Assim, o princípio da legalidade restou observado, havendo autorização constitucional e legal, art. 81 da Lei 9.430/1996 e Lei 9.779/1999, para fazê-lo, no sentido de fiscalizar e controlar o comércio exterior.

VII. Apelação improvida.

## Acórdão

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

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 13/08/2012.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

### Relatório

*O Exmo Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:*  
— Trata-se de apelação da Mundial Atacadista Ltda. em face da sentença de fls. 106-116, mediante a qual o juízo da 19ª Vara/MG julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, tornando sem efeito a liminar anteriormente deferida.

Na apelação de fls. 122-138, a impetrante insurgiu-se contra a sentença afirmando que houve notória antecipação de sanção, ante o indeferimento do requerimento de habilitação no Siscomex, restando violados os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, visto que o procedimento administrativo de inabilitação do CNPJ não havia sido concluído até o momento em que foi proferida a sentença. Ademais, assevera que a instrução normativa que restringiu o seu direito é norma hierarquicamente inferior, que não se trata de lei.

O MPF deu parecer desfavorável à pretensão da apelante, cf. fls.176-178.

Eis o relatório.

### Voto\*

*O Exmo Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:*  
— Com efeito, a apelante reiteradamente alega que a sentença impugnada deve ser reformada, pois “apenas com fulcro na existência de procedimento administrativo de inabilitação de CNPJ, determinou a exclusão da mesma junto ao Siscomex”. Entretanto, o referido argumento é inverídico, de maneira que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, conforme se verá adiante.

Em regra, para realização de exportação ou importação de mercadorias, por meio do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), seja ela comum ou simplificada, primeiramente, o interessado deve providenciar, junto à Secretaria da Receita Federal, sua habilitação, por meio de senha, para operação no sistema e o credenciamento de seus representantes

para a prática de atividades relacionadas ao despacho aduaneiro.

*In casu*, a impetrante, requereu a habilitação de responsável perante o Siscomex em 10 de março de 2003, porém, anteriormente, foi submetida ao procedimento de fiscalização especial (Procedimento Fiscal 0611000 2002 00213 1, de 03/12/2002) previsto na Instrução Normativa SRF 228/2002, o qual tem por objetivo verificar a origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior.

Durante o referido procedimento, a empresa fiscalizada teve o direito de apresentar todos os documentos requeridos e fazer prova da regularidade de suas operações. Entretanto, conforme representação lavrada pelos fiscais responsáveis de fls. 53-65, a apelante não se desincumbiu de tal ônus, pois que não comprovou diversos quesitos do Termo de Intimação. Visto isso, o fisco emitiu Termo de Intimação Complementar solicitando a apresentação da documentação que faltava. Não obstante tal intimação, o requerimento não foi atendido. A situação repetiu-se por mais duas vezes, sem que fossem atendidos satisfatoriamente diversos itens do Termo de Intimação Complementar, tais como os pontos 2, 3, 5 e 6, bem como sem que fossem apresentados os documentos faltantes.

Cumprido ressaltar que, em 14/04/2003, compareceram na Seção de Controle Aduaneiro da Delegacia da Receita Federal de Contagem/MG o sócio da empresa ora apelante e o gerente respectivo, onde foi oportunizado aos mesmos esclarecerem o motivo da não apresentação da documentação requerida.

Contata-se, portanto, diante das diversas oportunidades concedidas pelo Fisco para que a ora apelante comprovasse a origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos voltados para o exercício do comércio exterior e diante do fato que a mesma ficou-se inerte, a ausência de violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Em virtude do exposto, o Fisco, chegou a conclusão de que

[...] existem indícios de omissão de receitas por parte da empresa diligenciada bem como de

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado).

inadimplência nos tributos devidos incidentes sobre a receita bruta, tornando-se necessária a instauração de um procedimento fiscal específico para apurar os fatos e lançar os possíveis tributos devidos. [...] Analisando a documentação apresentada pela empresa, constatamos que não foram apresentados elementos que poderiam comprovar a origem e a disponibilidade dos recursos utilizados nas operações de comércio exterior [...]. A empresa, regularmente intimada, não comprovou a origem lícita e a disponibilidade dos recursos necessários à prática das operações de comércio exterior. (fls. 63-64).

Assim, somente após a instauração do procedimento de fiscalização supracitado, no qual foram assegurados os princípios constitucionais mencionados, foi instaurada a representação para declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ, com base na IN 286/2003, de modo que não se verifica qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato que inabilitou a inscrição da impetrante no Siscomex.

Transcrevo a seguinte ementa pertinente:

*Administrativo. Mandado de segurança. Habilitação do responsável legal pela empresa no Siscomex. Irregularidades constatadas no curso de procedimento administrativo. Indeferimento. I. A habilitação do responsável legal da pessoa jurídica no Sistema Integrado de Comércio Exterior - Siscomex, prevista na Instrução Normativa nº 229/2002, da SRF (vigente à época do pedido de habilitação e revogada pela IN SRF nº 286, de 15.01.2003), como condição para o regular exercício de suas atividades, está em perfeita conformidade com o comando do art. 237 da Constituição Federal, segundo o qual “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”, bem como com a Lei nº 9.779/99, que delegou à Secretaria da Receita Federal a competência (atribuição) para dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições por ela administrados. II. No caso, a impetrante teve seu pedido junto ao SISCOMEX convertido para o procedimento especial, por ter sido pré-selecionada pela Secretaria da Receita Federal com base em indícios de incompatibilidade entre o volume transacionado em comércio exterior e a capacidade financeira e econômica evidenciada. Após a conclusão do procedimento especial, foi instaurado procedimento para declaração de inaptidão da inscrição da empresa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, por intermédio do Processo Administrativo nº 10074.000648/2002-46, não se havendo que se falar em ausência do devido processo legal. III. Durante o curso do referido processo, a apelante foi por diversas vezes intimada para prestar esclarecimentos, nas pessoas de seus sócios, como se infere dos documentos por ela trazidos aos autos, pelo que não procede a alegação de desrespeito ao princípio da ampla defesa. IV. Verificadas, portanto, irregularidades*

*quanto às atividades da apelante, outra não poderia ser a decisão da autoridade impetrada, senão o indeferimento da habilitação junto ao SISCOMEX. 5. Apelação improvida. (AMS 200351010070691, rel. Des. Federal Luiz Paulo S. Araujo Filho, TRF2 - Quinta Turma Especializada, e-DJF2R - Data: 29/03/2011 - p. 148-149.) (Destaquei.)*

Nesse sentido, mostra-se correta a sentença, a qual foi proferida nos seguintes termos:

[...] Verifica-se dos autos que a impetrante foi efetivamente submetida a um procedimento de fiscalização prévia, anteriormente ao indeferimento do pedido de habilitação de seu representante legal junto ao SISCOMEX. No desenrolar de tal procedimento, instaurado e processado em conformidade com a Instrução Normativa nº 228/2002, a empresa impetrante foi alvo de sucessivas intimações para prestar esclarecimentos acerca de divergência e dúvidas levantadas pela fiscalização, no que diz respeito à origem dos recursos empregados em suas operações de comércio exterior, bem como à próprias operações.

Os documentos colacionados à folhas 53-71 pela autoridade impetrada demonstram claramente que anteriormente à formulação da representação para fins de declaração de inaptidão de CNPJ da impetrante foi ela devidamente intimada para prestar esclarecimentos e apresentar documentos de seu interesse, visando comprovar a regularidade de suas operações, mantendo-se inerte. [...]”

No tocante ao argumento de inconstitucionalidade da instrução normativa em comento, entendido que também não procede, posto que a Receita Federal tem expressa autorização legal para regular a questão da habilitação do responsável no Siscomex e, com base nela, veio a editar a Instrução Normativa SRF 286/2003.

Na mesma linha é o entendimento do egrégio Tribunal Federal da 2ª Região:

*Administrativo. Mandado de Segurança. Habilitação de empresa de comércio exterior junto ao Siscomex/Radar. Inexistência de direito líquido e certo. I. Pretende a apelante - empresa de comércio exterior - a declaração de nulidade do ato administrativo que indeferiu o seu pedido de habilitação junto ao SISCOMEX/RADAR. II. A renovação de habilitação/cadastro de empresas que atuam no comércio exterior prevista na Instrução Normativa SRF nº 286/2003, como condição para o regular exercício de suas atividades, está em perfeita conformidade com o comando do art. 237 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”, bem como com a Lei 9.779/99, que delegou à Secretaria da Receita Federal a competência (atribuição) para dispor sobre as obrigações acessórias*

relativas aos impostos e contribuições por ela administrados. III. Verificadas irregularidades quanto às atividades da impetrante, outra não poderia ser a decisão da autoridade impetrada, senão o indeferimento da habilitação junto ao SISCOMEX, sob pena de não ser preservado o interesse público, cabendo ressaltar que a própria impetrante afirma na inicial que “foi cientificada em 04/08/2004 de que seu pedido de habilitação ao sistema SISCOMEX/RADAR, na forma estabelecida na IN/SRF 286/2003, então vigente, havia sido indeferido”, não havendo que se falar em ausência do devido processo legal. IV. Apelação improvida. (AMS 200450010124860, rel. Des. Federal Luiz Paulo S. Araujo Filho, TRF2 - Quinta

Turma Especializada, e-DJF2R - Data: 13/10/2010 - p. 251-252.)

Visto isso, inexistente qualquer inconstitucionalidade na Instrução Normativa da SRF 286/2003, que mais não fez que dar abrangência finalística à lei. Assim, o princípio da legalidade restou observado, havendo autorização constitucional e legal, art. 81 da Lei 9.430/1996 e Lei 9.779/1999, para fazê-lo, no sentido de fiscalizar e controlar o comércio exterior.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0027327-61.2004.4.01.9199

Apelação Cível 2004.01.99.041524-1/RO

Relator: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado)  
Apelante: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Apelado: Sebastião Dias Ferraz  
Advogados: Dr. Nivaldo Vieira de Melo e outros  
Publicação: e-DJF1 de 15/08/2012, p. 1099

### Ementa

*Tributário. Embargos à execução fiscal. Veículo adquirido com isenção de IPI. Saída temporária dos limites da Amazônia Ocidental. Não apresentação do veículo na ocasião do retorno. Irrelevância. Comprovação posterior da permanência do bem na área de livre comércio. Veículo destinado ao transporte de carga. Não submissão ao Decreto 1.491/1995.*

I. É irrelevante o fato de que o veículo adquirido com isenção de IPI não tenha sido apresentado na ocasião do retorno à Amazônia Ocidental, desde que haja comprovação de que o veículo permanece na Área de Livre Comércio. Precedente da 6ª Turma Suplementar: AC 2006.01.99.018268-8/RO, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 318, de 09/11/2011.

II. Os veículos destinados ao transporte de carga não se submetem aos regramentos do Decreto 1.491/1995, em face da exceção prevista no art. 4º da legislação em questão. Precedente do TRF1: AC 0023339-61.2006.4.01.9199/RO, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 892, de 07/10/2011.

III. Considerando que o Fisco deixou de apontar elementos configuradores de fraude aos objetivos perseguidos por meio da concessão de isenção do IPI, na ocasião da aquisição do veículo, a cobrança do imposto, motivada apenas pelo atraso ou não apresentação do bem em tempo hábil, é medida desproporcional e desarrazoada, especialmente quando há comprovação de que a saída da Amazônia Ocidental foi apenas temporária.

IV. Apelação não provida.

### Acórdão

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

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 06/08/2012.

Juiz Federal *Fausto Mendanha Gonzaga*, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga: — Cuidam os autos de apelação interposta pela União (Fazenda Nacional), em face da sentença de fls. 174-175, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO.

Em referida peça decisória, o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão vestibular, consignando que

*[...] a saída temporária de veículo adquirido com o benefício fiscal previsto no Decreto 1.491, de 17 de maio de 1995, não autoriza a autuação e posterior execução de imposto e multas, mormente não se encontrando presente qualquer indício de propósito de fraude.*

Em suas razões (fls. 180-181), a parte apelante sustenta, basicamente, a legitimidade da constituição do crédito tributário, ante o retorno extemporâneo do veículo à Amazônia Ocidental.

Contrarrazões às fls. 183-185.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga: — Após análise detida dos autos, tenho que a sentença há de ser mantida, com fundamento nas razões a seguir delineadas:

### I – Questões relevantes de ordem processual

1. Como se sabe, não há impedimento legal ou constitucional a que o juiz adote a técnica decisória de fundamentação *per relationem*. Para tanto, basta que se faça, de forma precisa e clara, remissão ou referência a alegações de uma das partes ou a decisões já proferidas nos autos. Não é necessário proceder à transcrição do inteiro teor da fundamentação incorporada no *decisum* (STF, AI 791292 QO-RG, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010, DJe-49, divulg. 12/08/2010, public. 13/08/2010, Ement. v. 2410-06 p. 1.289, RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118). Desta forma, *adoto a fundamentação lançada na sentença recorrida (às fls. 174-175), passando a mesma a fazer parte integrante do presente voto.*

2. As constatações de fato fixadas pelo juízo *a quo* somente podem ser afastada pelo tribunal revisor

nos casos em que ficar devidamente comprovado ter o magistrado laborado em erro. Segundo a jurisprudência, trata-se do

*[...] princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim com meios de convicção mais seguros do que os juízes distantes* (STF, RHC 50376/AL, rel. Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julgado em 17/10/1972, DJ 21/12/1972; TRF-1, REO 90.01.18018-3/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ, p. 31.072, de 05/12/1991).

3. As questões submetidas a esta Corte Revisora devem ser aferidas em estrita observância dos comandos insertos no art. 108, II, da Constituição Federal de 1988. Referido dispositivo é claro ao dispor que compete aos Tribunais Regionais Federais “*julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais e pelos Juízes Estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição*”. Desta forma, as questões que não foram submetidas ao Juízo singular, na petição inicial e na resposta, não podem ser decididas pela Corte Revisora, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição. Portanto, na esfera recursal, não se admite inovações da causa de pedir e do pedido, seja em decorrência da vedação expressa contida no art. 264 do CPC, seja em decorrência de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, nos moldes insertos no art. 515 do Código de Processo Civil (Cf. STJ, AgRg no RESP 927.292/PR, Primeira Turma, Min. Francisco Falcão, DJ 18/10/2007, AC 1999.36.00.007093-6/MT, Sexta Turma, Juiz Federal convocado Leão Aparecido Alves, DJ 17/10/2006).

### II – Demais pontos relevantes para o deslinde do feito

1. A matéria posta em discussão cinge-se na aferição da legitimidade, ou não, da constituição do crédito tributário, efetuado em razão do retorno extemporâneo, à Amazônia Ocidental, de veículo adquirido com isenção de IPI.

2. Sobre o tema, a Sexta Turma Suplementar desta Corte Regional entende ser irrelevante o fato de que o veículo adquirido com isenção de IPI não tenha sido apresentado na ocasião do retorno à Amazônia Ocidental, desde que haja comprovação de que o veículo permanece na Área de Livre Comércio. Confira-se, por oportuno, a ementa abaixo colacionada:

*Embargos à execução fiscal. Veículo adquirido com isenção do IPI. Saída temporária dos limites da Amazônia Ocidental, no caso, Rondônia. Ausência de apresentação do veículo quando do retorno.*

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado).

I. Veículo adquirido com isenção do IPI. Autorização de saída temporária dos limites da Amazônia Ocidental, no caso, Rondônia. Decreto 1.491/1995, artigos 1º e 3º. Ausência de apresentação do veículo quando do retorno. Irrelevância. Comprovação de que o veículo permaneceu na Área de Livre Comércio. Precedentes desta Corte.

II. Apelação não provida.

(AC 2006.01.99.018268-8/RO, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 318, de 09/11/2011.)

3. Além do mais, esta Corte Regional também esclarece que os veículos destinados ao transporte de carga não se submetem aos regramentos do Decreto 1.491/1995, em face da exceção prevista no art. 4º da legislação em questão, nos termos do posicionamento ora transcrito:

*Tributário. Embargos a Execução Fiscal. Saída temporária de veículos sem o pagamento do Imposto sobre Produtos Industrializados-IPI. Decreto 1.491-95.*

I. A saída temporária de veículos de origem estrangeira ou nacional, ingressado na Zona Franca de Manaus - ZFM e em Área de Livre Comércio - ALC, com isenção de IPI, pode ser autorizada mediante os procedimentos previstos nos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto n. 1.491/95. Ocorre que, embora o embargante tenha subscrito o termo de responsabilidade tributária acima referido, o documento de fls. 35, comprova ser o veículo em questão destinado ao transporte de carga, incidindo, assim, na exceção contida no art. 4º do Decreto 1.491-95.

II. Apelação improvida.

(AC 0023339-61.2006.4.01.9199/RO, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 892, de 07/10/2011.)

4. No caso em tela, conforme destacado pelo Juízo monocrático, a ausência de apresentação tempestiva do veículo à Receita Federal do Brasil não caracterizou infração ao Decreto 1.491/1995, uma vez que restou comprovado o retorno do bem à Amazônia Ocidental, mediante notas fiscais de abastecimento de combustível (fls. 81-86) e declarações de serviços de manutenção prestados por revendedoras de automóveis (fls. 87-88).

5. Considerando, ainda, que o Fisco deixou de apontar elementos configuradores de fraude aos objetivos perseguidos por meio da concessão de isenção do IPI, na ocasião da aquisição do veículo, tenho que a cobrança do imposto, motivada apenas pelo atraso ou não apresentação do bem em tempo hábil, é medida desproporcional e irrazoável ao contribuinte, especialmente quando há comprovação de que a saída da Amazônia Ocidental foi apenas temporária.

6. Ainda que não fosse esse o entendimento, insta salientar que, da análise do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV (fl. 59), nos é possível depreender que o veículo objeto da demanda é um caminhão destinado ao transporte de carga (vide campo *espécie/tipo*), inserido, portanto, na hipótese do art. 4º do Decreto 1.491/1995.

7. Logo, considerando que a sentença recorrida está em consonância com o entendimento delineado acima, não há qualquer reforma a ser operada no provimento jurisdicional de primeiro grau.

III – *Conclusão:*

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

## Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0003135-35.2004.4.01.4100

Apelação Cível 2004.41.00.003152-6/RO

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)  
Apelante: Conselho Regional de Enfermagem do Estado de Rondônia – Coren/RO  
Procuradores: Dr. Eduardo Martins do Carmo e outro  
Apelado: Hospital de Maternidade São Francisco Ltda.  
Advogados: Dr. Ricardo Sousa Rodrigues e outros  
Publicação: e-DJF1 de 10/08/2012, p. 1192

### Ementa

*Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Conselho Regional de Enfermagem. Legitimidade ativa. Necessidade da presença de enfermeiro durante todo o horário de funcionamento do hospital. Lei 7.498/1986.*

I. De acordo com a interpretação do art. 15 da Lei 7.498/1986, se faz necessária a presença ininterrupta de enfermeiro legalmente habilitado em unidades de saúde onde são realizados os atos típicos de enfermagem descritos nos arts. 12 e 13 da supracitada norma. Considerando a atividade desenvolvida pela entidade hospitalar apelada, impõe-se essencial a manutenção de enfermeiro durante todo o horário de atendimento do estabelecimento em alusão, para que nenhum procedimento de enfermagem venha a ser praticado sem a devida orientação de profissional habilitado.

II. Em se tratando de tutela do direito fundamental à saúde, direito difuso transindividual, autoaplicável (CF, art. 5º, § 1º), e diante da faculdade concedida pela Lei da Ação Civil Pública, notadamente em seu art. 11, no sentido de que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, afigura-se cabível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela buscada.

III. Apelação a que se dá provimento.

## Acórdão

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

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 03/07/2012.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins*: — Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem do Estado de Rondônia – Coren/RO da sentença que julgou improcedente a ação civil pública que objetiva compelir o apelado a manter número de enfermeiros suficiente, atendendo vinte e quatro horas ininterruptas, nos setores onde se desenvolvam atividades de enfermagem, a teor da Lei 7.498/1986 e Resoluções 146/1992 e 168/1996 do Conselho Federal de Enfermagem.

O apelante sustenta que a presença de enfermeiro é necessária nos setores em que desenvolvidas atividades de enfermagem, uma vez que o técnico e o auxiliar de enfermagem não podem atuar sem a supervisão de um enfermeiro, nos termos do art. 15 da Lei 7.498/1986.

Contrarrazões às fls. 89-100.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins*: — Em relação à legitimidade do Conselho Regional de Enfermagem para a propositura da

ação, cumpre observar que, pelas disposições do art. 2º da Lei 5.905/1973, tais autarquias são entes disciplinadores do exercício da profissão de enfermeiro e das demais profissões compreendidas nos serviços de enfermagem.

Assim, versando a lide justamente sobre o exercício dessas profissões, mostra-se pertinente a atuação da apelante. Ademais, sua legitimidade ativa para propor ação civil pública está prevista no art. 50 da Lei de Ação Civil Pública e lhe cabe buscar, pelas vias judiciais, a proteção dos direitos difusos relacionados à matéria da sua atribuição.

