

ISSN 0103-703-X
www.trf1.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 6 Ano 23 junho/2011

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *I'talo Mendes* – 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

Ilca Conceição de Carvalho – estagiária

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leonardo Arantes de Melo – prestador de serviço

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Loyane Damasceno Silva Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de chapas CTP

Ryobi Gráfica e Editora Ltda.

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Coordenadoria de Taquigrafia (degravação/entrevista)

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

Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar

70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-1752 e 3314-1734 – Fax: (61) 3323-2874

E-mail: 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. Nas demais seções, a Revista realiza revisão textual 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.

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)

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

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*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

1ª Seção

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Catão*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*
Desembargador Federal *Kassio Marques*

2ª Seção

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *I'talo Mendes*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Almeida*
Desembargador Federal *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

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 *Souza Prudente*

1ª Turma

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – Presidente
Desembargador Federal *Kassio Marques*
Cargo vago (quinto constitucional – Ministério Público)

2ª Turma

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Presidente
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

3ª Turma

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*

4ª Turma

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *I'talo Mendes*

5ª Turma

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – Presidente
Desembargador Federal *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*

6ª Turma

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

7ª Turma

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

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Leomar Amorim*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Regional
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Jurisprudência — art. 78, II e §1º, RITRF1

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Suplente

Comissão de Concurso — arts. 81 e 82, parágrafo único, RITRF1

Desembargador Federal *Amilcar Machado* – Presidente

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Membro

Juiz Federal *Saulo José Bahia* – Membro

Professora *Ana Frazão* – Membro (Unb)

Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – Membro (OAB)

Comissão de Regimento — art. 83, RITRF1

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – Presidente

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – suplente

Comissão de Acervo Jurídico — art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Presidente

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Comissão de Promoção — art. 78, §2º, RITRF1

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

Desembargador Federal *I'talo Mendes* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Desembargador Federal *I'talo Mendes* – 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
Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



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
a partir de dezembro/2010

Editorial	17
Juramento	19
Epígrafe	21
Ponto de Vista	23
A nova face da família brasileira, 23 Gilsara Furtado	
Artigos Doutrinários	29
Em defesa da lei – da complementariedade entre lei e Constituição – estudo a partir de um caso, 29 Hugo Otávio T. Vilela	
Princípio da presunção de inocência e prisão cautelar: HC 84078-7/MG do STF, 39 Carlos Eduardo Religio	
Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva, 42 Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo	
Direito e justiça em Shakespeare: O Mercador de Veneza, 45 Edinilson Ferreira da Silva	
Inovações Legislativas	69
Lei 12.405, de 16 de maio de 2011, 69 Acrescenta § 6º ao art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, para facultar a elaboração de cálculos de liquidação complexos por perito e autorizar o arbitramento da respectiva remuneração.	
Lei 12.408, de 25 de maio de 2011, 70 Altera o art. 65 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos.	
Lei 12.409, de 25 de maio de 2011, 71 Conversão da Medida Provisória 513, de 2010. Autoriza o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, a assumir, na forma disciplinada em ato do CCFCVS, direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH; e dá outras providências.	
Lei 12.414, de 9 de junho de 2011, 74 Conversão da Medida Provisória 518, de 2010. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.	

Lei 12.415, de 9 de junho de 2011, 78

Acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial.

Decreto 7.487, de 23 de maio de 2011, 79

Dá nova redação aos arts. 7º, 32, 33 e 45 do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Decreto 7.492, de 2 de junho de 2011, 81

Institui o Plano Brasil Sem Miséria.

Decreto 7.494, de 2 de junho de 2011, 84

Altera o Decreto 5.209, de 17 de setembro de 2004, que regulamenta a Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família.

Decreto 7.497, de 9 de junho de 2011, 85

Dá nova redação ao art. 152 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

Acórdãos – Inteiros Teores**87**

Corte Especial – Concurso público. Aprovação fora do número de vagas. Ausência de direito subjetivo à nomeação e posse dentro do prazo de validade. Discricionariedade da Administração. Previsão no edital. Alteração do padrão da seção judiciária. Criação de cargos. Necessidade de previsão legal, 87

Numeração única: 0014305–14.2006.4.01.0000

Mandado de Segurança 2006.01.00.012114–0/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Primeira Seção – Incompetência absoluta. Renúncia ao valor excedente a sessenta salários-mínimos. Retratação na fase inicial do procedimento. Possibilidade, 93

Numeração única: 0022043–82.2008.4.01.0000/MG

Ação Rescisória 2008.01.00.022677–2

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Segunda Seção – Prefeito municipal. Crime de responsabilidade. Recursos públicos federais. FNDE. Prestação de contas. Omissão. Competência da Justiça Federal. Crime de mera conduta, 95

Numeração única 0006893–95.2007.4.01.0000

Ação Penal 2007.01.00.005921–3/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Terceira Seção – Conflito negativo de competência. Vara Federal e Juizado Especial Federal. Legitimidade ativa. Micro e pequena empresa. Necessidade de comprovação, 104

Conflito de Competência 0066876–20.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Quarta Seção – Mandado de segurança contra ato judicial. Decisão ilegal ou teratológica. Alteração do objeto da carta precatória. Ilegalidade, 106

Mandado de Segurança 0065349–67.2009.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Primeira Turma – Ausência de inscrição suplementar de advogado. Irregularidade administrativa. Desconstituição de advogado. Comprovação de prévia postulação do benefício na via administrativa, 109

Agravo de Instrumento 0040487–32.2009.4.01.0000/AC

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Segunda Turma – Embargos à execução. Reajuste de 28,86%. Incorporação em definitivo do reajuste aos vencimentos dos servidores públicos. Extinção da obrigação. Prevalência da coisa julgada. Fixação de multa diária para o caso de eventual descumprimento da decisão, 111

Numeração única: 0012671–66.2000.4.01.3500

Apelação Cível 2000.35.00.012731–7/GO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Terceira Turma — Crime ambiental. Extinção da punibilidade. Usurpação de patrimônio público. Extração ilegal de ouro. Concurso formal. Circunstâncias judiciais. Análise conjunta. Individualização das penas. Ausência de prejuízo. Crime tentado. Falta de autorização legal ou desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Dano potencial, 118

Numeração única: 0002178–72.2006.4.01.3903

Apelação Criminal 2006.39.03.002180–4/PA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Quarta Turma – Falsidade ideológica e uso de documento falso. Certidão Pública Municipal. Créditos da Seguridade Social. Isenção. Obtenção da CND, 123

Numeração única: 0000777–50.2002.4.01.4300

Apelação Criminal 2002.43.00.000777–1/TO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Quinta Turma – Prévio procedimento licitatório para contratação das obras de ferrovia. Ulterior contrato administrativo. Indícios de sobrepreço. Determinação cautelar de retenção de valores. Rompimento da equação econômico-financeira do contrato, 127

Agravo de Instrumento 0039696–29.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Relator p/ o acórdão: Desembargador Federal Fagundes de Deus

Sexta Turma — Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social, 136

Numeração única 0002940–95.2005.4.01.4300

Apelação 2005.43.00.002940–4/TO

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Sétima Turma – Conselho Regional de Química. Atividade básica da empresa não inserida na área química. Exigência de inscrição injustificada. Nulidade do auto de infração, 144

Numeração única: 0001547–71.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.001566–4/GO

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Oitava Turma – Embargos à execução de sentença. Prescrição da pretensão executiva. Interrupção por protesto incidental. Restituição via compensação ou repetição do indébito. Ofensa à coisa julgada. Planilhas da Receita Federal, 147

Numeração única: 0033966–25.2006.4.01.3800

Apelação Cível 2006.38.00.034708–4/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Procedimento de restituição de coisas apreendidas. Ausência de provas de que a compra do bem apreendido fora efetivada com o dinheiro proveniente de crime. Bem pertencente a terceiro de boa-fé, **149**

Mandado de Segurança Criminal 0008824–94.2011.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Conflito de competência. Ausência de recusa da competência pelo Juizado Especial Federal. Inexistência de conflito, **151**

Conflito de Competência 0015481–52.2011.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Impetração dirigida contra decisão proferida pelo Juizado Especial Federal. Competência originária para conhecer do presente *writ* da respectiva turma recursal do Juizado Especial de seção judiciária, **153**

Mandado de Segurança 0045887–90.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Pedido de suspensão do pagamento de benefício e de inaplicabilidade da Súmula Administrativa 8/2001 da AGU. Indícios de ilegalidade na reversão do benefício de pensão por morte. Ex-combatente proveniente da Marinha Mercante. Existência de dúvidas acerca da controvérsia. Determinação da remessa dos autos ao Tribunal para reanálise da matéria, **154**

Agravo de Instrumento 0069982–87.2010.4.01.0000/MA

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral. Furto no interior da agência bancária. Não configuração de caso fortuito e força maior, **157**

Recurso inominado: 0022385–60.2008.4.01.3600

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

Previdenciário. Salário-maternidade. Segurada desempregada. Parto anterior ao Decreto 6.122/2007. Prequestionamento. Benefício devido, **158**

Recurso inominado: 0027793–66.2007.4.01.3600

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Condições necessárias não implementadas, **160**

Recurso inominado 2010.37.00.700047–0

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis

Auxílio-doença. Desconsideração do laudo pericial. Incapacidade verificada a partir de vários elementos. Livre apreciação de provas. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos, **161**

Recurso inominado: 0010130–90.2009.4.01.3000

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo

Concessão de benefício assistencial de prestação continuada. Ausência de divergência entre a decisão recorrida e os precedentes utilizados como paradigmas. Desconsideração da perícia. Incapacidade da autora verificada. Livre apreciação de provas, **162**

Recurso inominado: 0008048-86.2009.4.01.3000

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo

Ação rescisória. Procedimento dos recursos repetitivos. Intimação pessoal de procurador federal. Hipótese diversa.

Conflito negativo de competência. Pagamento de foro/taxa de ocupação/laudêmio em terreno de marinha. Matéria de Direito Administrativo. Competência de vara cível.

Confea. Delegação de competência para fixação de alíquota e base de cálculo de Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) por conselho de fiscalização. Indelegabilidade. Matéria reservada à lei. Violação aos princípios da legalidade e tipicidade tributária.

Servidor público. Legitimidade passiva. Greve. Suspensão do contrato de trabalho. Desconto dos dias não trabalhados. Compensação.

Ferrovários inativos e pensionistas. Auxílio-alimentação pago aos servidores em atividade. Natureza indenizatória. Impossibilidade de extensão aos proventos de aposentadoria ou pensão. Súmulas 680 e 339 do STF.

Delito de sonegação de contribuição previdenciária. Pagamento do débito. Extinção da punibilidade. Redução de contribuição social previdenciária. Omissão de seus fatos geradores, nas guias de recolhimento do FGTS, GFIP's e na folha de pagamento. Crime-meio. Absorção. Princípio da consunção.

Habeas corpus. Crime de descaminho. Preclusão *pro judicato*. Ilícito penal. Procedimento administrativo fiscal prévio. Constituição do crédito tributário. Ação penal. Trancamento.

Concurso público. Policial rodoviário federal. Curso de formação. Inscrição. Perda de prazo. Força maior. Nova oportunidade.

Responsabilidade administrativa. Assentamento de pessoa em local de floresta nacional no qual não se admite exploração. Dano material e dano moral.

Contrato de obra com a Administração Pública. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste anual do preço. Termo aditivo com inclusão de novos serviços e de fornecimento de materiais. Preços novos. *Factum principis*. Majoração de tributos após apresentação da proposta. Não ocorrência de repercussão nos preços a onerar especificamente os encargos.

Técnicos em farmácia. Inscrição no Conselho Regional de Farmácia. Pretensão de assumir responsabilidade técnica por drogaria. Reconhecimento. Possibilidade.

Execução fiscal. Cancelamento/nulidade do débito exequendo. Extinção da execução. Contratação de advogado. Honorários advocatícios.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

171

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

173

Neste mês, é entrevistada pela Revista a Juíza Gilsara Furtado, que discorrerá sobre a nova face da família brasileira: famílias homoafetivas, alienação parental, entre outros temas.

Por sua vez, a seção *Artigos Doutrinários*, apresenta os temas *Em Defesa da lei – da complementariedade entre lei e Constituição – estudo a partir de um caso*, de Hugo Otávio T. Vilela, *Princípio da presunção de inocência e prisão cautelar: HC 84078-7/MG do STF*, de Carlos Eduardo Regilio, *Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva*, de Bernardo Montalvão e *Direito e justiça em Shakespeare: O Mercador de Veneza*, de Edinilson Ferreira da Silva.

Também é possível se indentificar na Revista deste mês uma mostra das mais recentes normas editadas no âmbito federal, na seção *Inovações Legislativas*.

Veja, de igual forma, os mais recentes acórdãos desta Corte, além de decisões monocráticas e julgados das Turmas Recursais dos JEFs.

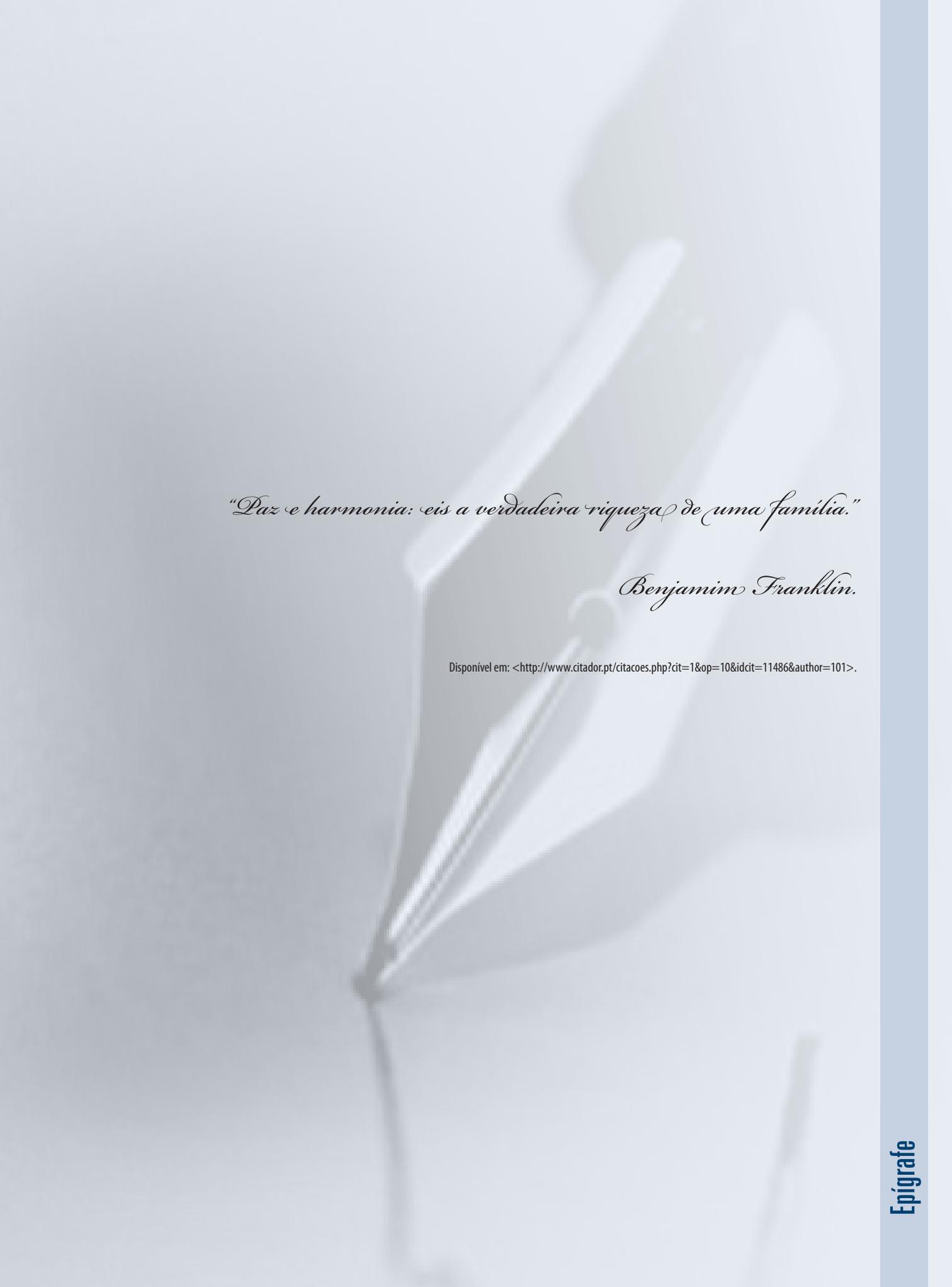
Creemos que a leitura desta Revista certamente lhes trará oportunidade para grandes e profundas reflexões.

muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe

**“Ego promitto me principiis honestatis semper
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum
atque laborem meum in jure patrocinando,
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo,
humanitatis causa nunquam defecturum.”**

**Tradução: “Eu prometo exercer as funções de
meu grau sempre fiel aos princípios da probidade
e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo
justiça e promovendo os bons costumes, jamais
faltar à causa da humanidade”.**

honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in Ego promi
princípios honestatis semper inhaerentem gradus mei mu
perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, ju
exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa hon
semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque



"Daz e harmonia: eis a verdadeira riqueza de uma família."

Benjamin Franklin.

Disponível em: <<http://www.citador.pt/citacoes.php?cit=1&op=10&idcit=11486&author=101>>.

A nova face da família brasileira

Gilsara Cardoso Barbosa Furtado*

“[...]o conceito de família vem sendo ampliado cada vez mais a fim de acomodar e se adaptar às mutações dos valores, comportamentos e conceitos sociais. Nesse sentido a ‘nova família’, modernamente aceita e vivenciada, passa a adotar como um de seus elementos basilares o vínculo de afetividade, [...]”



Revista: A alienação parental é um fato cada vez mais corriqueiro em nossa sociedade. No seu entender, quais as alterações mais substanciais que vêm ocorrendo nos processos das Varas de Família, após a publicação da lei que regula a alienação parental?

Gilsara Furtado: A despeito de que a Lei 12.318/2010 tenha sido sancionada em agosto de 2010, sendo ainda muito recente para que uma avaliação mais abrangente seja realizada, entretanto, agora há reconhecimento legislativo de um fato muito ocorrente em casos de separação ou divórcio onde há filhos, a alienação parental.

Mister se faz reconhecer que a referida lei evidencia, exemplificativamente, em seu art. 2º, as situações que em regra demonstram casos de alienação parental, o que, além de servir como elemento balizador para

o magistrado, também, de certa forma, diminui os argumentos utilizados por aquele que for apontado como o suposto alienador, uma vez que os fatos devidamente comprovados estarão a demonstrar somente uma subsunção deles (os fatos) à norma.

O art. 4º ainda determina prioridade na tramitação dos processos em que for arguida a alienação parental, nos moldes do que dispõe a Lei 12.008/2009, a qual, dando nova redação ao art. 1211-A e B, § 1º, do Código de Processo Civil, o fez quanto às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos de idade, ou portadoras de doença grave.

Talvez, o reconhecimento legal da alienação parental advirta aos pretensos alienadores das consequências dessa conduta, como por exemplo, a perda da guarda exclusiva, caso não seja possível a guarda compartilhada.

Revista: Atualmente, muito se fala do reconhecimento jurídico do direito de visitas entre avós e netos no contexto da convivência familiar. É muito comum este tipo de pedido

*Juíza de Direito, 1º lugar concurso 2001/2002; professora do curso de Direito da Faculdade Projeção, Curso Processus e examinadora de concursos públicos de algumas Instituições; pós graduada em Direito Processual Civil.

nos processos das Varas de Família? E quanto aos alimentos? É crescente o número de pedidos de alimentos aos avós?

Gilsara Furtado: A Lei 12.398, publicada em 28 de março de 2011, alterando dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, reconhece juridicamente o direito dos avós de visitarem os netos no contexto da convivência familiar, bem como a extensão da guarda e da educação da criança ou adolescente.

Antes mesmo da publicação da referida lei, era comum o pedido de regulamentação de visitas efetuado pelos avós naqueles casos em que mediante separações a ausência de maturidade emocional acirra os ânimos e impede um acordo racional onde se preserve ao máximo a saúde emocional dos filhos.

A regulamentação do direito de visitas dos avós deve guardar compatibilidade com a regulamentação das visitas deferidas ao genitor que não detiver a guarda, nos casos em que não houver a guarda compartilhada, de maneira, também, que não haja prejuízo aos interessados, sejam os pais, os avós e principalmente, os filhos.

Em se tratando do pedido de alimentos efetuados em face dos avós é importante frisar que primeiramente a obrigação alimentícia é dos genitores e somente de forma complementar, ou na ausência de um deles, é que poderá recair sobre os avós, sempre observando o binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado.

As crises que abalam a economia, gerando como consequência, maior índice de desemprego, ou empregos informais, tem gerado um aumento de casos de pedido de alimentos em face dos avós, que em sua maioria, são aposentados e têm renda fixa.

Revista: Recentemente, um jornal de grande circulação publicou reportagem em que se noticiava algo que está se tornando comum entre os brasileiros: o *contrato de namoro*, um negócio celebrado por duas pessoas que mantêm um namoro e que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável. Essa preocupação é compreensível?

Gilsara Furtado: Primeiramente, é bom ressaltar que o termo *contrato de namoro* é refutado por alguns especialistas na área, os quais preferem a utilização do termo *contrato de intenções afetivas recíprocas*, assim como outros sequer reconhecem a eficácia jurídica desses *contratos particulares*, por entenderem que a

união estável é fato da vida a ser comprovado pouco importando a existência de *contratos particulares* realizados entre o casal.

A preocupação, entretanto, é bastante compreensível, a uma, porque o reconhecimento da união estável gera efeitos jurídicos relevantíssimos, como: alimentos, herança, partilha de bens, direito real de habitação, pensão, dentre outros; a duas, porque as mudanças de comportamento sociais, em se tratando dos costumes, dificulta em algumas vezes, a diferença entre namoro e união estável, visto que, atualmente, ainda que se fale somente em namoro, o casal viaja junto, dorme um na casa do outro, tem roupas na casa do outro, enfim, embora para o casal, em princípio, cuida-se de um namoro, para outros, publicamente, cuida-se de uma união estável e a coabitação parcial pode, em alguns casos, juridicamente ser reconhecida como união estável.

A jurisprudência ainda não está consolidada, pois, cada caso apresenta suas peculiaridades, muito embora o art.1.725 do Código Civil já preveja a existência de contratos escritos entre companheiros que pretendam viver em união estável. Referido artigo dispõe sobre a possibilidade de que o casal regulamente, dentro das hipóteses legais possíveis, as relações patrimoniais, incluindo-se o regime patrimonial a ser adotado.

Destarte, as pessoas mais maduras e detentoras de patrimônio devem acautelar-se de alguma forma antes de adentrarem em relacionamentos, pois, somente após o rompimento do relacionamento ou morte do que detiver patrimônio é que ocorrem as disputas judiciais.

Importante ainda ressaltar que, às vezes, no momento em que as partes resolvem de alguma forma produzir prova de que na ocasião do início do relacionamento só havia um namoro e a inexistência de intenção de se manter união estável e por isso entabulam contrato escrito, com o decorrer do tempo podem surgir outras provas que demonstrem o surgimento da união estável naquela situação que em princípio se tratava de um simples namoro.

Alguns doutrinadores, inclusive, entendem que o namoro pode ser regulado por contrato, considerando que a Lei 9.278/1996 dispõe sobre uma espécie de contratação tácita de união estável, logo, somente as provas produzidas, independentemente da existência de *contrato de namoro* é que indicarão a existência ou não de união estável e não de namoro.

Revista: É de conhecimento público e notório que o processo de adoção brasileiro é muito longo e, por isso, doloroso para aqueles que se candidatam a adotar crianças e para as próprias crianças, as quais, muitas vezes, passam anos à espera de um lar. Qual o motivo de tanta burocracia? Existem meios de se dar celeridade a este processo? Esta burocracia não acaba por incentivar os casais a buscarem crianças para adoção sem o intermédio do Poder Judiciário?

Gilsara Furtado: As regras pertinentes ao processo de adoção estão dispostas, em princípio, nos arts. 1.618 a 1.629 do Código Civil e nos arts. 39 a 52 da Lei 8.069/1990. Ainda que pareça paradoxal, referidas regras visam proteger os interesses das crianças e adolescentes a serem adotados, pois com todas as exigências, a mídia, eventualmente, divulga casos de maus tratos de crianças adotadas quando o adotante é pessoa pública ou autoridade, pois referidos processos tramitam em segredo de justiça, logo, a incidência desses casos é maior do que se tem conhecimento público.

A celeridade procedimental nem sempre significa o melhor para o adotado, pois é imprescindível, além de parecer técnico elaborado por equipe multidisciplinar, fases de convivência entre os adotantes e adotado de forma supervisionada para que se tente evitar maiores prejuízos emocionais às crianças ou adolescentes adotados.

É claro que sempre é possível aprimorar o procedimento já existente, bastando para tanto interesse em produzir normas que o alterem.

Mister, ainda, se faz ressaltar que a demora nos processos de adoção, em sua maioria, decorre das *exigências* dos adotantes, os quais, em regra preferem: crianças abaixo de 2 (dois) anos de idade; que as crianças ou adolescentes não possuam irmãos também disponibilizados para adoção; pele de cor clara; que as crianças ou adolescentes não possuam alguma doença ou necessidade especial.

Os adotantes, às vezes, lamentavelmente, não se recordam da origem racial da população brasileira, a qual, após um processo histórico evolutivo, possui miscigenação racial acentuada e em sua totalidade, não sendo considerada por região, é composta, em sua maioria, de pessoas pardas e negras.

Destarte, no cadastro de crianças e adolescentes disponibilizados para adoção, no Distrito Federal, encontram-se em sua maioria crianças e adolescentes

que não se enquadram no *padrão de exigências* dos adotantes, inclusive o Conselho Nacional de Justiça já divulgou que cerca de 86% das pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção não querem adotar mais de uma criança, inclusive, conforme mencionado anteriormente, exigindo, ainda, que a criança não tenha outro(s) irmão (s) disponibilizados para adoção.

Crianças abaixo de 2 anos de idade, usualmente, rapidamente são adotadas. Logo, o que se observa na prática não é que o procedimento seja lento devido a um excesso de burocracia, mas sim, porque os adotantes ou não querem observar a ordem de inscrição no Cadastro dos Adotantes, ou, por não encontrar criança ou adolescente que satisfaçam seus padrões de exigência, preferem fazer a chamada *adoção à brasileira*, ou seja, registrar uma criança que é filha biológica de outro pessoa como se filho seu fosse.

No Distrito Federal existem várias crianças e adolescentes inscritos para adoção, bastando, que os adotantes, além de preencherem os requisitos legais, estejam de fato conscientizados de que realmente estão abertos a esse processo de amor incondicional, estejam abertos a serem pais recebendo filhos gerados *no coração*.

Revista: Em um processo de separação litigiosa, onde os cônjuges, que eram casados sob o regime da comunhão parcial, discordam a respeito da partilha de bens, se ficar comprovado que um dos cônjuges realmente investiu mais dinheiro (proveniente de seus salários) do que o outro, na compra dos imóveis, é possível dirigir-lhe um percentual maior do valor dos bens na partilha?

Gilsara Furtado: Atualmente, considerando a legislação vigente e o entendimento jurisprudencial predominante, o patrimônio adquirido após o casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens será partilhado meio a meio.

O que se deve considerar é que, exemplificativamente, na aquisição de imóvel realizado por um dos cônjuges, antes do casamento, mediante contrato de *poupança*, tendo o referido cônjuge efetuado o pagamento de determinado número de prestações mensais/intermediárias e a entrega do imóvel e o restante do pagamento somente venha a ocorrer após a celebração do casamento. Assim, havendo o pagamento do restante das prestações durante o casamento, em caso de separação sob o regime de comunhão parcial de bens, os valores por ele pagos exclusivamente, após avaliação do valor do imóvel, serão convertidos

em percentual, o que ensejará na partilha um maior percentual do bem para o referido cônjuge.

Revista: Como é o procedimento para a comprovação da união estável entre pessoas do mesmo sexo? O procedimento para reconhecimento e dissolução é o mesmo da união entre heterossexuais?

Gilsara Furtado: Com a decisão do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 06/05/2011 reconhecendo a união entre pessoas homoafetivas, garantindo juridicamente aos interessados os mesmos direitos e obrigações dos heterossexuais, ainda que a decisão seja bastante recente, a doutrina já aponta que as exigências jurídicas serão as mesmas já dispostas legalmente para os heterossexuais.

As provas documentais/testemunhais serão apreciadas para que se verifique a existência de fato de uma união estável entre os interessados, bastando ajuizar uma ação neste sentido.

Alguns especialistas também apontam a possibilidade do reconhecimento ser efetuado em cartório quando não estiver envolvido interesse de algum incapaz.

É bom acrescentar que a ausência de norma jurídica a regulamentar o reconhecimento da união estável entre pessoas homoafetivas não se dá exclusivamente no Brasil ou nos chamados países em desenvolvimento ou emergentes, pois a Dinamarca foi quem primeiramente normatizou a união civil entre os homoafetivos em 1989, sendo seguida, posteriormente, pela Suécia, Noruega, Islândia, França, Alemanha e Portugal. Em 2002, Buenos Aires também normatizou a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo que no mesmo ano, a Holanda foi quem primeiro admitiu o casamento entre referidas pessoas, sendo seguida pela Bélgica, Espanha, Canadá, Inglaterra, África do Sul e alguns Estados dos Estados Unidos.

As mudanças sociais fluem velozmente e a legislação não consegue acompanhar referida evolução, cabendo, muitas vezes, ao Poder Judiciário interpretar as normas existentes a fim de dar-lhes efetividade, integrando-as ao contexto social, e assegurar o direito a seus requerentes.

No Brasil o reconhecimento da união estável entre homoafetivos já vinha sendo admitido jurisprudencialmente em alguns Estados, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul, onde até o momento, encontra-se o maior número de decisões nesse sentido.

O que também se tem verificado na doutrina é que o conceito de família vem sendo ampliado cada vez mais a fim de acomodar e se adaptar às mudanças dos valores, comportamentos e conceitos sociais. Nesse sentido a *nova família*, modernamente aceita e vivenciada, passa a adotar como um de seus elementos basilares o vínculo de afetividade, pois o afeto existente demonstra a existência de família.

Destarte, tanto nas uniões heterossexuais como nas homoafetivas a prova do vínculo existente entre o casal poderá ser comprovado por meio de documentos ou testemunhas, conforme mencionado anteriormente.

Por fim, o que se observa é que a tendência internacional é no sentido da regulamentação não só da união estável, mas também do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ressaltando-se que os fatos da vida que apresentam reflexos no mundo jurídico precisam da tutela do Poder Judiciário, o qual, independentemente de credo ou religião tem o dever de evitar que as injustiças sejam cometidas e dar uma resposta estatal àqueles que a buscam judicialmente, especialmente, *in casu*, para assegurar a questão patrimonial e demais direitos decorrentes da união estável.

Revista: Como vem sendo o posicionamento jurisprudencial com relação à adoção de uma criança por um casal homoafetivo?

Gilsara Furtado: O STJ, recentemente, em decisão proferida em 27/04/2010 negou recurso interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão anteriormente proferida pelo Tribunal de Justiça do referido Estado, o qual teria permitido a adoção de duas crianças por um casal homoafetivo composto por duas mulheres.

Referida decisão ocorreu em um julgamento da Quarta Turma, por unanimidade, sendo até o momento, a primeira decisão neste sentido, proferida pelo e. STJ.¹

Destarte, conforme referida decisão, há que prevalecer os interesses dos menores, e em uma sociedade onde já se fala em um Direito pós-moderno, não há espaço para desrespeito ao princípio da dignidade humana, princípio do qual emanam todos os demais princípios que vedam qualquer espécie de discriminação.

¹(REsp 889852 / RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Publicação: DJe 10/08/2010)

Logo, desde que o casal homoafetivo cumpra as mesmas determinações legais impostas aos casais heterossexuais, e não tenha restrições por ocasião do acompanhamento efetuado durante a fase procedimental, inclusive no parecer elaborado por equipe multidisciplinar composta também por psicólogos, o deferimento do pedido de adoção é medida que se impõe.

Ressalte-se que estudos realizados demonstram que não há prejuízo emocional ou psicológico para crianças adotadas simplesmente pelo fato do casal adotante ser homoafetivo.

Nesse diapasão, todos os que têm interesse em adotar alguma criança ou adolescente deverão, no caso do Distrito Federal, inscrever-se no cadastro de adotantes, e preencher os requisitos legais pertinentes, independentemente da opção sexual, e a jurisprudência tem evoluído no sentido do deferimento dos pedidos de adoção efetuados por casais não heterossexuais, pois a opção sexual, por si só, não é fato impeditivo de que referidos pedidos, de plano, sejam indeferidos, até porque nem todos os pedidos de adoção efetuados por casais heterossexuais são concedidos.

Revista: E com relação à pensão por morte? É comum o requerimento deste benefício em caso de morte do companheiro do homossexual?

Gilsara Furtado: A pensão faz parte de um dos direitos assegurados ao companheiro e após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual é vinculante, desde que seja reconhecida a união estável do casal homoafetivo, ao sobrevivente serão reconhecidos todos os direitos que lhe são assegurados, adotando-se os mesmos critérios quando da análise de pedidos advindos de casais heterossexuais.

Devido ao fato de inexistir legislação pertinente, o Judiciário como intérprete da lei vinha em cada caso, atendidas as peculiaridades pertinentes, apreciando,

julgando referidos pedidos, os quais, ainda de certa forma bastante *tímidos*, ou seja, poucos, visto que para a concessão do direito a ser pensionista, primeiramente, se faz necessário reconhecer a condição de companheiro, em se tratando de união estável.

Após a decisão proferida pelo e. STF, com certeza haverá um número maior de pedidos neste sentido, visto que agora, judicialmente, há uma decisão que vincula todos os Tribunais de Justiça do país a analisarem pedidos desta natureza, viabilizando a possibilidade jurídica da concessão dos mesmos sem que se precise fazer uma análise interpretativa das normas existentes.

Importante ressaltar que se trata de uma questão de justiça, reconhecida a união estável do casal homoafetivo, deferir também o direito ao sobrevivente de ser pensionista, após preenchidos os requisitos pertinentes, pois ao(à) que na maioria das vezes, compartilhou anos de vida, afeto, dedicação, companheirismo e amizade, não poucas vezes, sendo ignorado(a) por sua própria família e a família de seu (sua) companheiro(a), ao ingressar com ação judicial a fim de que este direito lhe seja assegurado, ainda precisa enfrentar, o ajuizamento de ação efetuado por outro membro familiar do (a) falecido (a) que sequer mantinha alguma afetividade pelo *de cujus*, também pleiteando o mesmo tipo de pedido.

Logo, além do desgaste emocional da *perda* afetiva, também precisa enfrentar questões judiciais que em muitas das vezes, desnecessárias. Assim, reconhecida a união estável, o direito a ser pensionista, quando cabível, é um dos direitos inerentes ao referido reconhecimento.

A tendência, da mesma forma como a questão da união estável e do casamento civil, conforme anteriormente mencionado, pelo que se observa, é que sejam normatizadas referidas situações, acompanhando, assim, a evolução social e jurisprudencial a fim de dar maior celeridade na apreciação de pedidos nesse sentido.

Em defesa da lei – da complementariedade entre lei e Constituição – estudo a partir de um caso

Hugo Otávio T. Vilela.*

Introdução

As ponderações que aqui exponho são fruto de uma reflexão iniciada antes de meu ingresso na magistratura e que se intensificou no exercício desta. Entretanto, tais ponderações tomaram a presente forma quase instantaneamente no exame de um processo, o qual me incumbiu relatar na Turma Recursal Suplementar da Seção Judiciária de Goiás.

O assunto era Assistência Social. Pleiteava o recorrente a concessão de um benefício assistencial que, no meio jurídico do país, é designado pela sigla que corresponde à lei que o prevê e regula, sendo esta a Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

A derrota no primeiro grau se dera porque o recorrente não cumprira o chamado *requisito econômico*, isto é, a renda per capita de seu núcleo familiar era superior a um quarto do salário mínimo.

Nesse processo (0039825-78.2008.4.01.3500), o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da concessão do benefício. A tese defendida pelo MPF era de analogia (ou *combinação*) entre o dispositivo da Loas que exige o *requisito econômico* para concessão do benefício assistencial e um dispositivo da Lei de Benefícios Previdenciários. Este dispositivo previdenciário estabelece que o segurado que recebe benefício previdenciário por invalidez e necessita da ajuda permanente de outra pessoa tem direito a um acréscimo de 25% no valor mensal de seu benefício. Assim, considerando que o benefício assistencial – Loas – pleiteado no caso era o chamado *Loas deficiente*, que se destina a pessoas com necessidades especiais, e que a pessoa com necessidades especiais, no mais das vezes, também precisa da ajuda permanente de outra pessoa, o correto seria uma analogia ou combinação entre as duas, de tal modo que, ao analisar um pedido de Loas deficiente, o Estado deveria avaliar a renda do núcleo familiar do peticionante não da maneira como está escrito no dispositivo da Loas, que exige renda familiar por pessoa não superior a um quarto de 100%

do salário mínimo. Deveria o Estado, isto sim, exigir que a renda por pessoa não excedesse a um quarto de 125% do salário mínimo.

A tese já havia sido acatada anteriormente pela Turma Recursal – GO com outra composição¹. No entanto, e mesmo tendo sido exposta com grande erudição, deparava-se com obstáculos imensos. Primeiramente, sua formulação como analogia não fazia sentido. Não havia vácuo legislativo para que houvesse colmatação por analogia, que é eminentemente um mecanismo de integração jurídica². O próprio Supremo Tribunal Federal já havia considerado o *requisito econômico* do benefício assistencial perfeitamente constitucional em sua objetividade e da forma como estabelecido na Loas, tendo inclusive rejeitado proposta de interpretação conforme a Constituição, que o abrandava³. O máximo que o Supremo chegou a admitir, através de *obiter dictum* de voto do Ministro Sepúlveda Pertence, foi que o requisito era duro, mas que seu abrandamento, ou aprimoramento, era tarefa do legislador.

Ainda que houvesse espaço para analogia, restaria o problema de se tratarem de coisas muito diferentes. Embora façam parte de um só macrosistema de Seguridade Social, do qual também faz parte a Saúde, e até compartilhem várias normas constitucionais, o fato é que a Previdência Social e a Assistência Social seguem lógicas distintas. Como a analogia deve ser feita entre situações parecidas, sua aplicação proposta no caso seria realmente difícil. Em verdade, mesmo que se pudesse reconhecer semelhança geral suficiente entre previdência e assistência, a ponto de se aplicar a regra de uma na outra, persistiria o problema de que as situações especificamente consideradas eram por demais distintas. Por um lado, a norma previdenciária que se queria aplicar ao caso concreto tratava de um *plus* a ser dado no montante recebido mensalmente por certos

¹ TRJEF-GO, Processo: 2006.35.00.714042-3, DJ-GO 20/09/2006.

² Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

³ ADI 1.232/DF, DJ 1º/06/2001.

*Juiz federal substituto, Seção Judiciária de Goiás; mestre em Direito.

beneficiários por invalidez, integrantes de um sistema previdenciário contributivo. Por sua vez, a situação sobre a qual se queria fazer incidir a norma previdenciária dizia respeito à definição do espectro de cobertura de um benefício assistencial.⁴

Restava a tentativa de fazer a mesma engenharia acima descrita, mas com outro nome, no caso o de *combinação* de regras. Sob esse título tecnicamente vago e despojado das dificuldades inerentes a uma analogia, falar-se-ia em *combinar* as duas regras, a que previa o *requisito econômico* para a obtenção do

⁴Esta nota não tem diretamente a ver com o presente texto, mas é importante fazê-la, porque qualquer acolhimento ou rejeição por juiz de uma proposta de analogia é atualmente criticada pelo raciocínio muito bem expressado por François Rigaux: “Quando a situação litigiosa oferece alguma analogia com uma categoria de situações sobre a qual o legislador se pronunciou, o juiz sempre pode escolher entre o raciocínio *a pari* e o raciocínio *a contrario*: ou a analogia é suficiente para que a nova situação seja regida pela disposição legislativa cuja hipótese não a visa explicitamente, ou a diferença é a tal ponto significativa que o juiz afasta dela a aplicação. A estrutura falsamente lógica dos dois argumentos desaba diante do vínculo entre a escolha feita pelo juiz e os termos nos quais ele descreve a situação litigiosa. Conforme a maior ou menor proximidade desses termos da interpretação que ele dá à norma, terá justificado um raciocínio *a pari* ou um raciocínio *a contrario*. Como escreve Neil McCormick que se inspira numa frase de Llewellyn, ‘they hunt in pair’: nenhum dos dois argumentos é separado do outro por um critério lógico a despeito dos termos de lógica formal nos quais estão presentes”. [A lei dos juizes. Tradução de Edmir Missio. Revisão da tradução de Maria Ermantina Galvão. Revista Técnica Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 156.]. Entretanto, tenho que tal raciocínio, não obstante seus méritos, é uma simplificação irreal, pois parece desprezar: o fato observável de que existe uma margem de razoabilidade entre o que pode ser considerado mero arbítrio do magistrado em um sentido ou outro; que esse território intermediário é acessível à lógica; que frequentemente o magistrado, quando aponta no sentido de um dos extremos, está tentando indicar algum ponto dentro do intervalo de razoabilidade entre os extremos, servindo-se desse expediente por limitações do sistema jurídico ou da própria linguagem. Outro ponto é o de que pensamento de Rigaux parte do pressuposto de que o magistrado é desonesto ou tendencioso na forma como apresenta para si o problema a ser julgado, na forma como o apresenta para os demais ou em ambas, desprezando: o fato de que ele pode ver e expor de maneira fiel o problema; que ele pode ser conduzido a um posicionamento, deixar-se conduzir ao mesmo ou ser forçado a tanto por uma gama de argumentos considerados por todos como razoáveis. Por tais aspectos, o raciocínio do autor belga não parece retratar a realidade de maneira fiel, mas antes refletir a eterna perplexidade diante do fato de que o julgamento proferido pelo magistrado é a palavra final e que, considerando tratar-se de uma pessoa e que seu julgamento se passa no íntimo, não se pode evitar de todo a possibilidade de que ele venha a julgar de modo completamente arbitrário e fundamentado tal decisão com algo que pareça razoável, cometendo um arbítrio acobertado por um embuste. Esse risco é verdadeiro, e é terrificante a sensação de que a palavra final sobre uma lide pode ser dada desse modo, mas daí não se pode deduzir que tudo é arbítrio. Trata-se de uma limitação ou um risco do método de solução de problemas por seres humanos, não se tratando de uma limitação da lógica, por exemplo, dos próprios problemas.

Loas e a que estabelecia o *plus* para a renda mensal dos benefícios previdenciários por invalidez. Contudo, a mudança de nomenclatura por um lado ajudava mas por outro atrapalhava a tese, pois de certo modo deixava mais a nítida a sua grande falha, que era a impossibilidade de se alegar que a Lei de Benefícios Previdenciários tinha revogado a Loas, implícita e parcialmente, naquele aspecto específico (*requisito econômico* do benefício assistencial), porque aquela é anterior a esta. A mudança de nomes deixava também mais evidente o desconforto que a idéia de denominar a tese de *interpretação sistêmica* provocava, razão pela qual esta denominação foi descartada. Até o rigor intelectual exigia que a proposta não fosse vista como uma interpretação, ao menos em sentido estrito, porque claramente não se propunha a haurir ou descobrir alguma coisa que já estivesse, ainda que muito veladamente, na lei. Nem mesmo a amplidão proporcionada por conceitos como interpretação construtiva ou *construction* atendia bem àquela proposta. Ademais, a Loas remete expressamente à Lei de Benefícios Previdenciários quando julga necessário, e não havia qualquer razão para que, justamente ao tratar de um tema fundamental como o do *requisito econômico* do Loas ela não o tivesse feito, e nem o sugerira.

O que se propunha, enfim, era uma inovação, o que não gerava a pronta rejeição da tese, porque há sim hipóteses em que o Judiciário deve inovar ou completar a lei, sendo exemplo deste último as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), em voga no direito civil. Todavia, o caso estava claramente abarcado por uma escolha política válida feita pelo parlamento brasileiro, uma norma legal que não pedia ou sequer permitia intervenção inovadora ou construtiva do Judiciário. Mais até, ainda que o juiz pudesse inovar no caso concreto, teria que fazê-lo com base em devidos elementos técnico-financeiro-atuariais que embasassem a inovação, pois não seria juridicamente defensável a afirmação de que o art. 195, § 5º da Constituição Federal diz respeito ao Executivo e ao Legislativo, mas não ao Judiciário, ao estabelecer que: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Enfim, a tese não podia ser acatada.

A proposta, vista em sua essência, era no sentido de alargar o espectro de um benefício da Assistência Social, em detrimento do que lei dizia expressamente sobre um de seus requisitos. Se o Judiciário adotasse a referida proposta, não estaria adaptando a lei ao caso concreto mas sim ditando uma política pública a partir

de textos da lei que não se comunicam, ainda que o alcance dessa política fosse apenas inter-partes. Neste passo, é curioso notar que, segundo o professor J. J. Gomes Canotilho, citado por quase todos os julgados brasileiros que defendem uma postura *pró-ativa* do Judiciário em relação a políticas públicas, a definição judicial de políticas públicas é considerada *nonsense* por todos os tribunais da Europa⁵, os quais, por integrarem em sua maioria jurisdições muito antigas, são referência válida para nós, ainda que lidem com realidades sócio-econômicas muito diversas da nossa.

Mesmo depois de feitas essas constatações, alinhadas as conclusões no pensamento, este relator sentia uma dificuldade, um íntimo constrangimento de rejeitar a tese de maneira resoluto em seu voto pois, de certa forma, simpatizava com o fundamento último da argumentação do MPF, que consistia no respeito à dignidade humana, que no Brasil tem *status* constitucional (art. 1º, inciso III). Isso levou este relator a cogitar da possibilidade de descartar tudo o que já havia pensado e acatar a tese tão-somente com base no princípio da dignidade humana.

Examinando essa possibilidade, cheguei à conclusão que concordar com a tese tão-somente com base no argumento da dignidade seria uma reação puramente emocional ao problema. Não se tratava de adotar um posicionamento com base numa interpretação, ainda que tortuosa, de um dispositivo constitucional ou de um postulado ético, mas empunhar esse dispositivo ou postulado para empreender um esforço heróico e niilista, dissociado de qualquer razoabilidade ou lógica, e isso seria inaceitável.

Mesmo assim, e por incrível que pareça, mesmo ciente de tudo isso, o relator permanecia incomodado pois ainda não encontrava conforto bastante na rejeição da proposta. Não se tratava apenas do desconforto psicológico tipicamente causado pelas decisões ásperas, mas de um desconforto também intelectual. Por mais que estivesse claro o descabimento da tese e sua precariedade estrutural, ela não desaparecia do campo das cogitações, nele permanecendo com foros de proposta viável.

Por isso tudo, concluí que minha forma de pensar sofria de uma distorção, que não se manifestara só naquele caso mas em outros. Este artigo trata da razão dessa distorção, de seu motivo, que consiste basicamente na cultura judiciária que hoje amplamente predomina no Brasil e que vem sendo reforçada por

uma concepção errônea do papel desempenhado pela Constituição de 1988 em nosso ordenamento, e do papel que devemos desempenhar para com ela. Essa cultura, de que também faço parte, é o motivo pelo qual, em certos ramos do direito, o pensar dos julgadores nacionais se encontra um tanto fora de prumo, fazendo com que propostas de grande fragilidade sejam cogitadas e aceitas como verdade, e teses com grau de densidade jurídica semelhante ao da examinada vinguem diariamente no Brasil, para conceder tutelas de maneira um tanto indiscriminada contra o Poder Público, com o fundamento de estarem fulcradas em dispositivos constitucionais que prevêm direitos fundamentais.

2. A cultura judiciária brasileira vista a partir do caso concreto ora descrito

Propostas como a apresentada pelo MPF no processo a que me referi acima, não obstante a nobreza incontestável de suas intenções, expressam uma visão errônea sobre o papel do Judiciário na defesa de princípios como o do não retrocesso dos direitos sociais, que seriam derivados do princípio maior da dignidade humana. Segundo essa visão, que é compartilhada por boa parte dos juízes brasileiros, a conduta do Judiciário deve ser a de vigiar, identificar e fulminar qualquer ato normativo tendente a suprimir hipótese de benefício ao indivíduo presente no ordenamento jurídico. Mais além, deve o Judiciário tomar todas as medidas possíveis, enquanto intérprete do direito, para *concretizar* cada vez mais o bem-estar social, o que é majoritariamente entendido no sentido de conceder tutela contra o Poder Público, em prol do indivíduo. Ocorre que essa visão de que o Judiciário, para bem do social, deve adotar sempre uma postura concessiva, constitui uma simplificação, uma maneira monofacetada de se ver a realidade, a qual não contribui para compreender o real papel do Judiciário ou de qualquer dos três Poderes. O Judiciário contribui para a manutenção do estado de bem-estar social quando concede e quando nega, contanto que o faça da maneira e no tempo corretos, por ter este Poder, como todo o Estado brasileiro, um compromisso de longo prazo com o equilíbrio dos sistemas de apoio social, como o da Seguridade. Os exercícios interpretativos que esgarçam as hipóteses de benefício, como as previdenciárias e assistenciais, possibilitando o maior número possível de concessões no curto prazo, não são sustentáveis. Segundo informa a experiência, tais exercícios contribuem para que, no futuro, haja uma drástica diminuição das hipóteses de benefício, tanto em seu número quanto em seu espec-

⁵ Jornal *Valor Econômico*, edição impressa, 04/11/09, p. A5.

tro, o que vem ocorrendo atualmente nos mais diversos países, inclusive em Portugal, país do Professor J. J. Gomes Canotilho e das origens do autor deste texto.

Esse beneficiamento imprevidente do hoje em detrimento do amanhã é capaz de tocar o íntimo de qualquer pessoa que se debruce sobre o tema com o mínimo de vagar, pois essa pessoa verá ofendido um bem de todos que é, na sua essência, quase indistinguível da justiça: o senso comum.

O compromisso que o Judiciário tem para com o bem-estar social não será cumprido pela adoção sistemática e monocórdia de todo e qualquer entendimento que elasteça hipóteses de benefício no curto prazo. Esse compromisso será cumprido pelo Judiciário quando o mesmo desempenhar seu papel a contento, estando para isso alerta ao caráter multifacetado desse papel, podendo e devendo ser criativo e inovador na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem qualquer viés sectário nem com a intenção de ditar políticas públicas.

O que estou defendendo não é positivismo, na acepção mais corrente e pejorativa da expressão. O juiz pode e deve dar ao caso solução diferente daquela prevista em lei quando a solução legal provocar iniquidade, a qual se constata toda vez que nos deparamos com uma situação que, tivesse sido vista pelo legislador, teria ele próprio cunhado solução diferente daquela constante da lei que elaborou. Entretanto, isso não quer dizer que o juiz, toda vez que se depara com um quadro dramático, tenha ali encontrado um cenário que o habilita a descartar a lei. Qualquer legislador minimamente realista sabe que, ao elaborar políticas públicas, por melhores que sejam, deixará desassistidas inumeráveis situações lamentáveis, tocantes, dramáticas, o que terá ocorrido pelo fato de ser materialmente impossível atender a todas essas situações. Trata-se de escolhas políticas difíceis, duríssimas, mas que devem ser feitas, e por quem tem legitimidade para tanto.

Desse modo, é essencial dizer que quando o juiz se depara com uma situação dramática que não encontra cobertura na hipótese legal de benefício não pode ele, automaticamente e tão só com base nessa percepção, afirmar ter se deparado com uma situação não prevista pelo legislador, ou uma falha da lei, que deve ser integrada, colmatada ou concretizada por ele, juiz, no caso concreto. Deve o magistrado abrandar a dureza da lei, mas nunca a ponto de desmaterializar escolhas que, por mais duras que sejam, devem existir, têm de ser feitas, para bem de todos. Nesse aspecto, vale recordar as lições de Aristóteles que, defensor

e elaborador da idéia de equidade, já tratada no parágrafo anterior, foi igualmente notável ao não separar a noção de lei da noção de justiça. Ao contrário, e bem ao contrário do que é mais comum atualmente, em que a lei é vista como uma mera tentativa de justiça ou um óbice a esta, Aristóteles denominou aquilo que se corporifica pela lei como uma modalidade de justiça, universal, que se propõe a servir a todos⁶, tendo sido precedido por Platão que recomendara (ainda que com palavras excessivamente ásperas) não a prevalência da equidade sobre a justiça legal, mas um equilíbrio entre as duas⁷, em que a equidade seria utilizada para excepcionar a justiça legal, e não para se tornar regra.

É de interesse ressaltar, ainda, que a realidade de haver escolhas é uma constante inelutável que persiste até mesmo em relação a direitos que são vistos por todos como absolutos, cuja lesão, segundo a opinião geral, habilitaria de imediato seu titular a ter tutelado seu interesse pelo Poder Judiciário. Por exemplo, ninguém há de negar que todo ser humano é titular do direito à vida, e a reação normal de qualquer um é dizer que uma pessoa ameaçada em seu direito à vida deve ter seu interesse tutelado sempre e em qualquer circunstância. Entretanto, alguém diria ser legítima uma determinação judicial no sentido de que o terceiro numa fila de transplante passasse ao primeiro lugar somente com base no direito à vida? O primeiro e segundo colocados não titularizam o mesmo direito? Ademais, alguém poderia dizer que o direito à vida suplantaria nesse caso as regras objetivas e frias que coordenam as filas de transplante, quase todas de caráter infralegal? Haveria nesse caso uma prevalência das regras de transplante sobre normas constitucionais? A resposta é terminantemente negativa. Por sua vez, a visão desse quadro como um choque entre mandados de otimização constitucionais⁸, ou a visão de um choque entre vetores subjetivos de um mesmo mandato de otimização constitucional não são verdadeiras, embora se possa intuir que a segunda é melhor que a primeira (embora dela não difira em correção mais do que um erro pode ser melhor que outro).

⁶[Ética a Nicômaco] *The Nicomachean Ethics*. Oxford University Press. 1998. Oxford World's Classics. Translated with an introduction by David Ross. Revised by J.L. Ackrill and J. O Urmsom. p. 106.

⁷[Refiro-me aqui à produção ulterior de Platão, o livro *Leis*, conforme a seguinte referência bibliográfica]: *Laws*. Plato. Translated by Benjamin Jowett. Mineola, New York: Dover Publications, Inc. 2006. Dover Philosophical Classics. p. 113.

⁸Referência ao pensamento de Robert Alexy, com a ressalva de que, como boa parte das referências neste texto, esta também se dá de forma livre.

O exemplo da fila de transplante pode ser facilmente contestado quanto à sua relevância para a percepção mais nítida do ordenamento jurídico como um todo, pois o senso comum recomenda desconfiança em relação à conduta de extrair idéias e julgamentos gerais de situações extremas. De fato, lamentavelmente, essa desconfiança muito frequentemente se justifica, o que deixa este expositor em difícil situação, vez que os exemplos mais ilustrativos são, amiúde, aqueles que falam de situações extremas. Todavia, penso que essa cautela deve ser abandonada neste momento, pois a ilustração trazida pelo exemplo acima é valiosa a uma série de ponderações necessárias sobre a visão do ordenamento que o Judiciário, e os operadores do direito em geral, vimos adotando no país.

Tem sido comum que o Judiciário atenda de maneira relativamente generalizada, com base exclusiva no fato de que o reclamante titulariza um direito constitucional, a pleitos de várias naturezas ajuizados pelo particular contra o Poder Público. De fato, em muitos desses casos, o Judiciário tem se valido de sua interpretação dos direitos constitucionais em detrimento do que diz a lei. Tal conduta pode ser explicada por diversas razões. A primeira delas, provavelmente a mais arraigada, diz com a imensa litigiosidade da Administração brasileira e sua falta de meios internos de conciliação. A Administração brasileira – maior litigante do país – tem ladeado seu histórico de desrespeito ao administrado com a ausência de meios próprios de composição, mesmo para casos em que a ilicitude da conduta do Poder Público é evidente. Assim, na quase totalidade das vezes, o único caminho que o prejudicado tem é o Judiciário, hipertrofiado ao longo do tempo por demandas contra a Administração a qual, por sua vez, ser acomodou em ver suas lides serem judicializadas, ganhando tempo. Nesse cenário, formou-se uma cultura entre os magistrados que combina, de um lado, o atávico ressentimento que todo aquele que cresceu sob as arbitrariedades e desigualdades do terceiro mundo tem para com o Estado e, de outro, o ressentimento de ver seu trabalho inviabilizado por uma política sistemática do Poder Público de não reconhecer e, por sua iniciativa, emendar seus erros. Essa cultura faz com que o magistrado, de maneira absolutamente involuntária, e no afã de equilibrar a balança, tenda a ouvir com simpatia as alegações do cidadão que litiga contra o Poder Público, seja qual for seu fundamento. Ao fazê-lo, o julgador relembra a lição de Maimônides que, tratando de assunto diferente, mais especificamente da virtude da modéstia, ensinou que o equilíbrio se alcança não por uma atitude totalmente

passiva daquele que afere mas através de um leve pendor, mais um impulso, em uma das direções.⁹

De qualquer forma, o magistrado brasileiro é maduro o suficiente para, a exemplo do que faz com qualquer influxo que lhe vicia o julgamento, identificar em seu íntimo a ação de tal cultura e neutralizá-la quando seus efeitos importem num desequilíbrio de forças no processo.

De outra parte, mais recentemente, uma segunda razão tem se combinado à primeira já tratada acima, com efeitos gigantescos. O fato é que, desde a Constituição de 88, tem havido uma descoberta tardia do constitucionalismo. Essa descoberta, de imensa repercussão no pensamento jurídico brasileiro, tem gerado nos operadores do direito uma distorção na maneira de ver o ordenamento e o lugar que a constituição nele ocupa, e que papel desempenha. De certo modo, o que existe é um sentimento quase redentorista em relação à Constituição de 88, através do qual os operadores, incorporando o que se passa na alma do nosso povo, revivenciamos inconscientemente a dor de toda uma história de negligência e descaso em relação aos direitos dos indivíduos e a sensação de ter rompido completamente com esse passado difícil, através do grande marco da redemocratização do país que foi a Carta de 88. Nesse cenário emocional, toda e qualquer limitação que se impõe ao indivíduo parece um passo atrás na dura caminhada de nosso povo. Toda restrição que se lhe faz soa retrógrada, até desumana, e por essa razão as normas legais, que têm a missão de lidar com a realidade de maneira mais próxima – com o presente – vêm sendo objeto de estranhamento, de negação.

As nações, como as pessoas, definem-se muito por suas experiências. No caso do Brasil, o reencontro com a democracia e o encontro – pois inédito na maior medida – com a cidadania fez com que pensássemos a atual Constituição como a passagem abrupta e definitiva para um tempo diametralmente diferente do que vivêramos, sobretudo do que experimentáramos nas décadas imediatamente anteriores. Nesse afã, adotamos em nosso âmbito, com fervor religioso,

⁹[...]. Já explicamos nos capítulos anteriores que a modéstia é uma virtude de caráter e está entre a arrogância e a humildade. Existe uma palavra só para modéstia em hebraico, mas há muitas para orgulho. O extremo oposto é rebaixamento e já explicamos no quatro capítulo da Introdução (Oito Capítulos) que o homem deverá inclinar-se um pouco em direção a um dos pólos para que finalmente esteja agindo exatamente no meio caminho entre limites estreitos. [...]” [Comentário da Mishná: ética dos pais. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Ed. Maayanot, 1993. p. 55].

duas diretrizes teóricas que já haviam sido adotadas em outros lugares: a publicização do direito e a concretização da constituição¹⁰.

Verdade seja dita, o grau com que se adotou a publicização do direito em nossas plagas pouco diferiu daquele observado nos demais países de tradição romano-germânica. A afirmação do indivíduo como centro gravitacional do cenário político/jurídico, que remonta ao início do século XX, ampliou consideravelmente a eficácia dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão vertical (relação indivíduo – Estado) quanto na dimensão horizontal (relação indivíduo – indivíduo), o que forçou o Estado a uma postura mais interventiva nas relações ditas privadas, com forte reflexo na legislação¹¹.

Por outro lado, a chamada *concretização da constituição* vem sendo empregada em nosso âmbito num grau talvez único no mundo¹². A necessidade de garantias concretas de que o passado não se reeditaria levou a uma desconfiança por nossos operadores do direito quanto à noção da constituição como um documento predominantemente abstrato, com largas balizas. Essa desconfiança, aliada aos avanços teóricos no campo do controle de constitucionalidade e à aceitação geral da idéia de que a constituição imanta todo o ordenamento jurídico, e portanto incide, de certo modo, em cada caso concreto (às vezes diretamente), disseminou a conduta de forjar soluções para casos concretos a partir de interpretações diretas do texto constitucional, independentemente de o legislador já ter feito opções políticas válidas que abarquem os casos concretos. Neste quadro, não é raro que a visão que se tem da lei acabe sendo determinada por uma armadilha maniqueísta, ocultada pelo fundamento teórico da concretização da constituição; armadilha esta em que a constituição se apresenta como um elevado valor moral corporificado em norma superior e

a lei como um óbice formulado de maneira deliberada para se opor à realização daquele elevado valor moral.

Nesse cenário, o magistrado brasileiro se vê frequentemente como um pólo numa luta dialética, chegando mesmo a pensar que seu papel é mesmo o de conceder benefícios ao cidadão, pois o outro pólo, formado pelo Legislativo e o Executivo, já estaria por demais empenhado em negar. Tal pensamento deve ser evitado. O Judiciário não fará bem à nação se deixar de ser o que é, um juiz, e não é possível ser juiz e justiceiro ao mesmo tempo. Não pode ser justiceiro quem antes não deixou de ser juiz. A sociedade precisa de um órgão que lhe solucione as lides com imparcialidade, e se o interesse maior dessa sociedade exigir de nós juízes uma determinada postura jus-política no exercício de nossa função, até mesmo em detrimento do direito positivo estabelecido democraticamente¹³, nós a devemos adotar, mas sempre agindo como juízes, sempre através do desempenho de nosso papel institucional de magistrados. Não faremos bem à sociedade, ou só o faremos por um curtíssimo prazo, se nos desnaturarmos.

A concretização da constituição, ao menos da maneira como a vimos empregando, acaba por comprometer um dos maiores avanços político-jurídicos gerados pela idéia moderna de constituição, que é o de proporcionar ao ordenamento jurídico um fundamento ao mesmo tempo sólido e relativamente autônomo em relação ao próprio ordenamento. O assunto é complicado e exige uma digressão. Historicamente, atribuiu-se a Deus o fundamento último da lei, mas isso nunca bastou. Sempre foi

¹⁰ Há pouco mais que coincidência entre a terminologia que vai aqui empregada e aquela de Friedrich Muller, que consta da edição brasileira de sua obra mais influente em nosso país, com a seguinte referência: *O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

¹¹ Para a discussão sobre o incremento da eficácia dos direitos fundamentais em ambas as dimensões, e as possíveis interações entre ambas: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO. Claus-Wilhelm Canaris. Reimpressão da edição de julho de 2003. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, fev. 2006.

¹² Baseio-me em Canotilho, que afirmou que a metodologia seguida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil é única no mundo, e que esse tribunal não julga de acordo com normas. É o que se lê do *Jornal Valor Econômico*, edição impressa, 04/11/09, p. A5.

¹³ A afirmação é polêmica e sempre deve ser vista com extrema cautela, parcimônia. Todavia, parece haver hipóteses nesse sentido, defendidas com substância por autores de inegável peso, que se referem frequentemente a um papel republicano do Judiciário, ou uma função democrática contra-majoritária que seria esperada desse Poder. Um exemplo marcante se encontra na obra de Mauro Cappelletti: “Mas são, na minha opinião, ulteriores e mais prováveis as respostas à questão da legitimidade democrática do direito jurisprudencial. Antes de tudo, parece-me ser um erro fundamental, embora difundido, aquele que faz depender a legitimidade da criatividade judicial dos mesmos critérios que, corretamente, faz depender a ‘democraticidade’ do direito legislativo, ou seja: da sua precisa correspondência à vontade da maioria. Uma virtude do Judiciário é, propriamente, aquela de saber frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias; um exemplo conhecido, universalmente, é o da proteção do direitos civis da minoria negra por obra da Corte de Warren nos anos cinquenta e sessenta. Protegendo esses grupos, que não se encontram na posição de acesso ao ‘processo político’, as Cortes de Justiça aumentam o conjunto representativo dos nossos sistemas de governo”. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução e notas por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 22.

necessária à lei uma fundamentação outra, ainda que sumamente ética e abstrata e ainda que, nas explanações dos antigos, essa fundamentação fosse secundária porque apoiada na divindade, não sendo explicitamente reconhecida como um fundamento basilar ou tão basilar quanto a divindade. Em boa parte da história ocidental, esse fundamento outro da lei foi a própria lei, sua envergadura moral, o mito da lei. As pessoas deviam respeitar as normas jurídicas porque, afinal, era a lei. Isso gerava uma dificuldade técnica concernente às revogações. Havia um certo pudor em revogar explicitamente normas anteriores em prol de normas mais recentes, porque temia-se que tal conduta fosse, de algum modo, desprestigiar a base do Estado e da lei, que era o mito da lei. A idéia de que as normas eram efêmeras, passageiras, seria prejudicial ao mito. Essa preocupação é evidente no Livro I do *Digesto do Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, em passagem na qual o imperador, referindo-se ao *Codex*, que precedera o *Digesto*, fala em *emendar* as normas antigas para dar-lhes mais *clareza*¹⁴, evitando qualquer menção a revogação. Sobretudo, é de se notar que esse desconforto chegou aos dias de hoje e ainda se observa em considerável grau nas jurisdições de *common law*. Mesmo nos Estados Unidos, permanece um grande cuidado pelo Judiciário no tratamento do precedente – que lá tem natureza de norma – preferindo-se falar em *clarificação* ou *esclarecimento*, *expansão* ou *construção* ao invés de revogação do precedente. Isso sempre gerou uma série de dificuldades e obrigou os juristas a acrobacias jus-políticas no fio da navalha, mas o problema foi superado em grande parte com a colocação de uma norma superior como fundamento do sistema¹⁵. Assim, a revogação de uma norma por outra passou a ser menos problemática tecnicamente do que outrora, pelo menos nos casos de substituição de uma norma infraconstitucional por outra. Essas substituições não mais comprometeriam o

fundamento do sistema, porque a norma fundamental permaneceria, por ser mais estável e imune ao que se passa abaixo dela. Ocorre que a atual conduta dos ordenadores do direito está rapidamente espraiando o direito constitucional por todos os lados do sistema, sem controle. Dizendo-o de forma mais técnica, a expansão da *jurisdição constitucional* não pode ser feita sem o alargamento do próprio direito constitucional, que em muitos ramos jurídicos não mais se restringe a imantar o ordenamento legal, mas quase o substitui. Esse agigantamento do direito constitucional torna aquilo que seria uma parte essencial porém autônoma do sistema no sistema inteiro, e quando uma parte, ainda que fundamental, passa a ser o todo ela mesma começa a carecer de um fundamento, fazendo-nos correr o risco de acabarmos voltando, com nova nomenclatura, ao velho problema do fundamento da lei. Por sinal, já se percebe uma manifestação incipiente da volta desse problema na tendência atual de se tentar determinar entre as normas constitucionais as que seriam mais fundamentais, mais constitucionais. Esse debate está ganhando corpo lentamente, e já não é mais tão fácil defletí-lo com o uso combinado da evocação das cláusulas pétreas e da rejeição sumária da idéia de ser possível fazer distinções ontológicas entre normas igualmente presentes no texto constitucional, idéia esta personificada no pensamento jurídico na figura de Otto Bachof¹⁶.

Outro dos muitos efeitos nocivos da tendência de *concretização da constituição* é o risco de colocar sob suspeita um outro movimento que, ao contrário daquele, tem mais acertado que errado: o do redimensionamento da constituição. Tal movimento tenta sistematizar e ordenar a correta percepção de que as normas constitucionais não são apenas aquelas que se encontram no texto magno, havendo mesmo situações, como a descrita por Lawrence H. Tribe tratando dos Estados Unidos¹⁷, em que boa parte das normas consagradas pelos tribunais como constitucionais naquele país não guardam qualquer relação explícita ou implícita com o texto constitucional. Para tanto, os estudiosos do tema tem se valido de diversas idéias, algumas antigas, como a do bloco de constitucionalidade, cuja origem remota é

¹⁴ “[...]. Nossa primeira providência consistiu em começar pela obra dos eminentíssimos príncipes que nos antecederam, emendando suas constituições [aqui não no sentido atual de constituição, mas apenas no de lei escrita, direito positivado] e lhes dando mais clareza. Reunidas em um só código e purgadas de supérfluas repetições e divergências inúteis, ofereçam a todos a certeza de sua autenticidade.” [*Corpus Iuris Civilis*: digesto. Coordenação e tradução de Edilson Alkmin Cunha; Antônio Augusto Catão Alves... (et al.). Brasília: TRF1, ESMAF, 2010. p. 13-14.]

¹⁵ Deixo de lado a discussão sobre o fundamento da própria constituição, a noção de *Grundnorm*, o que faço porque essa noção, embora academicamente muito relevante, a partir de Hans Kelsen, não ganhou e não tem maior relevo no ideário do operador do direito médio, não chegando a se tornar politicamente importante ou influente.

¹⁶ Refiro-me aqui a sua obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

¹⁷ [A Constituição Invisível]. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press, 2008.

inglesa, tendo se aprimorado e difundido na França¹⁸. O risco é no sentido de que aqueles que integram o movimento, muito maior e difundido, de concretização excessiva da constituição acabem por se apropriar das formulações teóricas daqueles que visam ao redimensionamento da constituição, deslegitimando-os e usando de suas armas, inclusive de sua solidez teórica, para a consecução de outros fins. Ainda que não o façam, o mero fato de existirem em tão grande número fará com que a reação que por certo se formará contra eles acabe levando de roldão os defensores do redimensionamento, que serão confundidos com os concretizadores.

4. Complementariedade entre lei e Constituição

Por todas essas ponderações, podemos constatar que o pensamento jurídico nacional, premido por uma série de injunções históricas, tem se enveredado pelo caminho de buscar soluções para casos concretos haurindo-as diretamente do texto constitucional, quedando em perplexidade com relação à lei. Tal momento de perplexidade deve ser superado. A constituição e a lei, menos que realidades hierarquicamente dispostas, são realidades essencialmente complementares. A lei não pode prescindir de algo que lhe determine o caminho a trilhar. Já a constituição não pode fornecer ao ordenamento jurídico a estabilidade e a transcendência de que ele precisa em sua base se vier a se imiscuir na realidade efêmera. A diferença entre as duas é, portanto, dimensional, como a caminhada e o caminho.

O povo brasileiro fez seu papel ao cristalizar em um documento tantos valores necessários a um estado democrático de direito, o que fez com tremendo esforço. Em que pesem seus muitos defeitos, a Constituição de 88 é sim uma significativa e marcante ruptura em direção à cidadania. Cabe-nos agora, operadores do direito em geral mas principalmente os juízes, concretizar os valores que lá ficaram assentados mas não pela recitação monocórdia desses valores (ou da pequena parte deles que se encaixa em nossa forma de ver as coisas) ao nos depararmos com situações difíceis que requerem soluções práticas, nem pela ilusão de que podemos ordenar a realidade com nossa atuação, eminentemente difusa, adotando soluções esparsas sem ter o apoio de uma política pública, ou

acreditando que essas soluções esparsas são uma política pública. Da mesma forma, não devemos sucumbir à ilusão de que, se a pessoa que litiga em face do Estado titulariza um direito fundamental, essa situação nos habilita a respostas simplistas. Os direitos, mesmo os fundamentais, são, *trunfos*¹⁹ que vão ou não prevalecer conforme o contexto real da lide²⁰, e a verdadeira lide que subjaz às relações processuais a que me refiro é muito diferente da que formalmente se apresenta, havendo centenas ou milhares de titulares de direito na mesma situação do reclamante, em velado conflito com ele. Por tudo isso, devemos nos valer, a princípio, da modalidade de justiça apta a ditar políticas públicas, servir a todos e que, mesmo impregnada da dureza da realidade, de que está sempre tão próxima, não representa uma negação dos elevados valores assentados no documento fundamental, mas antes a configuração terrena que tais valores assumem hoje, que não deve ser vista como algo que a limita ou amesquinha, mas algo que a realiza. Havemos de recordar as palavras de Cícero: *“Entretanto, não é bastante possuir excelência moral como uma forma de habilidade. Há que colocá-la em prática. Você pode ter uma habilidade simplesmente por saber como fazer algo, mesmo se nunca fez; mas excelência moral é inteiramente uma questão de prática. Ademais, seu campo de prática mais importante é o governo de um estado, e na consecução (real, não só em palavras) daquilo de que nossos amigos em varandas*

¹⁹ Nomenclatura empregada por Ronald Dworkin em diversas obras. Por exemplo: *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. p. XI. Há obra posterior de Dworkin em que ele revê tal assertiva de forma a torná-la ainda mais ampla, referindo-se aos direitos humanos, ao dizer que os direitos humanos habilitam seus titulares a verem seus interesses resguardados pela Administração de modo especial, sem o condão de, aprioristicamente, determinar ou tornar previsível um veredicto final de tutela àquele interesse. Ao menos, isso é o que se apreende das palavras do autor, sendo esta a referência bibliográfica: *Is Democracy possible here?* Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 21.

²⁰ A visão dos direitos como trunfos é, de modo geral, muito competente. Entretanto, há direitos ou aspectos de direito que, de fato, dificilmente são desafiáveis. Nesse sentido, é bastante curiosa a seguinte passagem de Stephen Holmes e Cass Sunstein [tradução deste autor]: “Quando direitos estão em questão, alguns argumentos são não apenas insuficientemente poderosos, mas totalmente inadmissíveis. Isso é verdade no direito privado como no direito constitucional. O devedor não pode legalmente recusar-se ao pagamento do débito porque seu credor é um apóstata, embora possa recusar-se a pagar, em algumas circunstâncias, se o produto que recebeu se provar defeituoso. Analogamente, nosso sistema de liberdade religiosa não permite ao governo eliminar uma minoria religiosa porque o deus dessa minoria não é o verdadeiro, embora possa esse governo banir o consumo de alucinógenos em contextos específicos”. [O custo dos direitos] *The cost of rights*. New York and London: W.W. Norton & company:1999. p. 105.

¹⁸ Teoria já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na ADI 595, DJU de 26/02/2002.

*sombreadas falam tanto. Pois não há nada dito por filósofos – nada correto e honrado quero dizer – que não tenha sido trazido a lume e estabelecido por aqueles que fizeram leis para um estado. [...]*²¹

Aquele que produz a lei ordinária não avilta a lei maior se lhe seguir o norte pois, ainda que fosse verdadeiro o contexto de maniqueísmo em que muitos desses fenômenos vêm sendo vistos, não se poderia negar aos legisladores infraconstitucionais a lição do já lembrado Maimônides: *“Todo aquele que conduzir o povo no bom caminho não terá pecados na sua mão; [...]*”²²

5. O papel do Judiciário na guarda da Constituição

O tema propriamente dito deste artigo já foi abordado, e o texto poderia muito bem ter se encerrado na seção anterior. Entretanto, parece-me apropriado ressaltar outro efeito da concretização excessiva da constituição.

Ocorre que a manutenção de tal tendência tende a enfraquecer a Carta de 88, chegando a resultado oposto ao que visam os *concretizadores*. Principalmente o Judiciário, que é o depositário dessa Carta²³, estará cometendo um erro grave. Primeiramente, por passar ao público a mensagem de que o texto constitucional basta para a realização do direito em nossa jurisdição, terminará por viciar e retardar o movimento democrático natural de: lei menos aprimorada – pressão popular – lei mais aprimorada. Em segundo lugar, falando ainda como juiz e aos juizes, devemos observar que pelo ato de trazermos a Constituição para o centro dos debates jurídico/políticos de uma maneira tão constante e exagerada, acabaremos por banalizá-la politicamente. O desejo de concretizar a Carta em máxima amplitude e imediatamente não amplia sua força normativa, mas antes a deixa desprotegida, além de nossas possibilidades de defendê-la, de guardá-la²⁴.

Nosso Judiciário, num grau inédito talvez inédito, vêm incorrendo no mesmo erro que este Poder vem cometendo em todo o mundo ocidental: o de se iludir com o efêmero aumento de seu poderio político. O Judiciário tem experimentado há décadas um vigor político bem superior ao de sua média histórica, e que não tende a se sustentar por muito mais tempo²⁵. A correta constatação da necessidade dos regimes democráticos de que neles exista um Poder *menos político* ou, melhor dizendo, um Poder que possa fazer prevalecer os valores republicanos fundamentais do Estado até mesmo quando isso importar em uma ação contramajoritária, gerou um crescimento natural do prestígio do Judiciário nos estados democráticos como um todo²⁶. Esse prestígio vem sendo legitimado academicamente com uma certa euforia em torno de idéias que frisam a necessidade do juiz para que a lei se materialize²⁷, e o quanto essa atividade do juiz é de fato criativa e um tanto discricionária. Porém, este Poder, ao menos em nossa jurisdição, com a máxima vênia, não tem se contentado em colher o fruto natural do

verdades supostamente mais abrangentes que as tratadas por nós. Há dois exemplos significativos em Maimônides: “Moisés recebeu a Lei Divina no Sinai, transmitiu-a a Josué, este aos velhos, estes aos profetas, e estes à comunidade da grande Sinagoga que proclamou três grandes princípios: sede circunspectos nos vossos julgamentos, formai muitos discípulos, e levantai barreiras em torno da Lei Divina.” [ob cit., p. 19]; “Rabi Aquivá dizia: ‘[...] A Massoret (tradição) é a cerca da Lei Divina; o dízimo constitui a defesa da fortuna; as promessas defendem a abstinência; o silêncio é a cerca da sabedoria’” [ob. cit. p. 47]. Na Bíblia cristã, há a interessante passagem do *Bom combate*, que frequentemente é traduzida para o Português contendo a expressão *guarda da fé ou guardei a fé*. 1 Tim. 1: 18–20.

²⁵ Sobre esse tema é de grande interesse a opinião de Clifford Taylor, externada no seguinte texto: [O Judiciário é poderoso demais] The Judiciary is too powerful. In: *Judicial Politics: readings from Judicature*. Third edition. Editor Elliot E. Stolnick – Ohio State University. Washington D.C.: Congressional Quarterly Inc. Press, 2005. p. 30–32.

²⁶ Há uma outra explicação, de fundo predominantemente psicológico, para o incremento do peso político do Judiciário. Segundo essa tese, este Poder tem exercido o papel de superego da sociedade, preenchendo um vácuo no inconsciente coletivo que antes era ocupado pela figura do rei. Para uma exposição dessa tese: Ingeborg Maus. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução dos originais em alemão por Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

²⁷ Uma amostra interessante encontra-se em Friedrich Muller: “A teoria pós-positivista do direito trabalha com outro enfoque. Segundo ela, a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’. Eles não são ‘aplicáveis’, pois são pré-formadamente normativos. Quando os trabalhamos, não se processa nenhum silogismo lógico. Pelo contrário, ‘concretizamos’, vale dizer, criamos, geramos, produzimos primeiramente a norma jurídica a partir de regras de sustentabilidade argumentativa (*Vertrebarkeit*), para então derivar dela a fórmula de decisão, a parte dispositiva do julgamento, o teor (*Tenor*).” ob. cit. p. 132.

²¹ [Tradução livre por este magistrado de trecho da obra a seguir referenciada]. *“The Republic” and “The Laws”*. Translated by Niall Rudd. Oxford University Press, 2008. p. 4.

²² *op. cit.*, p. 88.

²³ Embora o art. 102, *caput*, da Constituição Federal afirme que a guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal, não há negar que tal missão, em determinada medida, toca a todos os integrantes do Judiciário.

²⁴ A idéia de proteção da norma fundamental está presente até mesmo em campos do pensamento que se propõem a descrever

presente momento histórico, que é o reconhecimento por toda a sociedade da complexidade e relevância da atividade judicial²⁸. Tem ido além e utilizado seu maior prestígio de forma pouco sábia, solapando políticas públicas legítimas, o que não ficará sem reação e, de certa maneira, coloca a perder o reconhecimento que a sociedade tem dado a seu trabalho. Em verdade, os juízes têm se esquecido da lição de fundo de Alexander Bickel²⁹, no sentido de que eles (também eu) integram o Poder mais frágil, razão pela qual na história da ciência política chegou mesmo a não ser elencado entre os Poderes³⁰.

Simplificando, os juízes, além de acreditarem que a constituição é mais invulnerável e abrangente do que é, conforme ficou exposto na seção anterior, também têm acreditado que são mais fortes do que são e podem guardá-la usando a ela própria como espada, e escudo.

²⁸ “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”. Mauro Cappelletti. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

²⁹ A referência é a Alexander M. Bickel, autor de *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, primeira edição em 1962, por Bobbs-Merrill.

³⁰ Refiro-me à obra de John Locke. Entretanto, há quem interprete a obra do iluminista inglês em sentido diferente. Para um panorama sobre as interpretações desse aspecto da obra de Locke ver Jorge Amaury Maia Nunes, em artigo assim referenciado: *Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo*. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. 11. ano 22. Brasília: TRF 1ª Região, novembro de 2010, p. 25–33.

Os dois erros operam juntos, amplificando-se mutuamente. Os juízes, premidos também pela insuficiência da atuação dos demais Poderes, têm distorcido o princípio da inafastabilidade do Judiciário, que no Brasil tem *status* constitucional (art. 5º, inciso XXXV), ou mesmo a velha regra do art. 4º do Código de Napoleão, de que o juiz não pode se abster de julgar (presente no Brasil no art. 126 do Código de Processo Civil), para opinarem sobre tudo e, principalmente, para fazerem prevalecer sua opinião em qualquer matéria, usando por fundamento dispositivos abstratos da constituição. O óbice prático maior a tal conduta, que seria o fato de que nem toda matéria chega ao exame do Judiciário, não tem hoje maior relevância, porque tudo vem sendo judicializado. O único óbice prático que sobrevive é o alcance limitado, inter-partes, de cada decisão judicial, o que não se aplica a boa parte das decisões das cortes constitucionais.

No Brasil, pelas razões já relatadas anteriormente, temos experimentado especial dificuldade em perceber ambos os erros, e a maneira como se combinam. Ao contrário, nossas circunstâncias históricas – basicamente a Constituição de 1988 e sua interação com a cultura judiciária que já havia antes dela – têm levado a que nos enveredemos sem reservas no equívoco, o que devemos corrigir.

6. Nota conclusiva

O voto do relator no caso mencionado na introdução foi no sentido de negar provimento ao recurso, usando como fundamento basicamente as mesmas ponderações lançadas neste artigo, e prevaleceu.

Princípio da presunção de inocência e prisão cautelar: HC 84078-7/MG do STF

Carlos Eduardo Regilio*

Era assente o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹ de que o mero efeito devolutivo do recurso especial e/ou extraordinário previsto no art. 637 do Código de Processo Penal contra decisão condenatória não impediria a execução imediata da pena pelo simples esgotamento das vias ordinárias, sem que isso implicasse ofensa ao princípio da presunção da inocência².

O recolhimento à prisão do réu condenado não configuraria constrangimento ilegal, sendo, assim, possível o cumprimento do mandado de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Para essa diretriz, bastava a decisão definitiva de condenação nas instâncias ordinárias, ainda que sem a preclusão temporal, ou pendente a apreciação de recurso extraordinário defensivo, para o recolhimento automático do réu. Não se discutia o eventual preenchimento dos requisitos do art. 312, CPP, eis que a segregação era *ex vi legis* e com fundamento independente e diverso da utilidade e da necessidade que regem a prisão preventiva.

Contudo, a partir do julgamento da RCL 2391/PR, o Plenário do STF passou a reexaminar a constitucionalidade da exigência de prisão para

que o condenado pudesse recorrer em liberdade³. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto, o entendimento que estava a se firmar pressupunha que eventual custódia cautelar, após a sentença condenatória e sem trânsito em julgado, somente poderia ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A matéria voltou a ser enfrentada no julgamento do *Habeas Corpus* 84078-7/MG, relatado pelo Min. Eros Grau, afetado ao Pleno pela 1ª Turma que, por maioria⁴, concedeu a ordem, nos seguintes termos:

Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP⁵.

Em seu voto-condutor, o Min. Eros Grau deduziu, em síntese, a seguinte argumentação:

(I) os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, arts. 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no arts. 637 do CPP;

(II) quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas⁶, relativamente à pena

*Defensor Público Federal em Salvador/BA e membro efetivo do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (biênio 2010/2012). Foi Defensor Público-Chefe da Defensoria Pública da União no Paraná.

¹(...) é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o recolhimento à prisão do réu condenado pelo Tribunal estadual não configura constrangimento ilegal, ainda que interposto recurso extraordinário ou especial, que são desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes: HC 72.102, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 20/04/1995 e HC 81.392, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 1º/03/2002; 3. *Habeas corpus* indeferido". STF, 1. T, HC 80939/MG, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13/09/2002, p. 83.

"*Habeas corpus*. 2. Decisão condenatória. Determinação de imediata prisão do condenado. 3. Princípio da presunção de inocência. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. 4. Não possuindo os recursos de natureza extraordinária efeito suspensivo do julgado condenatório, não fere o princípio de presunção de inocência a determinação de expedição do mandado de prisão do condenado. Precedentes. 5. *Habeas corpus* indeferido". STF, 2. T, HC 81685/SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17/05/2002, p. 73.

²No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, Súmula 267: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

³STF, 2. T, HC 84029/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 96 de 05/09/2007.

⁴Vencidos os Min. Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que denegavam a ordem.

⁵Informativo STF 534, Brasília, 2 a 6 de fevereiro de 2009.

⁶"Ação penal. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs." STF, 1. T, HC 88413, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09/06/2006.

"*Habeas corpus*. Penas restritivas de direitos. execução antes do trânsito em julgado. Impossibilidade. O art. 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado;

(III) a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar;

(IV) a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação e antes do trânsito em julgado, implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão;

(V) o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência;

(VI) a supressão do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial seria expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/1989 e, posteriormente, na edição da Lei 8.072/1990;

(VII) concluiu que, se a Corte, ao julgar o RE 482006/MG, prestigiara o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, não o poderia negar quando se tratasse da garantia da liberdade⁷.

Ordem concedida.” STF, 2. T, HC 86498, rel. Min. Eros Grau, DJ 19/05/2006.

⁷ “Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988. Afirmação unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas”. Trecho do voto do Min. Eros Grau (HC 8078-4/MG).

Após o julgamento do HC 84078-7/MG, ambas as Turmas⁸ do STF têm reafirmado⁹ a decisão do Pleno adotada no citado *habeas corpus*, tendo a Min. Carmem Lúcia votado no mesmo sentido da tese vencedora, ressaltando seu ponto de vista¹⁰ e a Min. Ellen Gracie assentado que “não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria.”¹¹

Assim, restou consolidada a nova¹² diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade decorrente de sentença penal condenatória, quando interposto recurso extraordinário e/ou especial, que são desprovidos de efeito suspensivo, ressalvada a decretação de prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo

⁸ Primeira Turma: HC 96186/AC, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 79 de 29/04/2009. A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime; HC 97523/SP, rel. Min. Carlos Britto: DJe 162 de 27/08/2009. Ordem concedida. Decisão unânime, ausente, justificadamente, o Min. Menezes Direito. O Min. Dias Toffoli, que passou a integrar a 1ª Turma do STF após o julgamento do *Habeas Corpus* 84078-7/MG, acompanhou a maioria formada no citado HC e aplicou a tese de que só se deve ser recolhido à prisão por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ao conceder a ordem no RHC 104723/SP (1. T, DJe-035, de 21/02/2011), do qual foi o relator. Segunda Turma: HC 96059/RJ, rel. Min. Celso de Mello: DJe 64 de 02/04/2009. Decisão unânime, ausente, justificadamente, neste julgamento, a Min. Ellen Gracie; HC 94408/MG, rel. Min. Eros Grau, DJe 59 de 26/03/2009. A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, a Min. Ellen Gracie.

⁹ Em que pese o enunciado de sua Súmula 267/STJ, a 5ª Turma do referido Tribunal também passou a entender que: “Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, haja vista interpretação decorrente do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, baseada no mero efeito devolutivo do recurso especial previsto no art. 637 do CPP”. HC 104352/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 15/06/2009.

¹⁰ 1. T, HC 97143/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJe 157 de 20/08/2009. Pedido de *habeas corpus* deferido, nos termos do voto do relator, com ressalva do ponto de vista da Min. Cármen Lúcia. Unânime. Ausente, justificadamente, o Min. Menezes Direito.

¹¹ 2.T, HC 98166/MG, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 113 de 18/06/2009. A Turma, à unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Ausente, justificadamente, o Min. Joaquim Barbosa.

¹² “O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência”. STF, 1. T, HC 99717/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-226, de 24/11/2010.

Penal¹³, sob pena de se malferir o princípio da presunção da inocência.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal conforma a validade da interpretação do art. 637, CPP com o princípio constitucional da presunção de inocência e

as bases democráticas do sistema jurídico nacional ao reafirmar a excepcionalidade da prisão cautelar, que somente deve ser decretada em situações de absoluta necessidade.

¹³ STF, 1. T, HC 96029/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 089 de 14/05/2009 (decisão unânime).

Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

Sumário

Desconstruindo a *ordem pública*; 2 Reconstruindo a prisão preventiva.

Desconstruindo a *ordem pública*

Quando se reflete sobre a *ordem pública* como hipótese de cabimento da prisão preventiva (CPP, art. 312), o estudioso do assunto defronta-se com um sério problema hermenêutico, dentre tantos outros. Tal problema refere-se à melhor conceituação que se pode atribuir a tal expressão. E quando se reflete sobre o ato de conceituar é preciso lembrar que todo conceito é uma metáfora (Nietzsche), uma vez que é sempre uma generalização de um evento singular e irrepreável¹.

Aliás, entre o evento e a linguagem há sempre uma generalização ao quadrado. Há sempre dois abismos gnosiológicos que se colocam entre o evento e o conceito². O primeiro se encontra entre o evento e o pensamento que este desperta no observador. E o segundo, reside entre o pensamento e o uso da linguagem. Linguagem que, como se sabe, se vale do uso de conceitos. E os conceitos, por sua vez, são metáforas da realidade que foi experimentada por meio do arsenal sensorial humano, a partir dos quais se constitui a memória. Ah, a memória, esse arquivo

de metáforas, cárcere do aprendizado³ e depósito de culpas!

Diante disso, é possível concluir que não há uma identificação entre conceitos e eventos⁴. Conceitos são como máscaras, ao mesmo tempo em que escondem a individualidade do ator, auxiliam na representação de um personagem⁵. A individualidade do ator é a atuação do ser humano no teatro de sua existência. O personagem é um papel da peça da vida⁶. Esta peça escrita por um único roteirista, a linguagem⁷. Uma criança levada que joga dados com os signos⁸, que brinca com o silêncio⁹, que se vale dos gestos e abusa da imagem. Eis o que é a razão moderna, um milagre derivado da fé humana na linguagem¹⁰.

Ciente destes esclarecimentos, a primeira recomendação que é cabível quanto ao uso da expressão *ordem pública* é que seja entoado pela doutrina o réquiem à ingenuidade. Não convém discutir qual seria, em tese, a melhor definição de tal expressão, vez que todo significativo tem o seu significado determinado pelo intérprete diante das peculiaridades de cada caso e segundo os valores determinantes¹¹. Em suma, se o significativo é semântico e sintático, todo significado é pragmático. Logo, discutir se a expressão *ordem*

*Mestre em Direito Público pela UFBA – Universidade Federal da Bahia – na Linha de Limites do Discurso com a dissertação: O ato de decisão judicial – uma irracionalidade disfarçada. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Professor de Direito Penal da Universidade Salvador – Unifacs; Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador – UCSAL; Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS. Autor do livro: AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal brasileiro: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 215 p. Área de dedicação e pesquisa: Direito Penal, Direito Processual Penal, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradutor: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 9.

² ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

³ BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas Intelectuais: O Abuso da Ciência pelos Filósofos Pós-Modernos*. São Paulo: Record, 2006, p. 56.

⁴ CÍCERO, Marco Tulio. *Retórica à Herênio*. São Paulo: Hedra, 2005, p. 33.

⁵ FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Veja Editora, 1992, p. 45.

⁶ LUHMAN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus Editora, 2002, p. 23.

⁷ BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999, p. 102.

⁸ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. No prelo, p. 193.

⁹ CUNHA, Tito Cardoso. *Silêncio e Comunicação: Ensaio sobre uma retórica do não-dito*. Lisboa: Livros Horizonte, 2005, p. 49.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

¹¹ ROSS, Alf. Tù-Tu. Tradutor: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, p. 31.

pública deve ser entendida como clamor público ou como a prática de um crime de relevante gravidade¹², por exemplo, é uma discussão inútil. Tal discussão só tem algum sentido para os adoradores da legalidade e os beatos da segurança jurídica. Mas é preciso adverti-los: a credulidade é irmã da ingenuidade¹³.

Ademais, é preciso anotar que a linguagem não é o produto de uma convenção racional humana em torno do emprego de alguns signos. Isto porque, se assim fosse, forçoso seria admitir que a razão precede à linguagem, o que é, por óbvio, um absurdo lógico. Afinal, como é possível haver razão sem uma linguagem prévia que a constitua? Sendo assim, a origem da linguagem não se encontra em uma convenção, mas no instinto humano. E aqui, uma vez mais, é preciso invocar Nietzsche, e lembrar que o instinto humano é uma finalidade criada pelo próprio homem de forma inconsciente¹⁴. Essa finalidade não é outra, senão a de sobrevivência. Em uma só palavra, a origem da linguagem se confunde com a necessidade de sobreviver do homem. Logo, a linguagem é tentativa inconsciente do homem de sobreviver em um mundo que lhe é inóspito e, ao qual, não se encontra adaptado.

A linguagem esconde consigo muitos outros mistérios¹⁵. Um deles é a sua relação intrínseca com o tempo. De um lado, somos levados a pensar que o tempo é um produto da linguagem, vez que se trata de uma convenção racional humana. Entrementes, o ser humano, em um dado momento da história, não se sabe exatamente qual nem em que lugar, começou a constituir uma linguagem. Em outros termos, a linguagem é um acontecimento histórico, mas, por outro lado, a história é produto da linguagem¹⁶. Eis a teia na qual o bicho-homem se encontra envolvido. Não sabe do que fala, nem quando começou a falar, só sabe que fala e que precisa falar, ainda que não saiba, exatamente, se fala do mundo que o cerca, ou, apenas, e o tempo todo, de si próprio¹⁷.