Além disso, trata-se de matéria que envolve direitos indisponíveis e difusos de toda a sociedade, uma vez que a conduta pleiteada está diretamente relacionada ao direito à saúde dos pacientes do hospital, o que também reforça o cabimento desta ação civil pública. Veja-se o entendimento desta Corte:

*Processual Civil. Ação Civil Pública. Conselho Regional de Enfermagem. Legitimidade ativa. Lei 7.498/1986. Manutenção de enfermeiros na direção dos postos de enfermagem, de forma ininterrupta, para organizar e orientar as atividades desenvolvidas pelos auxiliares e técnicos de enfermagem. Obrigatoriedade. Cargo privativo do enfermeiro profissional. Antecipação da tutela.*

I – “O Conselho Regional de Enfermagem atua na defesa dos interesses da sociedade e do cidadão usuário dos serviços de enfermagem, incumbindo-lhe a fiscalização do exercício profissional das categorias que lhe são vinculadas e o zelo pela qualidade e segurança dos serviços prestados à

\*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado).

coletividade, a demonstrar, assim, sua legitimidade para figurar no polo ativo (.).” (TRF 1ª Região, 8ª Turma, AC 0018286-90.2007.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal

[...]

IV – Apelações providas.

(AC 0004267-98.2002.4.01.4100/RO, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 598, de 02/12/2011.)

*Administrativo. Ação Civil Pública. Conselho Regional de Enfermagem. Manutenção de enfermeiros na direção dos postos de enfermagem, de forma ininterrupta, para organizar e orientar as atividades desenvolvidas pelos auxiliares e técnicos de enfermagem. Obrigatoriedade. Cargo privativo do enfermeiro profissional. Lei 7.498/1986.*

I. Nos termos da legislação de regência, notadamente a Lei 7.498/89, afigura-se necessária a presença de enfermeiro habilitado para a direção do posto de enfermagem, de forma ininterrupta, durante o funcionamento do hospital, a fim de organizar e orientar as atividades ali desenvolvidas, inclusive pelos auxiliares e técnicos de enfermagem.

II. Apelação provida para, confirmando a tutela liminar anteriormente deferida, reformar a sentença recorrida e julgar procedente o pedido inicial, determinando que o promovido mantenha em seu quadro clínico enfermeiros para a direção do posto de enfermagem, que deverão, de forma ininterrupta, durante o funcionamento do hospital, prestar assistência, organizando e orientando as atividades ali desenvolvidas, inclusive pelos auxiliares e técnicos de enfermagem.

(AC 0005230-72.2003.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal Souza Prudente, 8ª Turma, e-DJF1 de 13/08/2010, p. 457.)

No mérito, dispõe o art. 15, Lei 7.498/1986:

Art 15. As atividades referidas nos arts. 12 e 13 desta lei, quando exercidas em instituições de saúde, públicas e privadas, e em programas de saúde, somente podem ser desempenhadas sob orientação e supervisão de Enfermeiro.

Os tribunais tem entendido, da leitura do referido artigo, que se faz necessária a presença ininterrupta de enfermeiro em unidades de saúde onde são realizados os atos típicos de enfermagem descritos nos arts. 12 e 13 da supracitada norma:

*Administrativo. Ação ordinária. Conselho Regional de Enfermagem. Manutenção de enfermeiros na direção dos postos de enfermagem, de forma ininterrupta, para organizar e orientar as atividades desenvolvidas pelos auxiliares e técnicos de enfermagem. Obrigatoriedade. Cargo privativo do enfermeiro profissional. Lei 7.498/1986. Necessidade de anotação do responsável técnico junto ao Coren.*

I. Nos termos da legislação de regência, notadamente a Lei 7.498/86, afigura-se necessária a presença de enfermeiro habilitado para a direção do posto de enfermagem, de forma ininterrupta, durante o funcionamento do hospital, a fim de organizar e orientar as atividades ali desenvolvidas, inclusive pelos auxiliares e técnicos de enfermagem.

II. O fato de a atividade básica da recorrente ser a médica dispensa o seu registro junto ao COREN/GO, porquanto já se encontra inscrita nos quadros do Conselho Regional de Medicina competente, mas não afasta a necessidade de que haja um responsável técnico pela enfermagem, com necessidade de anotação junto ao COREN. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

III. Apelação desprovida.

(AC 0006357-65.2004.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, 8ª Turma, e-DJF1 de 28/10/2010, p. 607 - grifei.)

*Conselho Profissional. Resolução 146 do Conselho de Enfermagem. Posto de saúde. Número de enfermeiros suficientes para atendimento ininterrupto.*

I. Nos termos da Lei nº 7.498/86, aos Conselhos profissionais, cabe apenas fiscalizar o exercício da profissão, o que envolve a verificação dos requisitos de inscrição e o controle da atividade profissional, punindo aquele profissional que estiver agindo em desacordo com as normas legais.

II. Tanto a Lei nº 7.498/86 como o Decreto nº 94.406/87 dispõem sobre as atribuições dos enfermeiros, não especificando o número mínimo de enfermeiros que um estabelecimento de saúde deva ter.

III. Muito embora os artigos 11, Inciso I, alínea “a”, 12, 13 e 15 da Lei nº 7.498/86, determinem que a orientação e chefia do posto de enfermagem é atividade privativa do enfermeiro, esta lei não obriga que santas casas e hospitais mantenham um número mínimo de enfermeiros (art. 5º, II, CF), mas que as atividades técnicas sejam orientadas e supervisionadas por enfermeiro credenciado no Conselho Regional de Enfermagem.

IV. Assim, quando a Resolução nº 146/92, expedida pelo Conselho Federal de Enfermagem ou a Portaria nº 09/98, do Centro de Vigilância Sanitária, exige a presença ininterrupta de enfermeiros, somente disciplina a legislação supra.

V. Dessarte, o réu deverá providenciar a contratação de enfermeiros necessários para a assistência integral durante todo o horário de funcionamento, inclusive, domingos e feriados.

VI À minguia de impugnação mantida a condenação dos honorários advocatícios.

VII Por fim esclareço que fica mantida a multa diária de R\$ 100,00, somente após o trânsito em julgado.

VIII Apelação improvida.

(TRF3, AC 1999.61.13.000690-4, rel. Des. Federal Lazarano Neto, 6ª Turma, DJF3 CJ1 de 09/12/2010, p. 1.544.)

*Agravo de instrumento. Administrativo. Ação Civil Pública. Tutela antecipada. Conselho Regional de Enfermagem. Necessidade da presença de enfermeiro durante todo o horário de funcionamento do hospital. Lei 7.498/1986. Improvimento.*

[...]

II. De acordo com a interpretação do art. 15 da Lei n.º 7.498/86, se faz necessária a presença ininterrupta de enfermeiro legalmente habilitado em unidades de saúde onde são realizados os atos típicos de enfermagem descritos nos artigos 12 e 13 da supracitada norma. Tendo em vista, portanto, a atividade desempenhada pelo estabelecimento hospitalar agravante, o cumprimento da referida regra impõe-se essencial. Registre-se, outrossim, que, consoante a jurisprudência majoritária, todas as atividades desempenhadas por auxiliares técnicos devem ser supervisionadas diretamente por profissionais habilitados e devidamente inscritos no COREN.

[...]

V. Precedentes: STJ, Agravo Regimento no AG 938749 -SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, Decisão Unânime, Pub. DJ 03.03.2008; TRF da 4.ª Região, AC 200772000029910, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, Decisão Unânime, Pub. DJ. 28.10.2009; TRF da 3.ª Região, AC 798566, Rel. Desembargador Mairan Maia Sexta Turma, Decisão Unânime, Pub. DJ. 13.11.2009. Agravo de instrumento conhecido em parte e improvido.

(TRF5, AG 00125596120104050000, rel. Des. Federal José Maria Lucena, 1ª Turma, DJE de 13/01/2011, p. 226.)

No caso, considerando a atividade desenvolvida pela entidade hospitalar apelada, impõe-se essencial a manutenção de enfermeiro durante todo o horário de atendimento do estabelecimento em alusão, para que nenhum procedimento de enfermagem venha a ser praticado sem a devida orientação de profissional habilitado.

Com base nessas considerações, concluo que a sentença recorrida encontra-se em desconformidade com as determinações legais e com a jurisprudência majoritária, merecendo reforma.

Como o pedido foi julgado improcedente, e em se tratando de tutela do direito fundamental à saúde, direito difuso transindividual, auto aplicável (CF, art. 5º, § 1º), e diante da faculdade concedida pela Lei 7.347/1985, da Ação Civil Pública, notadamente em seu art. 11, no sentido de que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, entendo que se afigura cabível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela buscada nestes autos.

Assim, determino que a parte ré promova de imediato o quanto lhe competir para que, na unidade de saúde que organizar, mantenha em seu quadro clínico enfermeiros para a direção do posto de enfermagem, que deverão, de forma ininterrupta, durante o funcionamento da unidade, prestar assistência, organizando e orientando as atividades ali desenvolvidas, inclusive pelos auxiliares e técnicos de enfermagem, sob pena de multa diária, no montante de R\$1.000,00 (mil reais), por dia de atraso no cumprimento desta obrigação de fazer específica, a partir da ciência desta decisão mandamental.

Com estas considerações, dou provimento à apelação para, confirmando a tutela liminar ora deferida, reformar a sentença recorrida e julgar procedente o pedido inicial, determinando que, na unidade de saúde que organizar, a parte ré mantenha em seu quadro clínico enfermeiros para a direção do posto de enfermagem, que deverão, de forma ininterrupta, durante o funcionamento da unidade médica, prestar assistência, organizando e orientando as atividades ali desenvolvidas, inclusive pelos auxiliares e técnicos de enfermagem.

Comunique-se, de logo, via fax, o inteiro teor desse acórdão mandamental à parte ré, para cumprimento imediato dessa ordem judicial.

É como voto.



## Procedimento Investigatório do MP 0059228-86.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
Autora: Justiça Pública  
Indiciado: a apurar  
Publicação: e-DJF1 de 05/09/2012, p. 306-308

### Decisão

Trata-se de procedimento investigatório criminal, instaurado com a finalidade de apurar eventuais crimes na execução de convênios firmados entre o Município de Conselheiro Pena/MG e a Fundação Nacional de Saúde (Funasa).

Acolhendo manifestação ministerial de fls. 81-82, dando conta de que os mesmos fatos estavam sendo apurados nos autos do Inquérito 185/2010 (PIMP 0027503-79.2010.4.01.0000/MG), a autoridade policial determinou o apensamento dos referidos autos aos presentes, mantendo, contudo, as numerações originais (fl. 83).

A Procuradoria Regional da República da 1ª Região manifestou-se pelo arquivamento do presente Inquérito Policial, nos seguintes termos:

Trata-se de inquérito policial instaurado com o fim de apurar crimes na execução do convênio no 1550/2005 entre o Município de Conselheiro Pena/MG e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), especialmente os delitos dos arts. 89 (dispensa irregular) e 90 (fraude em licitação), da lei nº 8.666/93, além de possíveis práticas de desvio/apropriação de verbas públicas ou o respectivo emprego irregular (Decreto-lei nº 201/67, art. 1º, I e III).

Este convênio se refere, especificamente, à realização da segunda etapa de ampliação da Estação de Tratamento da Água – ETA, do município de Conselheiro Pena/MG, que compreende: a) transformar um decantador existente de convencional para alta taxa; b) construção de um filtro rápido de areia, em concreto armado e c) construção de um laboratório e aquisição de seus respectivos equipamentos.

O Relatório de inquérito policial (f. 99/101) informa que a presente investigação se originou após a deflagração da Operação “João de Barro”, em 20/06/2008, sendo que houve o apensamento de dois inquéritos, relativos aos mesmos fatos em tese delituosos (f. 128 do apenso II, volume 1): o IPL nº 555/09 (autos principais e os de nº 0027503-79.2010.4.01.0000, constituído pelos apensos II e III) e IPL 1914/09 (apenso 1).

Pois bem. Consta dos autos que o Relatório de Auditoria (f. 4/21) elaborado pela FUNASA concluiu nos seguintes termos:

[...] Verificou-se a existência de irregularidades/impropriedades consistentes na gestão do convênio realizado por executor não previsto no Termo de Convênio, pagamento de taxa a título de gestão do convênio, utilização de licitação inadequada para o valor estimado para contratação, falta da publicação da licitação no DOU e em jornal de grande circulação, ausência da planilha de quantitativos e preços unitários na proposta comercial da empresa vencedora, exigências no edital de documentação sem amparo legal, descumprimento às normas e condições estipuladas no edital, ausência do comprovante de entrega da garantia da execução dos serviços pela contratada, indícios de licitação montada, descumprimento de determinação legal pela não notificação aos partidos políticos, sindicatos e entidades, débitos de valores referentes a taxas e imposto de renda da conta do convênio. [...]

Exatamente por isso, o citado relatório propôs: a) a rescisão do termo de parceria; b) que a conveniente realizasse novo procedimento de licitação para contratação de empresa para conclusão das obras e c) que o Município priorizasse a execução do convênio nº 1550, tendo em vista o exíguo prazo de vigência.

No curso do presente inquérito, foi ouvido o prefeito municipal, Neyval José de Andrade (f. 33/35 dos autos principais e f. 40/42 do Apenso II, volume 1), o qual afirmou que o município repassou R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) à empresa BRASOL para a execução das obras objeto dos convênios, com uma contrapartida municipal de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), totalizando R\$ 268.000,00 (duzentos e sessenta e oito mil reais). Disse ainda: que a BRASOL efetuou a carta convite 09/2008 com esse objetivo; que a execução das obras ficou a cargo da BRASOL; que, rescindido o termo de parceria por recomendação da FUNASA, solicitou e obteve da BRASOL a restituição de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais); que então promoveu nova licitação com a contratação de nova empresa (TCN LTDA); que a obra encontra-se em seu final.

Foi também inquirido o então presidente da BRASOL, Luiz Fernando da Rosa Júnior (f. 95/97), o qual alegou que cumpriu parcialmente o objeto do convênio; que, rescindida a parceria por determinação da FUNASA, restituiu parte dos valores recebidos; que a licitação era dispensada legalmente; que as cartas convites foram endereçadas a empresas do Espírito Santo, e não Minas Gerais, porque eram as mais próximas para o tipo de serviço a ser realizado; que as pessoas que

trabalhavam na obra eram fornecidas pela empresa vencedora do certame (VIBRON); que já havia sido preso anteriormente na “operação Pasárgada” pela Polícia Federal.

Apesar de a autoridade policial ter lançado relatório conclusivo às f. 99/101, o Ministério Público Federal requereu, às f. 103/105, as seguintes diligências complementares: a) se houve, de fato, a restituição dos valores noticiados pelo Prefeito Municipal de Conselheiro Pena/MC e por Luiz Fernando da Rocha Júnior, juntando a documentação respectiva; b) identificação dos sócios (antigos e atuais) das empresas VIBRON ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e BRASOL, juntando-se os respectivos contratos sociais e eventuais alterações, além de verificar se há algum tipo de parentesco ou relação similar entre tais pessoas; c) juntada dos dados fiscais e bancários do Prefeito Neyval José de Andrade e de Luiz Fernando da Rocha Júnior, visando à eventual quebra de sigilo; 4) inquirição dos atuais responsáveis pela empresa VIBRON ENGENHARIA e 5) verificação do estado se encontram as obras objeto dos convênios de que trata o presente inquérito.

Dando-se continuidade às investigações, foram juntados, às f. 116/122 e 192/194, demonstrativos e extrato bancário de devolução dos valores não utilizados, no total de R\$ 136.566,16 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e sessenta e seis reais e dezesseis centavos).

Às f. 132/170, foram juntados o contrato social e demais alterações da empresa Vibron Engenharia, em que foram identificados os sócios Jeovanny Amar Agrícola e Márcia Maria Campana Moreira.

Em seguida, Jeovanny Amar Agrícola foi ouvido às f. 201/202, apresentando justificativas acerca dos fatos em apuração, alegando que tinha conhecimento de que a OSCIP BRASOL não teria legitimidade para administrar os recursos advindos da FUNASA e que não teve conhecimento de nenhuma ilicitude referente à licitação de que participou para executar o projeto de ampliação do sistema de abastecimento de água no referido município.

Finalmente, constam, às f. 195/198 e 203/236, relatório de visita técnica realizado pela FUNASA, no sentido da aprovação da execução do projeto estipulado no convênio nº 1550/05 relativo à segunda etapa da ampliação da estação de tratamento de água do município de Conselheiro Pena/MG, bem como diversas fotografias que demonstram o seu total cumprimento.

Pois bem, temos que os autos do inquérito devem ser arquivados, por inexistir crime a punir na espécie.

Inicialmente, não há nenhuma ilegalidade quanto à execução do objeto do convênio FUNASA nº 1550/05 por parte da OSCIP BRASOL.

Em primeiro lugar, porque o art. 14 da lei nº 9.790/99<sup>1</sup> dispõe que a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) poderá dispor livremente, por meio de regulamento próprio, acerca do regime de contratação de obras e serviços previstos no termo de parceria firmado com o ente público.

Nesse exato sentido, é a previsão do regulamento aprovado no Termo de Parceria nº 67/2007, que prevê a contratação direta ou convite, para valores acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (f. 222/228 do apenso I):

### [...] CAPÍTULO III – DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO

Art. 3º – Para a habilitação no processo de contratação exigir-se-á: I – Ofício do Convite para participação do processo; II – cédula de identidade, registro comercial, certidão de Breve Relato emitida pela Junta comercial; ato constitutivo, estatuto, contrato social e última alteração contratual, facultada a exigência de alteração consolidada, para a habilitação jurídica, conforme o caso; III – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, no cadastro Geral de Contribuintes, no cadastro estadual ou municipal de contribuintes; de regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal; de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, para a regularidade fiscal; IV - registro ou inscrição na entidade profissional competente; comprovação de aptidão técnica para o desempenho da atividade pertinente; além de capacitação técnica profissional, Anotação de Responsabilidade Técnica – ART – para a comprovação técnica; V – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; certidão negativa de falência ou concordata; garantia, limitada a 20% (vinte por cento) do valor estimado do objeto da contratação, para a qualificação econômico- financeira; vi - registro cadastral expedido PELA ERASOL, cuja solicitação será aceita até 24 (vinte e quatro) horas antes do início do Processo de Contratação [...]

### CAPÍTULO IV – DAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO:

art. 7º – Para todas as compras ou contratações de serviços até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) será dispensa a realização de processo de contratação, a critério da administração, nos casos de: I – Compras de bens duráveis destinados à operacionalização administrativa da BRASOL; II – Serviços de Consultoria entendida como aqueles que exigem conhecimentos específicos comprovados dos responsáveis por sua execução, com objeto definido, valores, parâmetros e prazos de execução previamente determinados. [...]

art. 9º – Para as compras ou contratações de serviços de R\$ 50.000,01 (cinquenta mil e um centavo) até R\$ 199.999,99 (cento e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), serão necessários: – Solicitação

<sup>1</sup> Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 40 desta Lei.

e autorização da Presidência da BRASOL; II – Cotação de Preços de 03 (três) fornecedores; Contrato ou ordem de fornecimento se for o caso.

art. 10º – Acima de R\$ 200.000,01 (duzentos mil reais e um centavo), será respeitado o processo de contratação nos moldes do CAPÍTULO III deste Regulamento [...]

Em segundo lugar, porque a licitação na modalidade convite foi regularmente realizada (Processo de contratação nº 9/2008), com habilitação e propostas compatíveis com o preço de mercado, de no mínimo 3 (três) empresas, a saber: VIBRON Engenharia LTDA. (adjudicatária), Sanevix Engenharia LTDA. E H2R Engenharia LTDA, em conformidade com os arts. 22, § 3º, e 27 em diante, da lei nº 8.666/93, não havendo nenhum indício de dispensa irregular ou fraude em licitação (lei nº 8.666/93, arts. 89 e 90), como se vê dos demais documentos juntados ao Apenso 1 e ao Apenso II, volume 3.

Em terceiro lugar, porque o objeto do convênio foi integralmente cumprido, como demonstram o relatório fotográfico de f. 203/235 e o relatório de visita técnica da FUNASA, que concluiu o seguinte:

[...] Logo este arquivo fotográfico é nossa segurança na aprovação desta etapa, pois podemos visualizar que as etapas construídas obedeceram ao projeto básico aprovado.

Finalmente, informo que neste dia, todas as instalações do novo laboratório, sendo de água, esgotos, energia elétrica, telefone e gás, encontravam-se funcionando, sem apresentar problemas.

A princípio, as obra citadas acima obedeceram ao projeto básico aprovado, quanto a sua locação, dimensões e material empregado, ou seja, o que foi possível visualizar, contudo demais informações técnicas, como escavações, transportes, escoramentos, reaterro, traço de concreto etc. Não podemos confirmar sua qualidade, pois não acompanhamos a obra todos os dias. Esta resposta cabe ao engenheiro fiscal da prefeitura, que é o responsável por acompanhar a obra no dia a dia e ao funcionamento final da obra.