Esclarecida a natureza metafórica peculiar a todo conceito, logo se percebe que o conceito *ordem pública* pode ser desconstruído. Desconstruir não é destruir conceitos, mas reconstruí-los (Derrida)¹⁸ de acordo com a singularidade do caso e dos valores envolvidos. Afinal, todo conceito é uma caricatura da percepção¹⁹. E a percepção, esse fenômeno que o processo penal nomina como prova, é sempre limitada. Como limitada é a compreensão humana sobre a singularidade do evento, pois o todo é demais para o ser humano (Jacinto Coutinho)²⁰. E o ser humano, em tempos de modernidade tardia (ou pós-modernidade), não é o super-herói racionalista de Descartes, mas o ser carente de Blumenberg²¹. Assim falou Zarathustra²²!

Logo, o art. 312 não é uma norma, mas um texto de lei (Sobota)²³. E o texto de lei não se confunde com a norma, antes colabora de forma parcial com a sua produção. A norma é o fruto da relação dialética entre texto de lei, caso e valor (Adeodato)²⁴. Enquanto a lei é genérica, a norma é concreta. Enquanto a lei é declarada, a norma é construída. E, enquanto existir um seminarista doutrinado pela Escola de Exegese haverá o desejo de que o processo penal busque uma verdade (real, formal, processual, ou seja lá qual for...) e de que o intérprete alcance o espírito da norma, como se o processo hermenêutico fosse uma *lipoaspiração epistemológica* (Streck)²⁵. Pobres fiéis!

p. 62.

¹² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251.

¹³ NIETZSCHE, Friedrich. *A Genealogia da Moral*. Tradutor: Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 24.

¹⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Retórica*. Tradutor: Tito Cardoso Cunha. Lisboa: Vega, 2002, p. 44.

¹⁵ BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999, p.86.

¹⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradutor: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 22.

¹⁷ BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas Intelectuais: O Abuso da Ciência pelos Filósofos Pós-Modernos*. São Paulo: Record, 2006,

¹⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37.

¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 148.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza* de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito, in *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 65.

²¹ BLUMENBERG, Hans. *El mito y el concepto de realidad*. Madrid: Herder, 2004, p. 201.

²² NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zarathustra*. Tradutor: Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2008, passim.

²³ SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito, 7. Tradutor: João Maurício Adeodato. Recife: Ed. Universitaria da UFPE, 1996, p. 129.

²⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 152.

2 Reconstruindo a prisão preventiva

Ora, se a expressão *ordem pública* não é norma, e se a norma não é uma entidade fantasmagórica errante possuída por um espírito obsessivo que precisa ser exorcizado pelo sacerdote intérprete, então, é possível reconstruí-la. Eis o ponto, é preciso reconstruir, em tempos de sociedade do espetáculo (Debord)²⁶, o conceito de *ordem pública*, de sorte a adequá-lo à realidade social contemporânea (bem diferente daquela existente nos idos da década de 1940, quando o Código de Processo Penal vigente foi gestado) e harmonizá-lo à natureza cautelar da prisão preventiva. Em suma, reconstruir a *ordem pública* é salvaguardar a tão combatida presunção de inocência. Sempre tão propalada, nunca antes pela *mídia* tão questionada!

Reconstruir a *ordem pública* implica compreendê-la com os olhos de Orwell (1984)²⁷ e com a advertência de Foucault²⁸ inspirada em Bentham²⁹. Se é o *clamor publicado* que importa *ordem pública*, então, é a partir da lógica do *reality show* que esta expressão precisa ser reconstruída pelo Processo Penal contemporâneo. Isto porque na sociedade do espetáculo a eloquência das imagens substituiu a sonolência das palavras. As relações sociais tornaram-se representações cênicas e os indivíduos foram substituídos por pessoas. E, como se sabe, ser pessoa é atuar (Hobbes)³⁰ segundo o enredo da cultura de massa estabelecido pelas modernas condições de produção. Em suma, quando o mundo real se tornou uma república das imagens, o Processo Penal se tornou um *game show* e a sentença uma mercadoria *fast food* (Baudrillard)³¹, os meios de comunicação de massa se transformaram em máquinas de alienação do indivíduo (Ramonet)³².

Ora, quando os meios de comunicação de massa foram alçados a tal condição, a *mídia* se tornou o *grande irmão*, que tudo vê e a todos vigia. E, neste

instante, foi reconstruído o significado da expressão *ordem pública*. O clamor público que antes justificava a decretação a prisão preventiva, tonar-se, então, motivo de manutenção da liberdade do acusado durante o curso do processo. Afinal, para que prender alguém que se encontra vigiado? Quando o inquirido policial se transformou em chamada de abertura do telejornal que vai ao ar em rede nacional, o modelo do panóptico foi reinventado, e o acusado de desconhecido se tornou celebridade. Para que prender alguém que já perdeu a liberdade?

Por conseguinte, quando as relações sociais se tornaram mais complexas, as instâncias informais de controle (a exemplo, a religião) se diluíram e o Direito experimentou uma *sobrecarga ética* (Adeodato)³³, o Processo Penal se viu obrigado a se adaptar a essa nova realidade. E, neste contexto, a expressão *ordem pública* tornou-se motivo de manutenção ou concessão da liberdade ao acusado (CPP, art. 310, parágrafo único). Em outras palavras, a ordem pública transformou-se em hipótese de revogação da prisão preventiva, por ausência de qualquer cautelaridade (inexiste o *periculum libertatis*) e em respeito à preservação da presunção de inocência (princípio que determina a subsidiariedade do instituto da prisão provisória). Afinal, qual é a possibilidade de fuga para o acusado quando este tem o seu rosto mostrado, repetidas vezes, em todo o território nacional? Qual é o perigo que a liberdade do acusado traz ao processo, se ele já se encontra vigiado pelas câmeras e encarcerado pelos holofotes?

Se a expressão *ordem pública* não é um disfarce hermenêutico (De Man)³⁴ para transformar a prisão preventiva em medida de antecipação de pena, então, força é convir que assista razão à tese aqui sufragada. Quando o Processo Penal se tornou a novela diária do telespectador alienado, o acusado se tornou o Cristo a ser crucificado. E ao acusado resta rogar aos céus e repetir as palavras do Messias dos cristãos: *Pai, perdoai-lhes, porque não sabem o que fazem*³⁵!

²⁶ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo* – Comentários sobre a sociedade do espetáculo. São Paulo: Contraponto Editora, 1997, p. 71.

²⁷ ORWELL, George. 1984. Tradutores: Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, *passim*.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 89.

²⁹ BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Tradutor: Tomza Tadeu da Silva. São Paulo: Autêntica, 2008, *passim*.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradutor: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

³¹ BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade do Consumo*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 123.

³² RAMONET, Ignacio. *A Tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 46.

³³ ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

³⁴ DE MAN, Paul. *Alegorias da leitura* – Linguagem figurada em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 26.

³⁵ DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo, notas de José Alberto de Castro Pinto. Rio de Janeiro: Encyclopedia Britanica, 1987, p. 289.

Direito e justiça em Shakespeare: O Mercador de Veneza

Edinilson Ferreira da Silva*

Sumário

Introdução. 2 Capítulo: Shylock, um povo. 2.1 O Mercador de Veneza. 2.2 Os judeus. Concepção histórica. 2.3 O judeu em Veneza. O Gueto. 2.4 Shylock: um povo. 3 Capítulo: Shylock vs. Antônio. 3.1 Tribunal de Veneza: uma Corte de Justiça (?). 3.2 A Justiça. 3.3 A Equidade. 3.4 A solução de Pórcia. 3.5 A opinião de Rudolf Von Ihering. 3.6 O sentimento de Shylock. 3.7 Um tribunal arbitrário. Conclusão. Referências.

Resumo

Este texto apresenta um estudo interdisciplinar baseado na comédia *O Mercador de Veneza*, de William Shakespeare, cujo enredo une Literatura, Direito e Filosofia. Elementos históricos sobre a perseguição aos judeus foram investigados em busca de instrumental para demonstração da relação entre lei, justiça e equidade, tomando a temática histórico-universal da comédia como suporte para abordagem do tema da intolerância religiosa. A sentença proferida por Pórcia, no julgamento do litígio travado entre Shylock e Antônio (Ato IV, I) conduziu a abordagem sobre o sentido valorativo da lei enquanto manifestação estatal ajustada aos postulados da Justiça.

Introdução

O Direito e a Literatura guardam uma relação cíclica e harmoniosa: a Literatura refletindo o sentimento e pensamento jurídico de um povo, e o Direito proporcionando argumentos ao mundo literário. A temática jurídica é uma constante na Literatura, a qual, descrevendo, criticando ou satirizando, permite a captação do mundo movente em ficções que sempre carregaram um mínimo de verdade.

As tragédias gregas já denotam enriquecedora ligação. Antígona, de Sófocles, nada mais é que um relato de confrontação entre o mundo jurídico e o

mundo ético, entre o cumprimento das leis da cidade e dos deveres morais para com o próximo.

Tomando a obra de Jorge Luis Borges como fonte de estudos jusfilosóficos, Miguel Angel Ciuro Caldani acentua:

Na literatura como fenômeno social se expressam os ideais últimos que reconhecem uma comunidade e através dela pode-se iluminar também o marco da Filosofia do Direito. O corte dos laços do Direito com os ideais que se expressam na literatura é em certo sentido, a nosso ver, uma das consequências negativas do positivismo normatológico. Creemos que urge separar os moldes separadores construídos pelas normas e recompor a “universalidade” da cultura. Há que se descobrir com mais plenitude o complexo de valores a nosso alcance, que abarca a justiça e culmina na humanidade (o dever ser do nosso ser).¹

Na comédia *O Mercador de Veneza*, Shakespeare permite estabelecermos um elo entre a Literatura e o Direito, a partir de temática histórica cuja universalidade oportuniza uma investigação dos antecedentes da intolerância religiosa contra o povo judeu. Numa leitura assim orientada, traçamos um paralelo histórico do antisemitismo tal como contextualizado na comédia.

Análise crítico-reflexiva da cena do Tribunal de Veneza (Ato IV, I) à luz da Filosofia do Direito permitiu um resgate da ideia do direito como valor do justo e da equidade como solução dos desejos da justiça, destacando a aplicação destes institutos no exercício do poder estatal, na interpretação e aplicação da norma.

Acerca do julgamento do litígio entre Shylock e Antônio, deparamo-nos com a opinião de importantes

¹ CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia, Literatura y Derecho*. Tradução livre. Buenos Aires: Rosário, 1986, p. 79–80. No original lê-se: *En la literatura como fenómeno social se expresan los ideales últimos que reconoce una comunidad y a través de ella puede iluminarse también el marco de la Filosofía del Derecho. El corte de los lazos del Derecho com los ideales que se expresan em la literatura es in cierto sentido a nuestro parecer uma de las consecuencias negativas del positivismo normatológico. Creemos que urge superar los moldes aislantes constitutivos por las normas y recomponer la “universalidad” de la cultura. Hay de descubrir con más plenitud el complejo de valores a nuestro alcance que abarca a la justicia y culmina em la humanidad (el deber ser de nuestro ser).*

*Bacharel em Direito com ênfase em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogado no Estado de São Paulo.

nomes da Filosofia Jurídica. Rudolf Von Ihering, no clássico *A Luta pelo Direito*, enfatiza que a solução engendrada por Pórcia foi injusta, em oposição à opinião de A. Pietscher, para quem Shylock foi um *patife vítima das suas próprias ciladas*.² Com propriedade, Joseph Kohler afirma que a obra de Shakespeare contém *a quinta-essência do direito; encerra uma jurisprudência mais profunda do que dez tratados de Pandectas e facilita-nos um golpe de vista mais profundo sobre a história do direito do que todas as obras desde Savigny até Ihering*.³

As manifestações de Ihering serão objeto de nossa crítica, realçada por conceitos da sua *jurisprudência dos interesses*, teoria robustecida por Phillip Heck. Tais conceitos servirão como base para análise da adequação das manifestações do filósofo tais como suscitadas no tempo e espaço.

O objetivo primordial deste trabalho foi proferir um pronunciamento analítico desdobrado nas falas da Literatura e do Direito, confronto que reclamou a atuação da Filosofia, cuja aplicação desvelou questões inoxidáveis em leituras desinteressadas de Shakespeare.

2 Capítulo: Shylock, um povo

2.1 O Mercador de Veneza

As cenas se desenrolam em Veneza e Belmonte. Pórcia é uma rica dama de muitos pretendentes, dentre eles Bassânio, nobre veneziano que perdeu toda a herança com os excessos da mocidade. Bassânio deseja casar-se com Pórcia e recorre à ajuda do amigo Antônio, rico mercador, de quem pede empréstimo de três mil ducados, o necessário para que viajasse até Belmonte a fim de conquistar a amada. O solícito Antônio, mesmo não dispondo no momento da importância, concorda em ajudar o amigo e procura o agiota judeu Shylock, seu desafeto, a quem solicita empréstimo. Antônio costumava emprestar dinheiro sem juros, fato que somado às dissensões religiosas, acalorava a inimizade de ambos. O judeu vislumbra ocasião para vingar-se e empresta os ducados sob a condição de fazer constar no contrato cláusula penal rezando que no caso de mora no cumprimento da

obrigação, o credor poderia arrancar uma libra de carne do corpo do devedor. Antônio estava seguro de que seus navios mercantes trariam a importância para saldar a obrigação, e a despeito da cláusula penal, assina despreocupadamente. Os ducados são repassados a Bassânio, que parte em busca da mão de Pórcia. Antes da viagem, Bassânio realiza uma festa, onde são convidados o jovem cristão Lourenço e a bela Jéssica, filha de Shylock. Durante o festejo, Lourenço foge com Jéssica, que leva parte do tesouro do pai. O judeu fica inconformado com a perda da filha e de parte da fortuna, não conseguindo recuperar uma ou outra. Em Belmonte, a conquista da mão de Pórcia estava condicionada a aprovação num teste estabelecido pelo pai da jovem. Os pretendentes deveriam abrir um dentre três escrínios confeccionados de diferentes materiais: ouro, prata e chumbo. Aquele que abrisse o escrínio contendo a foto de Pórcia receberia a mão da jovem casamento. O príncipe de Marrocos foi o primeiro a submeter-se a prova e escolheu o escrínio de ouro, contendo um crânio. O príncipe de Aragão indicou o escrínio de prata, que continha o retrato de um idiota. Bassânio, por sua vez, com dicas de Pórcia, escolheu o escrínio de chumbo, encontrando a foto. Enquanto Bassânio e Pórcia planejavam as bodas, chega de Veneza uma trágica notícia: os galeões de Antônio haviam se perdido no mar e o mercador estava reduzido à insolvência. Shylock se mantém inabalável quanto ao cumprimento da cláusula penal, desejando a todo custo arrancar a libra de carne de Antônio, recusando prestação alternativa e exigindo, inclusive, extração de ponto próximo ao coração. A questão é levada ao Tribunal de Veneza, cabendo ao doge presidir o julgamento. Pórcia, ao tomar conhecimento da tragédia, resolve partir em socorro de Antônio. Para tanto, disfarça-se de advogado e apresenta-se perante o tribunal como sendo Baltasar, enviado de Belário (primo de Pórcia), sábio jurista que o doge havia designado para solucionar o litígio. Acatando a recomendação contida na carta de apresentação entregue por Pórcia, o doge permite que a disfarçada jovem represente Belário na condução dos trabalhos. Durante a audiência, alguns tentam convencer Shylock a desistir da execução da cláusula penal, mas o judeu se mantém irreduzível, recusando, inclusive, a substituição da pena por montante superior ao devido, exigindo o fiel cumprimento das leis de Veneza. A sentença é favorável a Shylock, sendo-lhe concedido o direito de retirar a libra de carne de Antônio. Contudo, o julgador (Pórcia) ressaltou que se o contrato rezava tão somente sobre a libra de carne, o judeu não poderia extrair uma só gota de sangue do cristão, cabendo-lhe, ainda,

² IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. João Vasconcelos. 20. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. XI (prefácio).

³ *Ibid.*, p. XI-XII (prefácio).

retirar apenas a libra justa, nem mais, nem menos. Shylock, vislumbrando a impossibilidade de cumprir seu desígnio, propõe receber a quantia anteriormente ofertada. Entretanto, o juiz defere a Shylock apenas a execução da penalidade contratual, nos exatos limites da sentença. Derrotado, o judeu foi acusado de atentar contra a vida de Antônio, fato que subsumido à legislação ali aplicável, ocasionou a expropriação de seus bens e o obrigou a converter-se ao cristianismo.

2.2 Os judeus. Conceção histórica

As dificuldades econômicas e a peste negra no Continente Europeu do século XIV constituíram fatores de uma crise social que ocasionou a sedimentação de um progressivo ódio contra os judeus, que foram perseguidos e trucidados. Considerados culpados pelas calamidades e dizimados pela peste e motins, muitos somente encontraram fugida na conversão ao cristianismo.

Antes ainda, no século XIII, a Igreja Romana dirigia a Inquisição, cuja finalidade, em última análise, era punir os adeptos de doutrinas que fossem consideradas contrárias aos preceitos do catolicismo, suprimindo os *culpados* da prática das chamadas *heresias*, a fim de que fosse preservada a *pureza* da fé católica.

Num primeiro momento, a Inquisição não se preocupou com a questão dos judeus, mas com o passar do tempo veio o entendimento de que eles patrocinavam heresias no seio cristão, somado a acusação de que ocupavam espaço cristão na sociedade. Tais fatores serviram de justificativa para um movimento de massacre dos judeus, em grande parte mortos à fogueira, sob o entendimento de que as Escrituras Sagradas aprovavam o ritual: *Se alguém não estiver em mim, será lançado fora, como a vara, e secará; e os colhem e lançam no fogo, e ardem.*⁴

A perseguição contra o povo hebreu mostrou-se como uma das formas de combate da Igreja Romana aos adeptos que não acolhessem sua doutrina, justificando tal propósito na premissa de que o extermínio dos *pecadores* na fogueira recebia fundamento teológico.

Por outro lado, o século XIV assistiu o surgimento de movimentos que passaram a questionar certas práticas do catolicismo. O culto aos santos e concessão do perdão de pecados em troca de pagamento (venda

de indulgências), são exemplos de ações contestadas à luz das Escrituras.

Outro problema que veio às claras foi o escândalo do alto clero, que vivia cercado de luxo, interessado e envolvido muito mais em questões políticas e financeiras que religiosas. A propósito, Will Durant escreve:

Em meio àquela devoção havia, no entanto, tanto relaxamento moral entre os clérigos que se poderiam acrescentar centenas de testemunhos como prova. [...] Desde as *novelle* de Boccaccio, no século XIV, até às de Masuccio, no XV, e às de Bandello, no XVI, a vida desregrada do clero italiano constituía um tema constante da literatura da Itália.⁵

Neste contexto surge a Reforma Protestante, com objetivo de restaurar os danos espirituais causados pelos abusos do clero. O precursor europeu da Reforma foi Martinho Lutero, monge alemão que iniciou a pregação de uma doutrina cuja formulação básica tinha como tópicos principais: a) a única fonte de fé é a Bíblia, livremente interpretada pelos cristãos; b) o único meio de salvação é a fé em Cristo. c) Os sacramentos e as boas obras não são meio de se obter a salvação; d) A Igreja é a simples reunião dos crentes, que têm todos os mesmos direitos; e) o culto consiste na pregação feita pelos pastores ou *ministros de Deus*.⁶

Os padrões inaugurados pela Reforma reclamavam um posicionamento em relação à situação dos judeus, cuja doutrina se opunha aos ideais católicos ou protestantes (cristãos), sobretudo diante da discordância em aceitar Cristo como o Messias e os preceitos do Novo Testamento como fundamento desse atributo divino.

O posicionamento da Igreja Romana enrijeceu-se, mas o de Lutero se mostrou ambivalente.

Inicialmente o monge condenava a intolerância numa pregação voltada à conversão, época em que escreve *Jesus nasceu judeu* (1523). Após, sabedor de que sua pregação não era aceita pela maioria, passa a compartilhar em parte o posicionamento da Igreja Católica, época em que escreve *Sobre os judeus e suas mentiras* (1543), cujo enfoque antissemita verte dos trechos abaixo:

⁵ DURANT, Will. *História da Civilização, 5ª Parte, A Renascença*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 126.

⁶ DIÁRIO ASSEMBLÉIA. Tocantins: *Assembléia Legislativa de Palmas*, 2005, Ano XV, 4418. 11 de abril de 2005, p. 05.

⁴ BÍBLIA SAGRADA. *Antigo e Novo Testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. 3. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica Brasileira, 2003, p. 123.

Os cristãos devem queimar as sinagogas e os judeus. Devem tirar os livros e os Talmudes deles, pois esses contêm só mentiras e blasfêmias. Devem ameaçar de morte os rabinos que ensinam. Devem proibir os judeus de viajar. Devem obrigar os judeus a trabalhar em serviço manual e não adquirirem profissão.

Os judeus são arrogantes, teimosos e de coração de ferro como demônios.

Que faremos, nós cristãos, com este povo rejeitado e condenado, os judeus?

...Vou dar-lhes o meu conselho sincero: primeiro, atear fogo às suas sinagogas, em honra ao nosso Senhor e à cristandade, de modo que Deus veja que somos cristãos... Aconselho que as suas casas sejam arrasadas e destruídas...Aconselho que os seus livros de orações e escritos talmúdicos lhes sejam arrebatados...Aconselho que seus rabinos sejam proibidos de ensinar, sob pena de perderem a vida e serem mutilados...Acreditamos que o nosso Senhor Jesus Cristo dizia a verdade ao falar sobre os judeus que não O aceitaram e O crucificaram: Sois uma raça de víboras e filhos do demônio...

Li e ouvi muitas histórias relativas aos judeus que estão de acordo com este juízo do Cristo. Isto é: que envenenaram poços, assassinaram, sequestraram crianças... Ouvi dizer que um judeu mandou a outro judeu por intermédio de um cristão, um recipiente cheio de sangue, juntamente com um barril de vinho no qual depois de bebido até o fim, encontrou-se um cadáver de um judeu.⁷

Os novos ideais protestantes pouco contribuíram para amenizar as adversidades dos judeus na sociedade de então. Pelo contrário, a situação se agravou, pois a Igreja Romana passou a usar de todas as forças para restaurar a ordem abalada pela Reforma, manifestando dura intolerância com muitas crenças. Nesse sentido, de Miriam Halfim:

A repressão contra os judeus funciona como clara e frutífera advertência aos cristãos hesitantes, que têm a fé abalada diante de tantos atos pecaminosos, incompatíveis com a função clerical. A luxúria e a degradação afastam muitos da grei católica, que a ela voltam contudo, com redobrado entusiasmo e verdadeiro êxtase, sempre que algum pregador os faz vislumbrar uma possível redenção. Por isso são muitos messias que a história conhece: todos, filhos da marginalização do homem na sociedade, de sua fome e de seu desespero. Essa problemática social aponta-nos algumas das causas da intolerância religiosa, pois os judeus são imediatamente apontados pela Igreja como origem de todo o mal. Não podendo, ou não conseguindo

resolver dificuldades oriundas da má administração, solucionam-nas desviando as atenções dos injustiçados para o "irrefutável" causador do problema: o judeu!⁸

Como bodes expiatórios dos problemas sociais e religiosos, os judeus se tornariam alvo de incessante opressão, com pejorativos adjetivos, como o de que tinham odor peculiar, usavam sangue cristão em rituais profanos ou que sacrificavam crianças.

Este clima de intolerância e exclusão foi marcado pela propagação dos *guetos*, e a Veneza ambientada no *Mercador* se apresenta como cidade-modelo do instituto de exclusão judaica.

2.3 O judeu em Veneza. O gueto

Etimologicamente, a palavra *gueto* detém significado obscuro. Para alguns deriva do hebraico *guet* (isto é, separação ou divórcio), para outros, do italiano *borguetto* (quarteirão), ou *guitto*, que significa sujo. Há quem entenda que a palavra deriva do alemão *gittei* (barras).

Na história do antissemitismo, *gueto* designa o local onde os judeus viviam isolados. Os primeiros documentos da Igreja indicam essa separação, conforme assinala o preâmbulo do Código das Leis Canônicas, esboçado pelo Concílio da Igreja em 1266:

Havia um perigo sempre presente de que o povo polonês cedesse facilmente aos hábitos supersticiosos e maus dos judeus que viviam em seu meio... Por essa razão, nós determinamos que os judeus residentes na Diocese de Gueseu não vivam lado a lado com cristãos, mas sim separados, em casas vizinhas ou geminadas, em qualquer parte da cidade ou da vila. A parte habitada pelos judeus deverá ficar separada do local de residência dos cristãos por uma cerca viva, uma parede ou uma fossa.⁹

Em Veneza, apesar de permitir a permanência dos judeus na cidade, o Governo decidiu confiná-los numa área conhecida como *Gueto Novo*, localizado em ilha ligada por canais, cercada de altos muros e com janelas fechadas por tijolos. A propósito, o citado documento informa:

Os dois portões de entrada eram guardados por quatro vigilantes cristãos; seis outros vigiavam

⁸HALFIM, Miriam. *Op. cit.*, p. 19.

⁹REVISTA MORASHA, ed. 39, ano 2002, Disponível em http://www.morasha.com.br/conteudo/artigos/artigos_view.asp?a=270&p=0. Acesso em 10 de setembro de 2009.

⁷Disponível em <http://kolysrael.zip.net/index.html>. Acesso em 10 de setembro de 2009.

dois barcos de patrulha e o soldo de todos os dez ficava a cargo da comunidade judaica. Impostos especiais deveriam ser pagos pelos judeus, que eram também obrigados a pagar aluguel perpétuo pela propriedade onde viviam a preços um terço superiores aos de mercado. Desta forma, Veneza maximizava sua vantagem econômica ao aceitar a presença judaica no Estado, enquanto assegurava que os judeus tivessem o mínimo de contato social com os demais habitantes. Com efeito, era-lhes permitido realizar seus negócios durante o dia, a uma distância conveniente, sendo trancados à noite dentro dos portões.¹⁰

Com o convívio permitido pelo Governo de Veneza, os judeus passaram a exercer com preponderância a atividade da agiotagem, repudiada pelos cristãos, sobretudo na Baixa Idade Média, que a consideravam o pecado da usura, comparada a venda de tempo, que pertencendo a Deus, não poderia ser negociado. Neste contexto, o empréstimo a juros era tolerado quando realizado pelos judeus, já que a Igreja entendia que estavam aprioristicamente condenados ao fogo eterno.

Mudanças de paradigmas surgiram a partir do século XIV; com o aumento das trocas e celebração de contratos, a agiotagem passou a ser tolerada, ainda que os conservadores as julgassem um mal espiritual.

Deste tema, Jacques Le Goff extrai interessante questão:

Vejamos, por exemplo, o que um leitor geral da Ordem franciscana escreveu numa questão disputada nos primeiros anos do século XIV: “Questão: podem os mercadores, para um mesmo negócio, fazer pagar mais àquele que não pagar imediatamente do que àquele que paga logo? A resposta argumentada é: não, porque assim estava a vender tempo e cometeria usura, vendendo o que não lhe pertence.”¹¹

Os mencionados fatores fizeram dos judeus os líderes do mercado da agiotagem na sociedade cristianizada, a cujos membros, a despeito da tolerância da Igreja, mantiveram a imputação da prática de heresia.

Soma-se o fato de que de remota data os juros cobrados por cristãos eram muito superiores aos dos judeus. Miriam Halfim assinala que os juros sobre o dinheiro emprestado chegaram a atingir um nível crucial, o que obrigou o governo a estudar uma

solução, decidindo, após a crise financeira de 1298, passar a atividades às mãos judias, com uma taxação anual que em 1385 chegava a 4.000 ducados, quantia bastante elevada.

Apesar da anuência governamental, o judeu não era aceito socialmente.¹² A presença deles em Veneza mostrava-se como um *mal necessário*, pois a cidade prosperava continuamente com a atividade mercantil, a agiotagem propiciava o crescimento econômico. Como no dizer de Brian Pullan, a situação viabilizou uma *segregação, sem expulsão, da comunidade judaica*.¹³

Os comerciantes e banqueiros judeus que habitavam o Gueto Novo negociavam no distrito financeiro localizado junto à ponte do Rialto, gozando uma *liberdade* paga a bom preço. O Estado lhes cobrava não só impostos alfandegários comuns aos demais cidadãos, mas um imposto especial que chegava a cifra de 10 mil ducados ao ano, além de outras taxas aleatórias.¹⁴

Disso abstraímos a figura do judeu usurário estereotipado no Shylock de Shakespeare, e o mercador Antônio retratando o bom cristão, purificado pela renúncia do pecado da agiotagem, emprestando dinheiro livre de juros.

Como se parece com um hipócrita publicano! Eu o odeio, porque é cristão, muito mais ainda, porém, porque, em sua vil simplicidade, empresta dinheiro grátis e faz baixar a taxa da usura em Veneza. Se algum dia conseguir agarrá-lo, saciarei o velho ódio que sinto por ele. Ele odeia nossa santa nação e até no lugar onde se reúnem os mercadores me ridiculariza, bem como minhas operações, meus legítimos lucros que ele chama de juros. Maldita seja minha tribo, se eu o perdoar!¹⁵

2.4 Shylock: um povo

O Shylock de Shakespeare não representa apenas um homem, mas o povo judeu da sociedade europeia de então. Como no dizer de Paul de Saint Vitor, malvado pelo *rancor das afrontas com que lhe entristeceram, agiota porque o expulsavam de todos os demais ofícios, o espanto e o juguete da cristandade; o bezerro de*

¹² HALFIM, Mirian. *Op. Cit.*, p. 69.

¹³ PULLAN, Brian. *Apud SENNETT, Richard, Carne e pedra*, Rio de Janeiro, Record, 1977, p. 185.

¹⁴ HALFIM, *ibid.*, p. 70.

¹⁵ SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 298.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Imprensa Universitária, Editorial Estampa, 1980, p. 43.

ouro emissário da peste e da fome, um condenado vivo encerrado no bairro doentio do gueto.¹⁶

A comédia retrata um forte antagonismo religioso – o cristão pisoteava o judeu, taxando-o de herege, malgrado o fato de que quando necessitava de dinheiro, era forçado a bater em suas portas. Quando Salarino pergunta a Shylock qual a serventia da libra de carne de Antônio, a resposta é incisiva:

Para cevar peixes. Se para nada servir, alimentará minha vingança. Ele me cobriu de opróbrio, impediu-me de ganhar meio milhão; riuse de minhas perdas, ridicularizou meus lucros, menosprezou minha nação, dificultou meus negócios, esfriou meus amigos, esquentou meus inimigos; e, que razão tem para fazer tudo isto? Sou um judeu. Então, um judeu não possui olhos? Um judeu não possui mãos, órgãos, dimensões, sentidos, afeições, paixões? Não é alimentado pelos mesmos alimentos, ferido com as mesmas armas, sujeito às mesmas doenças, curado pelos mesmos meios, aquecido e esfriado pelo mesmo verão e pelo mesmo inverno que um cristão? Se nos picais, não sangraremos? Se nos fazeis cócegas, não rimos? Se nos envenenais, não morreremos? E se vós nos ultrajais, não nos vingamos? Se somos como vós quando ao resto, somos semelhantes a vós também nisso. Quando um cristão é ultrajado por um judeu, onde coloca ele a humildade? Na vingança. Quando um judeu é ultrajado por um cristão, de acordo com o exemplo cristão, onde dele ele colocar a paciência? Ora essa, na vingança! A perfídia que me ensinais, eu a colocarei em prática e ficarei na desgraça, se não superar o ensino que me destes.¹⁷

O agiota insinua que judeus e cristãos compartilham igualdade apenas no plano material, afastando semelhanças no plano espiritual ou ideológico, denotando a ideia humanista de que, comparativamente, eram ambos apenas seres humanos.

Outra passagem aponta que eventual aproximação envolvia tão somente recíprocos interesses materiais:

BASSÂNIO - Se vos agradar cevar conosco.

SHYLOCK - Sim, para sentir o cheiro de porco, para comer da casa de onde vosso profeta, o Nazareno, conjurou o demônio. Poderei comprar

e vender convosco, conversar convosco, passear convosco, e assim por diante; mas não comerei convosco, nem beberei convosco, nem rezarei convosco.¹⁸

Trata-se de paralelo abordado no teatro sob diversas formas, tornando interessante o quadro traçado por Isabela Boscov, contendo as concepções do público para com Shylock em fases da História:

1596 a 1740: Popular desde sua estréia, o protagonista da comédia *O Mercador de Veneza* era tradicionalmente mostrado como um vilão bufo, dedicado a arrancar gargalhadas do público.

1741 a 1813: Uma interpretação antológica do ator Charles Macklin (que faria o papel até a década de 1780) transformou Shylock num vilão repulsivo, física e mentalmente deformado por uma vida inteira de usura e pela sede de vingança.

1814 aos anos 1930: Graças ao ator Edmund Kean, emergiu um novo Shylock, em que a maldade passou a ser temperada por sentimentos mais humanos, como perda, solidão e uma certa medida de dignidade.

Anos 30 e 40: *O Mercador de Veneza* torna-se a mais popular das peças de Shakespeare em território nazista, com pelo menos 55 produções distintas a partir de 1933. Em 1943, o ator Werner Krauss, de *O Gabinete do Dr. Caligari*, ajudou a reforçar a atitude pró-extermínio dos judeus com uma caracterização horripilante de Shylock no teatro de Viena.

Anos 40 em diante: No mundo pós-Holocausto, encenar *O Mercador* só é possível com algum tipo de “desconstrução” do texto – como numa montagem repleta de referências modernas protagonizada no início da década de 70 por Laurence Olivier, em cujas palavras *O Mercador* era a mais cruel das peças.¹⁹

Assim é que Shakespeare apresenta Shylock como um misantropo inveterado, endurecido pelo desprezo humano, experimentado ao longo de uma vida que se confunde com a história do povo hebreu.

Com as precedentes linhas, procuramos traçar um breve panorama histórico do antissemitismo, a partir de pontos versados no *Mercador*. Um aprofundamento nesta seara por certo nos remeterá a outros tantos fatos sofríveis que denegriram a História. Podemos admitir que ao menos na forma ora explicitada a história do antissemitismo não se repetirá, porém não findou. Em pleno século XXI, movimentos encabeçados por insanas ideologias demonstram que o problema persiste.

¹⁶ SAINT VITOR, Paul de. *Las dos Caratulas – Shakespeare*. Trad. livre. Buenos Aires: Editorial El Ombu, 1933, p. 26. No original lê-se: (...) *malvado por rencor de los oprobios com que lo abrumaban, usurero porque lo expulsaban de todos los demás oficios, el espanto y el juguete de la cristiandad; el becero de oro emisario de peste y de hambres, um condenado vivo encerrado em el barrio doliente del Ghetto*.

¹⁷ SHAKESPEARE, op. cit., p. 326

¹⁸ *Ibid.*, p. 297.

¹⁹ BOSCOV, Isabela. *Ele era ou não era? Eis a questão*. São Paulo: Editora Abril. Revista Veja, 9 de novembro de 2005, p. 146.

3 Capítulo: Shylock vs. Antônio

3.1 Tribunal de Veneza: Corte de Justiça?

A cena do Tribunal de Veneza (Ato IV, I) permite se estabeleça uma ligação entre Shakespeare, o Direito e a Filosofia. A sentença de Pórcia revela o conflito que não raro se instala quando os princípios da justiça são colocados em diálogo com a letra rígida da lei.

A dor e a humilhação de Shylock são imensas ao obrigar-se a uma religião que odiava, e a tortura aumenta ao saber que o cristão que raptou sua filha se tornara seu herdeiro. Nesse contexto, vem a pergunta: fez-se justiça a Shylock?

Tendemos a dizer que *não*, com o senso pelo qual somos doutrinados e nos leva a concluir instintivamente pela justiça e injustiça de certas coisas. Este *senso de justiça* nos induz afirmar, de forma precipitada, que o direito manifestado por Pórcia produziu resultado totalmente injusto.

O caso mostra uma dicotomia entre a construção rígida da lei e aquilo que elegemos como princípios de justiça. As proclamações de Shylock apontam para essa divisão. Reconhece que a lei está do seu lado quando declara, *se ela [a libra de carne] me for negada, anátema contra a vossa lei! [...] Quero Justiça!*²⁰ Ou *exijo a lei, a execução da cláusula penal e o combinado no meu documento.*²¹

3.2 A Justiça

As especulações teóricas propostas em torno dos temas da justiça abrangem uma variedade de significados, com diferentes alcances e extensões. A palavra *justiça* é utilizada para designar o critério ideal do Direito, sua ideia básica inspiradora. Por outro lado, designa uma virtude universal, centrada na noção de igualdade e proporcionalidade, compreendendo as demais virtudes.

Partindo desta variedade conceitual, a concepção de justiça que embasará nossa reflexão será a de Aristóteles, esboçada no Livro V da obra *Ética a Nicômaco*, cujos comentários serão suplementados pela moderna concepção de *justiça como equidade* de John Rawls. Em que pese os particulares desdobramentos de ambas,

guardam em comum a igualdade como elemento essencial ao conceito do justo.²²

A teoria aristotélica apreende a Justiça como expressão da mais importante virtude ética – uma virtude perfeita, consistente numa medida de proporcionalidade dos atos, do que decorre um *ponto médio* entre o ganho e a perda, evocando-a como sendo uma *medida axiológica para o Direito e o Estado*.²³

Há uma igualdade proporcional na sua aplicação entre as classes sociais, observadas as seguintes divisões:

a) A justiça distributiva: trata-se da justiça aplicada na repartição das honras e dos bens, e busca a atribuição da proporção adequada a cada membro do corpo social, na medida de cada mérito, das respectivas diferenças. A justiça distributiva sempre pressupõe a presença de três membros; dois na situação passiva e um terceiro em plano superior, encarregado da distribuição realizada segundo o princípio da igualdade proporcional. Ocorre injustiça quando há desequilíbrio entre quem recebe um quinhão muito grande do que é bom e quem recebe parcela muito pequena (desproporcionalidade). Aristóteles dita que devam ser conferidos direitos iguais para os indivíduos que forem iguais, imperando a injustiça onde houver desigualdade. Embora o filósofo não aborde a questão de forma expressa, a ideia de justiça distributiva pode ser reduzida na máxima *summ cuique tribuere* – dar a cada um o que é seu.

b) A justiça corretiva ou sinalagmática: cuida de regular a relação de trocas e visa proporcionar paridade entre os componentes, reafirmando a ideia aristotélica da justiça como um *ponto médio*. Divide-se em duas subespécies: 1) Justiça Comutativa: aplicada nas relações de troca advindas da vontade, como os contratos, que prevêm uma relação de contraprestação; c) Justiça judicial: aplica-se nos casos em que se exige uma paridade entre o dano e a reparação, entre o delito e a pena; exigindo a apreciação do juiz, a quem incumbe agir com equidistância.

Na visão de Aristóteles, ir ao juiz é o mesmo que ir a justiça, servindo aquele de porta-voz desta; mediando

²⁰ SHAKESPEARE, *op. cit.*, p. 346–347.

²¹ *Ibid.*, p. 350.

²² Para maiores detalhes, consultar Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Edumb, 1992, p. 90–111 e John Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisseta e Lenita Maria Rimole Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Primeira Parte, p. 1–200.

²³ SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. 4. ed. México: Ed. Porrúa, 1970, p. 483.

as partes na igualdade – o meio termo entre o maior e o menor e o justo a ser alcançado pela balança estatal.

Assim, somente haverá justiça entre as pessoas que têm suas relações reguladas pela lei. Governando a lei, os homens do poder não agirão injustamente, como tiranos e somente em prol dos seus próprios interesses. O governante deve guardar a justiça como sucedâneo da administração da igualdade entre os governados.

Mais recentemente, John Rawls tratou da *justiça como equidade*, idealizando uma posição de igualdade original entre os homens. Para o filósofo, uma adequada teoria do justo deve estar calcada na ideia de que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que não deve ser violada nem mesmo por um bem maior compartilhado por todos, e os direitos assegurados não devem ceder a negociações políticas ou cálculos de interesses sociais.

Essa ideia não despreza a necessidade de uma organização social planejada de forma que haja a promoção do bem de todos os membros e seja regulada por uma concepção pública de justiça. Trata-se de uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, onde as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e se sabe que satisfazem tais princípios.

As disparidades de propósitos de cada indivíduo são suplantadas por um sentido público de justiça, que gera a segurança necessária ao convívio social. A concretização depende da existência de um conceito geral não suplantado pelas concepções individuais, mas formado pelo papel que tais concepções têm em comum.

Para que esse sistema funcione, os planos dos indivíduos precisam se encaixar uns aos outros, viabilizando o exercício das diferentes atividades distribuídas, que por sua vez, devem ser executadas de forma coerente com a justiça e os fins sociais, havendo, por conta disso, uma cooperação social voltada ao funcionamento do sistema. O sistema deve guardar, portanto, eficiência, coordenação e estabilidade.

A teoria de Rawls preocupa-se com a justiça social, pois o objeto primário da justiça é a *estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social*²⁴,

definindo a constituição política e os principais acordos econômicos como sendo as instituições sociais mais importantes, que definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida. Essa estrutura básica pressupõe a existência de várias posições sociais, abarcando diferentes condições e expectativas de vida, o que revela o favorecimento de uns em relação aos outros, gerando profundas desigualdades. Tais desigualdades devem ser resolvidas mediante um adequado conceito de justiça.

John Rawls admite que sua proposta volta-se mais para um sistema fechado. Entretanto, sendo satisfatórios os resultados, e havendo solidez, *com modificações adequadas essa teoria deveria fornecer a chave para algumas outras questões*.²⁵

Uma concepção de justiça social pressupõe um padrão pelo qual devem ser avaliados os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade, considerada particularmente, conceito que *se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição de divisão apropriada de vantagens sociais*²⁶, o que segundo Rawls não entra em conflito com a tradição aristotélica, pois a ideia de dar a cada um o que é seu pressupõe a existência de direitos individuais que derivam de instituições sociais.

A aplicação prática dessa teoria toma por base um plano superior de abstração da teoria do contrato social, concebida por Locke, Rousseau e Kant, partindo da noção de que os princípios da justiça se originam de um consenso original, por meio do qual as pessoas aceitam uma posição inicial de igualdade, e no decorrer do contrato, regulariam os acordos e especificariam os tipos de cooperação social que se podem assumir, além das possíveis formas de governo.

Na *justiça como equidade*, o consenso original, a posição original de igualdade, corresponde ao estado de natureza da teoria do contrato social. Todavia, trata-se de uma posição assimilada sem qualquer conotação histórica real, uma hipótese. Os princípios da justiça são escolhidos sob o *véu da ignorância*, por meio do qual *ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição e sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, sua força ou coisas semelhantes*²⁷.

²⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisseta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9–10.

²⁵ *Ibid.*, p. 9.

²⁶ *Ibid.*, p. 11.

²⁷ *Ibid.*, p. 147.

O véu da ignorância equipara a condição dos indivíduos, impedindo o favorecimento ou desfavorecimento de uns em relação aos outros, resultando os princípios de um ajuste puramente equitativo – a justiça como equidade.

Partindo dessa escolha equitativa, os homens passam a formular os princípios e leis que regularão o convívio à luz dos ideais aceitos desinteressadamente por pessoas livres e iguais e em circunstâncias equitativas. Essa ideia contrapõe a doutrina utilitarista, na medida em que não se coaduna com a hipótese da existência de um tratamento desigual, com a vantagem do grupo em detrimento de inferioridade da minoria, ainda que o tratamento decorra de uma equação utilitarista que resulte num saldo líquido de vantagens para a maioria.

Em suma, na situação original as pessoas podem fazer exigências mútuas, pois estão em situação paritária exata e desconhecem as condições particulares e a dos demais, não havendo razão para se aceitar a perda de determinada vantagem em prol do interesse coletivo, porque a situação original, tal como concebida, possibilita a satisfação dos interesses de cada indivíduo, com resultado de um consenso realizado de maneira ética, a priori, desinteressada.

A eleição dos princípios que regularão a justiça social pressupõe situação original sob o véu da ignorância, fator determinante da escolha consensual adequada de acordo com determinado momento. Os princípios eleitos seriam dois: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Pelo primeiro, *cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos*.²⁸ Em relação ao princípio da diferença, Rawls afirma que as desigualdades econômicas e sociais devem ordenar-se de modo que ao mesmo tempo tragam o maior benefício possível aos menos favorecidos e sejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos, em condições de iguais e equitativas condições de oportunidades.²⁹

Estes princípios regularão a atividade institucional, traçando uma teoria adequada ao modelo político da democracia, pois como assinala Eduardo Bittar, se a justiça existe, ela é definida em função da capacidade de realização da mesma pelas instituições. Desta feita, a formação teórica da justiça como equidade é motivada

por uma preocupação com o coletivo, o público, o institucional, não em razão da voluntariedade e ética do indivíduo.³⁰

3.3 A Equidade

Ao tratar da *equidade*, Aristóteles diz que a justiça e a equidade não são absolutamente idênticas, e que o equitativo corresponde a uma correção da justiça legal, sendo, por conseguinte, superior a ela. (Nicômaco, V, 10).

A equidade não possui a exata medida do justo legal, são institutos autônomos. Reportando-se a Aristóteles, Luis Recasens Siches ensina que a equidade é superior ao justo legal, porque *é a expressão do justo natural em relação com o caso concreto [...] a equidade é o justo, porém não o justo legal tal e como de deprenderia das palavras da lei, senão o autenticamente justo conforme o caso particular*.³¹

Aristóteles observa que o direito positivo está formulado em regras universais, não sendo possível em certos casos formular uma norma que seja correta para todos os casos, podendo surgir questões não abarcados pela regra.

Não se ignora a possibilidade de que a fórmula geral resulte errônea e inadequada para casos diferentes daquele que a lei levou em conta. O erro não resulta da lei ou do legislador, mas da própria índole do caso e da variedade da matéria dos assuntos práticos, pois a lei pode falar universalmente, em termos gerais, e o caso relativo surgir posteriormente, havendo por conta disso uma carência no resultado da subsunção.

No caso *Shylock vs. Antônio*, a rigidez do ordenamento jurídico de Veneza não permitia ao juiz esquivar-se da aplicação da norma abstrata. Ocorre que o contrato firmado entre ambos provocou um fato imprevisto, cuja subsunção, embora logicamente possível, ocasionaria um resultado injusto: a morte do devedor.

Reportando-nos a Aristóteles, semelhante caso reclama a aplicação da equidade na correção do erro derivado do caráter universal da norma, corrigindo a lei positiva que, para o caso, tornara-se defeituosa em sua universalidade. Pode ocorrer que determinada lei, justa em seus termos gerais, produza um resultado

²⁸ *Ibid.*, p. 333

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 227.

³¹ SICHES, *op. cit.*, p. 656. (trad. livre)

injusto quando aplicada a determinados casos. Nesta hipótese, o estagirita insinua que a situação deveria ser tratada como se não existisse norma formulada, com o pressuposto de que a lei não previu aquele caso, haja vista o resultado contrário ao justo legal.

Aristóteles pontua que quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, como ocorre com a régua de Lesbos, que se adaptava à forma da pedra e não era rígida, da mesma forma como o decreto adapta-se aos fatos (Nicômaco, V, 10).