Deve-se ressaltar que a empresa construtora, por lei, é responsável pela qualidade das obras e dos demais empregados, por um prazo de 5 (cinco) anos após a sua entrega.

Finalmente, devo ressaltar, que como técnico da Funasa, escolhido para o acompanhamento da execução física dos objetos que compõem esse convênio, que em nenhum momento participei, de alguma das etapas, do processo licitatório das obras pactuadas neste convênio, nem tão pouco emiti opinião ou parecer a respeito da empresa vencedora desse certame. Somente realizei o acompanhamento técnico, por meio de visitas esporádicas, com emissão de pareceres e notificações técnicas, devidamente anexados neste processo.

Portanto, salvo melhor juízo, neste dia, 04 de março de 2011, considerando somente as partes visíveis das obras construídas, conforme o acompanhamento técnico realizado deste convênio, in loco, considerando somente do ponto de vista técnico, recomendo a aprovação deste processo, pois considero que o objeto pactuado e seus objetivos foram atendidos, já estando as obras construídas e atendendo a população-alvo, não havendo prejuízo ao erário. Até a presente data as obras obedeceram ao projeto básico pactuado [...] (grifo nosso)

Em quarto lugar, porque, ainda que houvesse alguma irregularidade, seja na realização do Termo de Parceria com a OSCIP BRASOL, seja na licitação (convite), ainda assim tais fatos seriam penalmente atípicos.

É que não há nos autos indícios suficientes para caracterizar/provar os elementos subjetivos (dolo) dos delitos dos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, quais sejam, respectivamente: vontade livre e consciente de produzir um resultado danoso ao Erário e a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem consistente na adjudicação do objeto da licitação.

Nesse exato sentido, escreve Marçal Justen Filho<sup>2</sup>:

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. (p. 904)

O dolo exigido pelo art. 90 é o específico, eis que é indispensável a intenção de obter (para si ou para outrem) vantagem, consistente na adjudicação (p. 909)

Não bastasse isso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria, passou a exigir dois requisitos para a configuração de crime em licitação: a) o dolo específico (intenção de praticar atos irregulares no certame) e b) prejuízo ao Erário, com ou sem desvio/apropriação de verbas públicas (Informativo STJ nº 494):

DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO.

A Corte Especial, por maioria, entendeu que o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. No caso concreto a prefeitura fracionou a contratação de serviços referentes à festa de carnaval na cidade, de forma que em cada um dos contratos realizados fosse dispensável a licitação. O Ministério Público não demonstrou

<sup>2</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 283.

a intenção da prefeita de violar as regras de licitação, tampouco foi constatado prejuízo à Fazenda Pública, motivos pelos quais a denúncia foi julgada improcedente. APn 480–MG, Rel. originária Min. Maria Theresa de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012.

Não há falar, portanto, de prática de crime de dispensa irregular ou fraude em licitação (lei n° 8.666/93, arts. 89 e 90).

Finalmente, não existe nos autos nenhum indício de malversação ou apropriação/desvio de verba pública por parte de Neyval José de Andrade, Prefeito do município de Conselheiro Pena/MG, em relação aos crimes previstos no art. 1° do Decreto–Lei n° 201/67, especialmente porque ele se limitou a realizar o Termo de Parceria com a OSCIP BRASOL e a fiscalizar a execução das obras, amparado inclusive no Parecer Jurídico n° 14/2008, que está devidamente fundamentado (f. 98/115 do Apenso II, volume 1).

Por tais razões, o Ministério Público Federal requer o arquivamento do presente inquérito policial. (fls. 238/247).

Pelo exposto, acolho a manifestação da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, para determinar o arquivamento dos presentes autos, nos termos do art. 29, XIII e XIV, do Regimento Interno do TRF 1ª Região.

Junte-se cópia desta decisão nos autos do PIMP 0027503-79.2010.4.01.0000/MG, a este apensado.

I.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Cumpra-se.

Brasília, 13 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

### Agravo de Instrumento 0023463-20.2011.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Recorrida: sob sigilo de Justiça  
Advogados: Dra. Mônica Machado Bittencourt e outros  
Recorrido: sob sigilo de Justiça  
Publicação: e-DJF1 de 03/09/2012, p. 5-6

## Decisão

Trata-se de recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional), com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão unânime proferido pela Sétima Turma desta Corte Regional Federal, assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Aplicabilidade do art. 557 do CPC. Redirecionamento contra sócio. Prescrição.

1. *In casu*, é perfeitamente cabível a aplicabilidade do art. 557 do CPC, em face da manifesta sintonia da decisão agravada com a jurisprudência dominante neste eg. Tribunal e no colendo Superior Tribunal de Justiça.

2. Nessa perspectiva, “[...] É dado ao relator negar seguimento ao recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em conformidade com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior” (art. 557, caput, do CPC), sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório (ou à ampla defesa), porque atende à agilidade da prestação jurisdicional. Quando o relator assim age não “usurpa” competência do colegiado, mas atua dentro do permissivo legal” (AGTAG 2008.01.00.010806-2/MG, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Órgão Julgador: Sétima Turma, Publicação: 04/07/2008 e-DJF1 p.397).

3. Prevalece na jurisprudência desta Corte e do colendo Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve ocorrer no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável, em tal hipótese, o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80, que, além de se referir ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.

4. Não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após o chamamento da empresa, ocorre a prescrição intercorrente especialmente para os sócios.

5. No caso em exame, verifica-se que a empresa executada foi citada em 11/01/1999, e o pedido de redirecionamento da execução foi formulado somente em junho de 2010, ficando evidenciada, dessa forma, a ocorrência da prescrição.

6. Agravo regimental improvido.

Opostos embargos de declaração foram, à unanimidade, rejeitados.

Em sede de recurso especial a União (Fazenda Nacional) sustenta violação aos arts. 535 e 458, ambos do CPC, uma vez que o acórdão recorrido não teria se manifestado sobre questões suscitadas em embargos de declaração.

Sustenta, ainda, que a decisão impugnada afronta o art. 174 do CTN, ao indeferir o redirecionamento do executivo fiscal para incluir sócio-gerente no polo passivo da lide, em face do transcurso de mais de cinco anos entre a citação da empresa executada e a citação do sócio, sob o argumento de ocorrência de prescrição intercorrente.

Alega que não resta configurada no presente feito a inércia da União que justifique a decretação da prescrição, não podendo, assim, a recorrente ser penalizada por fatores próprios do mecanismo do Judiciário, o que atrai a incidência da Súmula 106/STJ.

Pois bem, na espécie, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional se o julgador, embora não tenha examinado cada argumento apresentado, adota fundamentação suficiente para o deslinde da controvérsia, ainda que contrariamente ao interesse da parte.

A propósito, nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...]

2. Não viola o artigo 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no caso em exame. (REsp 900.498/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 26/04/2012.)

Ainda no mesmo sentido: REsp 1.116.436/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 11/04/2012 e AgRg no Ag 1.409.534/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe de 23/03/2012.

Compulsando os autos, verifico que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *ainda que a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.*

Na espécie, conforme consignado no acórdão, “[...] a empresa executada foi citada em 11/01/1999, e o pedido de redirecionamento da execução foi formulado somente em junho de 2010, ficando evidenciada, dessa forma, a ocorrência da prescrição.”

Ademais, o egrégio Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.102.431/RJ, representativo de controvérsia, da relatoria do Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJe 01/02/2010, pacificou o entendimento no sentido de que *a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ.*

De consignar, ainda, que, não obstante a jurisprudência do STJ tenha consolidado o entendimento de que a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da Junta Comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, é certo que tal indício, *por si só e independente de qualquer outro elemento, é insuficiente para o pronto redirecionamento, que depende de prévia apuração das razões pelas quais tal fato ocorreu, bem como da comprovação do elemento subjetivo na conduta ilícita do sócio* (AgRg no REsp 1268993/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJE 11/05/2012).

Ainda que assim não fosse, o acórdão recorrido, como visto, decidiu a lide com fundamento no conjunto fático-probatório contido nos autos, razão pela qual qualquer pronunciamento sobre a matéria na atual fase processual implicaria reexame de prova, o que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”*

A propósito, nesse sentido, os seguintes julgados:

*Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Responsabilização do sócio-gerente. Prescrição. Termo inicial. Citação da empresa devedora. Prática de atos com infração à lei. Matéria fática. Súmula 07/stj. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.077.200/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/06/2009 – grifo nosso).*

*Agravo regimental em agravo em recurso especial. Legitimidade para o redirecionamento da execução fiscal. Análise do acervo probatório in casu. Impossibilidade. Verbetes n. 7 da Súmula do STJ. O reexame do conjunto probatório é inadmissível em recurso especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula desta Corte. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 40196 / SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, 07/05/2012 – grifo nosso).*

Isto posto, *não admito* o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 22 de agosto de 2012.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, presidente.

### Agravo de Instrumento 0046935-16.2012.4.01.0000/DF (d)

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
Agravante: Maria da Graça Innechi  
Advogados: Dr. Brasil do Pinhal Pereira Salomão  
Dr. José Luiz Matthes  
Dr. Ricardo Marchi  
Dr. Ricardo Sordi Marchi  
Dr. Hélio Navarro de Albuquerque Neto  
Dr. Pedro Naves Magalhães  
Dr. Sávio de Faria Caram Zuquim  
Dr. Sebastião do Espírito Santo Neto  
Dr. João Paulo Fernandes da Silva  
Dra. Hellen Pereira Gontijo  
Agravada: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 11/09/2012, p. 41-42

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por *Maria da Graça Innechi* contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de ação mandamental impetrada contra ato do *Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda*, indeferiu o pedido de liminar objetivando seja determinado à *União* que promova a imediata implementação do pagamento da pensão de montepio civil à agravante, na condição de filha e beneficiária de desembargador federal do trabalho falecido, em cumprimento ao Ato PR 1050/2010, da lavra do desembargador presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

A agravante noticia que o processo administrativo de pagamento da pensão foi sobrestado até definição da Advocacia-Geral da União sobre o instituto do montepio civil e que aguarda o recebimento do benefício há mais de dois anos.

Alega que tem direito líquido e certo à percepção do montepio civil da União, por força do art. 6º do Decreto 22.414/1933 c/c art. 1º da Lei 6.554/1978 e em razão do falecimento de seu provedor, bem como sustenta a ofensa da garantia constitucional do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Sustenta que a pensão de montepio civil foi concedida por ato jurídico perfeito e acabado da lavra do desembargador presidente do TRT da 2ª Região, o qual não foi revogado nem anulado, não cabendo à Coordenação de Gestão de Pessoas questionar a concessão da pensão, mas tão somente implementar o pagamento.

Afirma que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se faz presente em razão do caráter alimentar da verba postulada, eis que é pessoa idosa, sem outra fonte de renda, que, desde o óbito de seu pai, está sobrevivendo com a ajuda de terceiros.

O Código de Processo Civil, em seu art. 557, *caput*, possibilita ao relator, mediante decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que contrarie Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Já o §1º do mesmo artigo legal possibilita, lado outro, o provimento do apelo, caso a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Confira:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Estas prerrogativas concedidas ao relator visam, justamente, a atender aos princípios da economia e celeridade processual. Assim, cabe a esta magistrada antecipar a análise do recurso, sem a necessidade de levá-lo à apreciação dos demais componentes da Turma, quando presentes os requisitos do art. 557 do CPC.

A Administração dispôs de tempo mais que suficiente para analisar a matéria, sendo que a agravante está há mais de dois anos à espera do pagamento da pensão do montepio civil.

O que não pode é a agravante, pessoa idosa, que não dispõe de qualquer fonte de subsistência, ficar aguardando indefinidamente por uma decisão administrativa acerca do pagamento de benefício de natureza alimentar que lhe foi concedido por ato de autoridade competente.

Tem-se uma tal situação que, de um lado, está a morosidade excessiva e injustificada da União, em afronta ao princípio constitucional da eficiência administrativa e ao princípio da razoabilidade, e do outro, o prejuízo do administrado, que está a ter violado seu direito constitucional à dignidade humana.

Ressalte-se que a questão de ser devida ou não a pensão do montepio civil não está sob análise neste juízo, mas tão somente a demora da Administração em apreciar a legalidade e implementar o seu pagamento.

Se for decidido pela Administração que a agravante não tem direito ao recebimento da pensão, o pagamento do benefício pode ser suspenso a qualquer momento, bem como pode ser efetuada a cobrança dos valores indevidamente pagos pelos meios legais.

Acresça-se que não incide, na hipótese vertente, o disposto no § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, segundo o qual “*não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza*”, eis que trata de percepção de benefício previdenciário de pensão.

Nesse sentido é a Súmula 729 do STF, que deve ser aplicada também à norma citada, por tratar de tema idêntico ao da Lei 9.494/1997:

Súmula 729. A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Outrossim, evidenciado está o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da natureza alimentar da verba e da idade da agravante.

Em face do exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para determinar à *União* que promova a imediata implementação do pagamento da pensão de

montepio civil à agravante, em cumprimento ao Ato PR 1050/2010, da lavra do Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Publique-se.

Intime-se.

Comunique-se o teor desta decisão ao MM. juiz *a quo*.

Não havendo recurso, remetam-se os autos à vara de origem.

Brasília, 30 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

### Agravo de Instrumento 0071969-27.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Agravante: Selene Guerra Ferreira

Advogados: Dra. Vanessa Achtschin Soares da Silva

Dr. Paulo Cunha de Carvalho

Dr. André Vieira de Godoi Pitaluga

Dr. Érico Marques de Mello

Dra. Alessandra Damian Cavalcanti

Agravada: União Federal

Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho

Publicação: e-DJF1 de 04/09/2012, p. 21

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Selene Guerra Ferreira contra a decisão em que o magistrado de base indeferiu a liminar mediante a qual pretendia a parte autora assegurar a redução de sua jornada de trabalho semanal para 30 (trinta) horas, sem qualquer desconto proporcional da remuneração, ao amparo da Lei 12.317/2010.

Irresignada, alega a agravante, em síntese, que o direito invocado encontraria amparo na legislação de regência.

É o relatório. Decido.

Correta a decisão agravada.

Inicialmente, anoto que a pretensão da agravante encontra óbice na expressa vedação do art. 2º-B da Lei 9.494/1997, segundo a qual a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, a inclusão em folha de pagamento, a reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado.

Ainda que assim não fosse, melhor sorte não lhe assistiria.

A Lei 8.662/1993 – que dispõe sobre a profissão de Assistente Social – foi alterada pela Lei 12.317/2010, passando a estabelecer que *a duração do trabalho do Assistente Social é de 30 (trinta) horas semanais*. Tal diploma legal, contudo, disciplina *tão somente* a jornada de trabalho dos empregados celetista, daí não se aplicando, por óbvio, às Impetrantes, regidas que são pelo Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/1990). Nesse sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça que recebeu a seguinte ementa:

*Constitucional. Administrativo. Servidor público estadual. Assistente social. Pretensão de aplicação da lei 12.317/2010 Aos vínculos estatutários. Regra restrita aos empregados submetidos à CLT. Autonomia dos estados para organização administrativa. Busca da derrogação do regime jurídico. Impossibilidade.*

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou o pleito de aplicação do novo art. 5º-A da Lei 8.662/93, incluído pela Lei 12.317/2010 aos servidores públicos estaduais. A referida norma laboral determina que os assistentes sociais terão jornada de trabalho de 30 horas, sem redução de salário, no caso dos contratos de trabalho já em vigor.

2. Os Estados possuem competência constitucional para legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos, bem como são dotados de autonomia administrativa (art. 18 e 25, da CF), expressa na auto-organização, com os limites impostos pela Constituição Federal e pelas Constituições dos Estados; lei federal não pode ter a pretensão de reger diretamente os regimes jurídicos dos servidores dos Estados.

3. Eventual aplicação direta da Lei n. 12.317/2010 aos servidores públicos traria o paradoxo de uma lei federal de iniciativa legislativa ser aplicável aos servidores estaduais, cuja iniciativa de lei é atribuída ao chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, I, 'c', da CF). O Pretório Excelso já reconheceu a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais - de iniciativa legislativa - que pretendiam reger jornada de trabalho de servidores dos Estados. Precedentes: ADI 1895/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ 6.9.2007, p. 36, Ementário vol. 2.288-01, p. 126; ADI 3739/PR, Relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ em 29.6.2007, p. 022, Ementário vol. 2.282-04, p. 707; ADI 3175/AP, Relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ em 3.8.2007, p. 29, Ementário vol. 2.283-02, p. 418; e ADI 2754/ES, Relator Min. Sydney Sanches, publicado no DJ em 16.5.2003, p. 90, Ementário vol. 2.110-01, p. 195.

4. Outro paradoxo que evita a aplicação da Lei n. 12.317/2010 é que esta configura regra trabalhista geral em cotejo aos dispositivos do regime jurídico estadual, que é lei específica; afinal *lex specialis derogat generali*, e nunca o contrário.

Recurso ordinário improvido. (RMS-35.196/MS, Min. Humberto Martins, DJ de 19/12/2011)

Além disso, está consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do STJ o entendimento de que o servidor público não tem direito a regime jurídico, circunstância que autoriza a alteração da carga horária de trabalho, ainda que tal medida modifique a forma de cálculo da remuneração. Nesse sentido, entre muitos, acórdãos assim ementados:

*Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. Estabilidade financeira. Modificação da forma de cálculo da remuneração. Ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração: ausência. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agrg no re-602.009, Min. Cármen Lúcia, DJ de 13/10/2009.)*

[...]

Direito administrativo. Recurso especial. Mandado de segurança. Médicos. Cargo público de supervisor-médico-perito do quadro do inss. Lei federal 9620/98 de criação dos cargos. Estipulação expressa da jornada semanal de trabalho de 40 horas. Não configuração de direito líquido e certo a jornada semanal de 20 horas. Recurso especial desprovido.

1. A relação estatutária, diferente da relação de trabalho contratual existente no âmbito da iniciativa privada, é a relação entre servidores e Poder Público.

2. A fixação da jornada de trabalho do servidor público está adstrita ao interesse da Administração Pública, tendo em conta critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário, voltado para o interesse público e o bem comum da coletividade.

3. A lei nova pode extinguir, reduzir ou criar vantagens, inclusive alterar a carga horária de trabalho dos servidores, não existindo no ordenamento jurídico pátrio a garantia de que os servidores continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando do ingresso no respectivo cargo público.

4. Consoante orientação assentada na jurisprudência do STJ, o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurada, apenas pelo ordenamento constitucional pátrio, a irredutibilidade de vencimentos.

5. Assim, em se tratando de relação estatutária, deterá a Administração Pública o poder de alterar mediante lei o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. (REsp-812.811, Desembargadora Convocada Jane Silva, DJ de 07/02/2008.)

[...]

*Jornada de trabalho estabelecida no edital de concurso público. Mudança de regime celetista para estatutário inexistência de direito adquirido.*

1. Pretende a recorrente continuar cumprindo a jornada de trabalho estipulada no Edital do Concurso Público 1/1998 de 20 (vinte) horas semanais para o cargo de Fisioterapeuta do Município. Lei Complementar Municipal 21/2007, que altera o regime jurídico dos servidores de celetista para estatutário e aumenta a jornada de trabalho para 40 horas. Acórdão recorrido que dá parcial provimento à apelação da servidora para ajustar a carga horária, de acordo com a Lei 8.856/1994, que fixa a carga horária dos profissionais em no máximo 30 horas semanais de trabalho.

2. A jurisprudência do STJ assenta que a fixação da jornada de trabalho do servidor público está sujeita ao interesse da Administração Pública, tendo em vista critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário, voltado para o interesse público e o bem comum da coletividade.

3. A modificação do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, não sendo possível manter o regime anterior. Sob essa ótica, a lei nova pode alterar a carga horária por conveniência do serviço público, visto que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurado, apenas pelo ordenamento constitucional pátrio, a irredutibilidade de vencimentos. (AgRg nos EDcl no REsp-1.191.254, Min. Humberto Martins, DJ de 1º/06/2011)

### Agravo de Instrumento 0051258-64.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)  
Agravante: Fernando César Lerbach Rodrigues  
Advogado: Dr. Demetrius Abiorana Cavalcante  
Agravada: Fundação Universidade de Brasília – FUB  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Agravada: União Federal  
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho  
Publicação: e-DJF1 de 04/09/2012, p. 71

## Decisão

Fernando César Lerbach Rodrigues interpõe agravo de instrumento em face de decisão que, proferida nos autos do mandado de segurança 38753-26.2012.4.01.3400, por ele impetrado em desfavor do diretor-geral do Departamento de Polícia Federal e do presidente do CESPE/UNB, indeferiu o pedido liminar de participação nas demais fases do concurso público referente ao cargo de Papiloscopista da Polícia Federal, regido pelo Edital 1/2012-DGP/DPF, de 14/03/2012.

Alega que foi considerado inapto na avaliação psicológica, porquanto a banca examinadora afirmou que o mesmo não teria o perfil que a administração considera ideal para compor seus quadros policiais.

Sustenta que, conforme a documentação acostada aos autos, o impetrante já foi aprovado em testes psicotécnicos com finalidade idêntica, no âmbito do Distrito Federal (Cargo de Atendente de Reintegração Social da Carreira Assistência Pública em Serviços Sociais) e exerce funções de natureza policial na Unidade de Internação do Plano Piloto – Antigo Cajé/DF, sendo, portanto, dotado de plena capacidade psicológica.

Aduz que a fase de avaliação psicológica não descreveu em momento algum quais os critérios objetivos ou isonômicos e regras avaliadoras a que o candidato iria se submeter, revelando-se absolutamente genérica a citação “perfil profissiográfico” feita pela banca examinadora e que não constou do edital do certame.

Ressalta que, no caso dos autos, a eliminação do impetrante pautou-se na suposta inadequação do candidato ao crivo da banca examinadora e não na existência de desvios de personalidade que prejudiquem o exercício do cargo, dando margem à obscuridade e à subjetividade na avaliação.

Salienta que não é permitida a realização de exame psicotécnico cujo escopo é a adequação do candidato a um perfil profissiográfico específico, eis que desprovido de previsão legal e manifestamente vedado pela Constituição Federal, pela jurisprudência de diversos tribunais e pelo Decreto-Lei 6.944/2009.

Cita jurisprudência desta Corte Regional e do STJ no sentido de que a adequação a determinado perfil profissiográfico não é requisito legal para a investidura em cargo algum, enfatizando que somente a lei pode estabelecer os requisitos de exigência para ingresso em cargo público.

Alega cerceamento de defesa no que tange à disponibilização, pela Banca Examinadora, de somente 12 linhas (1.000 caracteres) para a exposição de motivos no recurso administrativo da avaliação psicológica, uma vez que é impossível fundamentar defesa em tão pouco espaço. Acrescenta que a banca examinadora apresentou resposta ao recurso em 29 linhas, mas não trouxe nenhuma fundamentação jurídica ou material na qual se baseia, não se respaldou em lei alguma ou citou a avaliação que utilizou, nem teceu qualquer comentário acerca da situação pessoal do candidato.

Aduz não haver estudo científico prévio que estabeleça os requisitos necessários ao desempenho do cargo em comento, nem tampouco houve previsão em edital dos critérios psicológicos a serem avaliados, o que contraria as disposições do art. 14, §§ 3º e 5º, do Decreto 6.944/2009 alterado pelo Decreto 7.380/2010.

Relata que o curso de formação profissional teve início em 6 de agosto de 2012, sendo de urgência a sua pretensão.

Requer seja dado efeito suspensivo ao agravo para, ao final, dar-lhe provimento assegurando ao Impetrante o direito a participar das demais fases do concurso, de ingressar no curso de formação e ser empossas, após a devida aprovação para papiloscopista Policial Federal.

É o relatório do essencial.

Inicialmente, vejamos as disposições contidas no Edital 1/2012-DGP/DPF que rege o certame em comento:

Da avaliação psicológica

10.1 A avaliação psicológica será realizada de acordo com os subitens descritos abaixo e conforme o anexo IV deste edital, no período provável de 30 de junho e 1º de julho de 2012.

10.2 A avaliação psicológica, de caráter unicamente eliminatório, será realizada pelo CESPE/UnB.

10.3 A avaliação psicológica consistirá na aplicação e na avaliação de baterias de testes e instrumentos psicológicos científicos, que permitem identificar a compatibilidade de aspectos psicológicos do candidato com as atribuições do cargo, visando verificar, entre outros:

a) capacidade de concentração e atenção; b) tipos de raciocínio; c) controle emocional (emotividade, segurança, estabilidade emocional, extroversão, vulnerabilidade,

entre outros); d) relacionamento interpessoal (confiança; altruísmo, ponderação, assertividade, complacência, entre outros); e) capacidade de memória; f) características de personalidade (senso de dever, autodisciplina, ordem, dinamismo, persistência, entre outros).

10.3.1 A avaliação psicológica avaliará também as características de personalidade restritivas ou impeditivas ao desempenho das atribuições inerentes ao cargo como, por exemplo, agressividade inadequada, impulsividade inadequada, rigidez de conduta, ansiedade exacerbada, sensibilidade exacerbada e picos patológicos.

10.4 Na avaliação psicológica, o candidato será considerado “apto” ou “inapto” conforme estabelecido no anexo IV deste edital. O candidato considerado “inapto” na avaliação psicológica será eliminado do concurso.

10.5 O candidato poderá ser submetido, ainda, a avaliações psicológicas complementares, conforme disposto no anexo IV, de caráter unicamente eliminatório, durante o Curso de Formação Profissional, caso a Direção da Academia Nacional de Polícia, de maneira fundamentada, entenda como necessário.

10.6 Demais informações a respeito da avaliação psicológica constarão de edital específico de convocação para essa fase.

[...]

Anexo IV

Da avaliação psicológica

Consoante o disposto no inciso III do artigo 8º do Decreto-Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987, no inciso VII da Lei nº 4.878, de 03 de dezembro de 1965, no Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009 e no Decreto nº 7.308, de 20 de setembro de 2010, assim como na Resolução CFP nº 01, de 19 de abril de 2002, do Conselho Federal de Psicologia, e diante da necessidade de regular a aplicação da Avaliação Psicológica nos concursos públicos para provimento de cargos policiais, a Avaliação Psicológica será realizada nos seguintes termos:

1 Considera-se Avaliação Psicológica o processo realizado mediante o emprego de um conjunto de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo.

2 A avaliação psicológica, de caráter unicamente eliminatório, será realizada após a aplicação das provas escritas e do exame de aptidão física.

3 A Avaliação Psicológica será realizada com base em estudo científico das atribuições, das responsabilidades e das competências necessárias para cada cargo policial integrante do Departamento de Polícia Federal.

3.1 Os requisitos psicológicos para o desempenho no cargo serão estabelecidos previamente, por meio de estudo científico das atribuições e responsabilidades dos cargos, descrição detalhada das atividades e tarefas, identificação dos conhecimentos, habilidades e características pessoais necessários para sua execução e identificação de características restritivas ou impeditivas para o cargo.

4 A Avaliação Psicológica poderá compreender a aplicação coletiva e/ou individual de instrumentos, capazes de aferir, de forma objetiva e padronizada, os requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

4.1 São requisitos da Avaliação Psicológica características de personalidade, capacidade intelectual e habilidades específicas, definidos em consonância com o estudo científico citado no subitem 3.1 deste anexo.

5 A Avaliação Psicológica será realizada por banca examinadora constituída por psicólogos regularmente inscritos em Conselho Regional de Psicologia.

6 A banca examinadora deverá utilizar testes psicológicos validados em nível nacional e aprovados pelo Conselho Federal de Psicologia, em conformidade com a Resolução CFP n<sup>o</sup> 02, de 24 de março de 2003.

7 O resultado da Avaliação Psicológica será obtido por meio da análise de todos os instrumentos psicológicos utilizados, considerando os critérios estabelecidos, a partir do estudo científico, os quais deverão ser relacionados aos requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

8 O candidato será considerado “apto” ou “inapto” na Avaliação Psicológica.

8.1 Será considerado “apto” o candidato que apresentar características de personalidade, capacidade intelectual e habilidades específicas, de acordo com os requisitos psicológicos para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

8.2 Será considerado “inapto” o candidato que apresentar características restritivas ou impeditivas e/ou não apresentar características de personalidade, capacidade intelectual, habilidades específicas, isolada ou cumulativamente, de acordo com os requisitos psicológicos para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

8.3 A classificação “inapto” na Avaliação Psicológica não significará, necessariamente, incapacidade intelectual ou existência de transtornos de personalidade; indicará apenas que o candidato não atendeu aos requisitos para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

9 Será eliminado do concurso público o candidato “inapto” na Avaliação Psicológica ou que não tenha sido avaliado em razão do não comparecimento nas datas e horários estabelecidos em edital específico.

10 A publicação do resultado da Avaliação Psicológica listará apenas os candidatos “aptos”, em obediência ao que preceitua o artigo 6<sup>o</sup> da Resolução CFP n<sup>o</sup> 01, de 19 de abril de 2002, do Conselho Federal de Psicologia.

11 Será assegurado ao candidato conhecer as razões que determinaram a sua classificação como “inapto”, bem como a possibilidade de interpor recurso.

11.1 Na sessão de conhecimento das razões da classificação, o candidato, se assim desejar, poderá ser assessorado por psicólogo contratado, devidamente inscrito em Conselho Regional de Psicologia.

11.2 Não será permitido ao candidato, nem ao psicólogo contratado, gravar a sessão de conhecimento e nem retirar ou reproduzir os testes psicológicos e as folhas de respostas.

11.3 O psicólogo contratado somente poderá ter acesso à documentação pertinente à Avaliação Psicológica do candidato na presença de um psicólogo da banca examinadora.

12 Em obediência ao artigo 6<sup>o</sup>, alíneas c e f, ao artigo 8<sup>o</sup>, inciso III, do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 2.320, de 26 de janeiro de 1987, ao artigo 9<sup>o</sup>, incisos VI e VII da Lei n<sup>o</sup> 4.878, de 03 de dezembro de 1965, ao artigo 14 da Lei n<sup>o</sup> 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o candidato poderá ser submetido a avaliações psicológicas complementares, de caráter unicamente eliminatório, durante o Curso de Formação Profissional, caso a Direção da Academia Nacional de Polícia, de maneira fundamentada, entenda como necessário.

13 Nenhum candidato poderá alegar desconhecimento das regras deste anexo.

14 As dúvidas, as controvérsias e os casos não previstos neste anexo serão dirimidos pela Diretoria de Gestão de Pessoal, ouvida a Coordenação de Recrutamento e Seleção.

A exigência de exame psicotécnico tem respaldo constitucional, conforme dispõe o art. 37, I:

Art. 37 - [...]

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Há muito, esta Corte já firmou entendimento acerca da legalidade da exigência de realização de exames psicotécnicos, desde que: a) sejam elaborados de forma objetiva, b) possam ser recorríveis administrativamente, c) realizados com prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, e, d) identifiquem os especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.

Não é outro o entendimento do STF, que assim já se manifestou sobre a matéria:

*Ementa: agravo de instrumento. Concurso público. Exame psicotécnico. Exigência de rigor científico. Necessidade de um grau mínimo de objetividade. Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis. Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados. Princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da administração pública. Recurso improvido.*

- O exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes.

(Min. Celso Melo. DJ 07/04/2006, p. 52, EMENT., v. 2.228-11, p. 2.175.)

No âmbito da jurisprudência, observa-se um repúdio ao estabelecimento de perfil profissiográfico em tais exames, conforme se depreende da leitura da seguinte ementa, por exemplo:

*Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Polícia civil do estado da Paraíba. Exame psicotécnico. Ausência de caráter objetivo na correção. Não conhecimento das razões que levaram à reprovação da recorrente. Nulidade do exame. Controle de legalidade e razoabilidade do poder judiciário. Adoção de perfil profissiográfico em que se devam encaixar os candidatos. Impossibilidade. Violação da exigência de critérios objetivos. Pedido para reconhecer a aprovação da recorrente. Impossibilidade. Necessidade de realização de novo exame. Precedente.*

1. A exigência do exame psicotécnico é legítima, autorizada que se acha na própria Constituição da República, ao preceituar que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;” (art. 37, inciso I, da Constituição Federal).

2. O exame psicotécnico, cuja principal característica é a objetividade de seus critérios, indispensável à garantia de sua legalidade, deve ter resultado que garanta a publicidade, bem assim a sua revisibilidade. Inadmissível, portanto, o caráter sigiloso e irrecurível do referido exame.

3. O critério fixado no “perfil profissiográfico”, previsto no item 11.3 do edital, é elemento secreto, desconhecido dos próprios candidatos, e, portanto, incontestável perante o Poder Judiciário, o que o fulmina de insanável nulidade, excedendo, assim, a autorização legal.

4. O fato de ser reconhecida a ilegalidade da correção do exame psicotécnico não exime a candidata de se submeter a novo exame, não podendo prosperar sua pretensão de ser diretamente nomeada ao cargo. Precedente.

5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a nulidade do teste psicotécnico da Recorrente, devendo ela ser submetida a novo exame.

(STJ, RMS 19.339/PB, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 15/12/2009.)

Assim, atendendo a tal entendimento, editou-se, em 21/08/2009, o Decreto 6.944, que dispôs:

*Art. 14. A realização de exame psicotécnico está condicionada à existência de previsão legal expressa específica e deverá estar prevista no edital.*

§ 1º O exame psicotécnico limitar-se-á à detecção de problemas psicológicos que possam vir a comprometer o exercício das atividades inerentes ao cargo ou emprego disputado no concurso.

§ 2º É vedada a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico, avaliação vocacional ou avaliação de quociente de inteligência. (grifos acrescentados)

Todavia, apenas treze meses depois, em 22/09/2010, foi editado o Decreto nº 7.308, que mudou a redação do art. 14 do Decreto 6.944 acrescentou o art. 14 – A ao referido diploma legal:

*Art. 14. A realização de avaliação psicológica está condicionada à existência de previsão legal específica e deverá estar prevista no edital. (Redação dada pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 1º Para os fins deste Decreto, considera-se avaliação psicológica o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo. (Redação dada pelo Decreto nº 7.308, de 2010)

§ 2º A avaliação psicológica será realizada após a aplicação das provas escritas, orais e de aptidão física, quando houver. (Redação dada pelo Decreto nº 7.308, de 2010)

§ 3º Os requisitos psicológicos para o desempenho no cargo deverão ser estabelecidos previamente, por meio de estudo científico das atribuições e responsabilidades dos cargos, descrição detalhada das atividades e tarefas, identificação dos conhecimentos, habilidades e características pessoais necessários para sua execução e identificação de características restritivas ou impeditivas para o cargo. (Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)

§ 4º A avaliação psicológica deverá ser realizada mediante o uso de instrumentos de avaliação psicológica, capazes de aferir, de forma objetiva e padronizada, os requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 5º O edital especificará os requisitos psicológicos que serão aferidos na avaliação. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

Art. 14-A. O resultado final da avaliação psicológica do candidato será divulgado, exclusivamente, como “apto” ou “inapto”. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 1º Todas as avaliações psicológicas serão fundamentadas e os candidatos poderão obter cópia de todo o processado envolvendo sua avaliação, independentemente de requerimento específico e ainda que o candidato tenha sido considerado apto. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 2º Os prazos e a forma de interposição de recurso acerca do resultado da avaliação psicológica serão definidos pelo edital do concurso. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 3º Os profissionais que efetuaram avaliações psicológicas no certame não poderão participar do julgamento de recursos. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 4º É lícito ao candidato apresentar parecer de assistente técnico na fase recursal. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

§ 5º Caso no julgamento de recurso se entenda que a documentação e a fundamentação da avaliação psicológica são insuficientes para se concluir sobre as condições do candidato, a avaliação psicológica será anulada e realizado novo exame. *(Incluído pelo Decreto nº 7.308, de 2010)*

(grifos acrescentados)

*Como se vê, não mais subsiste a anterior vedação à aferição de perfil profissiográfico.*

Destarte, é legítima a exigência de exame psicotécnico para fins de habilitação de candidato a cargo público, quando a lei o prevê, e igualmente legítimo, teste que envolva a avaliação, ainda quando por meio de critério de perfil profissiográfico, das condições psicológicas do examinando, à luz das atribuições do cargo para o qual concorre, na espécie.

Vejamos Julgado recente desta Corte Regional, *in verbis*:

*Administrativo. Concurso público. Perito criminal da polícia federal. Candidato não-recomendado em avaliação psicotécnica. Testes dotados de legalidade, objetividade e publicidade. Perfil profissiográfico. Legalidade. Embargos infringentes acolhidos. Apelação do autor não provida.*

1. Nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de Repercussão Geral, o exame psicotécnico demanda previsão legal em sentido material, devendo-se revestir de critérios de objetividade, ampla publicidade e recorribilidade.

2. As Leis 8.112/1990, 10.682/2004, 9.266/1996, bem como, o Decreto-Lei nº 2.320/1987 dispõem sobre a aprovação do candidato no exame psicotécnico como condição para a sua matrícula em curso de formação profissional, este também arrolado na legislação de regência como pré-requisito para o ingresso na carreira policial federal, após aprovação do candidato em concurso público de provas, ou de provas e títulos.

3. E legítimo o exame psicotécnico se este envolve a avaliação, ainda que por meio de critério de perfil profissiográfico, das condições psicológicas do candidato, contextualizadas para o exercício do cargo a que concorre. Ilegítima seria a não-recomendação de candidato por motivos externos aos aspectos de sua adequação psicotécnica para o exercício das funções do cargo público a ser preenchido.

4. Havendo a devida previsão legal e tendo-se pautado o teste de avaliação psicológica a que submetido o candidato em critérios objetivos, cujos resultados foram revestidos de ampla publicidade e recorribilidade, com amplo acesso do candidato a todos os testes a que submetido e respectivos critérios utilizados, bem como, às explicações referentes aos motivos de sua não-recomendação, há que se manter as conclusões da banca examinadora.

5. Não cabe ao Poder Judiciário, substituindo-se ao examinador do concurso público para o preenchimento do cargo da carreira policial federal, declarar nulos os testes de avaliação psicológica dotados das características de legalidade, objetividade e publicidade, concludentes da não-recomendação do candidato, para deferir-lhe a nomeação e posse no cargo.

6. Não mais subsiste, desde a edição do Decreto 7.308/2010, a vedação anteriormente feita pelo art. 14, do Decreto nº 6.944/2009, à aferição do perfil profissiográfico no conjunto dos testes psicotécnicos aplicados ao candidato a cargo público. (Precedente: AC 2009.34.00.026912-0/DF; Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, Publicação: e-DJF1, p.178, de 06/07/2012)

7. Embargos Infringentes acolhidos para, adotando-se o voto-vencido da Desembargadora Selene Maria de Almeida no julgamento da AC 2005.34.00.011068-1/DF, negar provimento à Apelação do embargado.

(EIAC 2005.34.00.011068-1/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado), Terceira Seção, e-DJF1, p. 20, de 31/07/2012.)

Confira-se, ainda, a jurisprudência pacífica da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça:

*Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Previsão legal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Impossibilidade. Precedentes.*

1. O Tribunal de origem concluiu que as Leis nºs 4.375/64 e 7.289/84 preveem a necessidade de realização do exame psicotécnico como condição de acesso aos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal, razão pela qual o edital do concurso para preenchimento de cargos na mencionada Corporação, prevendo a referida exigência, não seria ilegal.

2. É pacífica jurisprudência deste Tribunal no sentido de ser possível a exigência de teste psicotécnico como condição de ingresso no serviço público, desde que haja lei emanada do Poder Legislativo competente e previsão no edital regulamentador do certame. Incidência da Súmula nº 686/STF.

3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o exame da legislação infraconstitucional e a análise de ofensa reflexa à Constituição Federal. Incidência da Súmula nº 636/STF.

4. Agravo regimental não provido. (RE 537795 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento: 28/02/2012, Primeira Turma, publicação: DJe-70, divulgação: 10/04/2012, publicação: 11/04/2012.)

*Processual Civil e Administrativo. Embargos declaratórios. Prequestionamento. Omissão. Inocorrência. Art. 535 do CPC. Concurso público. Perito criminal federal. Exame psicotécnico. Aprovação anterior. Repetição. Necessidade. Decreto-Lei 2.320/1987.*

I – (omissis)

II – O candidato que participa do concurso para o cargo de Perito Criminal Federal deve se submeter ao exame psicotécnico, mesmo que já tenha realizado esse teste em concurso anterior para o cargo de Agente da Polícia Federal. Impossibilidade de se aproveitar tal habilitação em processo seletivo distinto daquele em que foi realizada a avaliação, por força do disposto no art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.320/1987.

Recurso parcialmente provido. (REsp 202654/RS, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, data do julgamento: 16/12/1999, data da publicação/fonte: DJ 14/02/2000, p. 59).

Na hipótese dos autos observa-se que o impetrante foi submetido a testes de avaliação psicológica, cujos resultados foram juntados por cópia aos autos, podendo-se constatar que foram pautados em critérios objetivos, sobre os resultados da avaliação terem sido revestidos de ampla publicidade e recorribilidade. Consta, ainda, que o mesmo teve acesso a todos os testes aplicados e aos critérios utilizados, bem como, às explicações referentes aos motivos de sua não recomendação.

O ato administrativo impugnado reveste-se, portanto, das características de legalidade, objetividade e publicidade/recorribilidade, não se viabilizando, sem prejuízo da observância da isonomia relativamente aos demais participantes do certame, o deferimento do pleito final deduzido no recurso, qual seja, a declaração de nulidade do resultado da avaliação psicológica para garantia de participação nas demais fases do certame, como sindicância de vida pregressa e curso de formação, com reserva de vaga para o caso de aprovação.

Em face do exposto, nego seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e inciso XXIV do art. 29 do RITRF 1ª Região.

Comunique-se ao juízo *a quo*.