O legislador dita normas gerais de acordo com casos habituais, e ao ditá-las quer que produzam efeitos jurídicos em relação aos casos antevistos, com a antecipação mental, estimando por meio deste exercício intelectual se os efeitos serão justos. Sobrevindo casos a respeito dos quais a aplicação da norma produziria efeitos negativos, o caso deve ser resolvido através da aplicação de outra norma, ou ainda, por ajuste equitativo.

O filósofo grego define o *homem equitativo* como aquele que escolhe e pratica atos equitativos, e que não é intransigente em relação aos seus direitos, tendendo, inclusive, a tomar menos do que lhe caberia, embora tenha o amparo da lei.

Resta que o marco jusfilosófico inicial da ideia de equidade está em Aristóteles, o primeiro a estabelecer um fim pragmático para o instituto, a partir de ideias que apreçoam a alteridade da Justiça, com o apontamento do seu significado e conteúdo jurídico.

3.4 A solução de Pórcia

Seguro na literalidade da lei e do contrato, Shylock brande a lei contra Antônio. O negócio jurídico não conferia outro destino ao mercador, sob risco de *um precedente tal [que] introduziria no Estado numerosos abusos*³², diante do que Pórcia apela por clemência:

Portanto, judeu, embora a justiça seja teu ponto de apoio, considera bem isto; nenhum de nós encontrará salvação com estrita justiça; rogamos para solicitar clemência a este mesmo rogo, mediante o qual a solicitamos, a todos ensina que devemos mostrar-nos clementes para nós mesmos. Tudo o que acabo de dizer é para mitigar a justiça de tua causa; se persistires, este rígido Tribunal de Veneza, fiel à lei, nada mais tem a fazer do que pronunciar a sentença contra este mercador.³³

Perdão do credor ou morte pela lâmina da espada da lei: situação que se apresentava a Antônio, restando ao juiz apenas homologar eventual acolhimento do pedido de clemência, sem o que sobejava a subsunção fato-norma. O ordenamento jurídico contextualizado na obra não lhe concedia alternativa: (...) *o objeto e o fim da lei estão em relação estreita com a penalidade que este documento mostra que pode ser reclamada*.³⁴

A fala de Pórcia pressupõe um Direito alicerçado na lógica formal, em oposição à concepção que se identifica não com as regras positivas, mas com o *justo*. Luiz Fernando Coelho assinala que a metodologia para a efetiva realização do direito repele o exclusivismo da lógica formal, inspirando-se em outros fatores, *como os tópicos ou lugares-comuns, a dialética, o bom senso, a razoabilidade, o senso de equilíbrio, a equidade, a prudência, restaurando a antiga concepção do direito como juris prudentia*.³⁵

Não há ordenamento tão perfeitamente organizado no qual o trabalho do juiz se limite à simples subsunção. Há casos em que lacunas se apresentam, reclamando maior liberdade ao julgador na valoração e formulação dos comandos. É certo que semelhante exercício exige acurada atenção ao limite de iniciativa judicial, pois a regra manda que o magistrado defenda apenas os interesses que lhe forem apresentados para uma decisão vinculada na norma formulada conforme os interesses da Justiça.

O limite de atuação do julgador na apreciação e preenchimento das lacunas vincula-se às hipóteses em que certos casos não foram considerados quando da formulação da norma, ou ainda, quando o regramento, por algum motivo, não foi rigorosa e corretamente formulado para uma naqueles casos. Em qualquer hipótese a iniciativa do julgador fica adstrita à obtenção de um resultado *justo*, como exigência da certeza do direito.

Ao afirmar que o objeto e o fim da lei estavam em relação estreita com a cláusula penal, Pórcia insinua que o julgamento não prescindiria da subsunção fato-norma, situação que a lançava numa areia movediça. A solução pela validade do contrato não se ajustava à stíça do caso concreto, e a decretação de invalidade do título poderia criar uma fonte inesgotável de litígios, um perigoso precedente.

³² SHAKESPEARE, *op. cit.*, p. 350.

³³ *Ibid.*, p. 349.

³⁴ *Ibid.*, p. 351.

³⁵ COELHO, *op. cit.*, p. 97.

O mercador morreria com a execução da cláusula penal. Este fato revelava uma instabilidade contrária aos interesses da justiça, surgindo lacuna cujo preenchimento guiou a solução de Pórcia. É que o interesse na estabilidade não obriga uma subsunção cega e na necessidade dessa estabilidade se assenta o valor normativo do direito.

O equilíbrio entre os interesses da perfeição do direito e da sua estabilidade somente se revelou possível por meio de uma interpretação fundada nos princípios da *equidade*, e assim Pórcia equilibrou os interesses.

A equidade proporcionou uma correção do efeito normativo objetivamente inadequado para aquele caso, mediante o preenchimento da lacuna surgida com a subsunção de um fato impensado quando da formulação da norma jurídica. Operou um aperfeiçoamento do direito, com a manutenção de um justo equilíbrio entre as exigências da justiça concreta e da estabilidade, como resultado da *interpretação equitativa*.

*Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: uma libra de carne. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne.*³⁶ A decisão denota uma interpretação equitativa, porque, sem se desgarrar da letra, a solução veio sem ofensa à vida do devedor, havendo, portanto, pelo julgador, a previsão do resultado da aplicação da lei. Semelhante tarefa não apresenta grandes dificuldades quando norma e caso aderem ao espírito do legislador, entretanto, como ilustrado no *Mercador*, casos se apresentam em que a subsunção pura e simples pode causar injustiça. Em tais hipóteses, não havendo norma alternativa e aplicável cuja aplicação sobrevenha resultado adequado, surge uma lacuna.

A alegoria de Shakespeare ilumina uma solução baseada em interpretação equitativa. Corrigindo o rigor excessivo da letra da lei, a equidade apresenta-se como fundamento teleológico da Justiça. E a finalidade última do Direito é a consecução do justo, como assevera André Comte-Sponville:

Ela [a equidade] não dispensa a misericórdia (“a equidade”, dizia Aristóteles, “é perdoar o gênero humano”), não no sentido de que se renuncie sempre a punir, mas de que, para ser equitativo, o juiz precisa ter superado o ódio e a cólera.

A equidade também não dispensa a inteligência, a prudência, a coragem, a fidelidade,

a generosidade, a tolerância... É nisso que coincide com a justiça, não mais como virtude particular, tal como a consideramos aqui, mas como virtude geral e completa, aquela que contém ou supõe todas as outras, aquela de que Aristóteles dizia tão belamente que a consideramos “a mais perfeita das virtudes e (que) *nem a estrela da noite, nem a estrela da manhã* são tão admiráveis”.³⁷

O julgador não pode descumprir preceitos legais a pretexto de interpretar equitativamente, com sua exclusiva noção intuitiva e subjetiva do justo, deve sim, prudentemente, perseguir a realização da finalidade do preceito legal, seu objetivo último, considerando o pressuposto de que toda a norma jurídica tende à justa composição das relações sociais.

Resulta daí a possibilidade de uma *interpretação equitativa*, como sucedâneo de uma proposta fundada na Justiça, podendo decorrer certo desvio do comando, concernente à letra da lei, observado o resultado de sua aplicação em determinados casos particulares, mas desde que o desvio se destine à obediência da vontade normativa.

A propósito, Chaim Perelman diz que:

Os juízes, encarregados de aplicar a lei e a justiça ao mesmo tempo, hesitam quando elas não são concordes e procuram uma acomodação, inspirando-se no espírito da lei e nos princípios que dominam as disposições particulares. O espírito de equidade permite adaptar a regra geral às particularidades de cada caso.³⁸

Todavia, nada impede que a pretexto de uma apreciação equitativa, determinadas decisões incorram em arbitrariedade, daí que Vicente Ráo propõe algumas regras de equacionamento: a) por igual devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais; b) todos os elementos que concorreram para constituir a relação sub iudice, coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados; c) entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais humana, por ser a que melhor atende à justiça.³⁹

Carne e não sangue. Libra justa, mais nem menos. A hermenêutica de Pórcia cuidou de compor o litígio, sopesando a essên-

³⁶ SHAKESPEARE, *op. cit.*, p. 353.

³⁷ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 94.

³⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 232.

³⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

cia da norma, que perseguidora da Justiça, não poderia impor ao mercador o cadafalso pelo reconhecimento de um *direito* fundado no sentimento de vingança de Shylock.

3.5 A opinião de Rudolf Von Ihering

Ousamos discordar parcialmente do posicionamento de Rudolf Von Ihering, que na célebre *A Luta pelo Direito* repele na íntegra a sentença do Tribunal de Veneza, defendendo que Shylock foi injustiçado.

Acerca da cena do Tribunal, o filósofo alemão expõe:

Quando a sentença foi proferida, quando toda a dúvida sobre o direito do judeu pelo próprio juiz foi afastada, quando já nenhuma contestação ousa fazer-se ouvir, quando toda a assembléia, inclusive o Doge, está submetida à sentença inevitável, quando o vencedor, bem seguro do seu direito, quer executar aquilo a que a sentença o autoriza, o próprio juiz que solenemente reconheceu o seu direito, ilude-o com uma objeção, com uma astúcia tão miserável e tão nula que nem digna é de uma reputação séria.⁴⁰

A explicitação dos motivos da nossa discordância não prescinde de incursão, mesmo breve, ao pensamento do autor conforme manifestado no tempo e espaço.

O pensamento de Ihering se desdobra em particulares vertentes. Num primeiro momento, orientou-se pela *jurisprudência dos conceitos*, movimento que definia um sistema jurídico fechado e acabado, com ênfase ao caráter lógico-dedutivo, permitindo o fortalecimento do dogma da subsunção. Mas no final do século XIX, passa a criticar seu primeiro pensamento, orientando-se por uma jurisprudência pragmática de raiz sociológica, cujo desenrolar fomentou o surgimento da *jurisprudência dos interesses*, posteriormente robustecida pelas ideias de Phillip Heck.

A jurisprudência dos interesses surge com uma avaliação pragmática da vida, perquirindo acerca da finalidade da lei como instrumento de realização da Justiça e propondo uma ampla pesquisa do elemento teleológico na atividade interpretativa do direito, refutando o dogmatismo e rigorismo lógico-formal da jurisprudência conceitual.

Apresentando um modelo de interpretação fundado na jurisprudência dos interesses, Phillip Heck assinala que há certos casos em que a limitação da obrigatoriedade da lei é menos prejudicial que a vinculação do juiz ao sentido literal, alertando para o surgimento de alguns problemas, como a necessidade de determinação da posição do juiz perante as imagens provisórias deduzidas da *letra de lei*, do *sentido literal* ou do *sentido externo da lei*, perante as quais o julgador deve preferir a *vontade da lei*, quando é conhecida, tendo, por assim dizer, inteira liberdade de correção. Heck assinala que após a observação dos elementos reveladores das ideias que acompanham a formatação da lei, e, por conseguinte, do retrato definitivo do comando, a imagem obtida ainda não será absolutamente decisiva, e o juiz pode desviar-se dela se assim exigirem os interesses da sociedade e não houver oposição do interesse na estabilidade. Impõe-se a questão de se saber se os poderes condicionados do julgador se esgotam com a integração das normas formuladas, ou se em última análise, haverá a possibilidade de afastamento de comandos especiais existentes. Segundo Heck, em alguns casos o juiz deve se afastar da estrita subsunção, ainda que verbal ou logicamente possível, valorando os comandos, em busca do resultado esperado pela escorreita aplicação da norma, primando pela estabilidade e proteção dos interesses da Justiça. Não se trata de emenda ou alteração da lei, mas acabamento ou correção do seu conteúdo.⁴¹

O passo mais importante dessa teoria está no afastamento da dedução conceitual baseada simplesmente na subsunção lógico-formal, privilegiando a análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos, apresentando um juízo de ponderação do fato. A função do julgador seria ajustar os interesses, e os conceitos serviriam para classificação e conceituação.

Na obra *A Luta pelo Direito*, Ihering expõe entendimento de que a Teoria do Direito ocupa-se mais com a balança que com a espada, apontando que um privilégio da análise sob o aspecto lógico-científico, em detrimento ao aspecto real, afasta uma concepção aceitável do Direito, afastando-o da realidade.

Com essa visão pragmática, o autor defende que os indivíduos devem empreender incessante luta pelo direito concreto (ou subjetivo). Quando o direito

⁴⁰ IHERING, *op. cit.*, p. X (prefácio).

⁴¹ HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 207-208.

de um indivíduo é violado, deve questionar se ele o sustentará ou se resistirá ao seu adversário, se lutará ou abandonará o direito. Para tanto, Ihering diz de uma resistência fundada numa questão de honra, de dignidade e caráter – de *sentimento jurídico*.

Nesta ótica, o homem não pode permitir que o seu direito pereça em face dos interesses do outro. A excitação do sentimento jurídico reclama a luta pelo Direito, como um dever do interessado para consigo próprio e para com a sociedade, e o protesto é *uma natureza moral enérgica contra o ultraje ao Direito, o testemunho mais belo e mais elevado que pode dar o sentimento jurídico*.⁴² A luta aparece como um elemento natural da evolução da sociedade – a luta pelo direito é elevada à condição de um princípio ético.

Acerca do Tribunal de Veneza, Ihering defende que:

Tenho eu porventura exagerado sustentando que o judeu se vê defraudado no seu direito? Certamente tudo isso se faz no interesse na humanidade, mas a injustiça cometida no interesse da humanidade deixa por isso de ser uma injustiça? E se o fim justifica os meios, por que é que isso se reconhece somente depois do julgamento e não antes?⁴³

Ousamos discordar desta fala, por denotar posicionamento baseado apenas no resultado final da atuação de Pórcia, subjetivamente considerada. Entendemos que a análise do caso não prescinde de uma investigação fragmentada da sentença e explicitaremos as razões mais adiante.

Considerando um contrato válido e uma norma jurídica vigente, Ihering legitima a empreitada de Shylock, resultante de uma luta que não coaduna com o legítimo e verdadeiro *sentimento jurídico* do qual poderia verter forças para a *luta pelo direito* apregoada pelo filósofo alemão.

Embora Ihering classifique como relevante o fato de que o judeu restou impedido de matar o mercador tão somente no momento da execução da sentença, entendemos que tal fato não valida a argumentação de que (diferentemente do que Shakespeare coloca) outro resultado poderia apresentar-se com a decretação de invalidade da letra, e o juiz poderia dar outro rumo *justo* ao caso.

⁴² IHERING, *Op. Cit.*, p. 46.

⁴³ IHERING, *ibid.*, p. XI (prefácio).

Ora, é do próprio Ihering a afirmação de que Shakespeare *expõe o assunto de tal maneira que é preciso admitir que esta decisão era segundo os termos do direito a única possível*.⁴⁴ De fato, o direito contextualizado pelo dramaturgo não concedia ao juiz atitude diversa, cabendo aos leitores – ainda que com sentimento crítico e em sede de análise científica – aceitar esta realidade, não procurando descobrir semelhanças contemporâneas em relação ao Direito ilustrado na comédia.

Como assinala Cristiano Paixão Pinto, seria pouco útil procurar reconstruir o cenário social, político, econômico e cultural elisabetano, *confrontá-lo com a subjetividade da narrativa de um determinado autor (Shakespeare) e, com base nessa operação, ‘restabelecer’ o direito válido à época*.⁴⁵ Ademais, como bem salientado por Ihering, *o poeta tem naturalmente liberdade para ele mesmo estabelecer a sua própria jurisprudência*.⁴⁶

Necessário, pois, partir do princípio de que o juiz não poderia declarar a invalidade da letra. Do contrário, podendo o leitor imaginar e propor a formulação que entenda mais apropriada, o problema torna-se de fácil solução, ao se argumentar, por exemplo, que a cláusula penal era inválida por atentar contra a vida, que é um direito indisponível. Ocorre que o direito contextualizado por Shakespeare não nos concede esta opção (ou facilidade).

Ao por em mente o resultado da aplicação da norma no caso tal qual Ihering apresentava, e contrapondo-o ao objetivo da norma; com equidade, Pórcia cuidou de corrigir a falha, afastando o resultado injusto antevisto. Deste ajuste não decorre, a nosso ver, *injustiça cometida no interesse da humanidade*⁴⁷, mas houve adequação da norma em face dos interesses da Justiça, que apreende a vida com um bem supremo.

Reportando-nos ao tempo de Ihering, temos que a própria *jurisprudência dos interesses* não reclamaria solução diferente. Conforme expõe Heck, da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder proteção aos interesses que da lei considerar por dignos, pois agindo assim não seria somente um *órgão de execução*,

⁴⁴ *Ibid.*, p. X (prefácio).

⁴⁵ PINTO, Cristiano Paixão. *Shakespeare, O Mercador de Veneza e a Experiência Histórica do Direito*. Publicado em: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n.º 9. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2002.

⁴⁶ IHERING, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ IHERING, *op. cit.*, p. XI (prefácio).

*mero instrumento humano, mas é também auxiliar do legislador [ainda que dele dependa] para garantia dos interesses da comunidade.*⁴⁸

Abordando Heck, Luis Recasens Siches assinala que as normas jurídicas proporcionam uma delimitação dos interesses que se consideram dignos de proteção jurídica, assim como uma hierarquização de prioridades entre tais interesses, cujo reconhecimento e ordenação hierárquica respondem a um critério axiológico em que se inspira o legislador. A tarefa legislativa consiste em harmonizar os interesses em conflito, declarando quais merecem ou não proteção e em que medidas e limites tal proteção deve ser proporcionada, tarefa que pressupõe não só um critério axiológico, mas um estudo sociológico sobre os interesses da época da elaboração da lei. Sendo assim, quando o juiz se depara com conflitos singulares e particulares de interesses, deve decidir de acordo com o espírito do legislador que editou a norma genérica. Heck diz ainda que nos casos em que o espírito do legislador não vislumbrou os conflitos, deve o juiz realizar as mesmas operações (sociológicas e estimativas) que incumbiam ao legislador. Deve o juiz proceder a um estudo sociológico dos fatores que envolvem o litígio, extraindo um critério axiológico válido, conjugando o sentido genérico da norma com o sentido singular do problema concreto, cujo resultado representa uma rota não só diferente, mas também – em certas ocasiões – contrária à via tradicional da lógica dedutiva.⁴⁹

Assim, até a parte em que, interpretando, Pórcia impediu a morte do mercador, a sentença sobreveio com justiça, motivo pelo qual, no ponto, discordamos do posicionamento de Ihering.

Em que pese afirmar o autor que seus comentários em relação ao *Mercador* constituem um *elemento acessório*, que nada teria em comum com a sua teoria⁵⁰, entendemos que a argumentação não poderia destoar do alicerce sociológico do qual emergiu tal teoria, cujos elementos principais e acessórios devem guardar consonância, sendo compatíveis com um direito voltado à defesa dos interesses da Justiça, da dignidade da pessoa humana, e não simplesmente reduzido à letra da lei.

Como bem assinala Alberto Jorge Correia de Barros Lima, Pórcia não se socorreu apenas do método

gramatical, mas também da interpretação teleológica, visualizando não o fim, que Ihering reduz a uma forma de interesse, mas o sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação, objetivando a justiça, que no caso respeitou o valor supremo da dignidade da pessoa humana, com um subterfúgio, porém um subterfúgio voltado à segurança jurídica daquela coletividade, e não voltado a retirar ao interessado direito de Shylock.⁵¹ Cuida-se de orientação que acompanhou a evolução do pensamento jusfilosófico.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz que temos hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há normas sem interpretação e que a teoria jurídica é uma teoria hermenêutica.

Segundo Ferraz, o que no passado constituía uma questão de técnica de interpretação sistematizada em métodos pré-definidos reflete hoje uma teoria da interpretação, surgindo em razão do desapego àqueles métodos, a necessidade da procura de um critério para a interpretação autêntica que revele o sentido último e determinante do direito, e não apenas a configuração sistemática da ordem normativa.⁵²

O autor prossegue dizendo que o conceito de lacuna, do ângulo argumentativo, constitui um recurso hermenêutico da ciência jurídica que permite a busca de decisão possível, mais favorável, o que classifica como *decidibilidade*⁵³. Acerca do citado recurso, acrescenta:

Sem ele, nos limites da positividade, o intérprete estaria sem defesas contra uma estrita legalidade, pois não teria meios de cobrir o conflito entre a dura letra da lei e as exigências peculiares da equidade. Um direito positivado, como é o atual, tende a estreitar, em nome do valor da certeza e do predomínio da lei como fonte básica, o campo de atuação do intérprete, dando-lhe poucas condições para recorrer com eficiência a fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, o sentimento do equitativo, os princípios do Direito Natural etc. Nestes termos, o conceito de lacuna (e os que lhe são aparentados, como interpretação extensiva, conceitos valorativos, normas abertas etc.) confere ao jurista a possibilidade

⁴⁸ HECK, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁹ SICHES, *op. cit.*, p. 663.

⁵⁰ IHERING, *op. cit.*, p. IX (prefácio).

⁵¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do Contrato*. Disponível em «<http://www.jusnavigandi.com.br/contratos.htm>». Acesso em 20 jul 2005.

⁵² FERRAZ, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 70–73

⁵³ FERRAZ, *op. cit.*, p. 84

de se valer daqueles fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis.⁵⁴

Em semelhante sentido, ao discorrer sobre os problemas com que os juizes se deparam quando da interpretação do direito na administração de justiça, Alf Ross lembra que a tarefa é um problema prático. O juiz deve decidir se usará ou não força contra o demandado (ou o acusado), e embora a administração da justiça esteja fundada num processo de cognição das coisas que envolvem o caso, é ela naturalmente um ato volitivo. Trata-se de uma decisão que surge de um substrato de consciência formado por um motivo que direciona a atividade do julgador em busca de uma meta e de elementos cognitivos que dirigem a atividade rumo a tal meta. Para Ross, a superada teoria positivista-normativista apreende este pressuposto de forma equivocada, pois o *motivo* que direciona a atividade do julgador é (ou deve ser) a obediência à lei, um respeito ao direito posto, e que os *elementos cognitivos* que dirigem a atividade jurisdicional constituem-se, simplesmente, do verdadeiro conhecimento da lei e dos fatos. O equívoco reside no fato de que embora seja possível tornar claro o significado da norma mediante a interpretação, segundo essa visão normativista, a interpretação é fundamentalmente uma tarefa teórico-empírica, e assim o juiz se torna um autômato e sua função puro ato racional: compreender o significado da lei e comparar a descrição desta dos fatos jurídicos aos fatos do caso apresentado.⁵⁵

Combatendo tal postura, Ross enfatiza:

A inevitável imprecisão das palavras e a inevitável limitação da profundidade intencional fazem com que, frequentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei. O caso não é óbvio. É plausivelmente possível definir o significado das palavras de tal modo que os fatos acabem abarcados pela lei. Porém, também é possível, de forma igualmente plausível, definir o significado das palavras de tal modo que o caso saia do campo de referência da lei. A interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja o conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro

conhecimento. Seus motivos não se reduzem ao desejo de acatar uma determinada diretiva.⁵⁶

O filósofo assinala que o juiz é um ser humano e que por detrás de sua decisão está a sua personalidade, que naturalmente não o torna um autômato que transforma mecanicamente em decisões regras e fatos. O juiz é um ser humano que atentando para uma tarefa social toma decisões que sente corretas de acordo com o espírito de uma tradição jurídica e cultural, e:

Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei a luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta, mas também como justa ou socialmente desejável. Se a divergência entre a consciência jurídica formal e a material exceder certo limite, pode até ser que o juiz prescindir de restrições obviamente impostas pelas palavras ou pela intenção do legislador. Sua interpretação construtiva, neste caso, não se reduz a buscar maior precisão, mas retifica os resultados alcançados por uma interpretação da lei que simplesmente averiguasse o que esta significa.⁵⁷

Esta moderna concepção do Direito reforça nosso entendimento no sentido de que a corrente que pugna pela completa injustiça da atuação de Pórcia considera sua sentença fruto da ação de um juiz autômato, que reverenciando letra fria da lei, contribuiria para o fim de Antônio.

É imperioso frisar que nossa visão pressupõe uma análise da sentença de Pórcia em fases distintas: antes e depois do confisco dos bens de Shylock e sua conversão forçada à religião cristã. Antes operou o jurídico, depois a arbitrariedade.

A presente ressalva destina-se a esclarecer que não pretendemos afirmar que a atuação do Tribunal de Veneza foi totalmente justa. Também não pretendemos negar que, ausente o caráter alegórico, solução diversa poderia ter emergido, como, por exemplo, a decretação de nulidade do título. Todavia, é certo que a impossibilidade de julgamento diverso (por determinação do dramaturgo) leva-nos a questionar se seria justo que Antônio morresse em razão da assinatura do malsinado contrato ou seria justo que o homicídio fosse legitimado pelo Tribunal de Veneza.

Entendemos que não, sobretudo porque a sentença não poderia formar uma jurisprudência a partir de um direito que legitimasse ação fundada num sentimento que nada tinha de jurídico, ponto em que

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 167.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 168.

retornamos a Ihering, para discordar da sua opinião no sentido de que o sentimento de Shylock ilustra um verdadeiro *sentimento jurídico*. Do judeu vertia ódio e vingança, elementos que desorientam ações voltadas aos interesses da Justiça.

Ainda que partamos do pressuposto apontado por Ihering, no sentido de que um sentimento egoístico pode legitimar-se em razão de um interesse ideal, entendemos que no campo do individualismo, esse sentimento deve guardar um mínimo compromisso com o *justo*. Não se pode admitir como legítima a elevação ao plano ideal, de um sentimento que objetivava a consecução de um plano de vingança: o assassinato de um homem.

Neste ponto, necessário frisar que nossa argumentação parte da certeza da morte de Antônio, pois para nós a comédia não aponta conclusão diversa. Partindo deste pressuposto, embora respeitável, revela-se temerosa eventual argumentação fundada na premissa de que Antônio não morreria em razão da retirada da libra de carne de seu corpo, e por conta disso a justiça da decisão restaria prejudicada.

Encontramos argumento semelhante em Maritza Maffei da Silva, em cuja brilhante tese se atribui total injustiça à sentença de Pórcia, tendo como um dos pressupostos que Antônio não morreria em razão da hemorragia provocada pela retirada da libra de carne. A autora apresenta o argumento da seguinte forma:

Para gerar uma confluência que sustentasse a idéia central da tese, sem pôr em risco a admissibilidade de nosso ponto de vista, buscamos robustecê-la apresentando um laudo médico destinado a nutrir, de forma lógica, a comprovação de que a sentença inicial deveria e poderia ser executada.⁵⁸

O referido laudo médico, elaborado por especialista em cardiologia, traz a seguinte conclusão:

Poderá ser retirado um pedaço de tecido da região mais próxima do coração, correspondente a altura do *ictus cordis*, compreendendo uma área na intersecção da linha hemiclavicular com quinto espaço intercostal esquerdo, conforme figura anexa.

O tecido a ser retirado deverá ter a forma do objeto em questão tendo a espessura máxima de 1.125 milímetros e o comprimento correspondendo

ao diâmetro de 30,146 milímetros, correspondendo às camadas epiderme e derme sem incluir o tecido celular subcutâneo e/ou tecido muscular estriado, ou seja o músculo peitoral pela topografia anatômica, pois não foi especificado o tipo de tecido a ser retirado, sendo o termo carne inespecífico.

Para o procedimento acima deverão ser utilizadas técnicas cirúrgicas adequadas de acordo com o comportamento e conhecimento da época do ocorrido, devendo a ferida operatória ser tratada por segunda intenção, ou seja, cicatrização espontânea, ou seguida de cauterização por ferro em brasa, na mesma medida do objeto do estudo.

Outro aspecto em questão, relacionado ao procedimento, é que não há como mensurar a quantidade de hemorragia, nem o nível de dor, no entanto, é menos provável, beirando ao impossível que Antônio venha a obitar pela possível perda de sangue, pela dor ou ainda em consequência do ato traumatizante.⁵⁹

O ora reverenciado trabalho da ilustre doutora é fruto de valiosa abstração, e mostra-se pertinente para pontuar a argumentação central de sua tese, que, a propósito, não faz referência à fragmentação da sentença aqui aludida, desvelando argumentação incompatível com o pressuposto de que inicialmente Pórcia decidiu por equidade e que a visão de Shakespeare, ao menos a nosso ver, é uma: Antônio morreria em razão da retirada da libra de carne.

A certeza de morte do mercador assenta-se em todo o contexto da obra, como na seguinte fala:

Pórcia – Vamos, mercador. Tendes alguma coisa a dizer?

Antônio – Pouca coisa. Estou armado e bem preparado. Dá-me tua mão, bassânio; adeus! Não te entristeças o ter-me acontecido essa desgraça por tua causa, pois a Fortuna se mostra neste caso mais indulgente que de costume. Habitualmente, ela força o infeliz a sobreviver à própria riqueza para contemplar com olhos macerados e fronte enrugada uma interminável pobreza. Pois bem: ela me livra do lento castigo de semelhante miséria. Recomenda-me a tua nobre esposa; conta-lhe, com todos os detalhes, qual foi o fim de Antônio; dize-lhe quanto gostava de ti; fala bem de mim depois da minha morte e quando tua história tiver terminado, insta com ela para que declare se Bassânio não teve um amigo. Não te arrependas de perder teu amigo, que ele não se arrependerá de pagar tua dívida; pois se o judeu cortar bem profundamente, vou pagar tua dívida com todo o meu coração.⁶⁰

⁵⁸ SILVA, Maritza Maffei da. *O Mercador de Veneza de William Shakespeare: um encontro na encruzilhada da Literatura, do Direito e da Filosofia*. Tese (Doutorado em Direito). São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 329.

⁵⁹ *Ibid.*, 364.

⁶⁰ SHAKESPEARE, *op. cit.*, p. 352.

No anunciado contexto, Pórcia impediu a morte injusta de Antônio, cuja esperança de vida somente se admite em razão de argumentação fundada em elementos alheios aos elementos literários deixados por Shakespeare.

Reafirmamos que nosso posicionamento não propõe fuga às críticas suscitadas contra a validade formal da sentença do Tribunal de Veneza, que para alguns revela um sofisma, pois não há carne que não contenha sangue. Advém disso um estigma para combate à lógica da decisão, com base no entendimento de que o contrato não obstaría a retirada da libra de carne, ainda que do corpo do devedor vertesse sangue. O assessorio seguiria o principal.

Acerca disto, retornamos mais uma vez a Ihering, que assim se manifesta:

Assim a regra jurídica segundo a qual o título é plenamente válido, o *jus in thesi* é não só reconhecido unanimemente como incontestável, mas o *jus in hypothesi* está já pronunciado e é então, no momento da execução que é iludido pelo próprio juiz, por meio de uma vergonhosa perfídia. Um juiz poderia da mesma maneira condenar o devedor e obrigar em seguida o credor a ir buscar o dinheiro, por suas próprias mãos, a um forno de alta temperatura, ou recebê-lo no cume de uma torre se o devedor é um pedreiro, ou no fundo dum lago se é mergulhador, desde que no reconhecimento nada se diga acerca do lugar do pagamento.⁶¹

Ousamos dizer que a fala de Ihering contém certa impropriedade exemplificativa, porque novamente parte da ideia de que o sofrimento de Shylock é fruto de uma sentença injusta do começo ao fim, deixando de lado o fato de que a execução da cláusula penal mataria o mercador, fazendo do Direito um forno com brasas que cozeria o alimento da vingança do judeu.

Ao formular os citados exemplos, o filósofo não levou em conta que no caso comparado, a vida de um homem estava sob o fio da espada. Trata-se, portanto, de hipóteses não alcançáveis pela discussão que aqui propomos, porquanto apenas fundadas num vínculo obrigacional, tendo como objeto de litígio bens ou direitos materiais e nada mais, confirmando, por assim dizer, uma análise restrita à forma.

Não negamos que premeditadamente toda a atuação de Pórcia possa emanar de um plano de vingança antissemita. Contudo, é preciso ultrapassar o muro das restritas conclusões, considerando como verdadeira [ou falsa] a hipótese de que se o Tribunal de

Veneza fosse dissolvido logo após aquela primeira fase, o mercador não seria imolado para a *deusa vingança*.

Diante disso, respeitando e discordando do posicionamento de Ihering, vemos como mais adequada uma ilustração a partir das visões dos juristas americanos Terry Eagleton e Richard Posner, cujas opiniões são comentadas por Maritza Maffei da Silva comenta, iniciando por Eagleton, para quem Shylock tem a garantida legal da sua pretensão perante o tribunal:

Shylock tem respeito pela lei e Pórcia não. A hipoteca na verdade não afirma por escrito que ele tem permissão para tirar um pouco de sangue de Antônio junto com a libra de sua carne, mas esta é uma inferência razoável do texto como qualquer tribunal real reconheceria... O ingênuo sofisma de Pórcia seria rejeitado por um tribunal moderno, e Shylock (dado que sua hipoteca era legal desde o início) venceria o caso.⁶²

Posner expõe sua crítica analisando o posicionamento de Eagleton em três ângulos:

O primeiro reside na observação taxativa, dado que a hipoteca era legal desde o início. Posner contesta, crendo que nenhum tribunal real exigiria o cumprimento da hipoteca. O segundo ponto divergente é que qualquer tentativa de Shylock de apelar para o espírito da lei seria tão inconsistente como a recusa em aceitar o pagamento do empréstimo, que é o espírito da hipoteca. Comprometendo-se com a interpretação literal, o prestamista concede espaço para Pórcia devolver-lhe o argumento, mostrando que a hipoteca jamais menciona sangue. O terceiro é que a equidade tem feito parte do Direito desde os tempos antigos. Aristóteles a enfatizou na Ética a Nicômacos. A lei não se resume a regras inflexíveis que devem ser impostas plenamente sem considerar as consequências; a doutrina também é uma parte da lei.⁶³

Acolhemos a fala de Posner, pois como frisamos a análise do caso não prescinde de uma visão isenta de elucubrações valorativas alheias à *jurisprudência de Shakespeare*, pois ao menos à luz do posicionamento aqui manifestado, julgamos inadequado um estudo que compare a alegoria ao mundo do direito positivo.

De igual modo, uma investigação do direito contextualizado na comédia nos remeteria à injusta Lei das XII Tabuas, da qual podemos extrair dispositivos para solução do problema. Porém, isso minguará a

⁶¹ IHERING, *op. cit.*, p. X (prefácio).

⁶² SILVA, Maritza Maffei da. *op. cit.*, p. 301.

⁶³ *Ibid.*

ampla discussão filosófica que o caso suscita, revelando, por assim dizer, pseudo-soluções para o problema da aplicação da justiça na atuação do Tribunal de Veneza.

Neste raciocínio, tomamos por acertada a insinuação de Posner no sentido de que quem não quer para si não deseja para o próximo, ou seja: Shylock exigia a lei, na mais fria e crua forma, e assim a teve. O contrato, de fato, não dizia expressa e literalmente de *sangue*, apenas *carne*.⁶⁴ A literalidade extrema pode, sim, suscitar semelhante conclusão, restringindo o sentido da norma aos elementos semânticos.

Conforme bem lembrado por Posner, longe de resultar de uma interpretação meramente literal, a sentença de Pórcia foi fruto de uma visão não restritiva do Direito, e desatou as vendas do positivismo normatológico, fazendo operar a equidade na concepção de justiça superior.

Portanto, se é certo que anatomicamente não há carne que não contenha sangue, certo ainda é que diante da necessidade de subsunção fato-norma, a solução de Pórcia deve ser aceita como justa, pois extraindo o desejo da norma, impediu a morte de Antônio e a satisfação do sentimento de vingança de Shylock, que destoa daquilo que poderíamos classificar como *sentimento jurídico*, aparecendo, em relação a este, como elemento impróprio de ilustração.

3.6 O sentimento de Shylock

Reportando-nos novamente à *jurisprudência dos interesses*, vemos que Heck classifica o termo *sentimento ou senso jurídico* como ambíguo, pois reúne várias significações que podem ter cada um dos dois elementos: 'sentimento' e 'jurídico'. A palavra 'sentimento' pode designar um instinto ou uma intuição, ou seja, a produção inconsciente de ideais, de representações mentais. Pode ainda significar uma emoção, excitação ou agitação sentimental, designando o fenômeno que acompanha o aparecimento das representações mentais. Abordando este último sentido, Heck diz que o sentimento jurídico é constituído

por um conjunto de fenômenos psíquicos, especialmente pelos desejos que servem de substrato dos interesses. O comando jurídico deve proteger interesses, satisfazendo desejos e o autor de determinada lei ou decisão judicial integra-se mentalmente nesses desejos, figurando-os na sua consciência e reagindo ao sucesso e insucesso da norma formulada – lei ou sentença.⁶⁵ Parte daí para concluir que:

A essa reação perante o maior ou menor ajustamento do direito às necessidades, podemos dar o nome de sentimento jurídico, tanto quando esse bens cuja proteção esperamos do direito, são internos, como quando são externos. Em sentido mais restrito falamos de sentimento jurídico quando o direito não corresponde às exigências gerais que fazemos a qualquer norma jurídica, como, por exemplo, decidindo diversamente casos semelhantes; pensamos então numa violação de interesses jurídicos especiais (interesses secundários). Também o juiz, ante a sua decisão, não se livra duma certa agitação sentimental [...] quanto mais se sentir colaborador do legislador e não simples «autômato», «contabilista de interesses», responsável pelo rigor da conta, mas não pelos números que lhe fornecem.⁶⁶

Na abordagem positivista de Hans Kelsen, o *sentimento jurídico* guarda fundamento na determinação da conduta humana através da razão e não do sentido, possibilitando deduzir normas de justiça a partir desse sentimento. Kelsen distingue sentimentos baseados na apreensão do Direito em dois aspectos: como Justiça ou Direito Positivo.

No âmbito do positivismo, Kelsen assinala que o sentimento jurídico designa a atitude psíquica que se manifesta na desaprovação ou aprovação com que um indivíduo reage a determinado tratamento, seja antijurídico ou conforme o direito seja próprio ou de terceiros – um sentimento que exprime uma exigência, e que mais aproxima de desejo ou vontade. É o desejo de ser tratado conforme o Direito. Por isso, um sentimento jurídico observável em *todos* os homens pode servir de base para a produção de normas jurídicas dotadas de validade geral, contudo não se manifesta numa natureza da qual possa ser deduzido um direito natural, porque o direito assim formado é positivo. A norma não é imanente ao sentimento, não podendo ser deduzida dele, tal como uma norma de

⁶⁴ *Carne*, s. f. 1. Tecido muscular do homem e dos animais. 2. parte vermelha dos músculos. *Sangue*, s. m. 1. Biol. Líquido vermelho composto de plasma e glóbulos vermelhos e brancos, que circula através do sistema vascular principal dos animais vertebrados, conduzindo matéria nutritiva e oxigênio aos tecidos do corpo. (in Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: *Melhoramentos*, 1977, p. 181 e 835).

⁶⁵ HECK, *op. cit.*, p. 253

⁶⁶ *Ibid.*

direito natural, pois a norma é *conhecida* e não *sentida* pelo indivíduo. O sentimento é uma consequência do direito e não o contrário.⁶⁷

A manifestação de Shylock é positivista: *Exijo a lei*. Daí entendermos que não legitima a insistência na retirada da libra de carne, porque tal sentir não guardava consonância sequer com o direito natural, diante do resultado morte, não podendo, por conseguinte, ser tido como um tratamento justo.

Não havia a imanência da norma em relação ao sentimento, havendo sim um *sentir* calcado numa norma cuja aplicabilidade nem de longe repercutiria em justiça, pelas razões históricas apontadas no início deste trabalho, que não lhe atribuem qualquer traço jurídico.

Ademais, sedimentado numa visão normativista estrita não equivale necessariamente a um postulado de justiça, pois como no dizer de Kelsen, *um sentimento jurídico é um postulado da ordem do ser, e de um fato da ordem do ser não pode seguir-se nenhuma norma do dever ser*⁶⁸.

A exigência de Shylock, regada pelo fel do egoísmo, colocava o Estado na condição instrumento de realização de interesses alheios aos da Justiça.

A propósito, discorrendo acerca do *bem do senso de justiça*, John Rawls assinala:

Um egoísta é aquele indivíduo compromissado com o ponto de vista dos seus próprios interesses. Seus objetivos finais se relacionam à sua própria pessoa: sua riqueza e posição, seus prazeres e prestígio social, e assim por diante. Esse homem pode agir de forma justa, ou seja, fazer coisas que um homem justo faria; mas enquanto permanecer um egoísta, não pode fazê-las pelos mesmos motivos que movem um homem justo. O egoísta não pode ser coerente seguinte esses motivos. Simplesmente acontece que, em algumas ocasiões, o ponto de vista de justiça e o de seus próprios interesses determinam o mesmo curso de ação.⁶⁹

Numa sociedade organizada com base nos princípios suscitados por Rawls, um egoísta não agiria necessariamente em obediência a um princípio de justiça, nem agiria de forma justa para promover seus objetivos, tampouco, para alcançar tais objetivos se converteria num homem justo. Neste ponto, Rawls

esclarece que a preocupação não está no exame do caráter justo ou no valor moral de determinadas ações sob certos pontos de vista, mas na avaliação do desejo de adotar um ponto de vista da própria justiça, cuja análise deve dar-se não a partir da ótica do egoísta, mas à luz da teoria restrita do bem.⁷⁰

Rawls afirma que um senso de justiça não deve ser ocasional e deve ser preservado com continência a eventuais alterações imediatas. Para o filósofo, não podemos preservar um *senso de justiça com tudo o que isso implica e, ao mesmo tempo, nos considerar dispostos a agir de forma injusta caso tal procedimento represente a garantia de alguma vantagem pessoal*⁷¹.

Também sob o enfoque da teoria de Rawls, podemos afirmar que o egoísmo que levou Shylock ao Tribunal denota um sentimento alheio aos princípios minimamente aceitáveis para uma sociedade detentora de racionalidade coletiva calcada em princípios justos.

Apregoar o contrário, conferindo legitimidade à ação do judeu com base na mera subsunção fatonorma seria admitir uma sociedade que prescindiria de traços mínimos de sociabilidade humana e de uma concepção pública de justiça.

Ao classificar como jurídico o desejo do agiota, Ihering enfatiza que o ódio e a vingança levam Shylock à presença do tribunal para cortar uma libra de carne do corpo de Antônio, *mas as palavras que o poeta lhe faz exclamar são tão verdadeiras na sua boca como o seriam na de outro*.⁷² Muita embora esta última fala pare contextualizada como elemento comparativo, entendemos que sob o aspecto da pertinência, não condiz com as premissas das quais emergem a teoria filosófica do próprio autor da fala, teoria que aponta para um sentimento [jurídico] alheio a injustiças, e ainda que presente o egoísmo ou individualismo, pressupõe por detrás destes um mínimo de justiça capaz de elevar o sentimento (jurídico) ao plano ideal e geral.

Contudo, reafirmamos que a decisão do Tribunal de Veneza não foi totalmente correta, pois em relação à pena aplicada a Shylock no desfecho do julgamento (confisco dos bens e conversão forçada), houve injustiça, imperando a mão forte que afligiu o povo judeu ao longo da História.⁷³

⁶⁷ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 94–99.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁶⁹ RAWLS, *op. cit.*, p. 631–632.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 632.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² IHERING, *op. cit.*, p. 48.

⁷³ v. Anexo I.

3.7 Um tribunal arbitrário

A arbitrariedade é um elemento negativo ao Direito, algo a ele radicalmente contraposto.

Todavia, a qualificação de *arbitrário* não se aplica a todos os atos contrários ao Direito, senão aos antijurídicos, aqueles que procedam dos que dispõem de poder social efetivo – os atos ditados pelo poder público, cujas disposições não permitem apelação. Do contrário, os atos jurídicos, embora contrários ao direito, podem ser classificados como ilegais ou abusivos, mas não arbitrários no sentido rigoroso da palavra.

Luis Recasens Siches assinala que em sentido estrito são arbitrários os atos que possuem força impositiva irresistível e inapelável e são ditados por órgãos do Poder Público, entendendo que os atos jurídicos que possam ser retificados e sancionados por instância superior merecem a qualificação de ilegais ou errôneos. Nesse sentido, um mandato arbitrário não pode constituir direito, pois revela uma negação às regras que formam a essência do jurídico, porque a noção essencial do direito, num conceito universal, somente admite as normas com noção de juridicidade, com sentidos intencionais de justiça, podendo ser justas, menos justas ou até mesmo injustas. O que não se admite é que sejam arbitrárias, porque a arbitrariedade é algo que está formalmente externo ao Direito, negando-o, ou como no dizer de Siches, é a negação da essência final do Jurídico.⁷⁴

Um mandato ou comando arbitrário não se funda em qualquer princípio de juridicidade, não segue qualquer regra, certa ou errada; prescinde de critérios fixos. Siches aponta para uma diferenciação entre o mandato arbitrário e o discricionário, dizendo que no *mandato arbitrário se dá um puro capricho, que não responde a qualquer regra ou princípio. Já o poder discricionário de muitos órgãos do Direito – juízes, governantes etc. – está submetido a normas tão invioláveis quanto as normas taxativamente determinadas*,⁷⁵ ocorrendo, por vezes, que a norma positiva, ao invés de prever taxativamente uma solução para o caso concreto, confia a autoridade esta missão, cuja consecução se dá mediante a conjugação dos elementos da situação concreta com princípios gerais, obtendo uma solução adequada e, portanto, justa. Não se admite decisão baseada em caprichos particulares, senão em diretrizes e critérios objetivos, cujo caráter

de validade e uniformização aplica-se na solução de casos análogos. Para Siches, agir discricionariamente não significa agir arbitrariamente, senão reger-se por princípios gerais, aplicar estes princípios às particularidades de cada caso concreto, e verificar as consequências.⁷⁶

Comentando o tema da arbitrariedade frente ao Direito e manifestando entendimento no sentido de que a solução de Pórcia orientou-se pelos princípios da justiça e manteve a inviolabilidade de norma e reportando-se ao incômodo oriundo da expectativa de morte do mercador, Siches ressalta:

[...] como exemplo de que a interpretação da norma requer operações de estimativa orientadas para a justiça, recordemos da solução dada pelo juiz. Sentado no princípio da inviolabilidade do Direito vigente, por razões de certeza e segurança, o juiz diz, graças a uma discreta interpretação, respeitando o caráter intangível da norma, de forma que não resulte agravada a exigência de justiça, e assim, a sentença que pronuncia está em perfeito acordo com o direito estabelecido e ao mesmo tempo com o que a Justiça requer. Cumpra-se o Direito vigente, cumpra-se a lei admite como válida aquela cláusula penal monstruosa [...].⁷⁷

O confisco dos bens de Shylock e conversão ao cristianismo, como opção de escolha entre a vida ou morte nada teve de jurídico, sendo fruto de manifesta arbitrariedade. O judeu teve reconhecido seu direito à libra de carne do corpo do mercador, e diante da impossibilidade de execução e recebimento da obrigação principal, rendeu-se à derrota. Terminada esta fase, sucederam ações que entendemos alheias a qualquer validade jurídica.

Diante disso, retomamos a pergunta inicial: fez-se justiça a Shylock?

Admitimos que não. Shylock foi injustiçado. A injustiça praticada pelo Tribunal de Veneza não sobreveio da interpretação de Pórcia que obistou a morte de Antônio, mas da arbitrariedade que imperou num segundo momento.

Shylock – Não conseguirei nem mesmo o capital?

Pórcia – Só terás o crédito estipulado. Leva-o, judeu, responsabilizando-te por teus riscos e perigos.

⁷⁴ SICHES, *op. cit.*, p. 214.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 216 (trad. livre).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, p. 217–218.

Shylock – Pois bem: que o diabo se encarregue, então, da liquidação. Não permanecerei aqui mais tempo discutindo.

Pórcia – Espera, judeu; tens, entretanto, que prestar contas à lei. Está escrito nas leis de Veneza que, se ficar provado que um estrangeiro, através de manobras diretas ou indiretas, atentar contra a vida de um cidadão, a pessoa ameaçada ficará com a metade dos bens do culpado; a outra metade irá para a caixa provada do Estado, e a vida do ofensor ficará entregue à mercê do doge que terá voz soberana. Ora, afirmo que tu te encontras no caso previsto, pois está claro por prova manifesta que, indiretamente e mesmo diretamente, atentaste contra a própria vida do réu. Tu incorreste na pena que acabo de mencionar.⁷⁸

Sendo certo que o sentimento de vingança de Shylock não se revela como justificativa para que pudesse brandir a lei contra Antônio, também é certo que tal intenção não poderia ser intempestivamente classificada como um ilícito penal. Este procedimento, sim, observada as ressalvas anteriores, empresta completude à fala de Ihering, quando ao dizer da conversão forçada de Shylock, enfatiza que a exigência é condenável e contrária à ideia de liberdade de crenças, compreendendo a *marcha da história universal que lançou milhares de homens nas algemas duma crença, não pela doce palavra da conversão, mas pela ameaça do carrasco*.⁷⁹

A atuação do Tribunal de Veneza ilustra um conhecido jogo de poder em que historicamente aos judeus, representando as minorias, é dado experimentar o amargor da Justiça como promessa não cumprida.

Conclusão

Finalizamos o presente trabalho destacando a importância de uma visão interdisciplinar como elemento de recomposição da universalidade cultural e enriquecimento do saber jurídico. A relação entre o Direito e a Literatura pode ser verificada em diferentes obras. Do próprio Shakespeare, Werner Goldschmidt aponta em *Medida por Medida* uma abordagem sobre *a justiça da lei aplicada por Ângelo e a justiça da sentença ditada e confirmada por Ângelo*⁸⁰, ressaltando a encantadora relação entre a ciência e a arte.

Procuramos demarcar a problemática da intolerância religiosa, que de remota época assola as minorias, constituindo abordagem constante da literatura universal.

A comédia de Shakespeare levou-nos ao confronto religioso havido entre judeus e cristãos na Europa do Séc. XVI: período histórico de crises e confrontos em que a hegemonia cristã ortodoxa figurou com material comburente para massacre das minorias. Os judeus como principais vítimas, hereges por eleição, foram os bodes expiatórios dos males que assolaram aquela *santa sociedade*.

A sentença de Pórcia demonstra tal estigma, como elemento de transformação do Tribunal de Veneza num palco de incertezas, onde a atuação do poder/justiça/arbitrariedade/vingança é denunciada pela Filosofia e condenada pelo Direito.

No caso *Shylock vs. Antônio* se constata de que sobrevivendo lacuna na subsunção fato-norma, o órgão judicante aplicou a equidade para solucionar o litígio. Admite-se em relação a toda lei qualquer adjetivação, menos a de injusta. A aplicação da norma deve, sem sombra de variação, produzir resultados justos. Trata-se de uma premissa tida como um ideal, pois a diversidade de casos surgidos no calor das relações sociais ultrapassa o poder de previsão do legislador.

O direito atual não admite a dação ou aceitação de uma libra de carne humana como garantia de pagamento de dívidas, pois a vida é um bem indisponível e a cláusula penal seria repudiada pelo ordenamento jurídico. Aparentemente o autor não se preocupou com este detalhe, pois como no dizer de Victor Kiernan, a atuação de Pórcia no tribunal de Veneza *é eficiente para o teatro e isso basta para Shakespeare*⁸¹.

O dramaturgo trouxe ao caso imaginário um atraente tema da filosofia jurídica, pois o mesmo problema com que se deparou Pórcia apresenta-se na rotina dos Tribunais. Em inúmeros momentos, para evitar a injustiça, cabe ao aplicador do direito adaptar a norma abstrata e genérica ao caso concreto, servindo-se da equidade para corrigir os rigores da lei.

Tendo o Estado atraído para si função jurisdicional, lhe compete aplicar o direito nos casos que se lhes apresentam, de forma que prevaleça a paz e a harmonia social. O juiz não pode encerrar-se no calabouço da lógica formal, reduzindo o direito ao puro silogismo, devendo sintonizar-se com fatores axiológicos e teleológicos.

⁷⁸ SHAKESPEARE, *op. cit.*, p. 354.

⁷⁹ IHERING, *op. cit.* p. XII (prefácio).

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *Conducta y Norma*. Valério Abeledo, Editor: Buenos Aires, 1995.

⁸¹ KIERNAN, Victor. *Shakespeare – poeta e cidadão*. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1999, p. 258.

Como no dizer de Aristóteles, somente aquele que é capaz de receber e exercer a justiça pode ser chamado de juiz, pois *ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva*.⁸²

O juiz não pode esquivar-se da solução do litígio sob a alegação de inexistir norma jurídica aplicável. Nestes casos, deve valer-se de métodos de integração, dentre os quais a interpretação e o ajuste equitativo como manifestação da liberdade de se alcançar os ideais da justiça.

A interpretação equitativa de Pórcia superou a contradição entre a norma e o caso litigioso, conduzindo uma individualização justa, pois como no dizer de Campos Pedroso, a equidade *não se manifesta só na correção das situações de insuficiência das normas legais ou no suprimento das lacunas legislativas, mas em toda e qualquer decisão judicial. Não há jurisprudência sem uma atuação da equidade*.⁸³

A comédia retrata ainda os problemas que não raro se apresentam em razão referida atuação, suscitados por aqueles que em louvor ao dogma da subsunção ou por temor da instabilidade, lançam dúvida em relação à efetividade de decisões que afastem a dedução lógico-formal.

A equidade é a justiça aplicada no caso concreto. Surge daí o problema de se fundamentar uma decisão sob a ótica de todos os indivíduos razoáveis, pois a aplicação da equidade guarda limite com um conceito mínimo de justiça entre os indivíduos. Sendo certo que este problema existe, certo também é que a busca de uma resposta sempre guardará pontos de consenso que convergem para a busca do bem e fuga do mal.

Não obstante, a imparcialidade do julgador é corolário para uma atuação isenta de arbitrariamente.

_ Devagar, o judeu terá justiça completa...

A fala de Pórcia prefacia um paradoxo. O Tribunal de Veneza não obrou com justiça, imperando, por último, pura arbitrariedade. A justiça completa é de difícil demonstração prática, pois como no dizer de Aristóteles, *a justiça não é uma parte da excelência moral, mas a excelência moral inteira*.⁸⁴

⁸² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção 'Os Pensadores', vol. 3. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 200.

⁸³ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos, *Normas Jurídicas Individualizadas*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 29.

⁸⁴ ARISTÓTELES, p. 195.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção 'Os Pensadores', vol. 3. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

BECKER, Werner. *Uma questão meramente jurídica*. Folha de São Paulo. São Paulo, 26 de julho de 2003. Tendências/Debates, p. A3.

BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BOQUET, Guy. *Teatro e Sociedade: Shakespeare*. Trad. Berta Zemel. São Paulo: Perspectiva, 1989.

BOSCOV, Isabela. *Ele era ou não era? Eis a questão*. São Paulo: Editora Abril. Revista Veja, 9 de novembro de 2005.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia, Literatura y Derecho*. Tradução do aluno. Buenos Aires: Rosário, 1986.

COELHO, Luis Fernando. *Introdução Histórica à Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Conducta y Norma*. Valério Abeledo, Editor: Buenos Aires, 1995.

HALFIM, Mirian. *O Judeu em Chaucer, Marlowe e Shakespeare*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. DIÁRIO ASSEMBLÉIA. Tocantins: *Assembléia Legislativa de Palmas*, 2005.

HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948.

HELIODORA, Bárbara. *Falando de Shakespeare*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. João Vasconcelos. 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIERNAN, Victor. *Shakespeare – poeta e cidadão*. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1999.

LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Imprensa Universitária, Editorial Estampa, 1980.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do Contrato*. Disponível em «<http://www.jusnavigandi.com.br/contratos.htm>». Acesso em 20 set 2005.

MERCADOR DE VENEZA, Ed. Revisada por GIL GRAVE. Portugal: Lello & Irmão Editores, ano não informado.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos, *Normas Jurídicas Individualizadas*, São Paulo: Saraiva, 1993.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINTO, Cristiano Paixão. *Shakespeare, O Mercador de Veneza e a Experiência Histórica do Direito*. Publicado em: Notícia do direito brasileiro. Nova série, 9. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2002.

PULLAN, Brian. Apud SENNETT, Richard, *Carne e pedra*, Rio de Janeiro, Record, 1977.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisseta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REVISTA MORASHA, 39 ed., ano 2002, Disponível em http://www.morasha.com.br/conteudo/artigos/artigos_view.asp?a=270&p=0. Acesso em 10 de setembro de 2009.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SAINT VITOR, Paul de. *Las dos Caratulas – Shakespeare*. Buenos Aires: Editorial El Ombu, 1933. SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SHAKESPEARE: VIDA E OBRA. São Paulo: Nova Cultural, 2003. SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 4 ed. México: Ed. Porrúa, 1970.

SILVA, Maritza Maffei da. *O Mercador de Veneza de William Shakespeare: um encontro na encruzilhada da Literatura, do Direito e da Filosofia*. Tese (Doutorado em Direito). São Leopoldo: Unisinos, 2004.

STEVENS, Kera; Mutran, Munira H. *O Teatro Inglês da Idade Média até Shakespeare*. São Paulo: Global, 1988.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.405, de 16 de maio de 2011.*

Acrescenta § 6º ao art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, para facultar a elaboração de cálculos de liquidação complexos por perito e autorizar o arbitramento da respectiva remuneração.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

“Art. 879.

§ 6º Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Carlos Lupi

*Publicado no *DOU* de 17/05/2011.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Lei 12.408, de 25 de maio de 2011.*

Altera o art. 65 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o art. 65 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispondo sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos, e dá outras providências.

Art. 2º Fica proibida a comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol em todo o território nacional a menores de 18 (dezoito) anos.

Art. 3º O material citado no art. 2º desta Lei só poderá ser vendido a maiores de 18 (dezoito) anos, mediante apresentação de documento de identidade.

Parágrafo único. Toda nota fiscal lançada sobre a venda desse produto deve possuir identificação do comprador.

Art. 4º As embalagens dos produtos citados no art. 2º desta Lei deverão conter, de forma legível e destacada, as expressões *PICHAÇÃO É CRIME (ART. 65 DA LEI 9.605/1998). PROIBIDA A VENDA A MENORES DE 18 ANOS*.

Art. 5º Independentemente de outras cominações legais, o descumprimento do disposto nesta Lei sujeita o infrator às sanções previstas no art. 72 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Art. 6º O art. 65 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.” (NR)

Art. 7º Os fabricantes, importadores ou distribuidores dos produtos terão um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após a regulamentação desta Lei, para fazer as alterações nas embalagens mencionadas no art. 2º desta Lei.

Art. 8º Os produtos envasados dentro do prazo constante no art. 7º desta Lei poderão permanecer com seus rótulos sem as modificações aqui estabelecidas, podendo ser comercializados até o final do prazo de sua validade.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Fernando Damata Pimentel
Izabella Mônica Vieira Teixeira
Anna Maria Buarque de Hollanda

*Publicado no *DOU* de 26/05/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.409, de 25 de maio de 2011.*

Conversão da Medida Provisória 513, de 2010.

Autoriza o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, a assumir, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais – CCFCVS, direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH; oferecer cobertura direta a contratos de financiamento habitacional averbados na Apólice do SH/SFH; autoriza o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT a utilizar recursos federais em apoio à transferência definitiva do domínio da malha rodoviária federal para os Estados; altera o Anexo do Plano Nacional de Viação aprovado pela Lei 5.917, de 10 de setembro de 1973, e as Leis 12.249, de 11 de junho de 2010, 11.887, de 24 de dezembro de 2008, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e 11.314, de 3 de julho de 2006; revoga a Medida Provisória 523, de 20 de janeiro de 2011; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS autorizado, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais – CCFCVS, a:

I – assumir os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH, que contava com garantia de equilíbrio permanente e em âmbito nacional do Fundo em 31 de dezembro de 2009;

II – oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do SH/SFH; e

III – remunerar a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, pelas atribuições decorrentes do disposto neste artigo.

Parágrafo único. A cobertura direta de que trata o inciso II do *caput* poderá cobrir:

I – o saldo devedor de financiamento habitacional, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário; e

II – as despesas relacionadas à cobertura de danos físicos ao imóvel e à responsabilidade civil do construtor.

Art. 2º Fica autorizado o parcelamento de dívidas vencidas até 26 de novembro de 2010, data de edição da Medida Provisória 513, de 2010, das instituições financeiras com o FCVS, decorrentes da assunção de que trata o inciso I do *caput* do art. 1º, em forma a ser definida pelo CCFCVS.

Parágrafo único. No âmbito do parcelamento de que trata o *caput*, fica a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, autorizada a promover o encontro de contas entre créditos e débitos das instituições financeiras com aquele Fundo.

Art. 3º O art. 63 da Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 63.

Parágrafo único. Para a cobertura do crédito de que trata o *caput*, a União poderá emitir, sob a forma de colocação direta, em favor do Banco do Nordeste do Brasil S.A., títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, cujas características serão definidas pelo Ministro de Estado da Fazenda, devendo ser respeitada a equivalência econômica dos títulos com o valor previsto no *caput*.” (NR)

Art. 4º Fica a União autorizada a conceder subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, sob a modalidade de equalização de taxas de juros, em operações de financiamento

contratadas até 31 de dezembro de 2011, destinadas a capital de giro e investimento de sociedades empresariais, empresários individuais e pessoas físicas ou jurídicas caracterizadas como produtores rurais, localizados em Municípios de Estados da Federação atingidos por desastres naturais e abrangidos por decreto estadual de situação de emergência ou estado de calamidade pública, relacionados em ato do Poder Executivo federal.

§ 1º O valor do total dos financiamentos a que se refere o *caput* fica limitado ao montante de até R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

§ 2º A equalização de juros de que trata o *caput* corresponderá ao diferencial entre o encargo do mutuário final e o custo da fonte dos recursos, acrescido da remuneração do BNDES e dos agentes financeiros por ele credenciados.

§ 3º O pagamento da equalização de que trata o *caput* fica condicionado à comprovação da boa e regular aplicação dos recursos e à apresentação de declaração de responsabilidade pelo BNDES, para fins de liquidação da despesa.

§ 4º O prazo a que se refere o *caput* poderá ser prorrogado por ato do Poder Executivo.

§ 5º O Conselho Monetário Nacional estabelecerá as condições necessárias à contratação dos financiamentos, cabendo ao Ministério da Fazenda a regulamentação das demais condições para a concessão da subvenção econômica de que trata este artigo, entre elas a definição da metodologia para o pagamento da equalização de taxas de juros.

Art. 5º Os arts. 2º, 4º e 7º da Lei 11.887, de 24 de dezembro de 2008, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

.....

§ 4º Os ativos decorrentes de aquisições diretas pelo Ministério da Fazenda, de que trata o inciso I do *caput*, quando se referirem:

I – a ativos de renda fixa e de renda variável internacionais, deverão permanecer custodiados em contas específicas, abertas diretamente em nome do FSB, em instituição financeira federal no exterior;

II – a moeda estrangeira, deverão ser depositados em instituição financeira federal no exterior, até a realização do investimento na forma deste artigo.” (NR)

“Art. 4º

.....

IV – títulos da dívida pública mobiliária federal.

.....

§ 2º Fica a União autorizada a emitir, a valor de mercado, sob a forma de colocação direta em favor do FSB, títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal.

§ 3º A União poderá resgatar antecipadamente, a valor de mercado, os títulos de que trata o § 2º.

§ 4º Fica a União autorizada a permutar com o FSB ativos de renda fixa, inclusive títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, e de renda variável e moeda estrangeira, a valor de mercado ou observada a equivalência econômica.

§ 5º Os ativos de renda fixa ou variável domésticos recebidos diretamente pelo FSB deverão permanecer custodiados em contas específicas, abertas diretamente em nome do Fundo, em instituição financeira federal.” (NR)

“Art. 7º

.....

§ 7º Fica a União, inclusive por meio do FSB, autorizada a permutar com o FFIE ativos de renda fixa, inclusive títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, de renda variável e moeda estrangeira, a valor de mercado ou observada a equivalência econômica.” (NR)

Art. 6º Os arts. 16 e 18 da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

.....
 § 8º A capitalização do FGP, quando realizada por meio de recursos orçamentários, dar-se-á por ação orçamentária específica para esta finalidade, no âmbito de Encargos Financeiros da União.” (NR)

“Art. 18. O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo.

.....
 § 8º O FGP poderá usar parcela da cota da União para prestar garantia aos seus fundos especiais, às suas autarquias, às suas fundações públicas e às suas empresas estatais dependentes.” (NR)

Art. 7º O *caput* do art. 19 da Lei 11.314, de 3 de julho de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 19. Fica o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, em apoio à transferência definitiva do domínio da malha rodoviária federal para os Estados, que estava prevista na Medida Provisória 82, de 7 de dezembro de 2002, autorizado a utilizar, até 31 de dezembro de 2012, recursos federais para executar obras e serviços de conservação, manutenção, recuperação, restauração, construção, sinalização, supervisão, elaboração de estudos e projetos de engenharia, bem como a tutela do uso comum das respectivas faixas de domínio, compreendendo a fiscalização, regulação, operação, cobrança pelo uso da faixa e ressarcimento pelos danos causados nos trechos transferidos.

.....” (NR)

Art. 8º (Vetado).

Art. 9º O item 4.2 da Relação Descritiva dos Portos Marítimos, Fluviais e Lacustres, constante do Anexo do Plano Nacional de Viação, aprovado pela Lei 5.917, de 10 de setembro de 1973, passa a vigorar acrescido dos seguintes portos:

“4.2. Relação Descritiva dos Portos Marítimos, Fluviais e Lacustres do Plano Nacional de Viação

.....
 Art. 10 Fica a Casa da Moeda do Brasil – CMB autorizada a doar 100.000.000 (cem milhões) de cédulas de gourdes à República do Haiti, para auxiliar na recomposição do meio circulante daquele País.

§ 1º O objeto da doação prevista no *caput* será fabricado pela CMB, a quem competirá providenciar o transporte até o destino.

§ 2º A despesa envolvida na doação prevista no *caput* não poderá ultrapassar R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) e os custos serão suportados pela CMB.

Art. 11 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 Ficam revogados o inciso IV do art. 3º da Lei 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e a Medida Provisória 523, de 20 de janeiro de 2011.

Brasília, 25 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

Guido Mantega

Alfredo Pereira do Nascimento

Miriam Belchior

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.414, de 9 de junho de 2011.*

Conversão da Medida Provisória 518, de 2010.

Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor*.

Parágrafo único. Os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro;

II – gestor: pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados;

III – cadastrado: pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados;

IV – fonte: pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro;

V – consultante: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para qualquer finalidade permitida por esta Lei;

VI – anotação: ação ou efeito de anotar, assinalar, averbar, incluir, inscrever ou registrar informação relativa ao histórico de crédito em banco de dados; e

VII – histórico de crédito: conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

I – objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II – claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III – verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV – de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I – informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II – informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado.

§ 2º Atendido o disposto no *caput*, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

§ 3º (Vetado).

Art. 5º São direitos do cadastrado:

I – obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;

II – acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento;

III – solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação;

IV – conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

V – ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

VI – solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

VII – ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

Art. 6º Ficam os gestores de bancos de dados obrigados, quando solicitados, a fornecer ao cadastrado:

I – todas as informações sobre ele constantes de seus arquivos, no momento da solicitação;

II – indicação das fontes relativas às informações de que trata o inciso I, incluindo endereço e telefone para contato;

III – indicação dos gestores de bancos de dados com os quais as informações foram compartilhadas;

IV – indicação de todos os consulentes que tiveram acesso a qualquer informação sobre ele nos 6 (seis) meses anteriores à solicitação; e

V – cópia de texto contendo sumário dos seus direitos, definidos em lei ou em normas infralegais pertinentes à sua relação com bancos de dados, bem como a lista dos órgãos governamentais aos quais poderá ele recorrer, caso considere que esses direitos foram infringidos.

§ 1º É vedado aos gestores de bancos de dados estabelecerem políticas ou realizarem operações que impeçam, limitem ou dificultem o acesso do cadastrado previsto no inciso II do art. 5º.

§ 2º O prazo para atendimento das informações estabelecidas nos incisos II, III, IV e V deste artigo será de 7 (sete) dias.

Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:

I – realização de análise de risco de crédito do cadastrado; ou

II – subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente.

Parágrafo único. Cabe ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar aos consulentes as informações de adimplimento do cadastrado.

Art. 8º São obrigações das fontes:

I – manter os registros adequados para demonstrar que a pessoa natural ou jurídica autorizou o envio e a anotação de informações em bancos de dados;

II – comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado;

III – verificar e confirmar, ou corrigir, em prazo não superior a 2 (dois) dias úteis, informação impugnada, sempre que solicitado por gestor de banco de dados ou diretamente pelo cadastrado;

IV – atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados, em prazo não superior a 7 (sete) dias;

V – manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados; e

VI – fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados.

Parágrafo único. É vedado às fontes estabelecerem políticas ou realizarem operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados que tenham autorizado a anotação de seus dados em bancos de dados.

Art. 9º O compartilhamento de informação de adimplimento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

§ 1º O gestor que receber informações por meio de compartilhamento equipara-se, para todos os efeitos desta Lei, ao gestor que anotou originariamente a informação, inclusive quanto à responsabilidade solidária por eventuais prejuízos causados e ao dever de receber e processar impugnação e realizar retificações.

§ 2º O gestor originário é responsável por manter atualizadas as informações cadastrais nos demais bancos de dados com os quais compartilhou informações, bem como por informar a solicitação de cancelamento do cadastro, sem quaisquer ônus para o cadastrado.

§ 3º O cancelamento do cadastro pelo gestor originário implica o cancelamento do cadastro em todos os bancos de dados que compartilharam informações, que ficam obrigados a proceder, individualmente, ao respectivo cancelamento nos termos desta Lei.

§ 4º O gestor deverá assegurar, sob pena de responsabilidade, a identificação da pessoa que promover qualquer inscrição ou atualização de dados relacionados com o cadastrado, registrando a data desta ocorrência, bem como a identificação exata da fonte, do nome do agente que a efetuou e do equipamento ou terminal a partir do qual foi processada tal ocorrência.

Art. 10. É proibido ao gestor exigir exclusividade das fontes de informações.

Art. 11. Desde que autorizados pelo cadastrado, os prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações, dentre outros, poderão fornecer aos bancos de dados indicados, na forma do regulamento, informação sobre o adimplimento das obrigações financeiras do cadastrado.

Parágrafo único. É vedada a anotação de informação sobre serviço de telefonia móvel na modalidade pós-paga.

Art. 12. Quando solicitado pelo cliente, as instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil fornecerão aos bancos de dados indicados as informações relativas às suas operações de crédito.

§ 1º As informações referidas no *caput* devem compreender somente o histórico das operações de empréstimo e de financiamento realizadas pelo cliente.

§ 2º É proibido às instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil estabelecer políticas ou realizar operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão das informações bancárias de seu cliente a bancos de dados, quando por este autorizadas.

§ 3º O Conselho Monetário Nacional adotará as medidas e normas complementares necessárias para a aplicação do disposto neste artigo.

Art. 13. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei, em especial quanto ao uso, guarda, escopo e compartilhamento das informações recebidas por bancos de dados e quanto ao disposto no art. 5º.

Art. 14. As informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos.

Art. 15. As informações sobre o cadastrado constantes dos bancos de dados somente poderão ser acessadas por consulentes que com ele mantiverem ou pretenderem manter relação comercial ou creditícia.

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

Art. 17. Nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme a *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, aplicam-se as sanções e penas nela previstas e o disposto no § 2º.

§ 1º Nos casos previstos no *caput*, a fiscalização e a aplicação das sanções serão exercidas concorrentemente pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação administrativa.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no *caput* e no § 1º, os órgãos de proteção e defesa do consumidor poderão aplicar medidas corretivas, estabelecendo aos bancos de dados que descumprirem o previsto nesta Lei obrigações de fazer com que sejam excluídas do cadastro, no prazo de 7 (sete) dias, informações incorretas, bem como cancelados cadastros de pessoas que não autorizaram a abertura.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Guido Mantega

*Publicado no *DOU* de 10/06/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.415, de 9 de junho de 2011.*

Acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei visa a compelir aquele que for afastado cautelarmente da moradia comum, na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual contra criança ou adolescente, a prestar os alimentos de que eles necessitem.

Art. 2º O art. 130 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 130.

Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Maria do Rosário Nunes
Luís Inácio Lucena Adams

*Publicado no *DOU* de 10/06/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 7.487, de 23 de maio de 2011.*

Dá nova redação aos arts. 7º, 32, 33 e 45 do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 84, inciso IV, e 153, § 1º, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei 5.143, de 20 de outubro de 1966, no Decreto-Lei 1.783, de 18 de abril de 1980, e na Lei 8.894, de 21 de junho de 1994,

Decreta:

Art. 1º Os arts. 7º, 32, 33 e 45 do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

.....

§ 18. No caso de operação de crédito cuja base de cálculo seja apurada por somatório dos saldos devedores diários, constatada a inadimplência do tomador, a cobrança do IOF apurado a partir do último dia do mês subsequente ao da constatação de inadimplência dar-se-á na data da liquidação total ou parcial da operação ou da ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no § 7º.

§ 19. Na hipótese do § 18, por ocasião da liquidação total ou parcial da operação ou da ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no § 7º, o IOF será cobrado mediante a aplicação das alíquotas previstas nos itens 1 ou 2 da alínea *a* do inciso I do *caput*, vigentes na data de ocorrência de cada saldo devedor diário, até atingir a limitação de trezentos e sessenta e cinco dias.” (NR)

“Art. 32.

§ 1º

I – às operações realizadas no mercado de renda fixa;

.....

§ 2º

I – de titularidade das instituições financeiras e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, excluída a administradora de consórcio de que trata a Lei 11.795, de 8 de outubro de 2008;

.....

V – com Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, com Letra de Crédito do Agronegócio – LCA, e com Certificado de Recebíveis do Agronegócio - CRA, criados pelo art. 23 da Lei 11.076, de 30 de dezembro de 2004; e

VI – com debêntures de que trata o art. 52 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com Certificados de Recebíveis Imobiliários de que trata o art. 6º da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, e com Letras Financeiras de que trata o art. 37 da Lei 12.249, de 11 de junho de 2010.

.....” (NR)

“Art. 33. A alíquota fica reduzida a zero nas demais operações com títulos ou valores mobiliários, inclusive no resgate de cotas do Fundo de Aposentadoria Programada Individual – Fapi, instituído pela Lei 9.477, de 24 de julho de 1997.” (NR)

“Art. 45. Para efeito de reconhecimento da aplicabilidade de isenção ou alíquota reduzida, cabe ao responsável pela cobrança e recolhimento do IOF exigir:

.....” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação às alterações introduzidas no art. 32 do Decreto 6.306, de 2007, para as aplicações contratadas a partir do primeiro dia útil subsequente à data da publicação deste ato.

Brasília, 23 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Guido Mantega

*Publicado no *DOU* de 24/05/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 7.492, de 2 de junho de 2011.*

Institui o Plano Brasil Sem Miséria.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea *a*, da Constituição,

Decreta:

Art. 1º Fica instituído o Plano Brasil Sem Miséria, com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza da população em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações.

Parágrafo único. O Plano Brasil Sem Miséria será executado pela União em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios e com a sociedade.

Art. 2º O Plano Brasil Sem Miséria destina-se à população em situação de extrema pobreza.

Parágrafo único. Para efeito deste Decreto considera-se em extrema pobreza aquela população com renda familiar *per capita* mensal de até R\$ 70,00 (setenta reais).

Art. 3º São diretrizes do Plano Brasil Sem Miséria:

I – garantia dos direitos sociais;

II – garantia de acesso aos serviços públicos e a oportunidades de ocupação e renda;

III – articulação de ações de garantia de renda com ações voltadas à melhoria das condições de vida da população extremamente pobre, de forma a considerar a multidimensionalidade da situação de pobreza; e

IV – atuação transparente, democrática e integrada dos órgãos da administração pública federal com os governos estaduais, distrital e municipais e com a sociedade.

Art. 4º São objetivos do Plano Brasil Sem Miséria:

I – elevar a renda familiar *per capita* da população em situação de extrema pobreza;

II – ampliar o acesso da população em situação de extrema pobreza aos serviços públicos; e

III – propiciar o acesso da população em situação de extrema pobreza a oportunidades de ocupação e renda, por meio de ações de inclusão produtiva.

Parágrafo único. O cadastro único para programas sociais do Governo Federal, previsto no Decreto 6.135, de 26 de junho de 2007, será utilizado como instrumento básico para identificação do público e planejamento das ações do Plano Brasil Sem Miséria.

Art. 5º São eixos de atuação do Plano Brasil Sem Miséria:

I – garantia de renda;

II – acesso a serviços públicos; e

III – inclusão produtiva.

Art. 6º Ficam instituídas as seguintes instâncias para a gestão do Plano Brasil Sem Miséria:

I – Comitê Gestor Nacional;

II – Grupo Executivo; e

III – Grupo Interministerial de Acompanhamento.

Parágrafo único. O apoio administrativo necessário ao funcionamento das instâncias instituídas no *caput* será prestado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Art. 7º Compete ao Comitê Gestor Nacional do Plano Brasil Sem Miséria, instância de caráter deliberativo, fixar metas e orientar a formulação, a implementação, o monitoramento e a avaliação do Plano.

§ 1º O Comitê Gestor Nacional será composto pelos titulares dos seguintes órgãos:

I – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que o coordenará;

II – Casa Civil da Presidência da República;

III – Ministério da Fazenda; e

IV – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 2º Os membros do Comitê Gestor Nacional indicarão seus respectivos suplentes.

§ 3º A Secretaria-Executiva do Comitê Gestor Nacional será exercida pela Secretaria Extraordinária para a Superação da Extrema Pobreza do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Art. 8º Compete ao Grupo Executivo do Plano Brasil Sem Miséria assegurar a execução de políticas, programas e ações desenvolvidos no âmbito do Plano.

§ 1º O Grupo Executivo será composto pelos Secretários-Executivos dos órgãos mencionados nos incisos II a IV do § 1º do art. 7º e por representante do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que o coordenará.

§ 2º Os membros do Grupo Executivo indicarão seus respectivos suplentes.

Art. 9º Compete ao Grupo Interministerial de Acompanhamento do Plano Brasil Sem Miséria o monitoramento e a avaliação de políticas, programas e ações desenvolvidos no âmbito do Plano.

§ 1º O Grupo Interministerial de Acompanhamento será composto por representantes, titular e suplente, indicados pelos seguintes órgãos:

I – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que o coordenará;

II – Casa Civil da Presidência da República;

III – Secretaria-Geral da Presidência da República;

IV – Ministério da Fazenda;

V – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

VI – Ministério das Cidades;

VII – Ministério do Trabalho e Emprego;

VIII – Ministério do Desenvolvimento Agrário;

IX – Ministério da Saúde;

X – Ministério da Educação; e

XI – Ministério da Integração Nacional.

§ 2º Os representantes de que trata o § 1º serão designados em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

§ 3º O Grupo Interministerial de Acompanhamento prestará informações ao Grupo Executivo e ao Comitê Gestor Nacional sobre as políticas, programas e ações, suas respectivas dotações orçamentárias e os resultados de execução, identificando os recursos a serem alocados no Plano Brasil Sem Miséria.

§ 4º Poderão ser convidados para as reuniões do Grupo Interministerial de Acompanhamento representantes de entidades e órgãos públicos e privados, dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, bem como especialistas, para emitir pareceres e subsidiar o Grupo com informações.

§ 5º Poderão ser constituídos no âmbito do Grupo Interministerial de Acompanhamento grupos de trabalho temáticos destinados ao estudo e à elaboração de propostas sobre temas específicos, a serem submetidos ao Comitê Gestor Nacional.

Art. 10. A participação nas instâncias colegiadas instituídas neste Decreto será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 11. Para a execução do Plano Brasil Sem Miséria poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou outros instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados,

do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, na forma da legislação pertinente.

Art. 12. O Plano Brasil Sem Miséria será custeado por:

I – dotações orçamentárias da União consignadas anualmente nos orçamentos dos órgãos e entidades envolvidos no Plano Brasil Sem Miséria, observados os limites de movimentação, de empenho e de pagamento fixados anualmente;

II – recursos oriundos dos órgãos participantes do Plano Brasil Sem Miséria e que não estejam consignados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União; e

III – outras fontes de recursos destinadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como por outras entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para fins de acompanhamento do cumprimento do disposto no inciso I deste artigo, os órgãos e entidades participantes do Plano Brasil Sem Miséria deverão proceder à execução orçamentária utilizando Plano Interno – PI específico no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Siafi.

Art. 13. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de junho de 2011; 190^o da Independência e 123^o da República.

DILMA ROUSSEFF
Tereza Campello

*Publicado no *DOU* de 03/06/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 7.494, de 2 de junho de 2011.*

Altera o Decreto 5.209, de 17 de setembro de 2004, que regulamenta a Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea *a*, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004,

Decreta:

Art. 1º O inciso II do art. 19 do Decreto 5.209, de 17 de setembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

“II – benefício variável, no valor mensal de R\$ 32,00 (trinta e dois reais) por beneficiário, até o limite de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais) por família, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição:

- a) gestantes;
- b) nutrízes;
- c) crianças entre zero e doze anos; ou
- d) adolescentes até quinze anos;” (NR)

Parágrafo único. O aumento do número de benefícios variáveis atualmente percebidos pelas famílias beneficiárias, decorrente da alteração prevista no *caput*, ocorrerá nos termos de cronograma a ser definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Guido Mantega
Miriam Belchior
Tereza Campello

*Publicado no *DOU* de 03/06/2011.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 7.497, de 9 de junho de 2011.*

Dá nova redação ao art. 152 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea *a*, da Constituição,

Decreta:

Art. 1º O art. 152 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. O disposto no art. 55 entrará em vigor em 11 de dezembro de 2011.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

Izabella Mônica Vieira Teixeira

*Publicado no *DOU* de 10/06/2011.

Corte Especial

Numeração única: 0014305-14.2006.4.01.0000

Mandado de Segurança 2006.01.00.012114-0/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Impetrante: Márcia Amaral Kafuri
Advogados: Dr. João Batista Fagundes e outros
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Publicação: e-DJF1 de 13/05/2011, p. 68

Ementa

Administrativo. Concurso público. Edital. Aprovação fora do número de vagas. Direito subjetivo a nomeação e posse dentro do prazo de validade. Ausência. Discricionariedade da Administração. Previsão no edital. Alteração do padrão da seção judiciária. Criação de cargos. Necessidade de previsão legal. Segurança denegada.

I. Em tema de concurso público, consoante entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência, o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto os candidatos quanto a Administração (RMS 32927/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011; REsp 1200741/AM, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010).

II. Aprovado o candidato fora do número de vagas previsto no edital, tem ele mera expectativa de direito à nomeação, relativamente a eventuais vagas que surgirem no prazo de validade, cabendo à Administração, dentro de seu poder discricionário e conforme seus interesses, nomear candidatos de acordo com sua conveniência, respeitando-se a ordem de classificação (RMS 32071/ SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/11/2010; RMS 33315/AP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011).

III. Estando previsto no Edital que o concurso era destinado ao provimento de um cargo de analista judiciário, área meio, bem como das vagas que *surgissem ou fossem criadas dentro do prazo de validade do concurso e fossem destinadas para provimento, observados o interesse e a conveniência da Administração e o disposto na Resolução 5/1999*, por óbvio que à Administração foi conferido o poder discricionário de nomear os candidatos aprovados conforme sua conveniência, respeitando-se a ordem de classificação

IV. Não há ofensa ao direito público subjetivo à nomeação, relativamente às vagas que surgiram no período de validade do concurso, porquanto seu suprimento dependia da conveniência e oportunidade administrativa, não havendo impedimento para Administração promover remoção de servidores ou redistribuir os cargos para outras seções judiciárias. Ademais, tanto a Lei 10.772/2003 como a Resolução 5/1999 desta Corte permitiam o remanejamento de cargos.

V. Para ser alterado o padrão da Seção Judiciária de Goiás seria necessária a criação de cargos efetivos para a área administrativa da sede, o que, em virtude de imperativo constitucional, somente é possível mediante lei.

VI. Ordem de segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 05/05/2010.

Desembargador Federal José Amilcar Machado, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: —
Trata-se de mandado de segurança, com pedido de

liminar, impetrado por Márcia Amaral Kafuri contra ato da então Presidente deste Tribunal, Desembargadora Federal Assusete Magalhães, mediante o qual foram redistribuídos cargos vinculados à Seção Judiciária

de Goiás, bem como postula a alteração de padrão da referida seção judiciária, nos termos da Resolução 5/1999.

Afirma que foi aprovada em concurso público para o cargo de analista judiciário – área administrativa –, realizado no ano de 2001, para a Seção Judiciária de Goiás. Homologado o resultado em 17/04/2002, posteriormente o prazo de validade foi prorrogado até 16/04/2006. Embora tenha sido aprovada em 18º lugar, em decorrência de algumas nomeações e desistências, sua colocação na data da impetração era o 2º lugar.

Segundo a impetrante, conforme previsto no edital, foi oferecido um cargo de analista judiciário, área administrativa, para a Seção Judiciária de Goiás, em Goiânia, bem como outras vagas que surgissem ou fossem criadas dentro do prazo de validade do concurso e fossem destinadas para provimento. Relativamente à localidade, relata que o edital não a especificou, de forma que para o Estado de Goiás o concurso foi destinado à seção judiciária como um todo, ainda que a vaga oferecida, naquele momento, fosse disponibilizada para Goiânia–GO; diverso do que aconteceu com os Estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e do Pará, que havia especificação.

Destaca que com a publicação da Lei 10.772/2003, foram criadas 183 varas federais, sendo 59 para a 1ª Região, resultando para o Estado de Goiás 4 (quatro) novas varas, que foram assim distribuídas: duas para Goiânia, uma para Anápolis, uma para Luziânia. Destaca que apesar de a vaga no concurso ter sido disponibilizada para Goiânia–GO, duas pessoas foram lotadas na Subseção Judiciária de Luziânia–GO, após a edição da referida lei.

Sustenta também que a Resolução 5/1999 estabeleceu a estrutura básica de pessoal, razão pela qual para a Seção Judiciária de Goiás o total de cargos seriam 8 (oito), visto que caberiam 2 (dois) cargos para cada subseção judiciária (ou seja, para Anápolis, Aparecida de Goiânia, Luziânia e Rio Verde). Alguns cargos foram oferecidos a alguns concursados da Seção Judiciária de Goiás, já que criados dentro do prazo de validade do concurso. Do quantitativo previsto, foram oferecidos apenas 4 (quatro) cargos: 1 (um) em Anápolis; 2 (dois) em Aparecida de Goiânia e 1 (um) em Rio Verde. Embora ainda existissem cargos vagos na Seção Judiciária de Goiás, especificamente 2 (dois) em Aparecida de Goiânia, 1 (um) em Anápolis e 1 (um) em Rio Verde, nenhum foi oferecido à impetrante nem à concursada que está em primeiro lugar, aprovadas no certame público.

Alega, além disso, que esses cargos de analista judiciário – área administrativa – que não foram oferecidos foram redistribuídos para outras seções judiciárias, a despeito do que prevê o edital do concurso. Por outro lado, servidores das seções judiciárias de outros Estados e deste Tribunal foram removidos e lotados nessas subseções judiciárias, em prejuízo de candidatos concursados. Sustenta, por fim, que nenhum cargo poderia ter sido redistribuído para outra seção judiciária, em face do disposto na Resolução 5/1999 e na Lei 9.788/1999.

Postula, ainda, seja alterado o padrão da Seção Judiciária de Goiás, conforme previsto na Resolução 5/1999. Em 2005 a Seção Judiciária de Goiás fazia parte do padrão 5, com apenas 12 varas federais e a partir de março de 2008, passou a contar com 19 varas federais, o que lhe permite passar de 18 para 32 cargos de analista judiciário, área administrativa, nos termos da referida resolução. São 18 novos cargos dessa área, os quais foram previstos pelas Leis 9.788/1999 e 10.772/2003, situação que permitiria sua nomeação e dos demais concursados. Ocorre que por meio da Resolução 600-18, de 16/12/2003, foram mantidos os padrões estruturais das seções judiciárias de que trata o art. 1º da Resolução 5/1999, independentemente do número de varas, até que sejam integralmente implantadas as varas criadas pela Lei 10.772/2003, quando deverá ser criado novo estudo.

II. Pedido de liminar indeferido, às fls. 140–141, cujo excerto é o seguinte:

[...]

Não encontro presente, no contexto da causa, a relevância jurídica dos fundamentos da impetração.

Com efeito, o edital do concurso, em questão, ao prever que teria por escopo o provimento das vagas já existentes e das que surgirem ou vierem a ser criadas, não vinculou à Administração a prover *todas* as vagas eventualmente surgidas com os candidatos aprovados no certame, mas, tão-somente, àquelas que, segundo o interesse e a conveniência da Administração, fossem “destinadas para provimento”. Eis o teor do item do regulamento.

O concurso destina-se ao provimento de vagas atualmente existentes no Tribunal Regional Federal da Primeira Região e nas Seções Judiciárias vinculadas, conforme discriminadas no Anexo I desde Edital, bem como das que surgirem ou vierem a ser criadas dentro do prazo de validade do concurso e *forem destinadas para provimento, observados o interesse e a conveniência da Administração* e o disposto na Resolução 05/99 – TRF – 1ª Região, art. 8º, parágrafo único (grifei).

Certo, assim, que a Administração, no uso de seu poder discricionário, optou por destinar algumas vagas à remoção/redistribuição de servidores já integrantes do Quadro de Pessoal das Seccionais e do TRF/1ª Região, segundo prenúncio no edital do certame, tal como acima transcrito.

Tais institutos, vale observar, encontram-se previstos na Lei 8.112/90, em seus arts. 36 e 37, não se visualizando, portanto, nenhuma ilegalidade na atuação administrativa no que diz respeito ao preenchimento das vagas, que obedeceu, rigorosamente, a ordem de classificação.

Impõe-se, dessarte, dar prevalência ao interesse público aferido pela autoridade competente desta Corte, com respaldo de conveniência e oportunidade da Administração.

Ressalte-se, inclusive, a razoabilidade do critério adotado pela Administração, inicialmente por prestigiar os servidores já integrantes da Primeira Região, que tem interesse em se deslocar para uma nova sede e, também, como forma de evitar o preenchimento do quadro de pessoal das novas Subseções apenas com candidatos recém empossados, ainda carentes de treinamento e adaptações aos serviços administrativos e cartorários.

[...]

III. Notificada, a autoridade apontada coatora prestou as informações às fls. 145–151. Sustenta a legalidade do ato impugnado, tirado com observância estrita aos dispositivos legais aplicáveis à espécie.

IV. O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da segurança, praticamente aos mesmos fundamentos declinados pela autoridade indigitada coatora.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Como se percebe, a impetração está fundada na alegação de ofensa à regras do edital do concurso público realizado para provimento de cargo de analista judiciário – área administrativa – para o Estado de Goiás, e postula, ainda, a impetrante seja alterado o padrão de referida seção judiciária, nos termos da Resolução 5/1999.

Segundo a impetrante no edital do referido concurso foi oferecido um cargo de analista judiciário,

área administrativa, para a Seção Judiciária de Goiás, bem como outros que surgissem ou fossem criados dentro do prazo de validade do concurso (item I, subitem 7 e Anexo I). No prazo de validade do concurso foi editada a Lei 10.772/2003, tendo sido lotados dois candidatos na Subseção Judiciária de Luziânia. Ocorre que, segundo a impetrante, entre os cargos criados apenas 4 (quatro) foram oferecidos: 1 (um) em Anápolis; 2 (dois) em Aparecida de Goiânia e 1 (um) em Rio Verde. Embora ainda existissem cargos vagos na Seção Judiciária de Goiás, especificamente 2 (dois) em Aparecida de Goiânia, 1 (um) em Anápolis e 1 (um) em Rio Verde, nenhum foi oferecido à impetrante nem à concursada que está em primeiro lugar, foram, por outro lado, redistribuídos para outras seções judiciárias.

Em tema de concurso público, consoante entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência, o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto os candidatos quanto a Administração. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital de abertura do concurso possui direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreu.

Nesse sentido, cabe referir da Jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS EXIGIDOS PELO EDITAL NÃO COMPROVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto os candidatos quanto a Administração.

(omissis)” RMS 32927/ MG, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2011

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 98/STJ.

1. O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas oferecidas pelo edital possui direito subjetivo à nomeação ao cargo para o qual concorreu.

2. Precedentes: AgRg no RMS 30.727/MS, DJe 18/10/2010; AgRg nos EDcl no REsp 1.161.956/RN, DJe 25/10/2010; AgRg no RMS 32.083/BA, DJe 28/09/2010; REsp 1.197.686/AM, DJe 08/09/2010; REsp 1.194.584/AM, DJe 14/09/2010.

3. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. Dicção da Súmula 98/STJ.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Selene Almeida, Catão Alves, Mário César Ribeiro, Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Ítalo Mendes, Assusete Magalhães e Fagundes de Deus.

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1200741/ AM, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/12/2010)

Na hipótese dos autos, a autoridade coatora sustenta que agiu dentro do poder discricionário conferido à Administração para remanejar cargos. Destaca-se, das informações, nesse específico ponto (fls. 145–151):

A Lei 10.772, de 21 de novembro de 2003, que dispõe sobre a criação de 183 (cento e oitenta e três) Varas Federais destinadas à interiorização da Justiça Federal de 1º Grau, estabeleceu em seu art. 7º, verbis:

‘Art. 7º: os cargos administrativos e funções comissionadas criadas por esta lei poderão ser remanejados, de uma para outra Vara ou para Tribunal Regional Federal respectivo, a critério deste, quando a carga processual assim demandar’

Da norma acima transcrita, depreende-se que a Administração pode, no exercício do Poder Discricionário a ela conferido, remanejar os cargos criados para outras varas ou para o próprio Tribunal.

É oportuno destacar que idêntica faculdade está prevista na Resolução nº 05/99 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cujo art. 16 prescreve:

Art.16º. À Secretaria do Tribunal cabe manter o controle dos quadros de pessoal, orientando os remanejamentos necessários’.

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se pela denegação da segurança, destacando:

Não há previsão legal que assegure a pretensão da Impetrante. Não se trata de nomeação de novos concursados com preterição dos já aprovados ou de nomeação de candidatos aprovados com preterição de ordem de classificação, mas de impedir a redistribuição de cargos criados pela Lei 10.772/2003 e, ainda, de aumentar o número de vagas para a Seção Judiciária de Goiás, alterando a sua mudança de padrão, de modo a surgir vaga para a qual a Impetrante possa vir a ser nomeada, e isso se dilatar o prazo de validade do concurso, que foi prorrogado por dois anos, a contar de 17/04/2004 (impetração datada de 10/04/2006), consoante requerido em liminar, que foi indeferida, e se surgir fato a obrigar a nomeação (como por exemplo, nomeação com preterição de candidato melhor classificado).