Publique-se. Intime-se. Oficie-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos nos moldes regimentais.

Brasília, 29 de agosto de 2012.

Juiz Federal *Alexandre Jorge Fontes Laranjeira*, relator convocado.



## Recurso inominado 0034389-07.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller  
Recorrente: Cleonice dos Santos Rodrigues  
Advogados: Dra. Rita Margarete Rodrigues e outro(s)  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Publicação: e-DJF1 de 10/09/2012, p. 437

### Ementa

*Previdenciário. Rateio de pensão. Possibilidade. Manutenção de duas uniões estáveis concomitantes pelo segurado instituidor. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso desprovido.*

### I - Relatório

Trata-se de recurso interposto por Cleonice dos Santos Rodrigues contra sentença que julgou improcedente pedido de exclusão da beneficiária Iracilda Pereira de Souza do rateio da pensão por morte, sob a alegação de que houve ruptura da relação entre esta e o instituidor da pensão por morte quando da data do óbito deste.

Em suas razões recursais, a autora aduz que o Sr. Nelson Galdino da Silva teve um relacionamento marital com Iracilda Pereira de Souza, no entanto, o relacionamento já havia se encerrado, sendo que no ano de 2003 o falecido passou a viver em união estável com a recorrente. Afirma que não houve comprovação de que o *de cujus* ainda convivia com a família em Cuiabá quando de seu óbito. Alega que o *de cujus* apenas viajava para Cuiabá para visitar os filhos que moravam na casa da recorrida. Por derradeiro, assevera que o fato de a recorrida receber benefício assistencial (Loas) importa na sua não dependência econômica com o segurado instituidor da pensão por morte.

Foram apresentadas contrarrazões.

### II - Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Abordando a questão de fundo, entendo que o julgado monocrático merece prosperar incólume.

Isto porque, conforme demonstrado nos autos através de testemunhas e documentos, o segurado instituidor da pensão por morte não abandonou o vínculo familiar estabelecido em Cuiabá, permanecendo com duas famílias nos últimos meses de sua vida.

De acordo com os depoimentos colhidos em audiências, pode-se afirmar que o segurado falecido convivia com a recorrente em Goiânia e com a litisconsorte recorrida em Cuiabá, situação essa que era favorecida pela sua condição de motorista rodoviário.

### III - Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

Sem condenação em honorários advocatícios em virtude da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

### Acórdão

Decide a Turma Recursal, por maioria, negar provimento

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 1º/08/2012.

Juíza Federal *Luciana Laurenti Gheller*, relatora.

## Recurso inominado 0042743-21.2009.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Luciana Laurenti Gheller  
Recorrente: Maria Aparecida Antônio dos Santos  
Advogada: Dra. Jurania Caldeira  
Recorrida: Edileuza Borges de Oliveira  
Advogada: Dra. Rita Carolina de Souza  
Publicação: e-DJF1 de 10/09/2012, p. 437

### Ementa

*Previdenciário. Exoneração de rateio de pensão por morte. Casamento válido e concomitante ao relacionamento extraconjugal. União estável. Não reconhecimento pela justiça estadual. Relação caracterizada como mero relacionamento extraconjugal. Recurso da companheira improvido.*

### I - Relatório

Trata-se de recurso inominado interposto por Maria Aparecida Antônio dos Santos contra sentença que julgou procedente pedido de exoneração de rateio de pensão por morte proposta por Edileuza Borges de Oliveira, que excluiu a recorrente da condição de beneficiária da pensão por morte do instituidor Paulo Borges de Oliveira, com efeitos financeiros a data da sentença.

Em suas razões recursais, a recorrente alega: a) a sentença cível proferida pela juíza de direito da 8ª Vara de Família, Sucessões e Cível da Comarca de Goiânia, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de união estável entre a recorrente e o *de cujus* Paulo Borges de Oliveira, não deve causar coisa julgada no presente caso, visto que assuntos de origem previdenciária se cingem a outra esfera de competência; b) que entabulou contrato de união estável com o *de cujus* na data de 30 de junho de 2003, o que demonstra a intenção de construção de uma relação de vínculo livre, formal e duradouro; c) no que se refere aos direitos previdenciários, há uma profusão de julgados favoráveis ao direito a pensão por morte a concubina.

### II - Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

A sentença impugnada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, conforme permissivo do art. 46 da Lei 9.099/1995.

De fato a sentença proferida pela Justiça estadual, em que foi negado o reconhecimento da união estável, não faz coisa julgada para fins previdenciários. Contudo, a sentença ora recorrida teve por fundamento o conjunto probatório existente nos autos, e não somente a sentença proferida pelo juízo estadual.

Infere-se das provas acostadas aos autos, bem como dos depoimentos colhidos em audiência, que o relacionamento extraconjugal vivenciado entre a recorrente e o *de cujus* não se caracteriza como união estável, a despeito do instrumento firmado entre ambos, especialmente porque não inexistiu separação de fato entre o *de cujus* e sua esposa, permanecendo a família unida até o seu falecimento.

Vale trazer à baila o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, datado de 07/02/2012, no AgRg no REsp 968572/RN, *in verbis*:

*Agravo regimental. Ação de reconhecimento de concubinato post mortem. Decisão monocrática provendo o recurso especial, para rejeitar o pedido. Insurgência do Ministério Público Federal. Concubinato simultâneo a casamento válido. Pedido de partilhamento de pensão previdenciária pela concubina. Impossibilidade em razão de inexistência de separação de fato ou dissolução do vínculo conjugal. Fato impeditivo ao reconhecimento da "união estável" obstando a concessão de direitos hereditários ou previdenciários à demandante. Entendimento pacífico ante a segunda seção desta corte. Recurso desprovido. (grifei).*

Nestes termos, incabível a alegação de que o concubinato, no presente caso, possa trazer algum direito hereditário ou previdenciário, uma vez que não houve separação de fato ou dissolução conjugal do *de cuius* com sua esposa, o que obsta o reconhecimento da união estável e os direitos dela decorrentes.

No mesmo sentido, no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 200870950036020, a Turma Nacional de Uniformização, decidiu, no dia 05/05/2011 que:

*Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre esposa, separada de fato, e nova companheira de seu ex-marido. Possibilidade. Caracterização de união estável entre a nova companheira e o marido separado de fato. Ausência de caracterização de concubinato impuro. Incidente não conhecido.*

1. Apenas descaracteriza uma união estável a relação afetiva extraconjugal, paralela ao casamento, quando não tenha havido divórcio, separação judicial ou separação de fato entre os cônjuges. Hipótese distinta consiste na relação afetiva estabelecida pelo cônjuge separado de fato ou de direito, imbuída de *affectio maritalis*, i. e., com intuito de constituir entidade familiar. 2. O concurso entre esposa e companheira para o recebimento de pensão por morte é possível na hipótese de "cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos", nos termos do art. 76, § 2º, da Lei 8.213/1991. 3. Acórdão recorrido que, ao reconhecer a união estável entre ex-marido separado de fato e sua nova companheira, afina-se com a posição pacificada nesta Turma. Pedido de Uniformização de Jurisprudência que não merece conhecimento, por força da Questão de Ordem 13. (grifo nosso).

### III - Dispositivo

Condene a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios ora fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).  
É o voto.

### Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 1º/08/2012.

Juíza Federal *Luciana Laurenti Gheller*, relatora.

## Recurso inominado 0001081-79.2012.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Emilson da Silva Nery  
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Recorrida: Joana Batista da Silva  
 Advogados: Dra. Kelly Marques de Souza e outro  
 Publicação: e-DJF1 de 24/08/2012, p. 2.196-2.198

### Ementa

*Processual Civil. Agravo. Multa pelo atraso no cumprimento da obrigação. Incidência automática pelo decurso do prazo fixado sem que seja atendida a ordem judicial ou apresentado motivo relevante para tanto. Possibilidade de alteração do valor da multa em caso de insuficiência ou excessividade. Procurador Federal. Multa pessoal. Inadequação. Parcial provimento.*

### I - Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão, na fase de execução, que indeferiu a sua impugnação aos cálculos, a qual questiona a multa imposta de forma solidária à autarquia, ao coordenador da Divisão Previdenciária da PF/GO e ao gerente-executivo do INSS em Goiânia pelo atraso no cumprimento da obrigação de implantar benefício previdenciário.

O efeito suspensivo pretendido foi deferido em parte.

Não foram apresentadas contrarrazões.

## II - Voto

O recurso do INSS é de ser conhecido, porquanto tempestivo e adequado à veiculação da finalidade que persegue.

Abordando a questão de fundo, tenho que autarquia tem razão, em parte, em suas alegações.

Para tal demonstrar, necessário e suficiente fazer referência aos fundamentos contidos na decisão que deferiu, em parte, o efeito suspensivo ao presente agravo que, por serem explicativos, transcrevo:

É de notório conhecimento a situação de atraso no cumprimento das decisões judiciais, pela autarquia previdenciária, relativas à implantação de benefício, e à realização de cálculos.

Diante de tal contexto, entendo que a conduta adotada pelo juiz *a quo* de cominação de multa para impelir o cumprimento da obrigação com mais diligência, na tentativa de resolver a questão, não é desprovida de razoabilidade.

Em recentes julgados, esta Turma Recursal, por maioria, com base em elucidativo voto da lavra do Juiz Warney Paulo Nery Araújo, acolheu pleito da parte autora, insurgindo-se contra decisão que deixou de aplicar multa cominada, cujos fundamentos transcrevo a seguir e adoto como razão de decidir:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que considerou que não houve fixação de multa diária pelo atraso no cumprimento da obrigação mas mera advertência sobre a possibilidade de sua aplicação.

Data vênua o entendimento do relator, tenho que a decisão que manda intimar pessoalmente o Gerente Executivo do INSS para em prazo certo cumprir a decisão judicial, indicando qual o valor da multa a incidir no caso de não cumprimento, além de comunicação ao MPF, é, a meu ver, mais do que mera exortação ou pedido de favor.

A imposição de tão relevantes e sérias medidas é indicativo suficiente de que a decisão do juiz é impositiva, verdadeira ordem coercitiva, que somente admitiria cumprimento imediato ou confrontação mediante recurso apropriado, pena de impingir a pecha da irrelevância aos mandamentos emanados do Poder Judiciário.

Entendimento contrário implica reconhecer o desperdício de recursos públicos, ante a necessidade, vista pelo juiz que aplicou a multa, de se deslocar oficial de justiça para a intimação pessoal de terceiro, quando a mera advertência encontraria melhor sede na via publicação ou mesmo intimação ao procurador oficiante, como sói acontecer nestes casos.

Aliás, confirmando a necessidade de aplicação da multa, o INSS, *in casu*, quedou-se inerte por quase um ano (muito provavelmente já acostumado com a serenidade e irrelevância de certos pronunciamentos judiciais), o que apenas denota o que aqui vem a se expor: a necessidade de se imprimir ares de seriedade ao regular e necessário exercício do Poder.

A mesma conclusão se extrai da análise sintática do pronunciamento judicial em comento.

Tal qual os tipos penais (e este não deixa de sê-lo) o comando em destaque traz no seu preceito primário a conduta exigida, qual seja, revisar o benefício e apresentar planilha de cálculos em 30 dias. E no seu preceito secundário a *sanctio júrís*: pena de aplicação de multa diária de R\$ 100,00 e comunicação ao MPF.

Aqui a conduta proibida é a omissão, que, a se manter mesmo após o prazo dado, implica em *aplicação* da multa, termo que segundo o Dicionário Aurélio significa *cumprimento, execução*.

Aplicar, por sua vez significa, segundo a mesma fonte *infligir, impor*. Portanto, caracterizada a omissão, ao juiz só restaria impor a multa (via intimação) já prevista e não obrigá-lo a intimar novamente para cumprimento mediante formas sacramentais, como a dizer que desta vez a multa é *pra valer* ou *é sério*.

Superada a questão da natureza do provimento, vejamos se é caso de dar cumprimento, execução à multa.

A decisão que determinou o cumprimento da obrigação no prazo de trinta dias e fixou a aplicação de multa diária no valor de R\$ 50,00 foi proferida em 12/06/2007.

Em 12/06/2007 o INSS foi intimado desta decisão.

Somente em 04/2008 a obrigação foi cumprida, não havendo informação do por quê da demora, nem alegação de eventual impedimento ou força maior pelo INSS, que aliás não apresentou contrarrazões.

Sendo assim, é de se manter a aplicação da multa, ante a inexistência de motivos relevantes para que seja relevada.

Por outro lado, o valor da multa pode e deve ser alterada pelo juiz, caso venha a se mostrar insuficiente ou abusivo, de acordo com as circunstâncias então verificadas. Esse o entendimento do STJ muito bem explicitado no texto do Informativo de Jurisprudência 357/2008 do STJ:

*Obrigação. Fazer. Multa desproporcional.*

Em mandado de segurança, foi concedida a ordem para que o INSS retificasse os proventos de aposentadoria de seu segurado. O Min. Relator entendeu que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 644 do CPC no tocante à fixação e quantificação da multa cominatória imposta, a qual se revelou extremamente excessiva. Nesse caso, o Min. Relator afastou a aplicação da Súm n. 7-STJ, considerando que, se a questão apresenta aspectos fáticos, tem, também, aspectos de questão de direito, enfatizando a relevância da multa diária como sanção a fim de que se cumpra a obrigação de fazer ou não-fazer.

Se é lícito ao juiz impor a multa, é igualmente lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição, rever seu valor, conforme se depreende tanto do art. 461 quanto do atual parágrafo único do art. 645, ambos do CPC. Impõe-se que

haja moderação, evitando-se a ocorrência de enriquecimento sem causa da parte em detrimento do patrimônio público. A finalidade das astreintes, de compelir o cumprimento da obrigação de fazer não deve ser desfigurada, de modo a tornar o montante da multa mais desejável do que a satisfação da obrigação principal. Diante disso, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento para reduzir o valor da multa por dia de atraso tal como fixada em primeira instância. Precedente citado: REsp 422.966-SP, DJ 1º/3/2004.

(STJ - REsp 700.245-PE, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 26/05/2008) grifei.

No caso dos autos, como houve um atraso de 294 dias o valor da multa seria de R\$ 14.700,00, muito superior ao valor da RPV juntado aos autos (R\$ 9.962,61).

Além disso, não há informação nos autos de quando a autora provocou o juiz para informá-lo do descumprimento verificado, o que faz presumir que não o fez a tempo e hora, não se podendo emprestar à sua demora na reclamação o condão de beneficiá-la.

Assim, tenho como excessivo o valor alcançado pela multa, devendo ser reduzido para evitar o enriquecimento sem causa da autora, pelo que fixo-o em R\$1.000,00, valor suficiente para penalizar a omissão do INSS, atenuado pela demora na reclamação, e ao mesmo tempo orientar as partes do caráter cogente das decisões judiciais, gizando a necessidade de seu cumprimento incontinenti.

Revogo a ordem de comunicação ao MPF por reputá-la desnecessária, presente o tardio cumprimento da decisão.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo para manter a aplicação da multa cominatória, fixando-a, no entanto, no valor de R\$1.000,00 (Mil reais)*. (Ag. 2009.35.00.700301-2, julgado em 24/03/2010.)

A situação reclama a imposição de multa diária, com fundamento no art. 461, § 4º, do CPC, não só para reforçar o cumprimento da obrigação como também para representar medida pedagógica a impelir o obrigado a não incorrer em reincidência, mediante adoção de postura mais diligente em situações de igual proporção.

Sobre a possibilidade de fixação de multa diária em casos tais, confira-se o entendimento do e. STJ, consubstanciado no julgado abaixo transcrito:

*Processual Civil e Administrativo. Servidor civil. Revisão de pensão. Obrigação de fazer e entregar coisa. Cominação de multa diária contra a Fazenda Pública. Possibilidade.*

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - astreintes -, ainda que seja contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 7.869/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011.)

Não há falar-se, no caso, em imposição de multa com o intuito de indenização do credor, o que importaria em necessária avaliação da responsabilidade do ente. O que se objetiva, frise-se, é fazer cumprir o comando judicial que já havia cominado a multa com a finalidade de cumprimento da obrigação.

Todavia, o valor da multa há de expressar um resultado que represente uma sanção ao INSS e não seja irrisório a ponto de não surtir o efeito desejado, nem exorbitante em nível que represente enriquecimento sem causa do destinatário do benefício. Sendo assim, entendo razoável o valor de R\$1.000,00 (um mil reais).

Com relação ao comando contido na decisão de que o Procurador Federal deve responder pessoalmente pela obrigação imposta, numa análise ligeira, entendo estar a decisão eivada de impropriedades sanáveis neste momento, eis que vai de encontro ao entendimento do STF, segundo o qual é inadequado atribuir-se responsabilidade pessoal ao Procurador Federal quando não figura como parte ou interveniente da ação.

Acrescente-se que o prazo de 60 dias concedido ao INSS para cumprimento da obrigação foi razoável, considerando o princípio da celeridade que norteia o procedimento nos juizados especiais. A extrapolação deste prazo constitui desídia que deve ser repreendida, principalmente levando-se em consideração a natureza alimentar da prestação a ser implantada.

A execução de ofício nos juizados especiais, como bem ressaltado pelo Juízo de origem, é um dever do juiz, tendo em vista o disposto no art. 17 e parágrafos da Lei 10.259/2001, bem como o teor do art. 52, IV, da Lei 9.099/1995, o qual estabelece que a solicitação do interessado poderá ser, inclusive, verbal, e considerando, também, os princípios da informalidade, oralidade e simplicidade que devem orientar o procedimento nos juizados especiais.

Por último, insta observar que o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.652/DF (DJ de 14/11/2003), firmou entendimento de que a ressalva contida na parte inicial do parágrafo único do art. 14 do CPC, em nome dos princípios da isonomia e da inviolabilidade no exercício da profissão, também é aplicável aos advogados vinculados a entes estatais, não sendo, portanto, possível imposição de multa pessoal aos procuradores federais, uma vez que estes não figuram como parte na relação processual.

Confira-se o julgamento proferido pelo e. TRF da 1ª Região, em que o colegiado entendeu cabível a imposição de multa à Fazenda Nacional, porém, eximiu o Procurador Federal de se responsabilizar pessoalmente pela multa imposta:

*Processual Civil e Previdenciário. Antecipação de tutela. Requisitos configurados. Benefício previdenciário. Cominação de pena de multa diária: cabimento. Agravo de instrumento parcialmente provido.*

1. É cabível a aplicação de multa à Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer, como na hipótese dos autos, inexistindo qualquer vedação legal a tal prática, que objetiva o efetivo cumprimento das ordens judiciais, visando, em último turno, a prestação jurisdicional eficaz. (STJ, 6ª Turma, AGA 1246762, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE 21/06/2010.)

2. No entanto, na hipótese dos autos, não é possível o caráter pessoal da multa imposta, responsabilizando o Procurador Federal, no caso de não cumprimento da determinação de implantação do benefício.

3. Merece prosperar a decisão impugnada, devendo ser mantida a multa, porém em relação à autarquia e não ao seu procurador.

4. Agravo parcialmente provido.

(AG 2008.01.00.018127-6/RO, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1, p. 313, de 15/12/2010.)

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo para manter a decisão que reduziu o valor da multa fixada para R\$ 1.000,00 e eximiu a responsabilidade do Procurador Federal.

Sem condenação em honorários advocatícios.

É o voto.

## Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 18/07/2012.

Juiz Federal *Emilson da Silva Nery*, relator.

## Recurso inominado 0047897-29.2009.4.01.3400/DF/GO

Relatora: Juíza Federal Substituta Candice Lavocat Galvão Jobim  
Recorrente: União Federal  
Procurador: Dr. Daniel Viana de Castro Oliveira  
Recorrente: Ednilza Silva Soares  
Procuradora: Dra. Irene Vieira de Lima  
Publicação: e-DJF1 de 24/08/2012, p. 1.540-1.541

## Ementa

*Civil. Processual Civil. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Furto. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios. Competência da União. Servidor público federal. Dano material e dano moral. Sentença mantida. Recursos improvidos.*

I. Trata-se de recursos interpostos em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte autora na ação em que postula a condenação da União no pagamento de danos materiais e

danos morais em face de furto ocorrido dentro das dependências do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

II. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pela União, uma vez que é incumbência desta a organização e a manutenção do Poder Judiciário do Distrito Federal e dos Territórios conforme preconizado pelo art. 21, XIII, da CF, integrando o TJDFT, portanto, a esfera do Poder Judiciária da União. Dessa forma, a União é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

III. A parte autora alega ter tido sua bolsa furtada no âmbito das dependências do TJDFT, tendo, inclusive, registrado, em 19/03/2009, ocorrência policial do evento ocorrido. A bolsa foi encontrada ainda nas dependências do tribunal supracitado, sem, contudo, os objetos pertencentes à demandante. Conforme consta no termo de declarações prestado no Inquérito Policial 285/2009, uma amiga da parte autora verificou o interior a bolsa e atestou que os objetos estavam remexidos e alguns não se encontravam mais em seu interior.

IV. Saliente-se que, conforme consta do inquérito acima mencionado, havia, dentre os objetos no interior da bolsa um talão de cheque do qual foi sacada uma cártula de folha no valor de R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais), fato esse confirmado pela suposta autora do crime, que afirmou ter deixado a bolsa nas dependências do tribunal com todos os objetos, exceto a citada de folha de cheque.

V. Assim, resta reforçada a afirmação da parte autora quanto à existência dos objetos furtados. Registre-se ainda que foram colacionadas aos autos notas fiscais emitidas em data posterior ao furto descrito, visto a necessidade da parte autora de repor os objetos furtados.

VI. Observe-se que, conforme consta da Ocorrência 2009-1555 registrada na Ouvidoria do TJDFT, a própria Subsecretaria de Segurança do tribunal admite as falhas no sistema de segurança, relatando, inclusive, o cancelamento da aquisição de equipamentos de segurança pela administração superior, sob a alegação de que estes não seriam prioritários. Em processo administrativo iniciado em decorrência do evento descrito, verificou-se que a suposta autora do furto era assídua frequentadora das dependências do tribunal sem nunca ter sido identificada conforme determinado pela Portaria Conjunta 2/2007.

VII. Desse modo, resta comprovado o nexo de causalidade entre a omissão da administração do tribunal e o furto ocorrido em suas dependências. Presente o dever de indenizar em razão dos danos materiais suportados pela recorrida. Recurso da parte ré improvido.

VIII. Quanto aos danos morais, objeto de recurso da parte autora, esta Turma Recursal firmou entendimento no sentido de que a configuração do dano moral exige a existência de efetivo abalo psíquico ou de violação à honra ou à reputação da pessoa, física ou jurídica, não sendo suficientes à sua existência os transtornos e aborrecimentos sofridos pela parte. Na espécie, a parte autora não se desincumbiu do ônus de provar que os fatos narrados na inicial causaram-lhe abalo psíquico de tal monta, a exemplo da perda de um objeto de grande valor sentimental, a configurar o dever de indenizar decorrente de dano moral. Recurso da parte autora improvido.

IX. Sentença mantida. Recurso da União Federal improvido. Recurso da parte autora improvido. Acórdão lavrado com fundamento no permissivo legal do art. 46 da Lei 9.099/1995.

X. Incabível a condenação em honorários ante a ocorrência de sucumbência recíproca.

## Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – 09/08/2012.

Juíza Federal Substituta *Candice Lavocat Galvão Jobim*, relatora.

## Recurso inominado 0000061-24.2010.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Eduardo Pereira da Silva  
Recorrentes: Nara Luiza de Oliveira e outros  
Advogados: Dr. Sandro de Abreu Santos  
Dr. Wagner Baptista da Costa Júnior  
Recorrida: Justiça Pública  
Publicação: e-DJF1 de 11/09/2012, p. 687

### Ementa

*Penal. Queixa-crime. Crimes contra a honra no curso de campanha eleitoral para direção do Conselho Regional de FARMÁCIA. Extinção da punibilidade reconhecida em sentença. Recurso dos querelados. Não cabimento. Recurso da querelante. Possibilidade de conhecimento a qualquer tempo de causas de extinção da punibilidade. Recurso dos querelados não conhecido. Recurso da querelante conhecido e improvido.*

### Relatório

Trata-se de recursos interpostos por querelante e querelados em ação penal de iniciativa privada proposta por Nara Luiza de Oliveira em desfavor de Edson Negreiros dos Santos e Lorena Baia de Oliveira Alencar.

Por meio de queixa-crime ajuizada em 06/11/2009, Nara Luiza de Oliveira, Presidente do Conselho Regional de Farmácia de Goiás, imputou a Edson Negreiros dos Santos e Lorena Baia de Oliveira Alencar, Conselheiros do CRF/GO, a prática de crimes contra sua honra, supostamente praticados em razão do exercício de suas funções e no curso de campanha para eleição de nova diretoria do Conselho (fls. 2-21). Juntou documentos (fls. 23-73).

Após manifestação do Ministério Público Federal (fl. 75, verso), a querelante retificou a inicial (fl. 81). Em seguida, o MPF manifestou-se pelo recebimento parcial da queixa-crime (fls. 84-89).

Em audiência preliminar, não houve conciliação (fls. 108-109).

Edson Negreiros e Lorena Baia ofereceram defesa escrita (fls. 114-131) e exceção da verdade (fls. 132-211).

Recebida a exceção da verdade, determinou-se a notificação da querelante para resposta (fl. 227).

Em audiência de instrução e julgamento, foi aberta nova oportunidade para a defesa responder à acusação. A queixa-crime foi recebida. Foram ouvidas as testemunhas e colhido o interrogatório dos querelados (fls. 243-246).

Foram apresentadas alegações finais escritas pela querelante (fls. 259-264) e pelos querelados (fls. 267-283).

O MPF se manifestou às fls. 324-334.

Às fls. 337, foi prolatada sentença que extinguiu a punibilidade com base nos arts. 48 e 49 do CPP e 107, inciso V, do Código Penal (fls. 337-343).

Opostos embargos de declaração pelos querelados (fls. 346-350), foi proferida decisão de rejeição (fls. 362-363).

A querelante apresentou recurso de apelação (fls. 372-380). Às fls. 381-388, os querelados apresentaram recurso de apelação.

Recebidos os recursos (fl. 390), a querelante apresentou contrarrazões (fls. 392-396). Os querelados não apresentaram contrarrazões.

Acerca dos recursos, o MPF se manifestou (fls. 398-402 e fls. 407-408).

### Voto

Inicialmente, analiso o cabimento do recurso interposto pelos querelados.

Pretendem os querelados a reforma da sentença para que sejam modificados seus fundamentos. Aduzem, em síntese, os querelados que: a) a sentença reconheceu a prática de crime, tendo decretada a extinção da punibilidade

pela renúncia tácita, em virtude de não ter a querelante movido a ação penal contra todos os possíveis autores dos crimes; b) deveria a sentença ter reconhecido que os fatos praticados pelos autores não configuram crime.

O recurso interposto pelos querelados não é cabível. Com efeito, foram eles absolvidos. A fundamentação utilizada pela sentença não produz efeitos extraprocessuais. Vale dizer, não vincula o juízo cível de eventual ação de reparação de danos.

É cediço na jurisprudência a ausência de interesse recursal quando o objeto do recurso é a mera mudança na fundamentação da sentença.

Ante o exposto, *deixo de conhecer do recurso* interposto pelos querelados.

Analisado o recurso de apelação da querelante.

O recurso é tempestivo e cabível.

Alega, em síntese, a querelante que o juiz não poderia ter decretado a extinção da punibilidade pelo fato de não terem sido incluídos no processo os demais integrantes da chapa responsáveis pelas publicações de campanha que veicularam ofensas a sua honra.

Segundo a querelante, tal alegação não consta da resposta à acusação, o que implica na preclusão e na impossibilidade de o juiz decidir com base nesta questão, sob pena de incorrer em julgamento *extra petita*.

Está equivocada a querelante. Deve o juiz sempre se pronunciar sobre a procedência da pretensão punitiva, conhecendo de ofício das causas de extinção da punibilidade.

A sentença deve ser mantida pelos próprios fundamentos.

Recurso da querelante a que se *nega provimento*.

É o voto.

### Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 1º/08/2012.

Juiz Federal *Eduardo Pereira da Silva*, relator.

---



## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

### *Processual Civil. Conflito de competência. Execução individual de sentença proferida em ação coletiva. Prevenção do juízo prolator da sentença na ação coletiva.*

I. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, inciso II, do CPC.

II. Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que previa a possibilidade da promoção da liquidação da sentença no foro do domicílio do liquidante, a matéria encontra-se, atualmente, regulamentada pelo art. 475-A do CPC, que fixa, também, o juízo de origem como foro competente para a liquidação. Precedentes. Ressalva do relator.

III. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, suscitado.

Conflito de Competência 0031533-89.2012.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado) – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 07/08/2012, p. 6

### *Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência entre juízos federais. Ação de cobrança. Pensão por morte. Servidor público civil. Competência relativa. Declaração de ofício. Impossibilidade. Competência do juízo suscitado.*

I. É cediço que a incompetência relativa não pode ser reconhecida de ofício, carecendo de provocação das partes por meio de exceção de incompetência, nos termos do art. 112 do CPC. Súmula 33 do STJ.

II. Tendo a parte autora optado pelo ajuizamento da ação em juízo distinto do seu domicílio, e ante a ausência de arguição de exceção de incompetência pelo Ministério dos Transportes e/ou pela União, tem-se que a competência do juízo suscitado prorrogou-se, nos moldes do art. 114 do CPC. Precedente desta Corte.

III. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás.

Conflito de Competência 0050525-35.2011.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 21/08/2012, p. 1.147

### *Processo Civil. Desapropriação indireta. Conflito negativo de competência. Provimento/Coger 49, de 28 de junho de 2010. Provimento Coger 72, de 23 de fevereiro de 2012. Criação de vara especializada em matéria ambiental e agrária na capital. Local do imóvel. Competência territorial absoluta. Aplicação do art. 95 do Código de Processo Civil. Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. juízo federal suscitado.*

I. O Provimento/Coger 49, de 28 de junho de 2010, expedido pela Presidência desta Corte Regional Federal, regulamentou a distribuição e a redistribuição de processos decorrentes da instalação da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária no Estado do Maranhão, especializada em matéria ambiental e agrária.

II. O então art. 7º do citado Provimento/Coger 49/2010, que estabelecia que “Os processos de natureza ambiental e agrária em tramitação nas Subseções Judiciária de Caxias e Imperatriz, que possuem os assuntos e/ou as classes estabelecidos no art. 2º deste Provimento, serão redistribuídos manualmente”, foi revogado pelo Provimento/Coger 72, de 23 de fevereiro de 2012.

III. Na hipótese dos autos, merece prosperar o entendimento do MM. Juízo Federal suscitante, no sentido de que deve prevalecer, *in casu*, a regra inscrita no art. 95, *caput*, do Código de Processo Civil, que dispõe que: “Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”.

IV. Em se tratando de ação de indenização em face de desapropriação indireta, portanto, de ação fundada em direito de propriedade, tem-se configurada hipótese de competência territorial absoluta, sendo conveniente, por medida de celeridade, economia processual e, também, como meio de ampliar o acesso à jurisdição e facilitar a instrução probatória, que o processo permaneça no Juízo da Subseção Judiciária de Imperatriz, local em cuja jurisdição se encontra a área desapropriada, independente da criação de vara especializada na capital do Estado. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

V. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. juízo federal suscitado.

Conflito de Competência 0027239-91.2012.4.01.0000/MA

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada) – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 22/08/2012, p. 1.153

*Direito Processual Civil. Ação rescisória fundada em suposto erro de fato. Licenciamento de militar. Motivação exclusivamente política. Provas ou indícios. Inexistência. Antecedentes disciplinares. Motivo suficiente para o ato. Indeferimento de instrução probatória. Decisões suficientemente fundamentadas e não recorridas. Perda de prazo para apelação. Ação rescisória meramente substitutiva desse recurso.*

I. O autor alega erro de fato da sentença, na qual não teria sido considerado fato – motivação política de seu licenciamento militar.

II. Todavia, é o próprio autor quem afirma: a) em momento algum foi informado dos motivos de seu desligamento; b) a expressão “motivação política” pode ser interpretada ao bel prazer de cada pessoa; c) o juiz federal acabou impedindo que os reais motivos do desligamento do autor fossem revelados; d) caso os documentos fossem exigidos pela União, o Poder Judiciário tomaria conhecimento de que a União não instaurou processo administrativo algum para o desligamento; e) deve ser anulada a decisão em que denegada a exibição de documentos, porque não há fundamentação.

III. Vê-se, pois, que o próprio autor afirma não haver prova de motivação política para seu licenciamento. Na verdade, pretende que, na ausência dessa prova, tal motivação seja presumida.

IV. O pedido de exibição de documentos fora indeferido, “posto que não comprovada a realização de diligências, na esfera administrativa, para obtenção dos referidos documentos. Assim, deve a parte autora requerê-los diretamente na via administrativa ou *apresentar comprovação inequívoca da negativa*”. O depoimento de testemunhas também foi indeferido porque apresentado fora do prazo o respectivo rol. Não houve recurso contra qualquer das duas decisões.

V. É, assim, improcedente a alegação de que as referidas decisões não foram motivadas. Poderiam, até, ser superados os citados fundamentos para indeferimento da produção de provas, mas se houvesse ao menos indícios da alegada motivação política.

VI. Ao contrário disso, registrou-se na sentença: “as folhas de alteração do militar atestam que o ato de seu licenciamento decorreu da sua própria solicitação (fl. 179). Por outro lado chama também a atenção do juízo que no período anterior à exclusão do demandante das forças armadas, o mesmo tivesse sofrido onze punições disciplinares por faltar, chegar atrasado ao serviço e por indisciplina, sendo registrado em seus assentamentos que o militar era reincidente em faltas desta natureza (fls. 163-173), o que reforça a tese de inexistência de fatos relacionados à motivação unicamente política”.

VII. Não há o alegado erro de fato. Conclui-se que o autor, tendo perdido o prazo para apelação, ingressou com a presente ação rescisória com a finalidade, simplesmente, de suprir a intempestividade desse recurso. A petição inicial é cópia da petição de apelação extemporaneamente interposta.

VIII. Indeferido o pedido de rescisão.

Numeração única: 0075756-35.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.078056-7/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 07/08/2012, p. 8

*Agravo de instrumento. Administrativo. Servidor. Anulação de ato de demissão. Antecipação da tutela. Impossibilidade. Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Agravo improvido.*

I. A pretendida antecipação dos efeitos da tutela objetiva a anulação do ato administrativo de demissão do autor, sua reintegração ao cargo de auditor fiscal da Receita Federal, restabelecimento de seus proventos e pagamentos imediatos de valores bloqueados em decorrência da demissão. Entretanto, a concessão de tal medida somente é possível quando presentes nos autos elementos de convicção da verossimilhança das alegações recursais, os quais não vislumbro na hipótese dos autos

II. O processo administrativo disciplinar apurou que o autor é sócio de empresa comercial de importação e exportação, com atividades em desacordo com a legislação aduaneira, infringindo, assim, o inciso X do art. 117, bem como o inciso IV do art. 132, ambos da Lei 8.112/1990, além do art. 11 da Lei 8.429/1992, pela prática de ato de improbidade administrativa.

III. Verifica-se que o processo administrativo foi regularmente instruído, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, inexistindo por ora elementos que desautorizem a presunção de legalidade e de veracidade que militam em favor do impugnado ato administrativo.

IV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Agravo de Instrumento 0060539-78.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 09/08/2012, p. 131

*Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor público. Reintegração. Demissão. Extinção da Portobras. Prescrição. Admissão no serviço público. Impossibilidade. Prévia aprovação em concurso público. Necessidade. Art. 37, II, da CF. Art. 243 da Lei 8.112/1990. Inaplicabilidade. Anistia. Lei 8.878/1990. Inviabilidade.*

I. A Portobras é empresa pública, motivo pelo qual seus funcionários não ostentavam a qualidade de servidor público, sendo demitidos em razão da sua extinção e não por motivação política não estando, assim, satisfeita a exigência do art. 1º, III, da Lei 8.878/1994, razão pela qual não podem ser alcançados pelo benefício previsto nos arts. 19 do ADCT e 243, da Lei 8.112/1990. Precedentes.

II. A prévia aprovação em concurso de provas e títulos é condição de investidura no serviço público, conforme dispõe o art. 37, II, CF/1988, motivo pelo qual os autores não têm direito à reintegração no serviço público, uma vez que não implementaram tal requisito.

III. Nas hipóteses em que o servidor pleiteia readmissão ou reintegração ao serviço público o prazo prescricional é quinzenal, conforme disposto no art. 1º do Decreto 19.910/1932.

IV. A demissão dos autores – ato lesivo ao direito – ocorreu em 1990, por força da Lei 8.029/1990 e do Decreto 99.192/1990. A contagem do prazo prescricional é iniciada no momento em que ocorre a situação desfavorável ao interessado, tornando-se passível de impugnação administrativa ou judicial. Todavia, somente em 2004 é que ajuizaram esta ação, tendo fluído entre esta data e da alegada lesão ao direito prazo superior a cinco anos

V. O art. 243 da Lei 8.112/1990 não se aplica ao presente caso, uma vez que direcionado apenas aos funcionários da Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Ademais, não aproveita aos apelantes a anistia prevista na Lei 8.878/1990, que não alcança os funcionários exonerados, demitidos ou dispensados de órgãos que tenham sido extintos, liquidados ou privatizados, como na hipótese, à míngua de motivação política para o afastamento.

VI. Apelação da parte autora não provida.

Numeração única: 0002974-88.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.002982-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/08/2012, p. 379

*Penal. Processual Penal. Sentença condenatória recorrível. Possibilidade de apresentação de recurso de apelação pela acusação. Expedição de guia execução provisória da pena. Possibilidade. Competência para execução da pena do juízo estadual.*

I. É possível a execução provisória da pena enquanto aguarda o réu a interposição de apelação pela acusação e pela defesa, tendo, inclusive, direito à progressão de regime, pois a concessão de eventual efeito suspensivo a recurso interposto não pode acarretar sobrestamento da execução provisória da pena e a expedição de sua respectiva guia de recolhimento, privando o réu de usufruir das benesses oriundas da progressão de regime. Nesse sentido é o teor da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal.

II. Há que se conferir interpretação extensiva à súmula do STF a fim de permitir que, mesmo sem o trânsito em julgado para a acusação, o réu condenado e em cumprimento de pena possa usufruir de eventual benesse cabível em relação ao regime de cumprimento de sua pena.

III. “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual” (Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça).

*Habeas Corpus* 0042939-10.2012.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/08/2012, p. 737

*Penal. Processo Penal. Apelação. Corrupção ativa. Art. 333, CP. Arquivamento de inquérito. Requerimento do Ministério Público Federal. Decisão irrecorrível. Atipicidade da conduta. Independência funcional dos membros do Parquet. Princípio da unicidade. Aplicação.*

I. Incabível recurso contra decisão que, após manifestação do Ministério Público Federal nesse sentido, determinou o arquivamento de inquérito policial instaurado para a apuração de suposto crime de corrupção ativa, sobretudo por se tratar de ausência de justa causa ou tipicidade material para a propositura da ação penal, por não ter ocorrido sucumbência da parte a ensejar recurso e tendo em vista a coerência entre o requerimento de arquivamento e a decisão atacada.

II. A independência funcional dos membros do *Parquet* deve ser sopesada com o princípio da unicidade, por afigurar-se juridicamente inadmissível que um de seus órgãos se posicione contrário ao entendimento exarado por outro e que fundamentou o *decisum*.

III. Apelação não provida.

Apelação Criminal 0001558-96.2011.4.01.3802/MG

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/08/2012, p. 777

*Processual Civil. Ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, já sentenciada. Criação de vara federal no local de situação do imóvel. Art. 1º, caput, in fine, e art. 1º, § 2º, do Provimento Coger 19, de 15 de agosto de 2005. Impossibilidade de redistribuição para as novas varas federais. Execução de sentença. Competência funcional absoluta. Arts. 475-P, II, e 575, II, do CPC. Agravo de instrumento improvido.*

I. Embargos de declaração interpostos pelos agravantes, os quais, a teor do art. 538 do CPC, interromperam o prazo para a interposição do recurso.

II. Os agravantes foram intimados da decisão interlocutória, proferida nos embargos de declaração, em 04/08/2011, iniciando-se, em 05/08/2011, o prazo recursal de 10 (dez) dias, para interposição do agravo de instrumento. O presente recurso foi interposto, consoante protocolo do Tribunal, em 15/08/2011 (segunda-feira), dentro, portanto, do prazo legal (art. 184, § 1º, I, do CPC).

III. Em conformidade com a movimentação processual, extraída do *site* deste Tribunal, a Ação de Desapropriação 95.00.11468-2 foi sentenciada, em 30/04/2002, pelo Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, sendo a

sentença publicada em 03/05/2002. Portanto, o processo em tela não foi alcançado pela superveniente redistribuição processual para as novas varas federais, em razão de já se encontrar sentenciado, à época da edição do Provimento Coger 19, de 15 de agosto de 2005, que, em seu art. 1º, *caput, in fine*, e no art. 1º, § 2º, excluía expressamente, da redistribuição, os processos cíveis sentenciados, em obediência ao art. 575, II, do CPC.

IV. Aplicáveis à hipótese os arts. 475 – P, II, e 575, II, ambos do Código de Processo Civil, que atribuem a competência para o processamento da execução da sentença ao juízo que decidiu a causa, no primeiro grau de jurisdição, tratando-se de competência funcional absoluta, a qual não pode ser flexibilizada.

V. A competência para o cumprimento de sentença é funcional e, conseqüentemente, absoluta, devendo processar-se ‘perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição’, nos exatos termos do disposto no inciso II, do art. 475-P, do CPC”. (STJ, CC 62083/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, unânime, DJe de 03/08/2009).