Assim, primeiramente, pretende a Impetrante que sejam anuladas as redistribuições de cargos – embora também tenha atacado a remoção de servidores da Seção Judiciária de Goiás, não requereu a anulação de qualquer remoção; ao contrário, considerou que se mantivessem as remoções.

Não esclareceu, ainda, quais candidatos teriam sido favorecidos com a redistribuição em seu detrimento ou prejuízo. Isso demandaria, para a anulação da redistribuição, a citação dos candidatos tidos como favorecidos, na condição de litisconsortes passivos necessários.

A redistribuição dos cargos por si só não é ilegal, em encontrando autorização no art. 7º da Lei 10.772/2003 e no art. 16 da Resolução 05/99, como bem esclareceu a autoridade indigitada coatora em suas informações. Acrescente-se que não há qualquer prova nos autos de quebra dos princípios da isonomia, da legalidade ou da moralidade, ou de qualquer outro princípio constitucional, para que presente motivo a anular as redistribuições. Isso também teria que ser provado, acaso se pretendesse também a anulação das remoções.

Ademais, é de se atentar que ao tempo das inscrições no concurso, em 2001 (fls. 24), já havia a previsão de redistribuição de cargos pela Resolução nº 05/99 e que para as vagas surgidas com a Lei 10.772/2003, com a criação de cargos, a própria Lei nº 10.772/2003 também autorizou a redistribuição de cargos e funções, de acordo com a necessidade de serviço e a critério do Tribunal respectivo.

Nesse ponto, também não há qualquer prova nos autos de que não havia interesse público na redistribuição dos cargos ou que a autoridade não observou os motivos pelos quais teria sido procedida à redistribuição dos cargos.

Com efeito, o edital especificou no item 1.7 que o concurso destinava-se ao provimento de vagas existentes [no caso, 1 (um) cargo de analista judiciário, área administrativa, bem como as que surgissem ou fossem criadas dentro do prazo de validade do concurso e fossem destinadas para provimento, *observados o interesse e a conveniência da Administração e o disposto na Resolução 5/1999*.

É relevante destacar que tanto a Lei 10.772/2003 como a Resolução 5/1999 desta Corte permitem o remanejamento de cargos.

Lei 10.772/03:

Art. 7º: os cargos administrativos e funções comissionadas criadas por esta lei poderão ser remanejados, de uma para outra Vara ou para Tribunal Regional Federal respectivo, a critério deste, quando a carga processual assim demandar.

Resolução nº 05/99 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Art.16º. À Secretaria do Tribunal cabe manter o controle dos quadros de pessoal, orientando os remanejamentos necessários’.

Observa-se, assim, que à Administração estava conferido o poder discricionário de nomear os candidatos aprovados conforme sua conveniência,

respeitando a ordem de classificação. Não há que se falar em ofensa ao direito subjetivo à nomeação porque as vagas surgiram no período de validade do concurso e o seu suprimento dependia da conveniência e oportunidade administrativa. Devendo ser ressaltado que a impetrante classificou-se em 18º lugar, quando no edital foi oferecido apenas um cargo de analista judiciária, área administrativa.

Nesse sentido, destaco da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. INEXISTÊNCIA. NOVAS VAGAS. INVESTIDURA DISCRICIONÁRIA.

1. Sustenta a parte recorrente, em síntese, que tem direito à nomeação e posse decorrente da vacância ocorrida em razão de remanejamento de cargo ocupado pela candidata aprovada e classificada imediatamente antes.

2. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes.

3. Na espécie, o impetrante-recorrente foi aprovado em 7º (sétimo) lugar em concurso para provimento de 3 (três) vagas.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também está consolidada pela inexistência de direito adquirido dos candidatos aprovados em relação a eventuais novas vagas que surgirem no prazo de validade do certame, caracterizando a investidura ato discricionário da Administração Pública. Precedentes.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS 32071/ SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 12/11/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO. QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua

conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.

2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

4. Recurso ordinário não provido. (RMS 33315/ AP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/02/2011)

Como visto, tenho que a Administração agiu corretamente. O edital do concurso público estabeleceu que o provimento dos cargos que surgissem ou fossem criados no prazo de validade do concurso deveria atender o interesse e a conveniência da Administração e o disposto na Resolução 5/1999. Da mesma forma, a Lei 10.772/2003 permitiu que fossem remanejados os cargos criados a critério da Administração e quando a cargo processual assim demandar.

Assim sendo, não há que se falar em ilegalidade do ato impugnado. A Administração agiu corretamente, dentro do exercício do poder discricionário a ela conferido, atendendo aos seus interesses, restando, pois, evidente a ausência de direito líquido e certo da impetrante, no ponto.

No que diz com a alteração de padrão da Seção Judiciária de Goiás, também entendo agiu corretamente a administração, visto que para que ser alterado o padrão seria necessária a criação de cargos efetivos para a área administrativa da sede e, em virtude de imperativo constitucional, somente mediante lei podem ser criados cargos efetivos.

A autoridade coatora, sobre essa específica questão, expõe (fls. 145–151):

Outrossim, não merece guarida a afirmação segundo a qual este Tribunal estaria protelando a mudança no padrão da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em virtude da criação das novas Varas Federais pela Lei 10.772/2003, com o intuito de manipular a distribuição das vagas, a despeito de existirem candidatos aprovados em concurso público.

Vale esclarecer, nesse passo, que a Resolução nº 05/1999-TRF, dispôs sobre a estrutura da Justiça Federal da primeira instância da Primeira Região,

organizando as quatorze Seccionais vinculadas em seis padrões, nos seguintes termos:

“Art. 1º As seções judiciárias que integram o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ficam organizadas em 6 (seis) padrões distintos, a saber:

I - Padrão 1: constituído dos Estados do Amapá, de Roraima e do Tocantins, todos com 2 (duas) varas;

II - Padrão 2: constituído dos Estados do Acre e de Rondônia, todos com 3 (três) varas;

III - Padrão 3: constituído dos Estados do Amazonas, de Mato Grosso e do Piauí, com 5 (cinco) varas cada um;

IV - Padrão 4: constituído dos Estados do Maranhão e do Pará, com, Respectivamente, 7 (sete) e 9 (nove) varas;

V - Padrão 5: constituído do Estado de Goiás, com 12 (doze) varas;

VI - Padrão 6: constituído dos Estados da Bahia, de Minas Gerais e do Distrito Federal, respectivamente, com 21 (vinte e uma), 37 (trinta e sete) e 22 (vinte e duas) varas.”

Consoante se verifica, a Seção Judiciária de Goiás ficou organizada Padrão 5, com 12 (doze) varas federais.

Segundo alega a reclamante, a atual estrutura da SJ/GO autorizaria a mudança para o Padrão VI, tendo em vista o aumento do número de Varas Federais após a edição da Lei nº 1 0.772/2003.

Ocorre que qualquer alteração no padrão da Seção Judiciária há de obedecer ao disposto no Anexo I da citada Resolução (doc. em anexo), quanto à observância da quantidade de cargos efetivos por Vara Federal.

Em consonância com o Anexo I, para que seja alterado o padrão da Seção Judiciária de Goiás seria necessária a criação de cargos efetivos para a área administrativa da sede, porquanto nas Seções Judiciárias que compõem o Padrão VI – Minas Gerais, Bahia e Distrito Federal - o quantitativo desses cargos é superior à lotação prevista para o Estado de Goiás. No caso específico do cargo de Analista Judiciário, Área Administrativa – a quantidade necessária corresponde a 32 (trinta e dois) cargos efetivos, portanto, teriam de ser criados mais 14 (catorze) cargos efetivos, considerando que a lotação atual na SJ/GO é equivalente a 18 (dezoito) cargos.

A propósito, cabe lembrar que, em virtude de imperativo constitucional, somente mediante lei se pode criar cargos efetivos. É o que prescreve o art. 61 da atual Carta Magna, verbis:

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I – (...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

Cumpra esclarecer, ainda, que na estrutura de Vara Federal sediada na capital, não há previsão de lotação de Analista Judiciário - Área Administrativa. Com efeito, a lotação de Vara Federal inclui somente os cargos de Analista Judiciário - Área Judiciária, Analista Judiciário, Especialidade Execução de Mandados (ex-oficial de Justiça), Técnico Judiciário - Área Administrativa e Técnico Judiciário - Agente de Segurança Judiciária.

O Ministério Público, por sua vez, destaca:

Quanto à pretensão da Impetrante de aumentar o número de vagas para a Seção Judiciária de Goiás, com a mudança de seu padrão, de modo a possibilitar sua nomeação, mais distante, ainda, a caracterização de direito líquido e certo.

A mudança de padrão demanda a presença de requisitos, dos quais o destaque seria para o aumento do número de cargos em consonância com a necessidade do serviço, o que não se pode aferir em sede de mandado de segurança, e isso se ultrapassassem os critérios erigidos pelo administrador público para a organização dos serviços a serem prestados.

Resta, ainda, observar, que, além de inconstitucional (art. 37, IV, da CF), não há previsão legal que autorize a prorrogação de prazo de validade de concurso público por tempo indeterminado, para que as condições se tomem propícias à nomeação de candidato, o que, na hipótese dos autos, seria alterar o padrão da Seção Judiciária de Goiás, com o aumento do número de cargos, a colocar a Impetrante, diante de sua posição na ordem de classificação, em posição hábil à nomeação, e isso se surgisse fato a obrigar a sua nomeação (como já antes exemplificado, nomeação com preterição de candidato melhor classificado).

Do exame do pleito formulado e do fato em que se motiva, não há direito líquido e certo a amparar o pleito da impetrante, por não restar atendido qualquer pressuposto legalmente exigido, quais sejam: direito líquido e certo, ato ilegal ou abusivo da autoridade coatora.

Ante o exposto, confirmando a liminar indeferida às fls. 140/141, denego a segurança pleiteada. Sem honorários advocatícios (Lei. 12.016/2009, art. 25, e Súmula 512 do STF).

É como voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória 0022043-82.2008.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)
 Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réu: Jocelino Hermógenes Pinho
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2011, p. 321

Ementa

Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Incompetência absoluta. Renúncia ao valor excedente a sessenta salários-mínimos. Retratação na fase inicial do procedimento. Possibilidade.

I. O Juizado Especial Federal Cível é absolutamente competente para processar e julgar causas afetas à Justiça Federal até o valor de sessenta salários-mínimos (art. 3º, *caput* e § 3º, da Lei 10.259/2001).

II. Não configura hipótese de incompetência absoluta o processamento e julgamento pelo Juízo Federal comum de causa remetida pelo Juizado Especial Federal em que, a despeito de renúncia ao valor excedente a sessenta salários-mínimos (§ 3º do art. 3º da Lei 9.099/1995), consignada na exordial, a parte, à vista de cálculo judicial, manifesta retratação ainda na fase inicial do procedimento.

III. Pedido rescisório que se julga improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar improcedente o pedido rescisório.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 10/05/2011.

Juiz Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:
 — Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em desfavor de Jocelino Hermógenes Pinho, objetivando a desconstituição da sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Varginha/MG, que julgou procedente o pedido para determinar que fosse incluído na correção do salário de contribuição do benefício do autor o percentual de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994.

O INSS sustenta, em síntese, que o processo deveria ter seguido seu curso no Juizado Especial Federal de Belo Horizonte, ao invés de ser remetido à Justiça Federal Comum, pois, na petição inicial, o autor haveria renunciado expressamente os valores que excediam o limite de 60 (sessenta) salário-mínimos para fins de definição de competência, sendo esta renúncia irretratável por fixar a competência prevista no art. 3º da Lei 10.259/2001, razão pela qual pugna pela rescisão

do julgado para que seja decretada a nulidade deste por incompetência absoluta.

Regularmente citado (fl. 87-v), o réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação da contestação (fl. 88).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido às fls. 94–96.

Juntado Ofício Gabju 17/2009 (fls. 105–108), comunicando que foi proferida sentença nos autos de embargos à execução, relativos à ação originária.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do pedido rescisório (fls. 110–114).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:
 — Destaco, inicialmente, que a sentença rescindenda

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, Neuza Alves, Ângela Catão e Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado).

transitou em julgado em 02/08/2007 (fl. 58-v), tendo sido a presente ação ajuizada em 06/05/2008 (fl. 2), sendo, portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

A controvérsia presente nesta ação rescisória cinge-se à verificação da ocorrência de incompetência absoluta do Juízo Federal comum que processou e julgou o feito que lhe remeteu o Juizado Especial Federal, depois de o autor da causa não ter renunciado ao pretendido crédito excedente ao limite de sessenta salários-mínimos, o que, no entender do autor da rescisória, configuraria a hipótese do art. 485, II, do CPC.

Sustenta que, tendo o segurado na inicial da ação endereçada ao JEF dito que renunciava ao excedente, não poderia depois, à vista da conta elaborada pela Contadoria a mando do juiz, manifestar que não renunciava, porquanto a renúncia não comporta retratação e conforme disposto no art. 3º, *caput* e § 3º, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, no foro onde estiver instalada vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

O § 3º do art. 3º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicado subsidiariamente aos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 1º da Lei 10.259/2001, estabelece que *“a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.”*

Essa renúncia está, pois, vinculada a uma finalidade, qual seja obter os benefícios do procedimento mais célere e mais simplificado dos Juizados Especiais. No caso destes autos, o autor afirmou, à vista dos cálculos elaborados pela Contadoria Judicial, que não renunciava ao excedente, retratando-se, portanto, do que afirmara na inicial.

Não identifico a sustentada incompetência absoluta do Juízo Federal prolator da sentença rescindenda. É que tal renúncia não tem natureza absoluta, como sustenta o INSS. O próprio § 3º do art. 3º da Lei 9.099/1995 excetua expressamente a hipótese de conciliação. Isto é, diferentemente da renúncia prevista no art. 269, V, do CPC, que corresponde a um caso de resolução de mérito, a situação aqui tratada representa uma exclusão de parte do objeto da ação.

Na espécie dos autos, a opção pelo procedimento do JEF não se consumou, pois a retratação se deu antes mesmo da juntada da contestação do réu (INSS) e este,

ademais, nada alegou na oportunidade em que foi intimado da decisão que determinou a remessa dos autos ao Juízo Federal comum (fl. 40).

A propósito, o § 4º do art. 17 da Lei 10.259/2001, prevê a renúncia ao excedente a sessenta salários-mínimos para que o pagamento se faça por meio de Requisição de Pequeno Valor – RPV, independentemente de precatório, e, nesse particular, a jurisprudência é no sentido de admitir a retratação.

Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. RENÚNCIA, PELO CREDOR, DO CRÉDITO EXCEDENTE DE SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS, PARA RECEBIMENTO POR MEIO DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. RETRATAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Cuidando-se de deliberação quanto a questão nova, assim a referente à possibilidade, ou não, de retratação, antes de requisitado o pagamento, de manifestação de vontade por meio da qual o credor renunciara ao crédito excedente de sessenta salários mínimos, para fins de recebimento por intermédio de requisição de pequeno valor, e não de precatório, não se há cogitar de contrariedade ao quanto disposto no artigo 473 do Código de Processo Civil, que faz defeso à parte discutir, no curso da demanda, a respeito de questões já decididas, sobre as quais se operou a preclusão.

2. Inexistência, outrossim, de óbice legal à retratação, antes de requisitado o pagamento, de manifestação de vontade relativa à renúncia de parte de seu crédito.

3. Agravo de instrumento não provido.

(TRF1, AG 2006.01.00.035137-7/MG, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 18/08/2008)

Conclui-se que são hipóteses de renúncias vinculadas a determinada finalidade e que a retratação é admissível se ainda não obtida ou consumada a finalidade. Assim, a renúncia genérica manifestada na inicial pode ser retratada, especialmente quando à vista de cálculo judicial a parte verifique a inconveniência da renúncia e isto se dê antes da resposta do réu.

No presente feito, a causa tem valor que excede à alçada do Juizado Especial Federal, não se verificando a alegada incompetência absoluta do Juízo Federal comum prolator da sentença rescindenda.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido rescisório.

É como voto.

Segunda Seção

Ação Penal 2007.01.00.005921-3/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Autora: Justiça Pública
 Procuradora: Dra. Lilian Cristina Nishizumi
 Réu: Walcir Oliveira da Costa
 Advogados: Dr. Cláudio Ronaldo Barros Bordalo e outro
 Publicação: e-DJF1 de 20/05/2011, p. 12-13

Ementa

Penal. Ação penal originária. Prefeito municipal. Crime de responsabilidade. Recursos públicos federais. FNDE. Prestação de contas. Omissão. Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, inciso VII. Competência da Justiça Federal. Cerceamento de defesa. Crime de mera conduta. Materialidade e autoria demonstradas.

I. O repasse de recursos federais aos Municípios está sujeito à prestação de contas perante órgão federal, no caso, ao Tribunal de Contas da União, cabendo-lhe a manifestação quanto a sua legitimidade ou legalidade, bem assim a fiscalização de sua aplicação e cumprimento de seu objeto, o que define a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento da ação penal, tendo em vista o disposto na Súmula 208 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

II. A alegação de cerceamento do direito de defesa improcede, uma vez que todas as providências para sua citação, no Processo de Tomada de Contas do TCU, foram observadas.

III. Para a configuração do delito previsto no inciso VII do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, não se faz necessária a ocorrência de resultado, tratando-se de crime de mera conduta, consumando-se quando constatado o atraso na prestação de contas, o que ocorreu na hipótese. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

IV. O dever de prestar contas é inerente ao cargo de prefeito municipal e de todos aqueles que lidam com a coisa pública, sendo certo que quanto ao dolo, o que efetivamente o excluiria seriam as condições que teriam interferido no não fazer, o que não comprovou no caso.

V. Improcede, também, a alegação de existência de motivo impeditivo de apresentação da prestação de contas ao argumento de que os documentos encontravam-se em poder do Tribunal de Contas dos Municípios, por não caracterizar força maior para o cumprimento do aludido dever do gestor em prestar contas.

VI. Denúncia procedente para condenar o réu nas penas do inciso VII do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967.

VII. Aplicação do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, decretando-se a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sendo que tal efeito da condenação, somente terá aplicação após o trânsito em julgado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a denúncia.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 11/05/2011.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Walcir Oliveira da Costa, Prefeito do Município de Irituia, Estado do Pará, pela prática do crime previsto

no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei 201/1967, por ter deixado de prestar contas, no tempo devido, ao órgão competente, das verbas recebidas em decorrência do Convênio 60427/1999, firmado entre o referido Município e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE para o Programa de Garantia de

Renda Mínima – PGRM, com vigência entre 27/09/1999 a 31/12/2002, no valor de R\$ 20.049,76 (vinte mil, quarenta e nove reais e setenta e seis centavos).

À fl. 291, o MM. Juiz Federal da Vara Única de Castanhal, Seção Judiciária do Estado do Pará, determinou a expedição de carta precatória para notificar o denunciado, nos termos do art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, para apresentar defesa prévia.

Defesa prévia apresentada às fls. 300–305.

Por decisão de fl. 343, o MM. Juiz *a quo* declinou da sua competência para esta Corte em 08/01/2007.

A denúncia foi recebida em 16/05/2007 (fls. 355–363).

Por despacho de fl. 366, foi determinada a expedição de Carta de Ordem 156/2007 (fl. 368), para prosseguimento da instrução do feito até a fase das alegações finais.

O acusado foi interrogado (fls. 791–792) e intimado (fl. 790), para apresentar *defesa prévia* no prazo legal (art. 8º, Lei 8.038/1990), em 24/01/2008.

Por despacho de fl. 795, foi determinada a intimação das partes para requerimento de diligências.

O Ministério Público Federal nada requereu a título de diligências complementares (fl. 795 verso) e o acusado deixou transcorrer o prazo, sem se manifestar (certidão fl. 796 verso).

Em alegações finais (fls. 821–833), sustenta o acusado, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal, em razão da matéria, para processar e julgar a presente ação penal, por isso que, nos termos do convênio assinado com o FNDE,

a prestação de contas [...] seria apresentada perante o Tribunal de Contas ao órgão de controle externo responsável pela fiscalização das contas do Poder Executivo Municipal, para análise quanto à legalidade, à legitimidade e a economicidade da gestão dos recursos, bem como quanto à regularidade e à eficiência de sua aplicação, [ou seja, a] competência é do Tribunal de Contas dos Municípios, [uma vez que] tal recurso se incorporou ao patrimônio municipal.

No mérito, sustenta, em síntese, que quando do término do convênio – 31/12/2002 –,

o réu não era mais Prefeito de Irituia considerando que seu mandato anterior encerrou-se no dia 31 de dezembro de 2000 [e, assim sendo,] a obrigação da apresentação da prestação de contas era do gestor da época do fim da vigência do convênio, no caso o Sr. Benedito Augusto Bandeira Ferreira; [que] no que se refere ao processo levado a efeito no TCU, o mesmo é cristalina nulo, [uma vez que]

a citação naquele Tribunal não foi recebida pelo réu [e sim por terceira pessoa, contrariando o inciso I, do art. 179, do Regimento Interno do TCU.]

Aduz, ainda, que na

Tomada de Contas instalada no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, verifica-se que toda a documentação dos autos, de data anterior ao final da vigência do convênio (31/12/2002), é intempestiva, sem possuir qualquer validade [e eivada de nulidade, por isso que]

não foi assegurado o direito de defesa do réu; [que a Câmara Municipal de Irituia aprovou as contas do exercício de 1999; que a acusação não levou em conta a impossibilidade material para a apresentação da aludida prestação de contas,] em razão de os documentos terem sido retirados pelo Tribunal de Contas dos Municípios, [o que] fica demonstrada a inocência do réu em relação a alegação de prática do crime previsto no art. 1º, VII, do Decreto-Lei 2.301/1967, visto que a prestação de contas não foi apresentada por motivo de força maior, [somando-se, a isso,] o fato do autor, durante a instrução processual, nada ter demonstrado quanto a qualquer conduta dolosa do réu.

Diante disso, requer, inicialmente, seja declarada a incompetência da Justiça Federal em favor do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e, no mérito, a sua absolvição.

Quanto ao Ministério Público Federal, ofereceu alegações escritas, sustentando a inexistência de “*provas fortes a demonstrar força maior como causa de exclusão da punibilidade*” e requerendo, ao final, a condenação do acusado “*nas penas do art. 1º, § 1º, última parte, em face da conduta delituosa prevista no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei 201, de 1967*” (fls. 855–858).

Com o relatório, ao revisor.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra *Walcir Oliveira da Costa*, Prefeito do Município de Irituia, Estado do Pará, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei 201/1967, por ter deixado de prestar contas da aplicação dos recursos recebidos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE para implantação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM (Convênio 60.427/1999), no devido

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais I'talo Mendes e Assusete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado).

tempo, com vigência entre 27/09/1999 a 31/12/2002, no valor de R\$ 20.049,76 (vinte mil, quarenta e nove reais e setenta e seis centavos).

I. Preliminarmente, sustenta o réu a *incompetência da Justiça Federal* para o julgamento do presente feito, por isso que a

prestação de contas dos recursos oriundos do convênio em tela, por disposição constante de legislação federal e do próprio convênio, não seria prestada perante o Tribunal de Contas da União ou outro órgão federal, [mas sim o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará.]

Sem razão o acusado.

É que o repasse de recursos federais aos Municípios está sujeito à prestação de contas perante órgão federal, no caso, ao Tribunal de Contas da União, cabendo-lhe a manifestação quanto a sua legitimidade ou legalidade, bem assim a fiscalização de sua aplicação e cumprimento de seu objeto, o que define a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento de ação penal, como na hipótese, tendo em vista o disposto na Súmula 208 do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Ademais, a possibilidade de devolução pelo município dos recursos que lhe foram transferidos se não cumprida a exigência de prestação de contas perante o órgão federal, demonstra que o valor repassado ao Município pela União não incorporou seu patrimônio. Trata-se, pois, de repasse de verba não integrada ao patrimônio do Município, sujeita à prestação de contas.

A propósito, é pacífica a jurisprudência no colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se

não houve incorporação ao patrimônio do Município da verba destinada [...], fato que, aliado à necessária prestação de contas perante órgão da União Federal, determina ser a Justiça Federal a competente para processar e julgar o feito (HC 35.648/SP, 6ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04/04/2005, p. 356).

Aliás, a respeito do tema, também já decidiu aquela Alta Corte de Justiça no sentido de que a competência para processar e julgar ex-prefeito municipal por desvio de verbas públicas federais é da Justiça Federal pelo fato de que tais verbas estão sujeitas à fiscalização pelos órgãos federais e à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União.

Confira-se ainda:

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.

1. 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.

2. Ação em que a parte autora pede a citação do FNDE (autarquia federal) como litisconsorte ativa.

3. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Rio Grande – SJ/RS.

(CC 1.635/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.04.2005, DJ 17.10.2005, p. 162 - grifei)

Nesse mesmo diapasão decidiu este Tribunal Regional Federal nos acórdãos cujas ementas seguem abaixo transcritas:

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.

.....
.....

2. Merece reparo a decisão agravada que afastou a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação de improbidade. Nos termos da Súmula 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).

3. Agravo provido.

(AG 2006.01.00.019553-0/TO, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 23.08.2006, p. 36)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO. INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. As verbas da União, oriundas de convênios para fomento e desenvolvimento da educação em sentido amplo, ainda que aplicadas no Estado ou no Município, cuja prestação de contas deve ser feita ao Tribunal de Contas da União, não perdem a natureza originária de verbas públicas federais, sendo, assim, em princípio, da competência da Justiça Federal, o processo e julgamento da ação de improbidade praticada pelo Prefeito.

(AC 2002.33.00.026183-8/BA, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ 26.05.2006 - grifei)

Rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

II. Do cerceamento do direito de defesa do réu.

Também não merece prosperar a presente arguição, uma vez que todas as providências para sua citação, no Processo de Tomadas de Contas do TCU, foram observadas.

Com efeito, consta, a propósito, da denúncia, *verbis*:

Em razão da omissão em seu dever como conveniente, o requerido foi instado – por meio do Ofício 8.968/2001 – a apresentar Prestação de Contas, no prazo de 30 dias, sob pena de instauração de Tomada de Contas Especial e inclusão de seu nome no Cadastro Informativo de Débitos Não Quitados do Setor Público Federal – CADIN, *sendo que a própria prefeitura foi informada da referida pendência por meio do Ofício 8969/2001*. Tendo em vista que o Aviso de Recebimento – AR não foi assinado pelo ex-prefeito, *publicou-se Edital de Notificação*, no Diário Oficial da União, em 08.10.2002.

Apesar de tais providências, *Walcir Oliveira da Costa* não se manifestou, e a Gerência de Contabilidade e Acompanhamento de Prestação de Contas – GECAP encaminhou os documentos à Divisão de Tomada de Contas Especial. Então, uma vez mais, o requerido não ofereceu qualquer explicação quanto a sua patente omissão, sendo instaurada – em 12.11.2002 – Tomada de Contas Especial.

Diante de tal quadro, o Tribunal de Contas da União – TCU, às fls. 02/04 do PA 1178/2005-98, julgou irregulares as contas do ex-prefeito, considerando este responsável pelas quantias repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, bem como aplicou multa a *Walcir Oliveira da Costa*, em razão da não prestação de contas. (cf. fl. 856 - grifei)

E, de acordo com o previsto no art. 22 da Lei 8.443, de 16/07/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União *in verbis*:

Art. 22. A citação, a audiência, a comunicação de diligência ou a notificação far-se-á:

I – mediante ciência do responsável ou do interessado, na forma estabelecida no regimento interno;

II – pelo correio, mediante carta registrada, com aviso de recebimento;

III – *por edital publicado no Diário Oficial da União quando o seu destinatário não for localizado. (grifei)*

Compulsando os presentes autos, verifico que, de fato, o réu, na condição de conveniente no Convênio 60.427/1999, firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e a Prefeitura Municipal de Irituia/PA, tendo por finalidade a concessão de apoio financeiro para implementação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM, omitiu-se do dever de prestar contas dos recursos federais repassados ao Município, mediante as ordens bancárias 60566 de 20/10/1999 e 061195 de 27/12/1999, conforme se depreende dos Ofícios 8968 e 8969/2001-FNDE/DIROF/GECAP/DIREL, de 20/11/2001 (fls. 59–60) e Edital de Notificação 1081/2002 de 03/09/2002, publicado no *DOU* 195, de 08/10/2002 (fl. 67), e, em face de tal omissão foi instaurada Tomada de Contas Especial, conforme determina a IN/STN 01/1997 e IN 35/2000-TCU (Parecer 011 – FNDE/DIROF/GECAP/DIREL, de 21/01/2002 – cf. fls. 77 e 96–98)

E, não obstante conste às fls. 97–98 do Anexo I do PA 1178/2005-98 que o débito foi atualizado, é certo que o montante da dívida, até a data de 04 de maio de 2003, era de R\$ 43.263,30 (quarenta e três mil, duzentos e sessenta e três reais e trinta centavos), causando, assim, prejuízos ao patrimônio da União e danos diretos à população atendida pelo Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM, bem assim não foi comprovada a adequada destinação dos recursos federais transferidos pelo FNDE aos fins a que estavam vinculados.

Corroborar tal assertiva o constante dos autos do Processo 014.547/2003-0, do Tribunal de Contas da União, mormente no que tange ao relatório e ao acórdão lavrado pela Corte de Contas.

Diante disso, rejeito, também, a preliminar.

III. Quanto ao mérito, sustenta o acusado que a omissão em prestar contas do aludido convênio à época devida, foi por motivo de força maior, uma vez que os documentos foram retirados pelo Tribunal de Contas dos Municípios e, ainda, que o término de sua vigência foi posterior ao seu período como gestor daquele Município.

Vejamos.

Consta da denúncia que:

O Tribunal de Contas da União analisou a Tomada de Contas Especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE em decorrência da não-prestação de contas, pelo Município de Irituia/PA, das verbas recebidas, durante o mandato de *Walcir Oliveira da Costa*, a título de implementação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM.

O requerido – que foi alcaide de Irituia/PA, no período de 01 de janeiro de 1997 a 31 de dezembro de 2000 – firmou com o prelado Fundo o Convênio 60427/1999, através do qual houve a liberação da quantia de R\$ 20.049,76 (vinte mil, quarenta e nove reais e setenta e seis centavos), sendo que tal avença teria vigência entre 27 de setembro de 1999 a 31 de dezembro de 2002 (fls. 25/31).

Tal numerário seria destinado ao atendimento das famílias que preenchessem os requisitos insculpidos no artigo 5º da Lei 9.533/97, quais sejam: renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo; filhos ou dependentes menores de catorze anos e comprovação – pelos responsáveis – da matrícula e frequência de todos os seus dependentes, entre sete e catorze anos, em escola pública ou em programas de educação especial.

As liberações de valores ocorreram da seguinte forma (fls. 33 e 34 do Anexo I do PA 1.01.001.001178/2005-98);

Ordem Bancária 1999OB060566 – data 20.10.99 – valor R\$ 15.037,32 e 1999OB061195 – data 27.12.99 – valor R\$5.012,44.

Em razão da omissão em seu dever como conveniente, o requerido foi instado – por meio do Ofício 8968/2001 – a apresentar Prestação de Contas, no prazo de 30 dias, sob pena de instauração de Tomada de Contas Especial e inclusão de seu nome no Cadastro Informativo de Débitos Não Quitados do Setor Público Federal – CADIN, sendo que a própria prefeitura foi informada da referida pendência por meio do Ofício 8969/2001. Tendo em vista que o Aviso de Recebimento – AR não foi assinado pelo ex-prefeito, publicou-se Edital de Notificação, no Diário Oficial da União, em 08.10.2002.

Apesar de tais providências, *Walcir Oliveira da Costa* não se manifestou, e a Gerência de Contabilidade e Acompanhamento de Prestação de Contas – GECAP encaminhou os documentos à Divisão de Tomada de Contas Especial. Então, uma vez mais, o requerido não ofereceu qualquer explicação quanto a sua patente omissão, sendo instaurada – em 12.11.2002 – Tomada de Contas Especial.

Diante de tal quadro, o Tribunal de Contas da União – TCU, às fls. 02/04 do PA 1178/2005-98, *julgou irregulares as contas do ex-prefeito*, considerando este responsável pelas quantias repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, bem como aplicou multa a *Walcir Oliveira da Costa*, em razão da não prestação de contas.

Gize-se que, às fls. 97/98 do Anexo I do PA 1178/2005-98, foi feita a atualização do débito, sendo que o montante da dívida – *até 04 de dezembro de 2003 – era de R\$ 43.263,30* (quarenta e três mil, duzentos e sessenta e três reais e trinta centavos).

A conduta do requerido *causou prejuízos ao erário público, tratando aqui, além da omissão na correta prestação de contas, também de ato que causou prejuízos ao erário à medida que não restou*

comprovada a adequada destinação dos recursos aos fins a que estavam vinculados: a implantação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM.

Diante de tal quadro, o Tribunal de Contas da União – TCU, às fls. 02/04 do PA 1178/2005-98, *julgou irregulares as contas do ex-prefeito*, considerando este responsável pelas quantias repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, *bem como aplicou multa a Walcir Oliveira da Costa, em razão da não prestação de contas.*

A prova representativa da materialidade delitiva refere-se, pois, aos autos do processo 014.547/2003-0, do Tribunal de Contas da União, principalmente no relatório elaborado e no acórdão da Corte de Contas.

Assim, sendo, o cotejo dos elementos ora expostos permite a comprovação da existência de conduta que pode ser subsumida ao artigo 1º, VII, do Decreto-Lei 201/67, com relação ao denunciado, uma vez que presentes os indícios de autoria a seguir delineados.

Os indícios de autoria apontam fortes. Em primeiro plano surge a condição de gestor dos recursos públicos. Ao receber o mandato eletivo, o denunciado, por via de consequência, também recebeu a responsabilidade pela administração das verbas federais enteladas.

Compulsando o álbum processual, verifica-se que não houve prestação de contas dos recursos federais transferidos pelo FNDE para o Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM. Desta forma, violou o requerido os princípios constitucionais da Administração Pública – conforme constatado pelo TCU – principalmente no que tange ao dever de moralidade/honestidade imposto a todos aqueles que lidam com a coisa pública. (fls. 03/06 – grifei).

Compulsando os presentes autos, verifico que às fls. 491–492, consta o Relatório de Auditoria 128814/2003 da Controladoria-Geral da União – Secretaria de Controle Interno, relativo ao aludido Convênio 60.427/1999, o seguinte, destaco:

I – RESULTADO DOS EXAMES

Trata o presente relatório de Auditoria da análise do processo de Tomada de Contas Especial instaurado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação/FNDE, em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos do Convênio 60.427/99, celebrado entre o Ministério da Educação e a Prefeitura Municipal de Irituia/PA, por conta do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM, visando o atendimento às famílias selecionadas pela Conveniente, em conformidade com a legislação vigente (fls. 23-28).

Os recursos necessários à implementação do objeto conveniado foram orçados no valor de R\$ 40.099,52, sendo R\$ 20.049,76 à conta do Concedente e R\$ 20.049,76 como contrapartida da Conveniente. Os recursos do Concedente

foram empenhados mediante a Nota de Empenho 99NE0418, de 02/09/99, (fl.30), e liberados por intermédio das Ordens Bancárias nºs 99OB060566, de 20/10/99, e 99OB061195, de 27/12.99, (fls.31/32).

Preliminarmente, cabe registrar que, em atendimento ao disposto no § 1º do art. 4º da IN/TCU 13/96, com as alterações já mencionadas, verificamos a observância às normas legais e regulamentares, por parte do Concedente, com relação à análise do Plano de Trabalho (fls.20) e à celebração do Termo de Convênio (fl.21), entretanto, deixamos de opinar sobre a fiscalização do cumprimento do objeto, devido à ausência de elementos nos autos.

As ações do Concedente, no sentido de obter informações para emissão de parecer conclusivo sobre a execução do objeto conveniado, assim como sanar a irregularidade verificada, omissão no dever de prestar contas, constam dos documentos a seguir identificados: Ofícios nºs 8968 e 8969/2001-FNDE/DIROP/GECAP/DIREL, de 20/11/2001 (fls. 59/60), e Edital de Notificação 1081, de 03/09/02, publicado no D.O.U 195, de 08/10/2002 (fl67). Considerando o não atendimento, por parte de Tomada de Contas Especial (Parecer 011 - FNDE/DIROP/GECAP/DIREL, de 21/10/2001, fl.61).

No Relatório do Tomador das Contas 593, de 19/11/2002, às fls. 68/69, complementado pelo da Auditoria, inserto às fls. 79/80, onde os fatos estão circunstanciados, concluiu-se pela responsabilidade do senhor Walcir Oliveira da Costa, ex-Prefeito Municipal de Irituia/PA, em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados por força da celebração do Convênio 60.427/99, no valor original de R\$ 20.049,76, que, atualizado monetariamente, no período de 20/10/99 a 15/10/2002, atingiu a importância de R\$ 33.958,98 (fls.71/72).

.....
 (cf. fls. 491/492 – grifei)

De consignar, ainda, que não obstante o FNDE tenha promovido diligências ao responsável solicitando a respectiva prestação de contas, não consta dos autos qualquer manifestação com o objetivo de atender à diligência da Autarquia. Posteriormente, o titular da Unidade Técnica da Tomada de Contas Especial promoveu a citação do responsável, sendo certo que a correspondência a ele encaminhada foi entregue em sua residência no dia 04/11/2003, e, transcorrido o prazo regimental fixado, o responsável não apresentou alegações de defesa e nem efetuou o recolhimento do débito, razão pela qual foram julgadas irregulares e condenado o responsável (cf. Relatório do Acórdão 483/2004-2ª Câmara/TCU).

E, de acordo com as informações constantes do Relatório do Tomador de Contas Especial, restou concluído que o réu *Walcir Oliveira da Costa* é devedor da Fazenda Nacional, estando, por isso, inscrito na conta

Diversos Responsáveis, conforme Nota de Lançamento 2002NL003788, de 09/12/2002 (fl. 730), na forma das Decisões 484/1994 e 1.122/2000 – TCU – Plenário.

Ora, para a configuração do delito previsto no inciso VII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, não se faz necessária a ocorrência de resultado, tratando-se de crime de mera conduta, ou seja, consumando-se quando constatado o atraso na prestação de contas, como, aliás, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

HC. PENAL. PROCESSUAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, IV E VII. PRESTAÇÃO DE CONTAS APRECIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. O atraso na prestação de contas pode configurar por si só a figura típica descrita no Decreto-lei 201/67, art. 1º, VII.

2. O fato do Tribunal de Contas ter entendido pela regularidade das contas questionadas não é bastante para impedir a persecução criminal.

3. Habeas Corpus conhecido. Pedido indeferido.

(HC 11.355/BA – Rel. Ministro EDSON VIDIGAL – DJ 12.03.2001 – grifei).

E, nesse mesmo sentido, decidiu recentemente a Segunda Seção desta Corte, por ocasião do julgamento da Ação Penal 2004.01.00.046806-0/PI, destaco:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – PREFEITO – APROPRIAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS REPASSADAS, AO MUNICÍPIO, MEDIANTE CONVÊNIO – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – ART. 1º, I E VII, DO DECRETO-LEI 201/67 – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS – ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 1º, VII, DO DECRETO-LEI 201/67 PELO DO ART. 1º, I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL – INOCORRÊNCIA.

.....

 II - De há muito vencido o prazo para a prestação de contas dos recursos federais repassados, ao Município, mediante convênio – o que ensejou a Tomada de Contas Especial junto ao TCU, que constatou a omissão na prestação de contas e julgou, em consequência, irregulares as contas, impondo ao Prefeito, ora réu, as respectivas sanções -, inexistente dúvida quanto à prática do crime do art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/67.

III – A jurisprudência do egrégio STJ tem-se orientado no sentido de que o art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/67 consubstancia crime formal, de mera conduta, sendo a omissão na prestação de contas capaz de, por si só, configurar o delito (STJ, HC 11355/BA, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, 5ª Turma, unânime, DJU de 12.03.2001, p. 156; REsp 416233/

MA, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, 5ª Turma, unânime, DJU de 10.05.2004, p. 382).

APN 2004.01.00.046806-0/PI, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, Rel. p/Acórdão Desembargadora Federal ASSUSETE MAGALHÃES, 2ª Seção, e-DJF1 22.09.2009, p. 220 – grifei).

Pois bem, restou devidamente comprovada a materialidade delitiva, conforme fls. 9–244 e 272–282.

Com relação à autoria, melhor sorte não resta ao acusado, uma vez o dever de prestar contas, no caso, é inerente ao cargo de prefeito de todos aqueles que lidam com a coisa pública, sendo certo que quanto ao dolo, o que efetivamente o excluiria seriam as condições que teriam interferido no *não fazer*, o que não comprovou no caso. O réu *Walcir Oliveira da Costa* era, à época detentor do referido cargo de prefeito municipal, tendo sido, em face da sua inércia, realizada a Tomada de Contas Especial, julgada pelo Tribunal de Contas da União.

A propósito, eis excerto do Acórdão 483/2004–TCU – 2ª Câmara, retificado pelo Acórdão 2.232/2004 – TCU – da mesma Câmara proferido pelo Ministro-Relator da Tomada de Contas Especial, UBIRATAN AGUIAR, acolhido pelos eminentes pares:

(...) 9.1. julgar as presentes contas irregulares e condenar o Sr. Walcir Oliveira da Costa ao pagamento das quantias de R\$ 15.037,32 (quinze mil, trinta e sete reais e trinta e dois centavos), e R\$ 5.012,44 (cinco mil, doze reais e quarenta e quatro centavos) fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora calculados a partir de 20.10.1999 e 27.12.1999, respectivamente, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.2. aplicar ao responsável a multa referida no art. 57 da Lei 8.443/92 c/c art. 267 do Regimento Interno, arbitrando-lhe o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, “a” do Regimento Interno), seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado, até a data do efetivo pagamento;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma da legislação em vigor (cf. fls. 656 e 660).

Não merece prosperar também, a alegação de existência de motivo impeditivo de apresentação da

prestação de contas “*em razão de os documentos terem sido retirados pelo Tribunal de Contas dos Municípios*”, por não caracterizar *força maior* para o cumprimento ao aludido dever do gestor em prestar contas.

É que deveria o réu ter diligenciado junto ao Tribunal de Contas dos Municípios – TCM a fim de se ver munido dos documentos necessários à elaboração da prestação de contas, o que deixou de fazer e, ainda que o fizesse, não comprovou nada a esse respeito.

Da mesma forma, a alegação de ter sido aprovada a prestação de contas junto à Câmara Municipal de Irituia/PA, também não afasta o crime, uma vez que o simples atraso é suficiente para configurar o delito previsto no inciso VII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, além de serem as instâncias (administrativa, civil e penal) independentes.

Cabe acrescentar, ademais, que o Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas do Município de Irituia/PA, com a condenação de *Walcir Oliveira da Costa*, a repor aos cofres do FNDE os valores conveniados, bem como, aplicou-lhe multa pela omissão em prestar contas.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, julgo procedente a denúncia e condeno o réu *Walcir Oliveira da Costa* nas penas do inciso VII do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967.

Passo à dosimetria da pena.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, quanto a *culpabilidade* do réu censuro-a como reprovável em seu grau máximo, uma vez que, na qualidade de agente político não demonstrou qualquer preocupação na gestão e destinação de recursos destinados ao atendimento de pessoas carentes participantes do programa social intitulado *Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM*.

No tocante à sua *conduta social* nada há nos autos que ateste ser reprovável.

Quanto aos antecedentes, embora responda a inúmeras ações de improbidade administrativa e inquéritos policiais relativos à sua gestão municipal (fls. 763–766, 773 e 776–778), o réu é primário, não constando nenhuma condenação anterior, porém, esse comportamento, por não ser um episódio esporádico, resvala na *sua personalidade*, por isso que denota ser pessoa voltada a tratar a Administração Pública com descaso.

Os *motivos do crime* inerentes ao tipo penal em análise.

As *consequências* são graves, porquanto causou prejuízos ao patrimônio da União e danos diretos

à população carente, haja vista que a sua omissão provocou a suspensão de repasses oriundos do FNDE,

além do que não restou comprovada a adequada destinação dos recursos aos fins a que estavam vinculados: a implantação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM (cf. fl. 5).

Nada a considerar acerca das *circunstâncias e comportamento da vítima*.

Diante disso, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, pena essa que torno definitiva à míngua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, e bem assim de causas de aumento ou diminuição.

O regime de cumprimento será o inicial aberto (art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal).

Presentes os requisitos do art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas (2) restritivas de direitos a ser definida pelo Juízo da Execução.

Atento ao disposto no § 2º, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, decreto a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sendo que tal efeito da condenação, entretanto, somente terá aplicação após o trânsito em julgado deste *decisum*.

Custas pelo condenado.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

É como voto.

Voto-Revisor

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: — Como se viu do relatório, lançado aos autos pelo eminente Desembargador Federal Mário César Ribeiro, trata-se de denúncia, oferecida pelo Ministério Público Federal, contra Walcir Oliveira da Costa, Prefeito do Município de Irituia/PA, como incurso nas sanções do inciso VII (deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente) do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, por não ter prestado contas, ao órgão competente, do valor de R\$ 20.049,76 (vinte mil, quarenta e nove reais e setenta e seis centavos), repassado, em 1999, ao referido Município, em razão do Convênio 60427/1999, celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em 27/09/1999, o qual tinha como objeto a implementação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM.

Acompanho, integralmente, o eminente Relator, pelos mesmos fundamentos expendidos no voto proferido por Sua Excelência.

Inicialmente, não merece acolhida a preliminar de incompetência da Justiça Federal, uma vez que a denúncia deixa claro que as verbas referem-se a repasses federais, efetuados por força de convênio com o FNDE, ao qual, juntamente com o Tribunal de Contas da União, cabe a fiscalização da correta aplicação dos recursos.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal que compete ao Tribunal de Contas da União “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;” (art. 71, VI), não havendo dúvida, portanto, a respeito da competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula 208/STJ, no sentido de que “*competete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*”.

Assim já decidiu da 2ª Seção do TRF1ª Região:

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. PREFEITO MUNICIPAL. DECRETO-LEI N. 201/1967, ARTIGO 1º, INCISO IV. CONVÊNIO SUJEITO À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTA TÍPICA. DENÚNCIA REJEITADA.

1. Compete à Justiça Federal julgar os crimes praticados por Prefeitos, em se tratando de verba repassada ao Estado ou Município, mediante convênio, fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União, pelo simples fato de que, nesses casos, fica patente o interesse direto da União, consubstanciado no título executivo da imputação do débito, o que significa dizer que a verba manteve sua natureza originária (federal). Precedentes jurisprudenciais.

2. Na hipótese dos autos, não se desincumbiu o Ministério Público de atender às determinações do art. 41 do CPP, pois estando as condutas bem delineadas no inquérito, deveria o il. Procurador individualizá-las corretamente na denúncia para permitir o exercício amplo do direito de defesa do denunciado.

3. Denúncia rejeitada. (INQ 2007.01.00.054366-6/PI, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 2ª Seção, unânime, e-DJF1 de 05/05/2008, p. 29).

Ademais, não há que se falar em incorporação dos recursos federais ao patrimônio municipal, ante o teor da cláusula 2ª, j, do Convênio – que assegura, ao FNDE, a supervisão, o controle e a fiscalização da execução do Programa (fl. 54) – e da cláusula 2ª, k, do Convênio – que estabelece a obrigação do Município de *restituir ao concedente* o valor transferido, atualizado monetariamente, desde a data do recebimento, acrescido de juros legais na forma da legislação aplicável aos débitos para com a Fazenda Nacional,

nos seguintes casos: I - quando não for executado o objeto do convênio, ressalvadas as hipóteses de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovados; II - omissão de apresentação da prestação de contas; III - quando os recursos forem utilizados em finalidade diversa da estabelecida neste convênio. (fl. 54)

Melhor sorte não socorre ao réu, no que se refere à alegação de cerceamento da defesa, em razão de irregularidades para sua citação, no Processo de Tomada de Contas do TCU, que também entendo improcedente, pelos mesmos fundamentos expendidos no voto proferido pelo eminente relator.