VI. Precedente recente da 2ª Seção do TRF 1ª Região, ao julgar espécie análoga: CC 0029033-50.2012.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal convocado Marcus Vinícius Reis Bastos, julgado em 25/07/2012, unânime.

VII. Agravo de instrumento improvido.

Agravo de Instrumento 0046753-64.2011.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 17/08/2012, p. 734

*Administrativo. Desapropriação. Interesse social. Ibama. Reserva extrativista Chico Mendes. Faixa de fronteira. Imóvel de domínio privado. Indenização devida. Cobertura vegetal. Avaliação em separado. Ausência de exploração econômica. Valor de mercado. Juros compensatórios. Súmula 408/STJ.*

I. Pertencem à União “as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras” (art. 20, II – CF). Isso não significa que todas as terras situadas na faixa de fronteira de 150 km (art. 20, § 2º) sejam públicas e de propriedade da União. É possível a existência de terras particulares nessa faixa, ainda que submetidas a restrições legais, nos termos da Lei 6.634, de 02/05/1979.

II. É admissível a indenização da cobertura florística em separado da terra nua, se isso não importar indenização superior ao valor de mercado do imóvel. No caso, não obstante se tenha avaliado a cobertura vegetal em separado, e não ter sido ela objeto de exploração econômica pelos expropriados, o *modus operandi* não acarretou distorção no *quantum* da indenização, que está em consonância com os valores praticados no mercado imobiliário da região do imóvel desapropriando.

III. Devendo a desapropriação configurar uma operação branca (neutra), sem enriquecer nem empobrecer o proprietário, que tem direito a uma justa indenização, dela devem fazer parte, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, os juros compensatórios, destinados a compensar o proprietário privado da perda antecipada da posse do imóvel, decorrente da imissão na posse e, dessa forma, da fruição do bem antes do pagamento da indenização, prévia e justa.

IV. Os juros compensatórios operam à taxa de 12% ao ano (Súmulas 618 – STF e 110 do extinto TFR), a partir da imissão na posse (Súmula 69 – STJ), sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 113 – STJ) e, tendo havido levantamento parcial, sobre a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado e o valor do bem fixado em sentença. São devidos, também, os juros de mora de 6% ao ano, devidos em razão do atraso no pagamento da indenização, contados na forma prevista no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941 (MP 2.183 – 56, de 24/08/2001).

V. Tratando-se de desapropriação anterior à Medida Provisória 1.577, de 11/06/1997, não incide, no caso, a regra da Súmula 408 – STJ (“Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal.”)

VI. Improvimento da apelação e da remessa.

Numeração única: 0040942-65.2007.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.040962-0/AC

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma  
Publicação: e-DJF1 de 31/08/2012, p. 929-930

*Civil e Administrativo. Desapropriação indireta. Prazo prescricional de vinte (quinze) anos. Acordo (transação) sobre bens públicos. Necessidade de autorização legal ou da autoridade administrativa competente. Acordo inválido e ineficaz como negócio jurídico dispositivo. Validade e eficácia como vínculo de natureza obrigacional. Descumprimento. Pagamento de perdas e danos.*

I. Não paga a indenização por ativos econômicos (ações) do imóvel desapropriado, sobre os quais se apossou o Incra, tem-se a hipótese de desapropriação indireta, cuja ação prescreve em vinte anos (Súmula 119 – STJ), o mesmo prazo adotado, como regra, para a aquisição do domínio por usucapião extraordinária (art. 550 – Código Civil/1916). A indenização, sucedâneo do direito de reivindicação do bem, fica sujeita ao mesmo prazo prescricional.

II. Esse prazo, reduzido para quinze anos pelo Código Civil/2002 (art. 1.238), é o que incide na espécie, em virtude da norma de transição do art. 2.028 do mesmo Codex. Não se registrando o transcurso de 15 (quinze) anos entre a data do acordo, 21/01/1994, e a distribuição da ação, em 26/01/2005, não procede a arguição de prescrição, efetuada pelo Incra.

III. Não podendo o Incra, sem escritura pública e, menos ainda, sem autorização legal ou da autoridade administrativa competente, entabular transação sobre o imóvel desapropriado, ou parte dele, o ajuste celebrado com os desapropriados, para ceder-lhe, a título de pagamento de ações (*benfeitorias*), certa parcela do imóvel (350 hectares), não vale e não tem eficácia como negócio jurídico real.

IV. Mas, como compromisso extrajudicial feito pela autarquia, ornado pela presunção de legitimidade, origina-lhe um vínculo de natureza obrigacional, válido e eficaz, que, não podendo ser cumprido na forma nominalmente prevista, ou em termos reivindicatórios, propicia o seu sucedâneo na via indenizatória.

V. O ajuste não se pautou pelos ditames de estilo, mas o fato – constatação de ações (*benfeitorias*) que não teriam sido indenizadas – existiu, tem conteúdo econômico e, na consequência, impõe uma indenização (art. 389 – Código Civil). Reforma da sentença extintiva do processo sem resolução do mérito. Retorno dos autos ao primeiro grau, para que seja processado o pedido em termos indenizatórios, com reabertura da instrução, inclusive perícia (sendo o caso).

VI. Provimento da apelação.

Numeração única: 0000938-21.2005.4.01.3600

Apelação Cível 2005.36.00.000938-0/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 31/08/2012, p. 928-929

*Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Crime Societário. Rejeição da Denúncia. Descrição dos fatos de forma genérica. Possibilidade.*

I. Não deve ser rejeitada a denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Nos crimes societários, ou de autoria coletiva, nem sempre é possível descrever, na denúncia, a participação de cada qual dos acusados, podendo a peça indicar a participação dos acusados, de forma genérica, desde que acompanhada da prova da materialidade e dos indícios de autoria, restando para a instrução o detalhamento da participação de cada acusado. Precedentes.

II. Nos crimes societários, o STF tem decidido pelo recebimento da denúncia que aponta a participação dos acusados de forma genérica, pela dificuldade de se estabelecer de antemão a conduta ou contribuição de cada um dos sócios, sem que isso signifique afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

III. Recurso provido.

Recurso em Sentido Estrito 0060625-32.2010.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 06/08/2012, p. 92

*Direito da Concorrência. Ato de Concentração Econômica. Contrato de cooperação técnica para pesquisa de desenvolvimento de milho (OGM). Acordo celebrado em país estrangeiro para ser executado no exterior. Operação que não produz efeito econômico no mercado brasileiro. Princípio da territorialidade dos efeitos econômicos dos atos de concentração (art. 2º da Lei Antitruste). Não obrigatoriedade de notificação obrigatória ao Cade.*

I. A norma do art. 2º da Lei 8.884/1994 dispõe que se aplica a Lei Antitruste brasileira fora do território nacional, quando atos de concentração econômica realizados no exterior produzam ou possam produzir efeitos significativos no mercado interno brasileiro.

II. Contrato de cooperação técnica tendo como objetivo pesquisa de desenvolvimento de nova espécie de milho geneticamente modificado, celebrado e executado nos Estados Unidos não tem potencial de produzir efeitos no Brasil.

III. A submissão (Notificação Obrigatória) e aprovação do novo produto oriundo de ato de concentração empresarial ocorrerá se e quando for obtida autorização do CTNBio para produção da nova espécie de milho OGM em território brasileiro. Somente com eventual autorização de CTNBio é que o ato de concentração poderá gerar efeitos econômicos no mercado brasileiro.

IV. Apelação provida.

Numeração única: 0011384-96.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.011433-3/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 30/08/2012, p. 84-85

*Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação Civil Pública. Embargos de declaração. Exploração de recursos energéticos em área indígena. Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Autorização do Congresso Nacional (Decreto Legislativo 788/2005) desprovida de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Violação à norma do § 3º do art. 231 da Constituição Federal c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2, da Convenção 169/OIT. Nulidade. Omissão do julgado. Ocorrência. Efeitos modificativos. Possibilidade.*

I. Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II. A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

III. Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

IV. A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Art. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos

direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Art. 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Art. 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Art. 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Art. 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Art. 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

V. Afigura-se equivocado e omissivo o acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar 125-6/Pará, *arquivados em 12/11/2007*, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/1999 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), como assim já

orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF – rel. Min. Celso de Mello – julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, rel. Min. Celso de Mello, *inter plures*).

VI. Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII. No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um *estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas*. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o Governo Federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX. Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas – Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio+20).

XI. Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII. Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

Numeração única: 0000709-88.2006.4.01.3903

Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 27/08/2012, p. 316

*Constitucional. Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHe Teles Pires. Licença de instalação. Autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Inexistência. Violação à norma do § 3º do art. 231 da Constituição Federal. EIA/RIMA viciado e nulo de pleno direito. Agressão aos princípios de ordem pública da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput). Antecipação da tutela. Concessão. Violação ao art. 2º da Lei 8.437/1992 e ao art. 63 da Lei 6.001/1973. Não ocorrência. Controle judicial do ato impugnado em sede de suspensão de segurança e de agravo de instrumento. Ausência de relação de prejudicialidade. Desistência recursal. Supremacia do interesse público e difuso. Indeferimento. Competência jurisdicional. Empreendimento hidrelétrico de abrangência regional. Preliminares de nulidade processual por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário e de julgamento extra petita. Rejeição.*

I. Nas ações coletivas, em que a controvérsia instaurada envolve a defesa de interesses difusos, como no caso, onde a proteção postulada pelo Ministério Público Federal e estadual gravita em torno de direitos indígenas e ambientais, há supremacia desses interesses coletivo e difuso-ambiental sobre o direito intersubjetivo das partes, a desautorizar a homologação da desistência recursal, formulada nos termos do art. 501 do CPC, de forma a possibilitar a manifestação da Corte revisora acerca da questão jurídica ventilada nos autos, em dimensão intergeracional. Caracteriza-se, na espécie, a *transcendência das questões discutidas no recurso judicial*, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual brasileira (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-B, *caput*) e pela jurisprudência dos tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral (Néstor Sagüès, *apud Bruno Dantas, in "Repercussão Geral"*, RT – SP. 2009). Nas

ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a não admitir-se a desistência recursal por mero interesse subjetivo das partes no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público-ambiental.

II. A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que *“em havendo superposição de controle judicial, um político (suspensão de tutela pelo Presidente do Tribunal) e outro jurídico (agravo de instrumento) há prevalência da decisão judicial”* (REsp 476469/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 297). Inexistência, no caso concreto, de relação de prejudicialidade do agravo de instrumento, em virtude de decisão proferida pela Presidência do Tribunal, em sede de Suspensão de Segurança.

III. De outra banda, a proliferação abusiva dos incidentes procedimentais de suspensão de segurança, como instrumento fóssil dos tempos do regime de exceção, a cassar, reiteradamente, as oportunas e precautivas decisões tomadas em varas ambientais, neste país, atenta contra os princípios regentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), sob o comando dirigente do *princípio da proibição do retrocesso ecológico*, no que fora sempre prestigiado internacionalmente pelo Projeto REDD PLUS (Protocolo de Kyoto, COPs 15 e 16 – Copenhague e Cancún) com as garantias fundamentais do *progresso ecológico e do desenvolvimento sustentável*, consagradas nas convenções internacionais de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (ECO-92 e Rio + 20), agredindo, ainda, tais decisões abusivas, os acordos internacionais, de que o Brasil é signatário, num esforço mundialmente concentrado, para o combate às causas determinantes do desequilíbrio climático e do processo crescente e ameaçador da vida planetária pelo fenômeno trágico do aquecimento global e do aumento incontrolável da pobreza e da miséria em dimensão mundial.

IV. Excepcionalmente, a regra constante do art. 2º da Lei 8437/1992 tem sido mitigada por nossos tribunais, conferindo legitimidade à concessão de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, sem a oitiva do poder público, quando presentes os requisitos legais para essa finalidade, como no caso. Precedentes.

V. Nessa mesma linha de entendimento, em se tratando de medida assecuratória de direitos indígenas e difusos-ambientais, como na hipótese em comento, a sua concessão liminar não caracteriza violação à regra do art. 63 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), por autorização expressa dos arts. 11 e 12, *caput*, da Lei 7.347/1985 c/c o comando normativo do art. 5º, inciso XXXV, do Texto Magno.

VI. Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, as demandas ali previstas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. No caso concreto, versando a controvérsia instaurada nos autos de origem em torno de dano ambiental de âmbito regional ou nacional, decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires, a competência é do juízo federal da capital do Estado de Mato Grosso, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada do art. 21 da Lei 7.347/1985.

VII. A nulidade processual decorrente da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário somente se opera após a adoção da medida prevista no parágrafo único do art. 47 do CPC. Na espécie dos autos, o comparecimento espontâneo da litisconsorte (ora recorrente) aos autos, aliada ao posterior requerimento formulado pelos demandantes, nesse sentido, supre eventual omissão, no particular. Preliminar que se rejeita.

VIII. Amparando-se o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem na suspensão da licença de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, sob o fundamento de irregularidades na sua concessão, o reconhecimento de sua invalidade, como fundamento para concessão da medida postulada não caracteriza julgamento extra petita. Rejeição da preliminar de nulidade, sob esse argumento.

IX. Na *ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de*

*obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.*

X. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio+20).

XI. Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

XII. *Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).*

XIII. De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal – EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Público Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do Ibama, como órgão da administração indireta do próprio Governo Federal. Nesse contexto, o *licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput).*

XIV. Agravo de instrumento desprovido, para restabelecer a eficácia plena da decisão recorrida, na dimensão do art. 512 do CPC.

Agravo de Instrumento 0018341-89.2012.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma  
Publicação: e-DJF1 de 10/08/2012, p. 823

*Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Licitação. Pregão presencial. Concessão de área pública situada em aeroporto. Insurgência quanto à modalidade do procedimento. Sentença mantida.*

I. O tema em debate diz respeito à suposta ilegalidade no ato da autoridade impetrada quanto à escolha da modalidade de licitação para concessão de área de uso localizada no aeroporto de Salvador/BA, destinada à exploração de atividade de comercialização de roupas femininas.

II. No caso em exame, embora a Lei 8.666/1993 tenha estipulado que o tipo de licitação a ser realizada, na hipótese de concessão de direito real de uso, é a de maior lance ou oferta, nos termos de seu art. 45, § 1º, inciso IV, não estabeleceu a referida lei qual a modalidade de licitação deveria ser adotada no caso, não devendo ser empregado, na hipótese, o que dispõe o art. 17, que, em seu *caput* e inciso I, trata da alienação dos bens da Administração, estabelecendo exigências absolutamente incompatíveis com a locação e a concessão de uso.

III. A Lei 10.520/2002 não veda a utilização da licitação denominada pregão na hipótese de concessão de direito real de uso, evidenciando a existência de lacuna legislativa no que se refere à modalidade de licitação a ser adotada em tais casos.

IV. O Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero não extrapolou os limites de sua competência, uma vez que há previsão legal estabelecendo a utilização da modalidade pregão, do tipo maior lance, para a alienação de bens em leilão judicial (Lei 11.101/2005), a qual pode ser invocada, para a formalização do mencionado regulamento, como suplemento analógico, bem como por haver previsão na Lei 8.666/1993.

V. Apelação desprovida.

Apelação Cível 0005935-64.2011.4.01.3300/BA  
Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma  
Publicação: e-DJF1 de 08/08/2012, p. 130

*Administrativo. Secretaria de Direito Econômico. Falta de informação aos investidores quanto aos riscos da operação. Multa. Corretora de valores mobiliários. Títulos da dívida pública. Fundos de investimentos.*

I. Compete à Secretaria de Direito Econômico, de acordo com o inciso XI do art. 14 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, adotar medidas preventivas para fazer cessar a prática de atos que constituam violação à ordem econômica, estabelecendo prazos e impondo multas.

II. Ao Judiciário está reservado o controle das decisões dos órgãos reguladores e fiscalizadores da ordem econômica – dentre eles a SDE – apenas no tocante aos requisitos de sua formação (competência, finalidade, forma, objeto, motivação) e eventual ofensa a princípios constitucionais (ampla defesa, contraditório, razoabilidade, publicidade, impessoalidade, moralidade). Não cabe ao juiz substituir-se no papel de fiscalizador de eventuais abusos da atividade dos agentes econômicos. A apreciação da regularidade de tais procedimentos se tem dado, quando muito, para a confirmação do atendimento das garantias constitucionais e regramentos legais.

III. Por força do art. 3º, X, do Decreto 2.181/97, a DPDC tem competência de fiscalização e aplicação das sanções administrativas previstas no CDC e em outras normas pertinentes ao consumidor, daí a legitimidade de sua atuação.

IV. Admissão, pela apelante, que seus prospectos passaram a informar seus consumidores sobre os riscos próprio às operações de investimento apenas a partir de agosto de 2002. Se prejuízos deixaram de ocorrer ou não aos consumidores, tal é irrelevante para a caracterização de sua conduta como ofensiva aos direitos do consumidor, porquanto se trata de infração cuja existência independe de resultado.

V. Valor da multa conforme os limites da autorização do art. 57, parágrafo único, do CDC, que permite até 3 milhões de vezes o valor da UFIR.

VI. Apelação desprovida. Sentença mantida com os mesmos ônus da sucumbência.

Apelação Cível 0035829-13.2010.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/07/2012, p. 275

*Constitucional. Processual Civil. Usucapião urbano. Imóvel financiado pela Caixa Economica Federal. Planta de localização e memorial descritivo do imóvel. Apresentação. Necessidade (art. 942 Do CPC). Indeferimento da petição inicial. Extinção do feito. Arts. 284, parágrafo único, e 267, I, do CPC.*

I. A planta de localização e o memorial descritivo são documentos essenciais para se verificar a correta localização do imóvel e a de seus confinantes, não se prestando para tanto a planta baixa, pois não traz os dados necessários para demonstrar o correto endereço, a área e os imóveis que com ele fazem divisa.

II. Se não se pode identificar corretamente as propriedades limítrofes ao imóvel usucapiendo, também não é possível comprovar, extreme de dúvidas, que fora corretamente promovida a citação de todos os litisconsortes passivos necessários.

III. O não cumprimento da determinação de adequação da peça inicial aos requisitos dos arts. 942 e 943 do CPC enseja o indeferimento da inicial, consoante o parágrafo único do art. 284 do CPC, bem como a extinção do feito, por ausência de interesse de agir, a teor do art. 267, VI, do CPC.

IV. Recurso de apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0001324-86.2007.4.01.3501

Apelação Cível 2007.35.01.001329-0/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 27/08/2012, p. 341

*Ação de reintegração de posse. Programa de Arrendamento Residencial - PAR. Lei 10.188/2001. Inadimplência no pagamento das taxas de arrendamento e condominiais. Índícios de uso do imóvel para fins diversos de moradia própria. Rescisão do contrato configurada.*

I. A Lei 10.188/2001 criou o Programa de Arrendamento Residencial – PAR, com opção de compra, para atender a necessidade de moradia da população de baixa renda em que o arrendatário está obrigado ao adimplemento das obrigações contraídas sob pena de ter o contrato rescindido e o imóvel reintegrado ao patrimônio do arrendador.

II. O inadimplemento consistente na falta de pagamento das taxas de arrendamento e de condomínio incide no descumprimento das cláusulas contratuais a ensejar o esbulho possessório segundo as regras do Programa de Arrendamento Residencial (Lei 10.188/2001), sendo que o envio de avisos de cobrança e a notificação da arrendatária conduzem à rescisão do contrato e reintegração do imóvel no patrimônio da arrendadora.

III. Embora os indícios de uso do imóvel para fins diversos de moradia própria tenham sido verificados pelo conjunto probatório acostado aos autos, a constatação não foi determinante para a procedência do pedido de reintegração e imissão na posse, uma vez que a inadimplência, por si só, é suficiente para rescindir o contrato de arrendamento residencial disciplinado pela Lei 10.188/2001.

IV. Apelação dos arrendatários a que se nega provimento.

Numeração única: 0001933-97.2007.4.01.4300

Apelação Cível 2007.43.00.001933-9/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/08/2012, p. 112

*Reintegração de posse. Parcela de terras em projeto de assentamento. Documentos indicativos de que o réu já fora beneficiário de outra parcela de terras.*

I. Constando nos autos documentos demonstrativos de que o autor, agora recorrente, recebera não só crédito destinado à alimentação e fomento agrícola referentes ao Projeto de Assentamento Tatuibi, mas igualmente uma parcela de terras no assentamento em referência, irregular se faz a ocupação de outra área, no Projeto de Assentamento Canudos.

II. Recurso de apelação não provido.

Numeração única: 0020743-66.2005.4.01.3500

Apelação Cível 2005.35.00.020908-5/GO

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Publicação: *e-DJF1* de 27/08/2012, p. 335

*Processual Civil. Tributário. Agravo de instrumento. Decisão que indeferiu pedido de compensação ofertado pela FN – CF/1988, art. 100, §§ 9º e 10 e determinou a expedição do precatório correspondente, com a posterior transferência de créditos para o juízo estadual onde tramita a falência. Comprovante de interposição do incidente recursal. CPC, art. 526, Parágrafo único: exigência e finalidade. Preliminar rechaçada. Diligência/esclarecimento ordenada pelo relator. Intimação da Fazenda Pública para apresentação discriminada de débitos supostamente compensáveis. Despacho de mero expediente. Agravos regimentais não conhecidos. Compensação de créditos tributários. Débitos constituídos anteriormente à falência. Concurso de credores. Orientação do STJ. Juízo da execução. Saldo remanescente.*

I. “De acordo com o disposto no parágrafo único do art.526 do Código de Processo Civil, a não apresentação, pelo agravante, no prazo de três dias, de fotocópia do agravo de instrumento, com o comprovante da respectiva interposição e documentação que o instruiu, para juntada aos autos do processo onde prolatado o ato jurisdicional impugnado, implica inadmissibilidade do recurso, se suscitado e comprovado o fato pelo agravado” (in AG 0025650-40.2007.4.01.0000/PI; rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves; órgão julgador: Sexta Turma; Publicação: *e-DJF1*, de 16/12/2011, p.163).

II. A hipótese vertente não se subsume à orientação do não conhecimento do incidente recursal, haja vista que da movimentação processual da ação originária vê-se que foi apresentada cópia do agravo ao juízo *a quo*, conforme exigência constante no art. 526 do CPC, para fins de ser exercido juízo de retratação. Logo, tal circunstância viabiliza a admissibilidade do agravo de instrumento interposto. Preliminar rejeitada.

III. Assentou-se na jurisprudência o entendimento segundo o qual não cabe recurso contra comando judicial que determina emenda ou diligência, por ostentar natureza de despacho de mero expediente (AGA 0003455-90.2009.4.01.0000/DF, rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada), Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 440, de 20/08/2010 e AG 0001299-32.2009.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 319, de 03/06/2011). Assim, o despacho deste relator que determinou a intimação da FN para apresentação discriminada dos débitos supostamente compensáveis não pode ser impugnado pela via do recurso interno. Somente quando houver comando positivo ou negativo do agravo de instrumento (via decisão – art. 557 do CPC ou através de acórdão) é que nascerá o interesse recursal das partes. Agravos regimentais não conhecidos.

IV. Os débitos tributários constituídos anteriormente à decretação da falência poderão ser compensados. Inexistência de ofensa ao concurso de credores. Somente o saldo eventual de débitos tributários pós-falência são submetidos às preferências do concurso. (Precedente do STJ: RESP 73.1779, Min. Mauro Campbell Marques, in *DJE*, data: 16/04/2009).

V. O art. 100 e §§ 9º e 10 da CF/1988 cuidam do abatimento, a título de compensação, dos valores de débitos, no momento da expedição do precatório, com a intimação da Fazenda Pública devedora, antes da expedição. A compensação de créditos tributários constituídos anteriormente à falência, não viola a norma constitucional inserta no art. 100, § 9º da Lei Maior.

VI. Não obstante a aplicação independente de regulamentação, mostra-se necessária a comprovação, pela Fazenda Pública, da existência de débitos líquidos e certos contra o credor.

VII. “Art. 1º O juízo da execução, antes do encaminhamento do precatório ao tribunal, para os efeitos da compensação prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, intimará a entidade executada para que informe, em trinta dias, a existência de débitos com a Fazenda Pública devedora que preencham as condições estabelecidas no referido § 9º, sob pena de perda do direito de abatimento dos valores informados” (Orientação Normativa STJ 4/2010).

VIII. “Não há qualquer inconstitucionalidade nos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF/1988, uma porque o instituto da compensação é reconhecido entre as partes que ao mesmo tempo são credores e devedores, como no caso dos autos, em que a União Federal e a parte ora agravada são, ao mesmo tempo, devedores e credores entre si. Não há qualquer afronta ao direito adquirido da ora agravada no deferimento de compensação, posto que como já observado o pedido apenas poderá ser requerido pela União Federal ao tempo da expedição do precatório. Precedente: TRF5, AG 110526, 3ª Turma, rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins, DJE 28/01/2011, p. 543. Afastada a inconstitucionalidade declarada, o pedido de compensação propriamente dito deverá ser analisado pelo magistrado a quo, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Agravo de instrumento provido para reconhecer a constitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal de 1988 e determinar a apreciação do pedido de compensação requerido. [...]” (in AI 00114381820114030000 AI - Agravo de Instrumento – 437440, rel. Des. Federal Marli Ferreira, TRF3, Órgão julgador, Quarta Turma, Fonte TRF3, CJ1, Data: 24/11/2011).

IX. Agravos regimentais não conhecidos. Agravo de instrumento provido, em parte, para que o juízo da execução aprecie concretamente o pedido de compensação ofertado pela FN, tendo em vista a orientação contida no REsp. 731779-RS. O saldo remanescente deverá ser repassado ao juízo da falência.

Agravo de Instrumento 0039381-64.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 17/08/2012, p. 1.118

### *Constitucional e Tributário. IPI. Açúcar de cana. Produto essencial. Art. 153, § 1º, CF/1988. Lei 8.393/1991. Decreto 420/1992.*

I. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que o IPI seja seletivo, em função da essencialidade do produto (art. 153, § 3º, I) e faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas do IPI, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (art. 153, § 1º).

II. A Lei 8.393/1991 admitiu a fixação temporária do IPI em até 18% enquanto vigorasse a política de preço unificado do açúcar de cana, com isenção das saídas ocorridas nas áreas correspondentes à Sudam e Sudene, e sujeitou à metade (9%) as referentes aos estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. Com base no permissivo legal, foi editado o Decreto 420/1992, para fixar as referidas alíquotas.

III. O art. 153, § 1º, da CF/1988 estabelece verdadeira limitação ao poder de tributar e impede que o IPI seja estabelecido de acordo com critério diferente da essencialidade do produto. Ainda que seja considerado o caráter extrafiscal, a fixação das alíquotas do IPI deve obedecer ao critério da seletividade e essencialidade do produto.

IV. A fixação da alíquota no patamar de 18% não obedece ao critério determinado pela CF/1988, portanto, inegável a essencialidade do produto.

V. As alíquotas diferenciadas previstas no art. 2º da Lei 8.383/1991 e no Decreto 420/1992 ofendem a norma prevista no art. 150, II, da CF/1988, que veda à União instituir tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e, também, ao art. 151, I, da CF/1988, que veda a instituição de tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado da Federação em detrimento de outro, sem que haja justificativa plausível para a promoção do equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as regiões do país.

VI. Apelação a que se dá provimento.

Numeração única: 0036659-55.2001.4.01.3800

Apelação Cível 2001.38.00.036760-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 24/08/2012, p. 1.382

*Processual Civil. Tributário. Arrolamento de bens de ofício. Art. 64 da Lei 9.532/1997. Inexistência de gravame ou restrição ao uso. possibilidade de alienação ou oneração do patrimônio do sujeito passivo. Necessidade de comunicação prévia.*

- I. As medidas liminares não representam pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito da controvérsia.
- II. A liminar deve ser confirmada pela sentença que julgar o mérito da causa, ou ainda, modificada ou revogada a qualquer tempo, inclusive pelo próprio órgão que a deferiu, nos termos dos arts. 273, § 4º, e 461, § 3º, do CPC.
- III. O arrolamento de bens está previsto no art. 64 da Lei 9.532/1997 sempre que o valor dos débitos tributários de responsabilidade do contribuinte superar 30% do seu patrimônio conhecido e, simultaneamente, for superior à quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).
- IV. A teor do art. 64, § 3º, da Lei 9.532/1997, o arrolamento de bens não impede o proprietário dos bens arrolados de transferi-los, aliená-los ou onerá-los, sem previsão de substituição, desde que comunique o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.
- V. Apelação a que se dá provimento.

Numeração única: 0001368-51.2006.4.01.3304

Apelação Cível 2006.33.04.001368-5/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 31/08/2012, p. 1.141-1.142

*Tributário. Embargos do devedor. Execução fiscal. Desnecessidade de instauração de processo administrativo e notificação do contribuinte da inscrição em dívida ativa. Ausência de notificação do lançamento. Inexistência de nulidade da CDA. Atendimento aos requisitos legais. Aplicação da taxa Selic. Súmula 168 do extinto TFR. Redução percentual multa moratória. Inaplicabilidade nos embargos do executado contra o contribuinte vencido.*

- I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, desnecessária a instauração do processo administrativo fiscal e notificação do contribuinte acerca da inscrição do crédito tributário em dívida ativa.
- II. O título executivo extrajudicial está em completa observância com os requisitos formais impostos pelos arts. 202 e parágrafo único do CTN e 2º, §§ 5º e 6º, da Lei 6.830/1980. Assim, dentre os requisitos exigidos pela lei, não se vislumbra a obrigação do Fisco de apresentar demonstrativo de cálculos dos juros de mora e demais encargos. Precedentes deste Tribunal.
- III. Encontra-se pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o tema da aplicabilidade da taxa Selic na correção do crédito tributário. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da constitucionalidade da sua utilização na atualização do débito tributário.
- IV. Em observância ao princípio da razoabilidade, deve ser reduzida a multa moratória para 20% (vinte por cento), aplicando-se retroativamente a Lei 9.430/1996, por ser mais benéfica.
- V. A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que o encargo de 20% previsto no DL 1.025/1969 é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios (Súmula 168 do extinto TFR).
- VI. Apelações desprovidas.

Numeração única: 0027867-78.2002.4.01.3800

Apelação Cível 2002.38.00.027835-2/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado) – 1ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 03/08/2012, p. 1.129

*Processual Civil. Competência. Juízos estadual e federal. Alvará de levantamento. Resíduo de aposentadoria. Jurisdição voluntária. Conversão em jurisdição contenciosa. Competência delegada. Prescrição.*

I. Remessa oficial, tida por interposta, vez que inaplicável à espécie a regra inserida no § 2º, do art. 475, do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo do pleito é de valor inferior a 60 salários-mínimos e os fundamentos da r. sentença vergastada não se assentam em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula daquele Sodalício ou de tribunal superior competente.

II. Esta eg. Corte firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que cabe à Justiça Estadual de 1º e 2º Graus apreciar pedido de expedição de alvará de levantamento de valores não recebidos em vida pelo segurado falecido, por se tratar de procedimento especial de jurisdição voluntária.

III. Instaurado o litígio, diante da resistência do INSS no cumprimento do alvará de levantamento, o procedimento desborda dos limites impostos à jurisdição voluntária, fixando-se a competência da Justiça Federal para análise e julgamento da ação.

IV. Se após a resistência do INSS no cumprimento do alvará de levantamento, houve contestação e oitiva do Ministério Público Federal, por aplicação do princípio da instrumentalidade do processo, tem-se que houve conversão do procedimento voluntário para o procedimento contencioso, atuando a Justiça estadual na sua competência delegada, nos termos do § 3º do inc. XI do art. 109 da CF/1988.

V. Segundo demonstra o documento de fl. 25, o próprio INSS reconheceu que a prescrição para o requerimento do resíduo de que trata o art. 201 da CF/1988 ocorreu em 31/03/1999. Tal prazo, no entanto, foi interrompido com o protocolo do pedido de alvará judicial na Justiça Estadual em 26/02/1999. Prescrição afastada.

VI. Apelação e remessa necessária tida por interposta, desprovidas.

Numeração única: 0031975-84.2004.4.01.9199

Apelação Cível 2004.01.99.051580-2/MT

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada) – 2ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 23/08/2012, p. 242

*Mandado de segurança. Tempo de serviço na Polícia da Aeronáutica antes da Constituição de 1988. Atividade estritamente policial. Natureza especial da atividade. Contagem conforme a Lei Complementar 51/1985.*

I. O servidor, atualmente ocupante do cargo de policial federal, possui direito à contagem do tempo de serviço prestado à Polícia da Aeronáutica, antes da Constituição de 1988, na forma prevista na LC 51/1985, pois que se configurava em atividade estritamente policial diante das atribuições dadas pela Constituição de 1967 e pelo Código de Processo Penal Militar vigentes quando da prestação laboral.

II. Apelação provida.

Numeração única: 0043870-13.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.043920-0/DF

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado) – 3ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 03/08/2012, p. 1.082

*Administrativo. Auto de infração. Ibama. Transporte de carne de animais silvestres. Insubsistência da infração.*

I. O tipo capitulado no inciso III, do § 1º, do art. 29, da Lei 9.605/1998 demanda a ciência do transportador acerca da ilicitude da carga transportada. Na hipótese dos autos, o apelado é empresa de transporte interestadual de passageiros que não tinha conhecimento do conteúdo de bagagem de passageiro que era transportada e não tem autorização legal para assim proceder.

II. Também não há regramento específico que obrigue o transportador a identificar os nomes dos passageiros nas bagagens etiquetadas para transporte no compartimento de carga do ônibus – embora devesse ser esse o procedimento a ser adotado pelas empresas transportadoras.

III. Conclui-se pela inexistência de responsabilidade da empresa transportadora pela prática da infração ambiental – devendo ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido para desconstituir o auto de infração e que condenou o Ibama a arcar com os ônus da sucumbência.

IV. Nega-se provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

Numeração única: 0009610-32.2002.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2002.35.00.009568-3/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 08/08/2012, p. 196

*Tributário. Embargos de devedor. Sentença fundamentada. Inocorrência de cerceamento do direito de defesa. Penhorabilidade do imóvel por não se configurar bem de família. Inexistência de excesso de penhora. Honorários advocatícios excessivos.*

I. O fato de não constar indicação de dispositivos legais na parte da sentença em que reconheceu a responsabilidade tributária do sócio/embargante não a torna nula, eis que o magistrado indicou, de forma pormenorizada, os motivos jurídicos do seu convencimento.

II. Não houve cerceamento de defesa, na medida em que o apelante foi intimado de todos os atos processuais praticados, inclusive para manifestar-se acerca da impugnação apresentada pela parte embargada, acompanhada de documentos, tendo, entretanto, se quedado inerte.

III. *"Só pode ser considerado como bem de família o único imóvel residencial pertencente ao casal ou à entidade familiar, conforme artigos 1º e 5º da Lei 8.009/1990, vigente à época dos fatos. Imóvel ocupado por filho, sua esposa e filhas, embora considerado como único bem do devedor, não apresenta as características exigidas para ser tido como bem de família e ser albergado como impenhorável. O objetivo do legislador, sem dúvida alguma, foi tentar oferecer à entidade familiar o mínimo de garantia para sua manutenção, protegendo os bens primordiais da vida. Para que haja o direito de impenhorabilidade, é imprescindível que haja prova do requisito (art. 5º) exigido pela Lei 8.009/1990, vale dizer, que o imóvel é o único destinado à residência do devedor como entidade familiar."* (REsp 967137; DJe de 03/03/2008, rel. Min. José Delgado).

IV. Tendo sido decretada a falência da empresa executada, o montante oriundo da arrematação dos bens naquele juízo deverá, primeiramente, satisfazer os créditos preferenciais decorrentes de acidente do trabalho e aqueles trabalhistas, para somente então alcançar os créditos tributários. Não havendo prova nos autos de que o produto da alienação dos imóveis será suficiente para quitar todas essas obrigações, não se pode afirmar que há excesso de penhora.

V. A fixação dos honorários mediante apreciação equitativa do juiz não autoriza sejam eles arbitrados em valor exagerado ou irrisório, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Da análise do caso concreto, considerando que o valor atribuído à causa correspondeu a R\$ 301.189,74 (em julho de 1998) e os honorários de sucumbência foram fixados em 5% (cinco por cento) daquele valor, entendo que foram arbitrados de forma excessiva, diante da simplicidade deste processo, devendo, portanto, o percentual ser reduzido para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

VI. Apelação parcialmente provida.

Numeração única: 0018848-26.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.018882-3/DF

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado) – 5ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 03/08/2012, p. 1.124

*Processual Civil e Tributário. Embargos de terceiro. Transferência de propriedade. Procuração. Instrumento inadequado. Fraude à execução. Configurada. Art. 185 do CTN. LC 118 de 09/02/2005. Art. 543-C do CPC. Prova acerca da má-fé do adquirente. Desnecessária. Súmula 375 do STJ. Inaplicável às execuções fiscais.*

I. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), decidiu que, diante da redação dada pela LC 118, de 09 de fevereiro de 2005, ao art. 185 do Código Tributário Nacional, para análise de eventual fraude à execução, há que se observar a data da alienação do bem, estabelecendo aquela Corte que, se a alienação foi efetivada antes da entrada em vigor da referida lei complementar de 09/02/2005, presume-se em fraude à execução o negócio jurídico feito após a citação válida do devedor; caso a alienação seja posterior à 09/06/2005 (120 dias após a publicação da lei), considera-se fraudulenta se efetuada pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

II. A procuração outorgada pelo executado ao embargante para prática de poderes em relação a determinado imóvel não tem o condão de transferir a ele (procurador) o domínio sobre o imóvel, que permanece vinculado ao proprietário identificado.

III. Ocorrência de fraude à execução, uma vez que, quando da alienação do imóvel em questão, em 11/06/1997 (fls. 8-9), a executada Ostur Transportes Ltda. já tinha sido citada, o que ocorreu em abril de 1997, conforme asseverado na sentença (*vide* fl. 40).

IV. É desnecessária, para fins de reconhecimento de fraude à execução, a prova por parte do credor acerca da má-fé do terceiro adquirente, eis que inaplicável a Súmula 375 do e. STJ. às execuções fiscais.

V. Apelação não provida.

VI. Peças liberadas pelo relator, em 13/02/2012, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0004172-91.1998.4.01.3200

Apelação Cível 1998.32.00.004179-4/AM

Relator: Juiz Federal Silvio Coimbra Mourthé (convocado) – 6ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 22/02/2012, p. 29

*Processual Civil. Embargos de terceiro. Penhora sobre imóvel não registrado. Termo de cessão de direitos anterior à inscrição da dívida. Posse anterior à execução. Súmula 84 do STJ. Tutela da posse. Deferimento.*

I. Embora não efetuada sua transcrição no registro imobiliário, a celebração de compra e venda de imóvel é de ser considerada suficiente para fins de preservação do direito de posse do terceiro adquirente de boa-fé, *ex vi* da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

II. De acordo com a cópia do instrumento particular de cessão de direitos, vantagens e obrigações relativas ao bem constrito (fls. 16/7), o imóvel em discussão está na posse do embargante desde 30/04/1992, anteriormente, portanto, à data da inscrição do débito pelos executados.

III. É ônus do INSS a prova de que a transferência do bem ocorreu por conluio das partes, a fim de se esquivar da futura execução, ou seja, a má fé do terceiro, do que não se desincumbiu.

IV. Apelação do INSS e remessa oficial a que se nega provimento

Numeração única: 0037170-60.1999.4.01.3400

Apelação Cível 1999.34.00.037229-8/DF

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado) – 7ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 17/08/2012, p. 1.374

*Processual Civil e Tributário. Embargos a execução fiscal. Imposto de Importação – II e Imposto sobre produtos Industrializados – IPI. Isenção concedida a entidade esportiva na importação de motocicletas para competição. Posterior transferência a terceiro mediante contrato de cessão de uso de bem móvel. Propósito de burlar a norma tributária*

*concessiva da isenção. Caracterização. Responsabilidade tributária solidária. Decreto-Lei 2.472/1988. Retroatividade indevida. Não ocorrência.*

I. Caracterizado o propósito de burlar “a norma da legislação que rege o imposto sobre produtos importados, na medida em que o importador (Federação Mineira de Motociclismo) cedeu a particular as motocicletas que importara sem recolher os tributos devidos”, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido para livrar o embargante do pagamento do tributo. (cf. AC 0044659-95.2001.4.01.0000/MG, Sétima Turma, rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), unânime, *e-DJF1*, p. 170 de 05/03/2010.)

II. Consoante o art. 1º do Decreto-Lei 2.472/1988, que deu nova redação ao art. 32 e a dispositivos do Decreto-Lei 37/1966, é responsável solidário pelo pagamento do tributo o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto, sendo descabida a alegação de retroatividade indevida da norma, uma vez que “nesses casos não se deve considerar a data do ingresso do produto estrangeiro no território nacional, mas sim a data da sua indevida cessão ao terceiro, em burla do pagamento do imposto. Isso porque, até então, nada havia de irregular ou ilegal. A fraude se consumou, em realidade, a partir do momento em que foi cedido o bem importado (16/08/1989), o que, *in casu*, ocorreu quando já vigente o Decreto-Lei 2.472/1988”.

III. Apelação não provida.

Numeração única: 0037367-08.2001.4.01.3800

Apelação Cível 2001.38.00.037469-0/MG

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado) – 7ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 03/08/2012, p. 1.138



- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ 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 Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.



# Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região* tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados na seção *Artigos Doutrinários* e de entrevistas na seção *Ponto de Vista*, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

## Normas editoriais de submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos deverão ser encaminhados ao e-mail [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br) ou ao endereço: SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com: a) título em português (no máximo oito palavras); b) nome completo do autor, seguido de sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor do artigo.

## Normas de elaboração dos trabalhos

- O manuscrito deve ser apresentado da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo três e no máximo 30 laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, responsável pela estrutura e conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3410-3580 e 3410-3571 ou pelo e-mail [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