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas.

No mérito, a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/1967 – deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, em razão do Convênio 60427/1999, celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE – conforme bem explicitado pelo eminente Relator –, restaram comprovadas pelo conjunto probatório constante dos autos, em especial pelo acórdão proferido pelo TCU na apreciação da Tomada de Contas Especial, que, embora não vincule o Judiciário, *in casu*, serve como indicador de culpabilidade, acórdão que condenou o réu pela omissão na prestação de contas e julgou irregulares as contas, condenando-o, ainda, nos valores de R\$ 15.037,32 (quinze mil, trinta e sete reais e trinta e dois centavos) e R\$ 5.012,44 (cinco mil, doze reais e quarenta e quatro centavos) e aplicando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (fl. 276).

De fato, em 1º/04/2004, o TCU julgou a Tomada de Contas Especial, instaurada exatamente em razão da omissão na referida prestação de contas do mencionado Convênio, sendo as contas, em consequência, consideradas irregulares, *in verbis*:

Cuidam os autos de *Tomada de Contas Especial* instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos do Convênio 60.427/99, firmado com o Município de Irituia/PA, tendo por finalidade a concessão de apoio financeiro para a implementação do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM. (fl. 274).

A jurisprudência do egrégio STJ tem-se orientado no sentido de que o art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/1967 consubstancia crime formal, de mera conduta, sendo a omissão na prestação de contas capaz de, por si só, configurar o delito, como se infere de vários precedentes:

HC. PENAL. PROCESSUAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, IV E VII. PRESTAÇÃO DE CONTAS APRECIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. O atraso na prestação de contas pode configurar por si só a figura típica descrita no Decreto-lei 201/67, art. 1º, VII.

2. O fato do Tribunal de Contas ter entendido pela regularidade das contas questionadas não é bastante para impedir a persecução criminal.

3. Habeas Corpus conhecido. Pedido indeferido. (STJ, HC 11355/BA, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, unânime, DJU de 12/03/2001, p. 156).

CRIMINAL. RESP. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS A DESTEMPO. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que o Tribunal a quo entendeu que o cumprimento do dever legal de prestar contas, ainda que a destempo, descaracteriza o delito previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67.

II. O simples atraso na prestação de contas é suficiente para configurar o delito previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67. Precedentes.

III. Recurso provido. (STJ, REsp 795899/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 11/09/2006, p. 341).

PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, INCISO VI, DO DECRETO-LEI Nº 201/67.

Consoante entendimento desta Corte, o atraso na prestação de contas pode configurar, por si só, o delito previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

Recurso provido. (STJ, REsp 416233/MA, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 10/05/2004, p. 328).

Portanto, verifica-se que as provas dos autos tornam indubitosa a acusação imputada ao réu, com relação à conduta omissiva descrita no art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/1967, impondo-se, assim, a sua condenação à pena prevista para o referido delito.

Quanto à dosimetria da pena, considerando que pelo menos três circunstâncias judiciais, elencadas no art. 59 do Código Penal, não são favoráveis ao réu (culpabilidade elevada, personalidade e consequências do delito), como demonstrado pelo eminente Relator, concordo com a pena-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, por ele fixada, pena que é tornada definitiva, à míngua de atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou aumento de pena.

De igual modo, ponho-me de acordo com a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, na forma do voto do eminente relator, e igualmente com o regime inicial aberto, para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Pelo exposto, acompanho o eminente relator, para julgar procedente a denúncia e condenar Walcir Oliveira da Costa à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática

do delito do art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/1967 – substituída a pena privativa de liberdade por duas reprimendas restritivas de direitos –, à perda do cargo e à inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, efetivo ou de nomeação, na forma do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 201/1967.

É o voto-revisor.

Terceira Seção

Conflito de Competência 0066876-20.2010.4.01.0000/MG

Relatora:	Desembargadora Federal Selene Almeida
Autor:	Agi Assistência Grupal Interdisciplinar Ltda.
Advogado:	Dr. Cláudio Araújo Pinho
Advogada:	Dra. Ana Carolina Drumond Torres Martins
Ré:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luisa Figueiredo de Carvalho
Réu:	Estado de Minas Gerais
Réu:	Município de Belo Horizonte
Suscitante:	Juizado Especial Federal Cível – MG/1ª Vara
Suscitado:	Juízo Federal da 14ª Vara – MG
Publicação:	e-DJF1 de 23/05/2011, p. 61

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Vara federal e Juizado Especial Federal. Lei 10.259/2001. Legitimidade ativa. Micro e pequena empresa. Necessidade de comprovação. Conflito conhecido. Competência do juízo suscitado.

I. A Lei 10.259/2001 estabelece que somente as pessoas físicas, as microempresas e empresas de pequeno porte (assim definidas na Lei 9.317/1996) podem ser partes no Juizado Especial Federal.

II. Nos autos originários, as autoras se qualificaram como associação civil com fins lucrativos e sociedade civil sem fins lucrativos de fins filantrópicos, não logrando comprovar suas condições de micro ou pequena empresa.

III. Patente a ilegitimidade ativa, não importa que o valor da causa esteja dentro do limite legal de sessenta salários-mínimos para autorizar a tramitação da demanda junto aos JEFs.

IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito, para declarar a competência do Juízo suscitado.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 17/05/2011.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara da SJMG, – Juizado Especial Federal Cível em face de decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal de Minas Gerais que declinou de sua competência para julgar ação de rito ordinário por entender que em razão do valor da causa ser inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, estaria vinculado à alçada dos Juizados Especiais Federais.

O Juízo suscitante discordou de tal entendimento, sustentando que as autoras não lograram provar sua condição de microempresa e empresa de pequeno porte, a teor do disposto no inciso I do art. 6º da Lei 10.259/2001, de forma a legitimá-las a postular perante os JEFs.

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo conhecimento do conflito para declarar a competência do Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A ação originária, proposta contra a União, o Estado de Minas Gerais e o Município de Belo Horizonte, objetiva o recebimento da quantia de R\$ 4.794,20 em decorrência de suas participações no programa de reabilitação para crianças e adolescentes com necessidades especiais (petição inicial, fls. 3–13).

A ação foi distribuída inicialmente ao Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi declinada a competência para a Seção Judiciária de Minas Gerais. Na SJMG o feito foi distribuído para a 14ª Vara, que igualmente declinou da competência em favor de umas das varas do Juizado Especial Federal Cível daquela seção judiciária sob o fundamento de que o valor atribuído à causa é inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos.

Contudo, o Juízo da 1ª Vara da SJMG, – Juizado Especial Federal Cível, discordando desse entendimento, suscitou conflito negativo de competência, argumentando, para tanto, que as autoras não se desincumbiram de demonstrar suas qualidades de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que

afasta a competência do Juizado Especial Federal para processar e julgar a ação de rito ordinário.

Correto o Juízo suscitante.

Acerca da legitimação ativa e passiva para atuar nos Juizados Especiais Federais, assim dispõe a Lei 10.259/2001, *verbis*:

Art. 6º Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na

II – como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

Como se observa da redação do supracitado dispositivo legal, dentre as pessoas jurídicas somente as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem legitimidade para postular perante o Juizado Especial Federal.

O estudo dos autos revela que as autora não lograram comprovar sua condições de microempresas e empresas de pequeno porte.

De fato, na petição inicial (fls. 3–13) as próprias autoras se qualificam como *associação civil com fins lucrativos* (a AGI – Assistência Grupal Interdisciplinar Ltda.) e *sociedade civil sem fins lucrativos de fins filantrópicos* (a Febiex – Federação Estadual das Instituições de Reabilitação do Estado de Minas Gerais), fl. 3.

Ausentes os requisitos constantes do transcrito art. 6º, I da Lei dos JEFs não há como admitir o trâmite de pretensão que tenha as *sociedades/associações* no polo ativo da demanda, ainda que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos.

A jurisprudência desta Corte não difere:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. VARA FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI 10.259/2001. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. COMPETÊNCIA DO JUIZO FEDERAL COMUM.

I - Nos termos do art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, a competência do Juizado Especial Federal Cível limita-se às demandas com valor correspondente até 60 (sessenta) salários mínimos, só podendo ser partes, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317/96 (art. 6º, inciso I).

II - No caso concreto, em se tratando de ação ajuizada por pessoa jurídica, em que não se demonstrou a sua eventual qualificação de micro ou

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus, Jirair Aram Meguerian e João Batista Moreira.

pequena empresa, a competência, para processar e julgar o feito, é do Juízo Federal comum.

III - Conflito de competência conhecido, para declarar-se competente o juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (suscitado).

(CC 0009112-76.2010.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quarta Seção,e-DJF1 p.14 de 06/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. VARA FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI 10.259/2001. PESSOA JURÍDICA NÃO CONSIDERADA COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM.

1. O art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, dispõe que “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

2. Por sua vez, nos termos do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01, só podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317/96.

3. Na espécie, a autora (sociedade limitada e não optante pelo SIMPLES) não pode ser considerada com microempresa ou empresa de pequeno porte, razão pela qual não possui qualidade de parte para atuar nos Juizados Especiais Federais, mesmo tendo atribuído à causa valor inferior a sessenta salários mínimos. Precedente desta eg. Seção.

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 20ª Vara/MG, ora suscitado.

(CC 0058238-32.2009.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Conv. Juiz Federal Cleberson José Rocha (conv.), Quarta Seção,e-DJF1 p.25 de 10/05/2010)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI 10.259/2001. PESSOA JURÍDICA. NÃO-COMPROVAÇÃO DE SUA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM.

1. A teor do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01, só podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317/96.

2. Na espécie dos autos, a primeira Autora, que se qualificou como associação civil com fins lucrativos, não se desincumbiu de comprovar sua condição de micro ou pequena empresa, nos termos da norma legal.

3. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Juízo Federal suscitado (14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal).

(CC 2006.01.00.000642-9/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Conv. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, Terceira Seção,DJ p.07 de 28/04/2006)

Pelo exposto, conheço do conflito e lhe dou provimento para declarar a competência do Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado.

Acolho o requerimento da Procuradoria Regional da República da 1ª Região e determino o encaminhamento das peças constantes deste incidente para a Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 1ª Região, a fim de se apurar a responsabilidade pela necessidade da proteção jurisdicional.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0065349-67.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.065984-2/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Impetrante: Marques Prieto Nakamura SC Ltda.
 Advogados: Dr. Elvis Del Barco Camargo e outros
 Impetrado: Juízo Federal da 7ª Vara – DF
 Interessada: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobras
 Interessada: União Federal – Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 30/05/2011, p. 57

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Decisão ilegal ou teratológica. Cabimento. Alteração do objeto da carta precatória. Ilegalidade.

I – Segundo reiterada jurisprudência, afigura-se incabível a impetração do *writ* contra ato judicial passível de recurso ou de correição (Súmula 267 do STF), excepcionando-se, porém, as hipóteses em que a decisão impugnada é flagrantemente ilegal ou teratológica, como no caso.

II – Em se tratando de carta precatória, a atuação do juízo deprecado limita-se à execução do ato deprecado e ao exame das questões incidentais a ela relativas, não se podendo admitir a sua modificação, sob pena de abusividade, impugnável pela via mandamental.

III – Segurança concedida. Ato impugnado anulado.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, conceder a segurança postulada.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 18/05/2011.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Marques Prieto Nakamura S/A Ltda. contra ato judicial praticado pelo douto Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em cumprimento a carta precatória extraída dos autos de ação de execução em curso no Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, determinou o bloqueio dos ativos financeiros da ora Impetrante e aplicou a multa de 10% (dez por cento) fixada com fundamento no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Em suas razões iniciais, sustenta a impetrante, em resumo, que o ato impugnado, além de proferido por autoridade manifestamente incompetente, encontra-se desprovido de decisão judicial que o ampare, na medida em que não constou da ordem deprecada, do que resulta a sua abusividade e irrecorribilidade, a autorizar a sua impugnação, em sede de mandado de segurança. Acrescenta, ainda, que a carta precatória não preencheria os requisitos legais para o seu cumprimento.

Requer a concessão de liminar, para que seja determinado o imediato desbloqueio dos ativos financeiros realizado pelo sistema Bacenjud e, ao final, a concessão da segurança, tornando definitivo o provimento liminar, com a declaração da nulidade da decisão que aplicou a multa prevista no art. 475-J, do CPC.

O eminente relator convocado que me antecedeu, Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos, reservou-me para apreciar o pedido de antecipação

da tutela recursal, após as informações da autoridade impetrada (fls. 78), as quais se encontram acostadas às fls. 98–100.

Regularmente citadas, na condição de litisconsortes passivas necessárias, a União Federal (Fazenda Nacional) e a Eletrobrás apresentaram as contestações de fls. 85–94 e 102–106, sobrevivendo o parecer ministerial de fls. 116–119, opinando a douta Procuradoria Regional da República, preliminarmente, pelo não conhecimento do *mandamus*, ao argumento de que o ato hostilizado seria passível da impugnação prevista no art. 475-L do CPC, e, no mérito, pela concessão da segurança.

Por intermédio da decisão de fls. 121–122, da lavra do eminente relator, na época, restou indeferida a petição inicial, nos termos do art. 295, I, do CPC, e do art. 5º, II, da Lei. 12.016/2009, sobrevivendo, contudo, a interposição do agravo regimental de fls. 136–145, a que se deu provimento, conforme acórdão de fls. 147–157, de que fui relator, integralizado pelos de fls. 169–174 e 179–182.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Registro, inicialmente, que a jurisprudência de nossos tribunais não admite a impetração de mandado de

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Antonio Claudio Macedo da Silva, Cleberson José Rocha e Ubirajara Teixeira (convocados).

segurança contra ato judicial recorrível, salvo situações excepcionais, de flagrante ilegalidade e de efeitos lesivos ou de difícil reparação.

Na hipótese dos autos, sustenta a impetrante que a abusividade do ato impugnado residiria na circunstância de que o bloqueio de seus ativos financeiros não constara da ordem deprecada, tendo sido determinada pela autoridade impetrada, em manifesta violação ao princípio do devido processo legal, destacando, ainda, que, inexistindo decisão judicial nesse sentido, restaria inviabilizada a interposição de agravo de instrumento, restando, apenas, a via do remédio extremo.

Conforme já narrado, o ato hostilizado foi praticado no bojo de carta precatória expedida pelo Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de proceder-se à penhora e avaliação em bens da devedora, ora impetrante, para fins de garantia do débito exequendo, objeto de cobrança no bojo de ação judicial em curso naquele Juízo, até o valor de R\$ 163.326,33 (cento e sessenta e três mil, trezentos e vinte e seis reais e trinta e três centavos) – fl. 19.

Distribuída a carta precatória em referência ao Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, apontado como autoridade coatora, sobreveio a prolação do despacho de fl. 21, em fotocópia, assim redigido: “*cumpra-se, servindo esta de mandado. Realizada a diligência, devolver a carta para o juízo deprecante*”, tendo o sr. oficial de justiça encarregado das diligências devolvido o mandado, sem cumprimento, ante a nomeação de bens à penhora (fls. 22 e 2327). Indeferida a nomeação à penhora, ordenou o juízo deprecado, o pagamento do débito exequendo, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa pecuniária em valor correspondente a 10% (dez por cento) e penhora de bens, nos termos do art. 475-J do CPC (fls. 42–43), bem assim, o bloqueio de ativos financeiros da executada (fls. 47–53).

Assim posta a questão e em que pesem os fundamentos em que se fundou a decisão, ora impugnada, merece prosperar a pretensão deduzida pela impetrante, tendo em vista que a autoridade impetrada, após o indeferimento da nomeação de bens à penhora, transmudou o objeto da carta precatória, que *consistia na penhora de bens da devedora*, para *intimação para pagamento do débito, sob pena de*

penhora, a configurar, na espécie, a sua abusividade, e, por conseguinte, a sua impugnação pela via mandamental.

Com efeito, em se tratando de carta precatória, a atuação do juízo deprecado limita-se à execução do ato deprecado e ao exame das questões incidentais a ela relativa, não se podendo admitir a sua modificação, como no caso.

Na espécie dos autos, como visto, uma vez indeferida a nomeação de bens realizada pela devedora, ora impetrante, haveria de se retornar ao cumprimento da ordem deprecada, qual seja, proceder-se à penhora e avaliação de seus bens, para fins de garantia do débito exequendo, com posterior devolução ao juízo deprecante, hipótese não ocorrida, no caso concreto, eis que o juízo deprecado optou por intimar a executada para efetuar o pagamento do aludido débito, sob pena de multa e penhora e bens.

Vê-se, pois, que, além de irrecorrível o ato judicial em referência, afigura-se desamparado de sustentação legal, eis que praticado sem qualquer decisão do juízo deprecante, a autorizar a sua impugnação pela via extrema da ação mandamental, sob pena de cerceamento de defesa.

Registre-se, por oportuno, que a pretensão deduzida pela impetrante, nestes autos, não se volta contra o indeferimento da nomeação de bens por ela realizada, o que desafiaria a interposição de agravo de instrumento, mas, sim, contra a ordem de bloqueio de ativos financeiros, sem qualquer respaldo na ordem deprecada.

Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada nestes autos e concedo a segurança, para anular o ato impugnado, consistente no bloqueio dos ativos financeiros da impetrante e na aplicação da multa de 10% (dez por cento) fixada com fundamento no art. 475-J do Código de Processo Civil, e determino o cumprimento da carta precatória descrita nos autos, nos exatos termos da ordem deprecada, na forma acima explicitada.

Custas, *ex lege*, já pagas (fl. 16).

Sem honorários advocatícios.

Este é meu voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0040487-32.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.042745-0/AC

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Agravante: Maria do Socorro Rodrigues
 Advogados: Dr. Fernando Martins Gonçalves e outros
 Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 17/05/2011, p. 387

Ementa

Processual Civil e Previdenciário. Ausência de inscrição suplementar do advogado na Seccional do Acre. Irregularidade administrativa. Desconstituição do advogado: impossibilidade. Comprovação de prévia postulação do benefício na via administrativa: desnecessidade. Agravo provido.

I. A ausência de inscrição suplementar, quando o advogado patrocinar a defesa de mais de 5 (cinco) causas por ano em Estado da Federação diverso daquele onde mantém a inscrição principal, configura mera irregularidade administrativa, não refletindo, porém, na regularidade de sua representação processual.

II. Em matéria previdenciária, a não postulação administrativa do benefício não impede a propositura da ação judicial, consoante orientação jurisprudencial da Primeira Seção desta Corte (EAC 1999.01.00.090074-6/MG, rel. Des. Federal Amílcar Machado, DJ 24/11/2003).

III. Não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, disposto no art. 2º da Constituição Federal/1988, ao se assegurar o pleno acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário.

IV. Agravo a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 30/03/2011.

Desembargadora Federal Ângela Catão, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria do Socorro Rodrigues, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que desconstituiu o advogado da agravante e determinou a juntada aos autos da prova do indeferimento do pedido administrativo de concessão do benefício.

A agravante sustenta, em síntese, o descabimento da desconstituição do advogado, havendo ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF/1988, bem como cerceamento de defesa. Afirma que a ausência de inscrição

suplementar do causídico é mera irregularidade administrativa, salientando que referida falta já foi sanada. Aduz, ainda, a desnecessidade de prévia postulação administrativa do benefício, esclarecendo que referido requerimento não constitui óbice à propositura da ação, merecendo reforma a r. decisão *a quo*.

Às fls. 28–29, foi deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

O INSS apresentou contraminuta pugnando pela manutenção da decisão hostilizada (fls. 35–55).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria do Socorro Rodrigues, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que desconstituiu o advogado da agravante e determinou a juntada aos autos da prova do indeferimento do pedido administrativo de concessão do benefício.

A agravante sustenta, em síntese, o descabimento da desconstituição do advogado, havendo ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF/1988, bem como cerceamento de defesa. Afirma que a ausência de inscrição suplementar do causídico é mera irregularidade administrativa, salientando que referida falta já foi sanada. Aduz, ainda, a desnecessidade de prévia postulação administrativa do benefício, esclarecendo que referido requerimento não constitui óbice à propositura da ação, merecendo reforma a r. decisão *a quo*.

Inicialmente, quanto à desconstituição do patrono da agravante, tenho que a ausência de inscrição suplementar, quando o advogado patrocinar a defesa de mais de 5 (cinco) causas por ano em Estado da Federação diverso daquele onde mantém a inscrição principal, configura mera irregularidade administrativa, não refletindo, porém, na regularidade de sua representação processual.

Nesse sentido, decidi esta Corte no julgamento da AC 2008.32.00.006252-6/AM, rel. o Juiz Federal convocado Osmane Antônio dos Santos, que assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO SUPLEMENTAR NO CONSELHO SECCIONAL DO AMAZONAS. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. DIVERGÊNCIA DO EDITAL COM CRITÉRIOS PREVISTOS NO PROVIMENTO Nº 105/2005. OAB/AM. NULIDADE DE PROVA. CONTROLE JUDICIAL RESTRITO AO ASPECTO DA LEGALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Não caracteriza nulidade processual e, sim, mera irregularidade o fato de o patrono do apelado não possuir inscrição suplementar no local onde foi ajuizada a ação. (Precedentes).

[...]

6. Apelação e remessa oficial não providas. (8ª Turma, unânime, e-DJF1 25.09.2009, p. 714)

Ressalte-se que a referida irregularidade já foi sanada, como consta do documento de fls. 23–24, que consiste na juntada do comprovante de inscrição do causídico junto à Ordem dos Advogados do Estado do Acre.

No tocante à necessidade prova do indeferimento do pedido administrativo de concessão do benefício, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EAC 1999.01.00.090074-6/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, adotou posição no sentido de não ser imprescindível o prévio ingresso na via administrativa como condição para o ajuizamento da ação, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES–PREVIDENCIÁRIO–APOSENTADORIA DE TRABALHADOR RURAL – PRÉVIA PROVOCAÇÃO DA VIA ADMINISTRATIVA – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a propositura de ação previdenciária prescinde do anterior exaurimento da via administrativa.

2. “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária” (Súmula 213 - TFR).

3. Embargos infringentes aos quais se nega provimento. (DJ 24.11.2003, maioria.)

Ao proferir o voto condutor, o eminente desembargador destacou, com muita propriedade, o seguinte:

Como sabido na 1ª Seção, havia jurisprudência divergente, nos âmbitos das duas Turmas, sobre se o fato de não existir por parte do segurado prévia provocação da instância administrativa, seria suficiente para configurar a situação processual da *falta de interesse de agir* que, por conseqüência, levaria à carência de ação.

Anoto, em princípio, que sempre mantive o entendimento de que a prévia provocação da instância administrativa pelo segurado, não é condição a este oponível para propor ação judicial. Isso porque, conforme a correta dicção do voto-condutor, a admitir-se tal premissa como condição de ação, por, no particular, só desse fato exsurgir o interesse de agir para o segurado, implicaria transgressão ao preceito constitucional da livre acessibilidade ao Poder Judiciário. Como se isso não bastasse, o juiz, ao indeferir de plano o pleito do autor, só estaria demonstrando desconhecer a prática iterativa do Instituto requerido, em procrastinar o pedido administrativo de humildes segurados, criando empecos de todos os modos, retardando a entrega de direitos e deixando beneficiários à mercê de entraves burocráticos que inviabilizam a concreção dos seus direitos previdenciários. Não pode o Judiciário, no ponto, simplesmente convalidar situação de fato dessa natureza, criando

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcos Augusto de Sousa e Charles Renaud Frazão de Moraes (convocados).

para aquele que legitimamente exerce seu direito constitucional de petição, burocracia processual formalista e indesejável em tema previdenciário, que deve ser analisado na dimensão social e humana em que se insere.

Nesse sentido, manifestou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Desnecessária a prévia postulação administrativa para buscar reconhecimento judicial de benefício previdenciário.

2. Precedentes.

3. Recurso não conhecido. (STJ, 5ª Turma, REsp 232260/CE, Relator Min. Edson Vidigal, DJ 08.03.00.)

.....

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL. DESNECESSÁRIO O PRÉVIO INGRESSO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prévio requerimento na esfera administrativa não pode ser considerado como condição para propositura da ação de natureza previdenciária.

Precedentes.

2. Recurso especial provido para determinar a remessa dos autos à Corte de origem para que prossiga no exame do mérito. (STJ, 6ª Turma, REsp 386.570/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 12.05.2008)

.....

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

1. O prévio requerimento administrativo não é condição à propositura de ação judicial que vise à concessão de benefício previdenciário.

2. Precedentes. 3. Agravo a que se nega provimento. (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1049700/SC, Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJe 27.04.2009).

Ademais, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, disposto no art. 2º da Constituição Federal/1988, uma vez que o Judiciário não está substituindo ou usurpando função executiva ou legislativa, mas, tão somente, cumprindo o seu papel institucional de tutelar a aplicação da lei, prevenindo ou recompondo lesões a direitos.

Com efeito, ao possibilitar o ajuizamento da ação, independente da comprovação do prévio ingresso na via administrativa, busca-se assegurar o pleno acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário.

Adotar posicionamento contrário é que terminaria por violar outro princípio constitucional, qual seja, o da inafastabilidade do Poder Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Já está consolidado no âmbito desta Corte e do STJ o entendimento segundo o qual é desnecessária a prévia postulação administrativa como condição sine qua non para o manejo de ação judicial na qual se busca concessão de benefício previdenciário. Precedentes.

2. Inexiste violação ao princípio da separação de poderes quando o Poder Judiciário aprecia o pedido que lhe é diretamente formulado.

3. Apelação provida.

4. Sentença anulada. (TRF 1ª Região, 2ª Turma, AC 2008.01.99.063714-7/MG, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, DJ 15.01.2010, p. 62.)

Isso posto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0012671-66.2000.4.01.3500

Apelação Cível 2000.35.00.012731-7/GO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelada: Associação Nacional dos Assistentes Jurídicos da União – Anajur
 Advogados: Dra. Sara Mendes e outro
 Publicação: e-DJF1 de 03/06/2011, p. 9

Ementa

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Embargos à execução. Reajuste de 28,86%. Preliminares de defeito de representação, inépcia da inicial e de cumulação indevida de execuções rejeitadas. Incorporação em definitivo do reajuste aos vencimentos dos servidores públicos. Extinção da obrigação. Inocorrência. Prevalência da coisa julgada. Fixação de multa diária para o caso de eventual descumprimento da decisão. Não cabimento. Honorários advocatícios.

I. Não há que se falar em defeito de representação, uma vez que consta dos autos instrumento de mandato conferido à advogada da embargada para atuar no feito.

II. A falta de atribuição de valor à causa não se enquadra nas hipóteses do parágrafo único do art. 295 do CPC, que elencam os casos em que a petição inicial é considerada inepta.

III. É possível a cumulação de execução por obrigação de fazer, que tenha por objeto a incorporação do reajuste aos vencimentos dos beneficiários com obrigação de dar, que objetiva o recebimento das parcelas vencidas. Precedentes.

IV. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22.307-7/DF, assegurou o pagamento do reajuste de 28,86%, deduzindo-se as parcelas decorrentes dos reposicionamentos funcionais concedidos pela Lei 8.627/1993.

V. Entretanto, no caso concreto, o v. acórdão que confirmou a sentença exequenda autorizou somente a compensação das parcelas que, a título de 28,86%, já tenham sido, ou venham a ser, pagas administrativamente, ou seja, autorizou a compensação dos valores que foram incorporados aos vencimentos dos servidores em razão das disposições da Medida Provisória 1.704/1998 e suas reedições. Desse modo, a execução deve prosseguir em conformidade com o título executivo judicial, sob pena de afronta à coisa julgada. Precedentes.

VI. A fixação da multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) não deve subsistir, porquanto não houve descumprimento de obrigação de fazer, mas mera presunção de descumprimento da sentença.

VII. A questão relativa aos honorários advocatícios está inserida na obrigação de dar, objeto de outra execução, devendo nela ser decidida.

VIII. Apelação da União provida em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 13/04/2011.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de apelação interposta pela União Federal, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Goiás (fls. 49–62), que, em embargos à execução de sentença (execução de obrigação de fazer), promovida pela Associação Nacional dos Assistentes Jurídicos da União – Anajur, decidiu a lide, nos seguintes termos:

Por todo o exposto:

I – JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido nos embargos em relação aos associados ABENOR PENA AMANAJAS, CARLOS AUGUSTO TORK DE OLIVEIRA, CONCEIÇÃO DAS GRAÇAS AMORAS MIRA, ERICLAUDIO ALENCAR ROCHA, FILOMENA SILVA VALENTE e GILMA ALVES DA SILVA, para extinguir o processo com julgamento de mérito em relação aos mesmos, nos

termos do artigo 269, inciso III, do CPC, em face das transações ocorridas, visto terem aderido ao parcelamento da MP 1.704/1998.

II – Por fim, JULGO IMPROCEDENTE o mérito dos embargos aviados pela União no sentido de impedir o cumprimento da obrigação de fazer, que consiste em implantar o reajuste de 28,86% integral sobre os vencimentos de janeiro de 1993, e assim repercutir nos vencimentos atuais dos associados da embargada ADAUTO BARBOSA DOS SANTOS, FRANCISCA ALVES VIEIRA, HELIO SARAIVA DE FREITAS, HILDO DA CUNHA MONTYSUMA, JOÃO CRESCÊNCIO DE SANTANA, JOSÉ LEITE DE PAULA, JURIVALDO BRASIL DA COSTA, LUIS HIGINO DE SOUSA NETTO, RAIMUNDA DAS NEVES E SOUZA, ADÃO FRANCISCO DE OLIVEIRA, ANA LUIZA MIRANDA DE MONTALVERNE, ANA ROSA ALBUQUERQUE D. C. JUCA, CARLOS ORLANDO FONSECA DE SOUZA e EDMUNDO DE SOUZA MOURA e declaro extinto o processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, I,

do CPC. Por tal razão, determino incontinenti que a União proceda a reposição concedida na sentença de conhecimento e confirmada na superior instância, de 28,86% integral sobre os vencimentos dos citados associados, a contar da data de prolação da sentença, ressalvando contudo somente a repercussão dos reajustes trazidos pelas reestruturações da carreira de assistente jurídico, em especial pela MP 2.229-43, pela Lei 10.549/2002 e pela Lei 10.909/2002.

[...]

Fixo à embargante prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento da sentença, a contar da intimação pessoal desta, em relação aos associados da embargada ADAUTO BARBOSA DOS SANTOS, FRANCISCA ALVES VIEIRA, HELIO SARAIVA DE FREITAS, HILDO DA CUNHA MONTYSUMA, JOÃO CRESCÊNCIO DE SANTANA, JOSÉ LEITE DE PAULA, JURIVALDO BRASIL DA COSTA, LUIS HIGINO DE SOUSA NETTO, RAIMUNDA DAS NEVES E SOUZA, ADÃO FRANCISCODE OLIVEIRA, ANALUIZAMIRANDA DE MONTALVERNE, ANA ROSA ALBUQUERQUE D. C. JUCA, CARLOS ORLANDO FONSECA DE SOUZA e EDMUNDO DE SOUZA MOURA, devendo juntar tela do SIAPE confirmando a implantação do reajuste integral na folha de pagamento dos mesmos a contar da data da prolação da sentença, *bem como planilha com todas as diferenças históricas devidas em decorrência do comando judicial, desde janeiro de 1993 até o dia anterior à prolação desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por associado a ter o reajuste implantado, a ser contada a partir do 31º dia subsequente à intimação pessoal desta sentença.*

No caso a reestruturação da carreira dos associados acarretar diferença zero na remuneração atual dos mesmos, deverá a União comprovar a evolução da carreira que acarreta a diferença nula e informar qual foi a data final em que houve repercussão do reajuste integral dos 28,86%, na planilha a ser fornecida com os valores históricos das diferenças salariais.

Em face da sucumbência recíproca, sem honorários.

Custas legais a serem divididas entre a embargante e a associação, sendo a embargante isenta por lei de sua metade. As custas eventualmente antecipadas pela embargada deverão ser reembolsadas pela embargante em sua metade." (fls. 60/62).

Apela a União (fls. 66–79), com base nos seguintes argumentos:

a) preliminarmente, suscita:

a.1) defeito de representação, uma vez que a advogada da embargada teria ajuizado a execução sem possuir procuração nos autos;

a.2) inépcia da inicial, considerando que o domicílio e residência dos exequentes, bem como

o valor da causa não constaram da petição inicial da execução; e

a.3) cumulação indevida de execuções, tendo em vista que os ritos da obrigação de dar (para o pagamento das parcelas vencidas) e da obrigação de fazer (para a implementação do reajuste de 28,86% nos vencimentos dos beneficiários) são diferentes, afrontando o disposto no art. 573 do CPC, razão pela qual requer a nulidade de ambas as execuções.

b) no mérito, sustenta a existência de causa extintiva da obrigação, qual seja, a incorporação do reajuste de 28,86% nos vencimentos dos associados da embargada, incorporação essa determinada pela Medida Provisória 1.704, de 30 de junho de 1998, regulamentada pelo Decreto 2.693/1998 e pela Portaria Mare 2.179/1998. Assim, a partir de julho de 1998, com pagamentos em agosto, alega que houve a incorporação do índice devido a todos os servidores detentores de índice positivo e fazendo a compensação, muitos casos atingem índice zero desde janeiro de 1993;

c) aduz que a imposição de multa para cumprir obrigação indevida gera prejuízos irreparáveis e afronta o entendimento deste Tribunal;

d) requer a atribuição de duplo efeito à apelação; e,

e) pugna, ao final, pela aplicação do art. 1.531 do Código Civil de 1916 ao caso concreto.

Contrarrazões da embargada às fls. 140–148.

A embargada opôs os embargos de declaração de fls. 149–151, que foram contrariados pela União à fl. 173 e parcialmente acolhidos pela sentença integrativa de fls. 175–180, nos seguintes termos:

Pelo exposto:

I – JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os presentes embargos declaratórios, para corrigir a omissão no que se refere aos honorários advocatícios em casos em que houve transação entre as partes.

II – A parte dispositiva da sentença embargada, que trata da homologação dos acordos, passa a ter o seguinte parágrafo acrescido:

“O pacto extrajudicial entabulado entre as partes não alcança os honorários advocatícios arbitrados na sentença do processo principal. Assim, nos casos em que houve acordo entre as partes sem a participação do causídico responsável pelo feito (art. 23 e 24 da Lei 8.906/1994), poderá o advogado, sem qualquer restrição, executar a sentença do processo principal na parte relativa aos seus honorários.”

Esta sentença elucida e integra a parte dispositiva da sentença de fls. 49/62, para todos os fins de direito. (fl. 180).

Contra essa sentença, a União interpôs o recurso de apelação de fls. 184–188, ratificando os termos da apelação anterior e sustentando, em síntese, que:

a) a discussão sobre o pagamento de honorários advocatícios devidos ou não sobre valores pagos em acordo extrajudicial é objeto dos embargos à execução opostos em decorrência da ação de execução de obrigação de pagar (dar), não podendo o referido pagamento ser concedido em sentença de embargos, cujo objeto é obrigação de fazer. Por essa razão, a sentença integrativa é *extra petita*;

b) a sentença integrativa é nula, porque extrapolou os limites da lide, violando as disposições dos arts. 128 e 460 do CPC; e

c) no julgamento da ADIN 1194/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24 da Lei 8.906/1994, de modo que não importa mais a redação do § 4º do mesmo dispositivo, razão pela qual o advogado deve cobrar os honorários de seu constituinte.

Contrarrazões da embargada às fls. 191–194.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Do defeito de representação

A União arguiu, preliminarmente, defeito de representação, uma vez que a advogada da embargada teria ajuizado a execução sem possuir procuração nos autos.

O art. 13 do CPC dispõe sobre o defeito de representação, nos seguintes termos:

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II - ao réu, reputar-se-á revel;

III - ao terceiro, será excluído do processo.

O MM. Juiz *a quo* afastou o alegado defeito, sob o fundamento de que à fl. 6 dos autos 95.0006161-9 consta procuração conferida pela embargada à

advogada subscritora da execução com os poderes para o foro em geral, dentre os quais, embora desnecessário, o de promover a execução.

A União reitera a preliminar, mas sem atacar esse fundamento.

Acrescento, ainda que, antes mesmo de qualquer determinação judicial, o defeito de representação, acaso existente, estaria devidamente sanado pela juntada do instrumento de mandato de fl. , que não deixa dúvidas quanto à regular representação processual da embargada.

Rejeito a preliminar.

Da inépcia da petição inicial

A União sustenta a inépcia da petição inicial, considerando que o domicílio e residência dos exequentes, bem como o valor da causa não constaram da petição inicial da execução.

Entretanto, como bem esclareceu o MM. Juiz, é desnecessária a exigência do domicílio e residência dos representados, uma vez que a execução está sendo promovida pela associação embargada.

No que tange à ausência de indicação do valor da causa, trata-se de mera irregularidade, que não se enquadra no rol constante do parágrafo único do art. 295 do CPC. Confira-se:

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

[...]

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

Da cumulação indevida de execuções

A União também sustenta a cumulação indevida de execuções, tendo em vista que os ritos da obrigação de dar e da obrigação de fazer são diferentes.

Contudo, é cabível a cumulação de execuções no caso em tela, conforme o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios. Cito, dentre outros, os seguintes precedentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO NÃO-EMBARGADA DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves e Francisco de Assis Betti.

HONORÁRIOS. CABIMENTO. SÚMULA 345/STJ. CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES DE FAZER E DE PAGAR. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO POR DALCI FERREIRA E OUTROS PROVIDO.

1. “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas” (Súmula 345/STJ).

2. Em se tratando de execução de sentença que concede a servidores públicos reajuste salarial, é possível a cumulação de execução de pagar quantia certa (referente às parcelas vencidas) e de fazer (para incorporação do reajuste aos vencimentos).

3. Agravo regimental interposto pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA improvido. Agravo regimental interposto por DALCI FERREIRA e OUTROS provido. (STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg 888328/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 24.11.2008)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM A DE DAR. POSSIBILIDADE. 1. A execução deve ser processada nos autos principais, a teor do art. 589 do CPC, não fazendo a lei qualquer ressalva acaso a execução se faça por duas modalidades.

2. Sendo os exequentes vencedores em ação que condenou o réu ao cumprimento de obrigação de dar e de fazer, o credor pode executar ambas as obrigações simultaneamente ou apenas uma de cada vez, pois é lícita a cumulação de vários pedidos num único processo contra o mesmo réu, a teor do art. 292 do CPC. Se entende o credor de executar simultaneamente, tal opção não pode lhe ser negada.

3. O disposto no art. 633, do CPC, torna compatíveis as execuções reguladas nos arts. 632 (relativa às parcelas vincendas reconhecidas no título executivo) e 730 (relativa às parcelas vencidas reconhecidas no título executivo) do CPC. Precedentes. (TRF4, Quarta Turma, AG 2005.04.01.015285-2/RS, Rel. Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ de 31.08.2005, p. 616)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÕES CUMULÁVEIS. DAR E FAZER. ANULAÇÃO DA SENTENÇA

1. É lícita a cumulação de pedidos num único processo, contra o mesmo réu (CPC, art. 292), nada obsta que a parte autora, em ação dita declaratória, deduza pedido condenatório, que julgado precedente, acarreta execução da correspondente obrigação de fazer cumulativamente com a de dar. Precedentes.

2. Apelação provida. Sentença anulada. (TRF 1, 2ª Turma Suplementar, AC 1999.01.00.024916-3/AC,

Rel. Juiz Federal Convocado Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJ 21.10.2004, p. 53)

Desse modo, rejeito a preliminar.

Do mérito

No mérito, aduz a União que já procedeu à incorporação do reajuste de 28,86% nos vencimentos dos associados da embargada, incorporação essa determinada pela Medida Provisória 1.704, de 30 de junho de 1998, regulamentada pelo Decreto 2.693/1998 e pela Portaria Mare 2.179/1998. Assim, a partir de julho de 1998, com pagamentos em agosto, alega que houve a incorporação do índice devido a todos os servidores detentores de índice positivo e fazendo a compensação, muitos casos atingem índice zero desde janeiro de 1993.

Entretanto, a referida alegação merece ser cuidadosamente analisada, uma vez que é preciso verificar se a incorporação noticiada pela União está de acordo com a decisão judicial transitada em julgado, que é o objeto da presente execução.

Assim, torna-se imperiosa a transcrição do dispositivo da sentença exequenda e do acórdão que a confirmou. Transcrevo, em primeiro lugar, o dispositivo da sentença:

Do exposto, forte nas razões antes alinhadas, julgo procedente o pedido, condenando, de consequência, a Ré:

a) a incorporar, imediatamente, à remuneração dos associados da Autora, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 1993 (data do início da vigência da Lei 8.622/93), o percentual de 28,86%;

b) a pagar todas as diferenças decorrentes do reajuste enfocado, corrigidas monetariamente, a partir de 1º de janeiro de 1993, incidindo sobre o quantum corrigido, juros de mora, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano;

c) a restituir as custas antecipadas pela Autora, devidamente corrigidas;

d) a pagar honorários advocatícios, que arbitro em 1% (um por cento) sobre o valor total da condenação, isto por apreciação equitativa (art. 20, § 4º, do CPC)

Por sua vez, o v. acórdão, da lavra do eminente Des. Federal Luciano Tolentino do Amaral, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos seguintes termos:

Pelo exposto, em homenagem àquelas decisões majoritárias, NEGOU provimento à apelação e à remessa oficial.

Deverão ser compensadas as parcelas que, a esse título, já tenham sido, ou venham a ser, pagas administrativamente.

Observo que nem a fundamentação do voto nem o dispositivo da sentença determinam a compensação nos moldes da decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferida nos embargos de declaração no ROMS 22.307-7/DF.

Dessa forma, como a execução deve seguir fielmente o que restou decidido no processo de conhecimento, não há que se falar, no caso concreto, em compensação do reajuste, aplicando-se os valores previstos na Lei 8.627/1993.

A jurisprudência dos Tribunais é justamente nesse sentido. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE. 28,86%. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA. DETERMINAÇÃO. TÍTULO EXEQUENDO. COISA JULGADA. OFENSA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22.307-7,

entendeu ser devido aos servidores públicos civis o reajuste de 28,86%, compensados os valores pagos a título de reposicionamento previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93.

2. Nos casos em que o título exequendo não faz referência à *compensação* do aludido índice com os reajustes concedidos por força das Leis n.ºs 8.622/93 e 8.627/93, esta não pode ser acolhida em sede de *execução*, sob pena de afronta direta à *coisa julgada*.

3. Agravo regimental improvido. (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 968643 / AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 09.03.2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS MILITARES E ESTENDIDO AOS SERVIDORES CIVIS. LEI Nº. 8.627/93. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE SOMENTE COM OS PERCENTUAIS PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO ACOLHIDA. RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

[...]

4. A execução de título judicial está adstrita aos comandos inseridos em seu dispositivo, sendo defeso ao julgador extrapolar os limites nele definidos, sob pena de ofensa à *coisa julgada*.

5. Tendo sido determinado a compensação do que tenha sido pago administrativamente a título de reposição da própria diferença de 28,86%, só pode ser considerada as hipóteses previstas na Medida Provisória 1.704/98 e suas sucessivas reedições.

6. Não restam dúvidas de que a compensação reconhecida pelo título executivo, não foi nos termos da decisão do col. Supremo Tribunal Federal (EDROMS Nº 22.307-7), que assegurou o pagamento do referido reajuste, deduzindo-se as parcelas

decorrentes dos reposicionamentos de que trata a Lei 8.627/93.

7. Incorreta, também, a compensação do referido percentual de acordo com os termos do Decreto 2.693/98 e da Portaria MARE 2.179/98, pois, de acordo com a jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores não são compensáveis os reajustes decorrentes das evoluções salariais/funcionais no período de janeiro 1993 a junho de 1998.

[...]

11. Agravo retido provido. Apelação parcialmente provida nos termos do item 5. (TRF1, 2ª Turma, AC1999.38.00.006016-0/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, eDJF1 de 15.01.2010, p. 6)

Assevera a União que a incorporação se deu com base no art. 1º da Medida Provisória 1.704/1998, que tinha a seguinte redação:

Art. 1º Fica estendida aos servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal assentada no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 22.307-7 - Distrito Federal, com a explicitação contida no acórdão dos embargos de declaração.

O art. 1º supracitado teve mantida a redação, conforme a MP 2.169-43/2001 (última reedição).

Ou seja, mesmo com a série de reedições da MP 1.704/1998, restou mantida a incorporação do percentual com base na decisão do STF, observada a fundamentação dos embargos de declaração no ROMS 22.307-7/DF.

Também alega União alega que a incorporação do reajuste de 28,86% se deu com base no Decreto 2.693/1998 e na Portaria Mare 2.179/1998.

Todavia, a jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que a compensação com base no Decreto 2.693/98 e na Portaria Mare 2.179/1998 ultrapassaram os limites da compensação determinada pelo Supremo Tribunal Federal nos embargos de declaração no ROMS 22.307-7. Confira-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS MILITARES E ESTENDIDO AOS SERVIDORES CIVIS. LEI Nº. 8.627/93. COMPENSAÇÃO. LIMITES. PORTARIA MARE Nº. 2.179/98. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES GRATIFICADAS. PERCENTUAL TOTAL/INTEGRAL DE 28,86%. VERBA HONORÁRIA.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a compensação referente à recomposição salarial de 28,86%, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração no ROMS 22307/DF, está limitada aos índices previstos na Lei . 8.627/93, vedada a dedução de valores referentes à evolução funcional do servidor no período compreendido entre janeiro de 1993 a junho de 1998.

2. A compensação determinada no Decreto nº 2.693/98 e na Portaria MARE . 2.179/98 que ultrapassar os limites fixados pela Suprema Corte não pode ser aplicada.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão do reajuste de 28,86% de que cuidam as Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, declarou tratar-se de “revisão geral de remuneração”. Dessa forma, a base de cálculo para a incidência do referido reajuste deverá ser a remuneração, abrangente de todas as parcelas remuneratórias, de natureza permanente, que podem ser alcançadas pela revisão geral.

[...]

7. Apelação da União a que se nega provimento. Recurso Adesivo dos embargados parcialmente provido, nos termos dos itens 3, 4 e 5.(2ª Turma, AC 2002.34.00.000862-3/DF, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, eDJF1 de 21.01.2010, p. 150)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.627/93. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA MARE Nº 2.179/98. DESCABIMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Determinando o título exequendo a compensação do reajuste de 28,86% com outros concedidos pela legislação posterior, sob esse fundamento, incabível a aplicação dos reposicionamentos determinados pela Lei 8.627/93 para fins de compensação. Precedentes.

2. Não bastasse tal constatação, a Portaria MARE 2.179/98 em muito desbordou dos limites traçados pelo STF no julgamento do EDROMS 22.307-DF, razão pela qual igualmente descabida a utilização da evolução funcional do servidor, para fins de compensação.

3. A pretendida compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos em virtude da Portaria MARE 2.179/98 e do Decreto 2.693/98 já foi objeto de embargos à execução, tratando-se de matéria preclusa, inclusive atingida pelo instituto da coisa julgada material, tendo em vista acórdão proferido por esta Corte.

4. Agravo de instrumento desprovido. (2ª Turma, AG 2008.01.00.022766-8/MG, Rel.

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, eDJF1 de 02.03.2009, p. 159)

No caso concreto, forçoso é concluir que o v. acórdão que confirmou a sentença exequenda autorizou somente a compensação das parcelas que, a título de 28,86%, já tenham sido, ou venham a ser, pagas administrativamente, ou seja, autorizou a compensação dos valores que foram incorporados aos vencimentos dos servidores em razão das disposições da Medida Provisória 1.704/1998 e suas reedições. Desse modo, a execução deve prosseguir em conformidade com o título executivo judicial, sob pena de afronta à coisa julgada.

Sob esses fundamentos, não merece acolhimento a genérica alegação de que houve total extinção da obrigação, devendo a União proceder à incorporação das diferenças dos percentuais eventualmente concedidos, de modo a garantir que cada um dos servidores representados pela embargada tenha seus vencimentos reajustados integralmente em 28,86%, ressalvada a comprovação de que, na reestruturação da carreira dos servidores, essa incorporação tenha sido contemplada, conforme já determinado pela sentença recorrida.

Observe que a dita decisão recorrida impôs multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais), para a hipótese de descumprimento de seu comando.

Todavia, a referida imposição não deve subsistir, porquanto não houve descumprimento de obrigação de fazer, mas mera presunção de descumprimento da sentença.

No tocante à apelação integrativa, verifico que assiste razão à União, uma vez que o objeto desta execução é uma obrigação de fazer (incorporação de reajuste aos vencimentos dos servidores). Portanto, a questão relativa aos honorários advocatícios deve ser decidida no âmbito da execução de dar (pagamento das parcelas vencidas), objeto da execução em apenso.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação da União para afastar a multa diária fixada pelo MM. Juiz e para decotar da sentença o parágrafo acrescido pelo item II da parte dispositiva da sentença integrativa (fl. 180).

É como voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0002178-72.2006.4.01.3903

Apelação Criminal 2006.39.03.002180-4/PA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Apelante: Haroldo Oliveira Martins
 Apelante: Jairo Carvalho de Sousa
 Apelante: Júlio Siqueira Filho
 Advogado: Dr. Ismael Antônio Coelho de Moraes
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Bruno Alexandre Gutschow
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2011, p. 350

Ementa

Penal. Processo Penal. Apelação. Crime ambiental. Art. 55, Lei 9.605/1998. Extinção da punibilidade. Usurpação de patrimônio público. Art. 2º, Lei 8.176/1991. Extração ilegal de ouro. Concurso formal. Circunstâncias judiciais. Análise conjunta. Individualização das penas. Ausência de prejuízo. Crime tentado. Tese afastada. Falta de autorização legal ou desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Dano potencial. Delito consumado.

I. A tese de revogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998 foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 89.878/SP ao entendimento de que os dispositivos tutelam bens jurídicos distintos. (ressalvo o posicionamento do relator sobre o tema)

II. Há concurso formal de crime, e não conflito aparente de normas nesses casos.

III. A ausência de individualização das circunstâncias judiciais e das penas dos três réus *in casu* não implica, a princípio, prejuízo para as defesas e nem ofensa ao princípio constitucional correspondente, eis que as situações individuais assemelham-se e as sanções foram impostas igualmente no mínimo legal.

IV. Improcedente a tese de crime tentado, pois o crime de usurpação de patrimônio público é de dano potencial e aperfeiçoa-se ante a ausência de autorização legal ou se houver desacordo em relação às obrigações impostas pelo título autorizativo para a extração de minerais, sendo bastante como prova da consumação o flagrante dos fiscais do Ibama sobre os acusados, apanhados em fiscalização no Rio Xingu extraindo ouro, desacompanhados de documentação idônea do DNPM e da Sectam conferindo-lhes o direito à exploração do bem material.

V. Extinção da punibilidade do crime tipificado no parágrafo único do art. 55 da Lei 9.605/1998, em decorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva.

VI. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, extinguir, de ofício, a punibilidade de Haroldo Oliveira Martins, Jairo Carvalho de Sousa e Julio Siqueira em relação ao crime tipificado no art. 55 da Lei 9.605/1998, com fulcro nos arts. 107, IV; 109, VI (antes da Lei 12.234/2010); e 110, *caput*, todos do Código Penal, *c/c* o art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal; e dar parcial provimento à apelação apenas para reduzir as sanções impostas para o delito do art. 2º da Lei 8.176/1991, de 1 (um) ano e 6 (seis) meses detenção e R\$ 500,00 (quinhentos reais) de multa para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 30 (trinta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 17/05/2011.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — I. Trata-se de apelação criminal interposta por Haroldo Oliveira Martins, Jairo Carvalho de Souza e Júlio Siqueira Filho contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Antônio Carlos Almeida Campelo, da Subseção Judiciária de Altamira/PA, que *julgou procedente a denúncia e condenou os réus às penas individuais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pela prática dos crimes descritos no art. 55 da Lei 9.605/1998 e no art. 2º da Lei 8.176/1991, em concurso formal.*

II. De acordo com a denúncia de fls. 6–8, datada de 16/06/2005, com aditamento em 18/05/2006 para inclusão do crime tipificado no art. 2º da Lei 8.176/1991, e recebida em 23/05/2006 (fl. 90), os réus foram flagrados, no dia 29/08/2003, na localidade denominada de Juruá/Rio Xingu, Município de Altamira/PA, executando a extração de recurso mineral (ouro) sem a devida licença dos órgãos ambientais – Sectam e INPM.

III. O juiz *a quo* entendeu provadas a materialidade e a autoria dos crimes imputados na denúncia e afastou a tese de revogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998 (fls. 294–298).

IV. Pedido dos réus de reconhecimento da prescrição do crime ambiental e de alteração dos termos das penas substitutivas de direitos impostas, às fls. 324–326.

V. Manifestação do Ministério Público Federal de fls. 346–347, por meio da qual afirma ser procedente o pedido supramencionado, conquanto faça menção à ausência de individualização de cada crime na sentença, o que poderia redundar em vantagem para os acusados caso fosse reconhecido o concurso material.

VI. Requerimento do *Parquet* de intimação da defesa para apresentação das razões recursais às fls. 351–353.

VII. Os réus sustentam ausência de provas da materialidade, da autoria e de dolo, existindo dúvida quanto a culpabilidade, haja vista somente uma testemunha, Antônio Arnaldo Nascimento Nobre, ter presenciado a apreensão do maquinário de garimpagem e afirmado que eles não estavam presentes no local na hora do fato, além de não saber ao certo quem era o dono, *mas ouviu dizer que pertencia ao réu Haroldo Oliveira Martins*. Aduzem que a conduta se amolda, *quando muito, na modalidade tentada, nunca na consumada pela qual foram condenados*, pois não foi apreendida um grama sequer de ouro. Trazem novamente à discussão a questão referente

à revogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998. Afirmam que as alegações das testemunhas Francisco Alexandre da Costa e Pedro Neiva Ferreira, por serem servidores do Ibama e terem interesse na causa, merecem descrédito (lavraram o auto de infração).

Pedem a absolvição, ou por não terem concorrido para a infração penal, ou por insuficiência de provas que os liguem a ela, ou, alternativamente, a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição do crime ambiental, seja com arrimo na tese de revogação do crime de usurpação, seja pela reanálise da dosimetria para afastar o concurso formal ante a inexistência de duplo resultado naturalístico, com a redução da pena abaixo de 1 (um) ano, pelo reconhecimento da tentativa (fls. 171–191).

VIII. Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 386–391, pugnando pelo provimento parcial da apelação, com a decretação da extinção da punibilidade dos réus pela prescrição da pretensão punitiva do crime ambiental.

IX. O parecer da lavra do Procurador Regional da República Elton Venturi sugere o provimento parcial da apelação, por considerar extinta a punibilidade dos acusados quanto ao crime ambiental (art. 55 da Lei 9.605/1998) (fls. 394–403).

X. Ação penal não sujeita à revisão, por força do art. 290 do RITRF 1ª Região, tendo em vista os crimes imputados aos réus cominarem penas de detenção.

XI. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Da extinção da punibilidade do crime ambiental.

Tem razão a defesa e o Ministério Público Federal ao sustentarem a necessidade de reconhecimento do benefício quanto ao delito tipificado no art. 55 da Lei 9.605/1998.

O juiz *a quo* não individualizou as penas de cada crime. Após proceder a análise das circunstâncias judiciais, impôs penas-base somente para o crime de usurpação do patrimônio público no mínimo legal de 1 (um) ano de detenção.

O preceito secundário do artigo supracitado comina sanção inicial de 6 (seis) meses para o infrator. Dessa forma, com fulcro nas mesmas circunstâncias

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães e Carlos Olavo.

judiciais, é de se concluir que as penas para o crime ambiental, caso tivessem sido calculadas, ficariam neste patamar.

Contudo, à míngua destas, mas subentendo-se serem de 6 (seis) meses, sem prejuízo para os réus, deve ser-lhes reconhecido o benefício da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, pois a denúncia foi recebida em 23/05/2006 e a sentença, publicada em 29/09/2009. Com efeito, percebe-se o transcurso de mais de três anos entre uma e outra data, superando a previsão de 2 (dois) anos, contida no inciso VI do art. 109 do Código Penal para fins de prescrição de delitos cujas penas são inferiores a 1 (um) ano, com a redação anterior à reforma instituída pela Lei 12.234/2010.

2. No *mérito*, cabe afastar de início o argumento suscitado pela defesa de revogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998, a despeito de ressaltar meu ponto de vista sobre a matéria, defendido em inúmeros julgados, pois permaneço fiel à compreensão de que, nos casos de lavra de minerais sem autorização dos órgãos competentes, o mundo naturalístico se altera somente uma vez, razão porque entendo ter havido conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da especialidade.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito do tema, no julgamento do HC 89.878/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, à unanimidade, publicado em 14/05/2010, 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:

[...] 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 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 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.

Assim, para evitar ofensa à uniformidade dos julgados, adoto o entendimento da Corte Maior como razão de decidir.

2.1. Remanesce o art. 2º da Lei 8.176/1991, que dispõe:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima 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.

In casu, a materialidade delitiva é evidente. Os Autos de Infração 17.004, 17.007 e 17.008 (fls. 19, 32 e 45), lavrados pelo Ibama, relatam a extração de minério (ouro) ao longo do Rio Xingu sem a devida autorização dos órgãos ambientais/Sectam/DNPM, e os Termos de Apreensão 286.313, 286.316 e 286.318 (fls. 20, 33 e 46) demonstram o recolhimento do maquinário utilizado na empreitada criminosa. Toda essa documentação está encartada nos Procedimentos 1.23.002.000262/2005-17, 1.23.002.000283/2005-32 e 1.23.002.000284/2005-87 (fls. 15–51), instaurados pelo

Ministério Público Federal para averiguação da prática criminosa por parte dos acusados.

A autoria também está provada, a par de os réus a terem negado.

Francisco Alexandre da Costa testemunhou em Juízo e declarou (fl. 212):

QUE é funcionário administrativo do IBAMA e participou com um Fiscal do IBAMA de uma fiscalização em Altamira. QUE a Polícia Federal apreendeu o material que deu ensejo a presente denúncia e o IBAMA foi chamado para fazer a apreensão; QUE, na ocasião, os réus estavam presentes e admitiram que o material apreendido lhes pertencia; QUE lembra que na ocasião eram cinco pessoas detidas; QUE o material apreendido se tratava de equipamentos para explorar minerais; QUE o material é proibido por que seria utilizado para retirar os minerais do leito do rio. (...)

Pedro Neiva Ferreira, outra testemunha arrolada, técnico do Ibama, disse à autoridade judicial (fls. 54–55):

QUE esteve in loco no rio Xingu e lavrou os cinco termos que fazem parte do presente processo; QUE se deslocou de Santarém para Altamira e lá juntamente com seu colega FRANCISCO ALEXANDRE DA COSTA e os policiais federais fizeram a lavratura do termo; QUE a outra testemunha FRANCISCO ALEXANDRE DA COSTA também esteve na fiscalização in loco no rio Xingu; QUE na ocasião estavam na área do rio cinco pessoas: os três réus e mais GILBERTO ANTONIO DA SILVA e JOSÉ ELZO NÉ DOS SANTOS; QUE apreenderam o material que ficou na guarda do Gerente Executivo do IBAMA à época; QUE os réus estavam extraindo ouro; QUE os réus não tinham autorização para a exploração que estavam realizando; QUE também fazia parte da operação representante do DNPM da sede de Belém; (...) QUE, quando esteve in loco no rio Xingu, estavam presentes policiais federais, funcionários do DNPM e do SECTAM; QUE esteve in loco no leito do rio juntamente com seu colega FRANCISCO ALEXANDRE DA COSTA. (...)

Miosés Tack, testemunha da defesa, afirmou perante o juiz que (fls. 218–219):

(...) QUE, na época dos fatos, se recorda que tinha umas cinqüenta balsas trabalhando com a extração de ouro no rio Xingu, desde a região da “cachoeira do 13” até a “cachoeira grande”, tudo no município de Vitória do Xingu; QUE se recorda que uma dessas balsas era do réu Haroldo Oliveira Martins e pode afirmar isso porque conhecia os mergulhadores que iam trabalhar para ele na extração de ouro; QUE os mergulhadores do réu Haroldo não chegaram a iniciar a extração, porque quando estavam preparando o material a fiscalização chegou e fez a apreensão dos equipamentos. [...]

Embora Antônio Arnaldo do Nascimento Nobre tenha declarado em Juízo que nenhum dos réus estava presente no local dos fatos no momento da fiscalização, tal afirmativa restou isolada nos autos, diante da prova em contrário obtida na instrução.

Impende destacar que os depoimentos dos fiscais do Ibama, por serem servidores públicos, *gozam de fé pública, só sendo afastada por prova irrefutável*, como bem frisou a sentença. Daí decorrer a conclusão acertada do *Parquet* de que (fls. 388–389):

Se estiver certa a suposição no sentido de que os servidores públicos sempre têm interesse em defender seus atos, e, que, por isso, seriam indignos de fé, estará inviabilizada a maioria das investigações policiais. Talvez seja por isso que os atos do poder público gozam de presunção de legitimidade.

Ademais, ao se confrontar tais declarações com as outras provas arregimentadas verifica-se estarem de plena harmonia com elas.

Ora, o só fato de se tratar de servidores do órgão encarregado da fiscalização do meio ambiente não torna as testemunhas suspeitas ou impedidas. Tal entendimento é adotado igualmente no caso de policiais, como se extrai do seguinte precedente:

Os depoimentos dos agentes de polícia, quando corroborados por outros elementos probatórios, valem como prova. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita” (HC 70237, DJ 08/04/94 p. 228, STF - 1ª Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso) (...)” (ACR 2004.32.01.000167-2/AM, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 17/08/2007, p.10)

(ACR 0000303-44.2009.4.01.4200/RR; Rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (conv.); 3ª Turma; e-DJF1 p.199 de 28/05/2010)

Por conseguinte, a ação dolosa dos réus está devidamente provada, pois foram flagrados cometendo crime contra o meio ambiente e de exploração de matéria prima pertencente à União, consubstanciado na extração de ouro sem autorização dos órgãos competentes.

“A vontade dirigida ao fim determinado é deduzida da atitude subjetiva do agente, eis que se trata de prova intelectual, impossível de ser demonstrada materialmente” (prof. Eugênio Pacelli).

2.2 Da dosimetria.

O juiz *a quo* impôs penas individuais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e multa de R\$ 500,00

(quinhentos reais), pela prática dos crimes descritos no art. 55 da Lei 9.605/1998 e no art. 2º da Lei 8.176/1991, em concurso formal.

O Ministério Público Federal e a defesa sustentam que o sentenciante deveria tê-las individualizado, dada a possibilidade de ser mais vantajoso para os indigitados o concurso material.

Eis a análise das circunstâncias judiciais, tomada em conjunto (fls. 297):

Não há registro de antecedentes criminais para os três réus. Os réus apresentam conduta social normal e não têm personalidades voltadas para o crime. Os motivos do crime foram relevantes porquanto resultaram na poluição do rio e na usurpação de bens da União. As conseqüências do crime não foram tão graves.

Tendo em vista essas considerações, com o conjunto das circunstâncias judiciais em grau médio, fixo a pena-base em 1 (um) ano de detenção e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

De fato, o correto seria a particularização das situações. Entretanto, como visto, a análise das circunstâncias judiciais direcionou as penas-base do delito de usurpação do patrimônio público ao mínimo legal. Neste contexto, é de se supor que, pelos mesmos motivos, as do crime ambiental ficariam igualmente no menor grau. Assim, conclui-se que, caso houvesse concurso material, os réus seriam condenados individualmente a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

A regra do art. 119 do Código Penal¹ não distingue concurso formal do material para efeito de extinção da punibilidade, sendo que, em ambos os casos, afasta-se a modalidade aplicada com vistas à análise da prescrição.

Destarte, considerando o disposto no supramencionado artigo, seja numa ou noutra situação, na espécie permanece a pena de 1 (um) ano de detenção do crime de usurpação, porquanto, de qualquer modo, a extinção da punibilidade do crime ambiental deverá ser reconhecida, e não incide qualquer causa de diminuição sobre esta sanção de modo a deixá-la abaixo do mínimo legal.

Dessa maneira, é indiferente em termos de benefício para os réus o concurso formal heterogêneo ou o concurso material.

Por outro lado, em função do art. 70 do Código Penal, o sentenciante aplicou no máximo previsto, exagerada e injustificadamente, o aumento sobre as penas, qual seja, à metade, correspondente, no presente caso, a seis meses. Veja-se excerto da sentença, no particular:

(...) Em face da inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e de causa de diminuição da pena, passo a aplicar o aumento previsto no art. 70, do CP, em virtude de concurso formal, que concerne a 6 (seis) meses, fixando a pena em definitivo em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

As circunstâncias judiciais são de modo geral favoráveis. Os acusados são primários, de bons antecedentes, com personalidades não voltadas ao crime. Apenas a consequência do delito se mostra negativa e foi confundida na sentença com o motivo. São inexistentes, também, circunstâncias agravantes.

Portanto, considero ausente qualquer fundamento justificador da exasperação das sanções pelo concurso formal heterogêneo nos moldes da sentença, razão pela qual as reduzo, individualmente, em definitivo, para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção (aumento mínimo de 1/6, previsto no art. 70 do Código Penal, incidente sobre as penas-base).

No tocante à pena de multa, houve equívoco do sentenciante ao determiná-la em reais. O § 2º do art. 2º da Lei 8.176/1991 prevê:

No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Assim, fixo-a definitivamente em 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Quanto à tese de crime tentado sustentada pela defesa, considero-a de todo desarrazoada. O delito de usurpação de patrimônio público é descrito como sendo de dano, efetivo ou potencial, e aperfeiçoa-se ante a ausência de autorização legal ou se houver desacordo em relação às obrigações impostas pelo título autorizativo para a extração de minerais.

Neste contexto, é despiendo o fato de não ter sido encontrado ouro em poder dos indigitados. A propósito, veja-se precedente da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região nesse sentido:

Os crimes do art. 55 da Lei 9.605/98 e art. 2º da Lei 8.176/91 configuraram-se no momento em que os recorrentes foram abordados pela operação policial e não apresentaram a devida autorização

¹ "No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente."

para a extração mineral, independentemente de ter sido ou não encontrado, em poder dos acusados, o proveito ou produto do crime em comento.

(ACR 0002544-34.2008.4.01.4100/RO; Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (conv.); e-DJF1 p.262 de 14/01/2011)

Por fim, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade conforme determinado na sentença, atentando apenas para o novo período de cumprimento.

3. *Pelo exposto*, decreto, de ofício, a *extinção da punibilidade* de Haroldo Oliveira Martins, Jairo Carvalho de Sousa e Julio Siqueira em relação ao crime tipificado

no art. 55 da Lei 9.605/1998, com fulcro nos arts. 107, IV; 109, VI (antes da Lei 12.234/2010); e 110, *caput*, todos do Código Penal, c/c o art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal; e *dou parcial provimento* à apelação apenas para reduzir as sanções impostas para o delito do art. 2º da Lei 8.176/1991, de 1 (um) ano e 6 (seis) meses detenção e R\$ 500,00 (quinhentos reais) de multa para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

4. É o voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0000777-50.2002.4.01.4300

Apelação Criminal 2002.43.00.000777-1/TO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Apelante: Pedro Alves Chaves
 Advogado: Dr. Adwardys de Barros Vinhal
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. João Gabriel Moraes de Queiroz
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2011, p. 367

Ementa

Penal. Processual Penal. Falsidade ideológica e uso de documento falso. Art. 299, CP. Certidão Pública Municipal. Créditos da Seguridade Social. Isenção. Obtenção da CND.

I. Comprovadas a materialidade e autoria e demonstrado que o réu com a vontade de livre e consciente inseriu declaração falsa na Certidão Pública Municipal, sobre a construção de imóvel, visando à *obtenção de certidão negativa de débito junto ao Instituto Nacional do Seguro Social*, impõe-se a confirmação da sentença condenatória.

II. Recurso de apelação não provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 17/05/2011.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra *Pedro Alves Chaves*, pela prática dos crimes previstos no art. 299 e no art. 304, ambos do Código Penal, por ter inserido, na qualidade de chefe da Divisão de Cadastro da Prefeitura Municipal de Araguaína/TO, informações

falsas na Certidão Pública Municipal visando a obtenção de certidão negativa de débito junto ao INSS, narrando os seguintes fatos:

[...] o denunciado emitiu, em 12/06/1997, com informações falsas, a certidão pública municipal – fls. 123 – visando à obtenção de certidão negativa de débito junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

A falsidade atribuída ao denunciado consubstancia-se no fato de que o mesmo fez constar na certidão emitida a circunstância, não verdadeira, de que o imóvel residencial instalado na Rua Paquetá, Quadra RH-4, lote 07, 224, Setor Noroeste, Araguaína/TO, fora construído há mais de 10 (dez) anos, viabilizando a incidência da norma contida no artigo 46, da Lei 8.212/1991, que estabelece: 'O direito de cobrar créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.'

De outra banda, consta dos autos o 'Laudo de Exame Técnico Pericial de Vistoria de Imóvel Residencial' – fls. 185/192 – dando conta de que o imóvel em questão não fora construído em data superior a 07 (sete) anos, caracterizando assim a falsidade delineada nos autos.

Prosseguindo no seu intento criminoso, o denunciado obteve a competente Certidão Negativa de Débito – CND – junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, (...), relativa ao imóvel suso mencionado, iludindo, assim, a arrecadação de tributos federais.

Por fim, consta que o denunciado PEDRO ALVES CHAVES adquiriu a coisa imóvel em questão e que a hipotecou, tudo com base na malfadada certidão que ele próprio assinara.

Desta forma, está o denunciado incurso nas sanções do art. 299 e 304, do Código Penal, (...) (grifei – fls. 03/04).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar *Pedro Alves Chaves* pela prática do crime previsto no art. 299 c/c art. 61, inciso II, *f*, do Código de Processo Penal, à pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, beneficiando-o, ainda, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fls. 438–444).

Irresignado, interpôs o acusado recurso de apelação (fls. 450–458), requerendo a reforma da decisão por inexistência de prova, vez que não comprovou a acusação a falsidade da certidão, que é documento público, verídico e assim deve ser considerado, devendo o réu ser absolvido.

Com contrarrazões (fls. 469–472), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer do Ministério Público Federal pelo improvemento do recurso (fls. 479–487).

Com o relatório ao revisor.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Recorre *Pedro Alves Chaves* de sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão e multa, pela prática do crime previsto no art. 299, c/c art. 61, inciso II, alínea *f*, ambos do Código Penal.

Sustenta, em síntese, o apelante que *não existe prova da prática de qualquer crime [...], de falsidade ideológica, mas somente atestado uma situação existente em cadastro; que o denunciante – Zacarias Manoel de Lima – era o pivô de uma série de falcatruas que foram descobertas e reveladas pelo acusado; que a informação que o recorrente colocou na certidão, a exemplo de todas as outras, foram fundadas em Boletins de Informações Cadastrais contidos na repartição pública em que trabalhava; que somente atestou uma situação já existente; e que não houve incidente que provasse a veracidade, ou não, da certidão tida como falsificada.*

Vejamos.

O apelante foi denunciado e condenado pela prática do crime tipificado no art. 299, do Código Penal consistente em *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* (CP, art. 299).

O objeto jurídico do delito em questão é a fé pública, uma vez que os documentos públicos gozam de veracidade quanto ao conteúdo do documento expedido pelas repartições públicas.

Assim, conforme leciona Celso Delmanto e outros – *in Código Penal Comentado* – Saraiva – 2010 – o objeto material pode ser tanto o documento público quanto o documento particular (p. 860).

É crime formal, efetivando-se com a omissão ou inserção de dados inverídicos no documento público, não se exigindo a ocorrência de prejuízo para a consumação do crime.

Pois bem, compulsando os autos verifico do *Laudo de Exame Técnico Pericial 139/2001* que o aludido imóvel *apresenta-se erguido em período não inferior a 7 (sete) anos. Este fator, é embasado pela instalação das portas, janelas, telhado (telha e madeiras), assim como no reboco das paredes (partes externas)* (fl. 193).

Ouvido em Juízo, o apelante afirmou ser verdadeira a acusação, contudo observou *que constou*

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Mendes e o Exmo Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado).

que a casa tinha sido construída há mais de dez anos, porque havia menção nesse sentido no Cadastro do imóvel (fl. 248).

A testemunha *Zacarias Manoel de Lima*, também em Juízo, declarou:

– ter denunciado o apelante *após requisitar do INSS a forma de emissão da CND de 249342 de 17/06/1997, pois suspeitava de fraude;* (fl. 285)

– que *Melquíades comprou o imóvel descrito na denúncia de Dona Isabel Xavier de Barros;*

– que, por constar restrição junto ao Serasa, legalizou o imóvel em nome de seu filho Heitor, *que também tinha restrição no mesmo órgão;*

– que Heitor, por ser namorado da irmã de Honório do Santos Neto, pediu a ele que emprestasse o seu nome para regularizar a transação com o imóvel, para obter a CND do INSS;

– que dias depois, Honório também foi inserido no cadastro do Serasa e o imóvel foi escriturado em nome de Sandra Aparecida de Oliveira, servidora pública lotada na Secretaria de Planejamento da Prefeitura Municipal de Araguaína, aonde o acusado exercia o cargo de chefe do Cadastro Imobiliário e, por fim, *cinco dias depois*, passou a escritura da aludida casa para o nome de *Pedro Alves Chaves*, o ora apelante.

Consta, ainda, de seu depoimento prestado em juízo, destaque:

[...] era proprietário de um escritório imobiliário localizado ao lado do Cartório de Registro Civil desta cidade e tomou ciência por meio de comentários feitos por terceiros de que PEDRO ALVES CHAVES estava a emitir certidões falsas para assim regularizar situações de imóveis nesta cidade. Na data de 27 de janeiro de 1994 foi comprado o imóvel localizado no Setor Noroeste e descrito na denúncia e o réu fez constar uma construção desde 31 de janeiro de 1986. Aos 27 de fevereiro de 1994 foi pago a primeira mensalidade pela compra do imóvel. O recibo foi assinado por DARCI LÁZARO BORBA esposo da procuradora da Senhora IZABEL XAVIER DE BARROS. A CND foi assinada por PEDRO ALVES CHAVES e pelo Secretário de Planejamento do Município de Araguaína na época, Sr. JOSÉ CARLOS MENDES. O Advogado MIGUEL VINÍCIUS acabou por formalizar uma denúncia formal à Procuradoria Geral do Estado e em junho de 2000 foi aberto o inquérito de 97 pela Polícia Federal. Aos 18 de junho de 1997 o imóvel da Rua Paquetá passou do nome de ISABEL XAVIER para o de HONÓRIO DOS SANTOS NETO na mesma data foi feita a averbação. Cinco dias depois o imóvel passou para o nome de SANDRA APARECIDA DE OLIVEIRA e cinco dias depois para o nome de PEDRO CHAVES. Assevera a testemunha que o BIC – BOLETIM DE INFORMAÇÕES

CADASTRAIS referente a contribuinte ISABEL XAVIER DE BARROS acabou por desaparecer dos registros da Secretaria de Planejamento. [...]. O depoente, para comprovar a inexistência de edificação no ano de 1994, conseguiu uma xerocópia do referido boletim. [...] Esclarece a testemunha que o imóvel até chegar no nome de MELQUÍADES passou por outras pessoas. Todavia, nos registros imobiliários, o imóvel passou de ISABEL XAVIER para MELQUÍADES [...] (grifei – fls. 285/286).

Além disso, consta: à fl. 10, o ofício datado de 28/01/1994, da Secretaria Municipal de Planejamento da Prefeitura Municipal de Araguaína/TO, autorização à Seatins para efetuar o corte no asfalto para ligação de água no imóvel em questão; à fl. 21, o ofício da Celtins informando que foi feito o cadastramento do aludido imóvel em 24/04/1994, para fornecimento de energia elétrica; e, às fls. 19 e 20, constam dois recibos de transações do mesmo imóvel, datados de 27/01/1994 e 07/02/1993, onde se vê a referência a *uma casa em construção*.

Corroboram estes fatos, os depoimentos da testemunha José Carlos Mendes à fl. 311, quando declarou que *tomou conhecimento que o acusado teria adquirido uma casa depois de ter feito uma triangulação, ou seja, colocou a casa em nome de uma terceira pessoa e posteriormente a escriturou em seu nome [...] para que ele se beneficiasse da isenção do INSS; [...]*.

Com efeito, desse depoimento prestado em Juízo, destaque:

[...] Que na época eram expedidas certidões de decadência para os imóveis com mais de dez anos, a fim de que os interessados pudessem se isentar do pagamento do INSS; Que essa certidão era expedida após os trâmites normais de um processo e após ser assinada pelo chefe da divisão de cadastro da Prefeitura Municipal, recebia também a assinatura do depoente na condição de Secretário; Que o depoente não tinha como perceber qualquer irregularidade pois quando o documento chegava para assinar, vinha pronto e com a presunção de sua regularidade. Que o ato praticado pelo acusado foi em nome dessa terceira pessoa para que ele se beneficiasse da isenção do INSS. [...] (grifei – fl. 311).

Portanto, resta evidente que o réu fez inserir declaração falsa na certidão de fls. 129, fazendo nela constar que o imóvel foi construído em 31/01/1986, visando à *obtenção de certidão negativa de débito junto ao Instituto Nacional do Seguro Social*.

Nesse sentido, aliás, é o pronunciamento do Ministério Público Federal que destaca:

Pode-se concluir que a certidão emitida pelo Réu consta informação falsa. Não há como atestar que em

1986 já havia uma casa construída, se nos recibos de fls. 20 e 21 aduzem que em 1993 existia um 'terreno com casa em construção'. Se assim fosse, o máximo de tempo que a casa havia sido construída de 1994 a 1997, ou seja, pelo menos há 3 anos, se tomarmos em consideração o recibo de fls. 20.

Conforme se depreende dos dois documentos e depoimentos das testemunhas, PEDRO ALVES CHAVES foi o autor do crime de falsificação, havendo robustas provas nos autos que se complementam, demonstrando que PEDRO ALVES é o autor do crime tipificado no artigo 299 do Código Penal. (grifei – fls. 484/487).

Ante o exposto, comprovada a materialidade e autoria do crime previsto no art. 299 do Código Penal, não merece provimento o recurso de apelação.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos: — Recebido o presente feito no gabinete em 04/05/2011 (fl. 491, v. 2), procedo ao exame da matéria posta nos autos, sem nada a acrescentar ao relatório de fls. 489–490, v. 2.

Adoto, como razão de decidir, os fundamentos do parecer ministerial, da lavra do Procurador Regional da República, Dr. Marcelo Antônio Ceará Serra Azul, destacando:

Narra a denúncia, verbis:

“A falsidade atribuída ao denunciado consubstancia-se no fato de que o mesmo fez constar na certidão emitida a circunstância, não verdadeira, de que o imóvel residencial instalado na Rua Paquetá, Quadra RH-4, Lote 07, 224, Setor Noroeste, Araguaína/TO, fora construído há mais de 10 (dez) anos, viabilizando a incidência da norma contida no art. 46, da Lei 9.212/91, que estabelece: ‘O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.

De outra banda, consta dos autos o ‘Laudo de Exame Técnico Pericial de Vistoria em Imóvel Residencial’ - fls. 185/192 - dando conta de que o imóvel em questão não fora construído em data superior a 07 (sete) anos, caracterizando a falsidade delineada nos autos.”

No referido Laudo (fls. 191 a 194), consta a seguinte informação, verbis:

“Examinando detalhadamente o imóvel em questão, nós peritos subscritores do presente laudo, não logramos em informar que o mencionado imóvel, apresenta-se erguido em período não inferior a 07

(sete) anos. Este fator, é embasado pela instalação, de portas, janelas, telhado (telhas e madeiras), assim como no reboco das paredes (partes externas).”

Da análise do referido Laudo, em especial, do trecho acima transcrito, temos que, apesar de não concluir quando exatamente o imóvel foi construído, os peritos chegaram a uma idade média de 7 anos.

Reforçando tal entendimento, existem outras provas carreadas nos autos que demonstram que Pedro Alves Chaves foi autor do crime, sendo tal conjunto probatório bem analisado na r. sentença, verbis:

“Além disso, outros documentos indicam a existência de falsidade ideológica na certidão 64/97.

O ofício da Celtins de fl. 21 informou que o cadastramento do imóvel para fins de fornecimento de energia elétrica se deu em 24/04/95.

Os recibos de pagamento de fls. 19 e 20, datados de 27/01/94 e 07/02/93, atinentes a duas transações de venda do imóvel, fazem referência a uma ‘casa em construção’.

Neste panorama, resta evidente que foi inserida declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita na Certidão 64/97.” (grifo nosso)

Realmente, às fls. 19, encontra-se um recibo que atesta que em janeiro de 1994 havia ‘casa em construção’, bem como às fls. 20 encontra-se outro recibo datado de fevereiro de 1993 indicando ‘um terreno com casa em construção’. Ambos os recibos se referem à casa de que Pedro Alves Chaves, na Certidão 64, datada de junho de 1997, atestou que havia sido construída há mais de 10 anos, conforme transcrevemos o trecho:

“... edificada sobre o lote 07, da Quadra ‘RH-4’, na Rua Paquetá, Setor Noroeste, recadastramento para informatização sob inscrição 100816, Inscrição anterior conforme BIC 01.02.053.0401.01 datado de 31/01/86...” (grifo aditado).

Pode-se concluir que a certidão emitida pelo Réu consta informação falsa. Não há como atestar que em 1986 já havia uma casa construída, se nos recibos de fls. 20 e 21 aduzem que em 1993 existia um ‘terreno com casa em construção’. Se assim fosse, o máximo de tempo que casa havia sido construída seria, de 1994 a 1997, ou seja, pelo menos há 3 anos, se tomarmos em consideração o recibo de fls. 20.

Tem-se ainda os depoimentos das testemunhas no processo. Verbis:

“Afirma a testemunha ter denunciado o acusado a Polícia Federal após requisitar do INSS a forma de emissão da CND de 249342 de 17/06/1997, pois suspeitava de fraude, [...] imóvel passou para Sandra Aparecida de Oliveira, Servidora Pública lotada na Secretaria de Planejamento da Prefeitura Municipal de Araguaína. Pedro era chefe do cadastro imobiliário da referida secretaria. [...] Na data de 27 de janeiro de 1994 foi comprado o imóvel localizado no Setor Noroeste e descrito na denúncia e o réu fez constar uma construção desde 31 de janeiro de

1986. [...] Aos 18 de junho de 1997 o imóvel da Rua Paquetá passou do nome de Isabel Xavier para o de Honório dos Santos Neto na mesma data foi feita a averbação. Cinco dias depois o imóvel passou para o nome de Sandra Aparecida de Oliveira e cinco dias depois para o de Pedro Alves Chaves. Assevera a testemunha que o BIC - Boletim de Informações Cadastrais referente a contribuinte Isabel Xavier de Barros acabou por desaparecer dos registros da Secretaria de Planejamento. [...] Ressalta-se que foi esse BIC que acabou por originar a referida certidão 64, que por sua vez deu origem a CND..." (Depoimento de Zacarias Manoel de Lima, fls. 285/286).

No seu depoimento, prestado no Inquérito Policial, ele aduziu que:

"QUE, conhece o referido imóvel desde a época que era apenas um lote baldio; QUE, em 1996, conforme consta no croqui de fls. 07 dos autos, havia um imóvel em construção de 84,36 metros quadrados, que como pode se ver, antes desta data não havia nenhum imóvel construído, ou em construção; QUE, este imóvel só foi terminado em junho de 1997; ..." (grifo nosso)

"QUE, na época, quando assumiu a secretaria da prefeitura, deparou com um boletim cadastral de Imóveis, situados no municípios de Araguaína/TO, sendo preenchidos e atualizados a lápis; QUE posteriormente implantou um sistema informatizado, pelo fato do sistema anterior esta sujeito a falhas e manipulações; QUE, em julho de 1997 já se encontrava informatizada e quem tinha acesso ao sistema, através de senha, era o Sr. Pedro

Alves Chaves, pessoa a qual efetuava as investigações preliminares dos atestados decenários, bem como as informações dos valores dos imóveis; [...]" (José Carlos Mendes, fls. 38).

No depoimento prestado no processo, assim aduziu:

"...; que na época o sistema operacional era muito fraco e possibilitava a funcionários com acesso do sistema informatizado de fazer alterações para privilegiar contribuintes: Que o depoente tomou conhecimento que o acusado teria adquirido uma casa depois de ter feito uma triangulação, ou seja colocou a casa em nome de uma terceira pessoa e posteriormente a escriturou em seu nome; ... Que o ato praticado pelo acusado foi em nome dessa terceira pessoa para que ele se beneficiasse da isenção do INSS; Que provavelmente se fosse em nome do próprio acusado a certidão de decadência, muito provavelmente teria despertado a atenção do depoente; ..." (fls. 311), (grifo nosso)

Conforme se depreende dos dois documentos e depoimentos das testemunhas, Pedro Alves Chaves foi o autor do crime de falsificação, havendo robustas provas nos autos que se complementam, demonstrando que Pedro Alves é o autor do crime tipificado no artigo 299 do Código Penal. (fls. 481/487).

Pelo exposto, acompanho o voto do relator para negar provimento à apelação.

É o voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento 0039696-29.2010.4.01.0000/DF

Relatora:	Desembargadora Federal Selene Almeida
Relator p/ o acórdão:	Desembargador Federal Fagundes de Deus
Agravante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luisa Figueiredo de Carvalho
Agravada:	Construtora Norberto Odebrecht S/A
Advogados:	Dr. Alexandre Aroeira Salles e outros
Publicação:	e-DJF1 de 30/5/2011, p. 75

Ementa

Administrativo. Agravo de instrumento. Prévio procedimento licitatório para contratação das obras da Ferrovia Norte-Sul: ulterior contrato administrativo. Lote 9. Identificação em relatório de fiscalização por unidade técnica do TCU (Secob) de indícios de sobrepreço. Determinação cautelar do relator do TCU de retenção de valores a serem pagos à agravada. Rompimento da equação econômico-financeira do contrato.

I. O Tribunal de Contas da União, na sua relevante função de órgão auxiliar do Congresso Nacional, cabe exercer o controle externo das contas e de outros atos dos administradores públicos e de responsáveis por dinheiro, bens

e valores públicos da administração direta e indireta e demais entidades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

II. No caso, o ato praticado pelo TCU que redundou na determinação de retenção, pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. – promotora do certame licitatório, com o objetivo de construir a Ferrovia Norte-Sul – da quantia representada por 10% (dez por cento) dos valores a serem pagos à empresa ora agravada, afigura-se desprovida de razoabilidade, visto que, desbordou dos limites de atuação jurídico-constitucional que lhes são conferidos. Isso porque lhe caberia, na situação ocorrente *in casu* – em que subsiste contrato administrativo precedido de licitação pública, regular e válida – adotar providências outras, diferentes daquela ordenada pela Corte de Contas.

III. Assim, na hipótese de se ter constatado, com base e elementos técnicos, eventual sobrepreço frente ao mercado, deveria o TCU pautar-se no sentido de determinar a autoridade administrativa que promovesse a anulação do contrato ou, ainda, se fosse o caso, da licitação de que ele se originou (STF, MS 23.550/DF, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence); não, porém, ordenar, como o fez, a retenção de valores relativos aos serviços prestados, porquanto tal medida implicou ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual, aliás, consta como datado de abril/2007.

IV. Agravo de instrumento da União desprovido.

Acórdão

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

5ª Turma do TRF 1ª Região – 16/05/2010.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, relator p/ o acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que deferiu antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré Valec que deposite na conta bancária da autora, agravada, os valores retidos sobre a remuneração contratual da autora pela execução dos serviços pactuados no Contrato Administrativo Valec 22/2006.

A União, em suas razões, sustenta, em síntese, que a medida deferida, além de sinalizar a multiplicação do litígio mediante futuras ações de ressarcimento, coloca em risco a efetiva reparação do erário e invade a competência do Tribunal de Contas, que ainda não está exaurida, uma vez que não há decisão definitiva sobre a matéria, tendo ocorrido, tão somente, determinação cautelar fundada em indícios de sobrepreço nos valores praticados no contrato, o que, em tese, encontra respaldo no entendimento sobre a abrangência da possibilidade de atuação do TCU segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal relativamente ao poder geral de cautela deferido à Corte de Contas.

Recebidos os autos, foi determinada a intimação da agravada e a manifestação do Ministério Público Federal.

A agravada apresentou resposta argumentando, em síntese, que a decisão impugnada deve ser mantida, mesmo porque, foi proposta ação ordinária onde se pretende, em síntese:

[...] Reconhecer a ilegalidade da determinação de retenção de pagamentos proferida pela AGRAVANTE, por meio de seu Tribunal de Contas, levando à sua anulação;

- Reconhecer que a AGRAVADA não tem obrigação jurídica de executar as obras sob retenção, com preços incertos e inferiores aos contratados;

- Declarar o direito da AGRAVADA à remuneração contratual pelos serviços executados;

- Anular o ato administrativo da VALEC que promoveu a rescisão do contrato com fundamento nos arts. 79, inciso I, e 78, inciso III, da Lei 8.666/93;

- Declarar a rescisão do contrato com fundamento nos arts. 79, inciso III, e 78, incisos XV e XVI, da Lei 8.666/93;

- Obter a devolução das garantias;

- Obter justa indenização por todos os prejuízos sofridos ao longo da execução do contrato em razão dos fatos imprevisíveis ou imputáveis à própria Contratante, os quais alteraram as condições inicialmente estabelecidas no Edital, no Contrato e na Proposta, independentemente da retenção de pagamentos;

- Obter justa indenização pelos prejuízos decorrentes da ilegal retenção determinada pelo TCU;

- Obter justa indenização pelos prejuízos decorrentes da rescisão do contrato.

Fundada, em síntese, em tal argumentação, requer seja negado provimento ao agravo de instrumento.

Sob alegação de que pode suportar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, a União requer o exame do pedido de antecipação da tutela recursal.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido, pois restou demonstrado que não mais está ocorrendo prestação de serviços, existindo demanda indenizatória, sendo determinado o depósito do valor controvertido à disposição do juízo.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

A agravada, Construtora Norberto Odebrecht S/A, interpôs agravo regimental requerendo a reconsideração da decisão que determinou o depósito do valor à disposição do juízo ou, a submissão da decisão ao exame do colegiado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A Construtora Norberto Odebrecht S/A foi contratada pela empresa Valec S/A para execução do lote 9 da Ferrovia Norte-Sul mediante licitação.

Em razão de indicações de possíveis práticas de sobrepreços, o Tribunal de Contas da União – TCU instaurou procedimento administrativo de apuração que teve origem no Processo Administrativo TC 18.509/2008-9.

Em razão das apurações levadas a efeito pela área técnica do TCU, aquela Corte de Contas recomendou a supressão em caráter cautelar de 10% sobre o valor total dos contratos como forma de resguardar a empresa pública e a União de prejuízos decorrentes de sobrepreço constatado na formulação da planilha de custos da proposta de preço da obra pública contratada.

A argumentação da autora/agravada é de que não é atribuição constitucional do TCU intervir no contrato firmado, obrigando-a a executar a obra por valor diverso do pactuado, impondo valor de forma unilateral em flagrante violação às condições da

proposta, sem observância ao instituto do ato jurídico perfeito, à autonomia da vontade, à segurança jurídica, à imutabilidade das cláusulas econômico financeiras do contrato, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem prejuízo de outras regras que aponta como tendo sido violadas pela decisão da Corte de Contas.

A União sustenta que a decisão é regular e apenas resguarda o interesse e a moralidade públicos.

Para fornecer elementos de convicção à sua posição e defender a legalidade da retenção determinada, indica os indícios de irregularidades que o TCU aponta em seu relatório para justificar a medida adotada: (fls. 16–18)

[...]5.4. Ora, a decisão da Corte de contas consistente em determinar a retenção dos valores devidos à autora derivou dos *fortes indícios* de sobrepreço nos valores dos mencionados contratos, conforme pode ser depreendido de trechos de Relatório agregado ao Acórdão 493/2009 – TCU – Plenário, prolatado no âmbito do TC 018.509/208-9, pertinentes à avença sob exame:

Em cumprimento ao acórdão 461/2008 – Plenário, a Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás Secex/GO realizou levantamento de auditoria na Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, com o objetivo de verificar as obras de construção da Ferrovia Norte-Sul no trecho Anápolis (GO)/Uruaçu (GO), executadas com recursos do PT 26.783.0237.116E.0101.

2. No relatório preliminar dos trabalhos executados (fls. 129/156), a equipe de auditoria apontou a existência de indícios de ocorrência das seguintes irregularidades:

2.1. direcionamento de processo licitatório em virtude de restrições à competição;

2.2. ausência de retenção de tributos nos pagamentos efetuados às empresas contratadas;

2.3. ausência de anotação de responsabilidade técnico projeto básico;

2.4. deficiência de projeto básico;

2.5. ausência de detalhamento de custos de mobilização, instalação e desmobilização de canteiros nos custos diretos da obra;

2.6. inclusão no BDI de itens que representam custos diretos;

2.7. deficiência na apresentação de informações da planilha orçamentária e do contrato;

2.8. Inclusão de IRPJ e CSLL no BDI;

2.9. sobrepreço decorrente de BDI excessivo e de preços superiores aos de mercado.

3. Como a VALEC não se manifestou sobre o relatório preliminar no prazo inicialmente fixado, a

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

unidade técnica encaminhou a matéria a este relator com proposta de (fls. 152/158) (...)

(...)3.2. a retenção cautelar até a manifestação conclusiva desta Corte, em faturas a serem futuramente pagas às empresas contratadas, dos valores correspondentes à diferença entre os preços contratados e os preços levantados pela equipe de auditoria para os diversos itens constantes das planilhas às fls. 120/124.

4. Ao examinar o feito, este relator, em despacho de 14/1/2009 (fls. 190/192), assim se manifestou:

“4. Em razão das evidências de sobrepreço apresentadas no relatório de auditoria (item 3.9 e subitens) às fls. 146/147, em sede de cognição sumária, fundamentado na análise empreendida pela Secex/GO, em especial quanto à possibilidade de dano ao erário decorrente da concretização do superfaturamento das obras com indícios de sobrepreço, entendo presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, no que concerne às retenções preconizadas no âmbito dos contratos 021/2001 (lotes s/n), 013/2004 (lote 4), 014/2004 (lote 1), 015/2004 (lote 2) e 016/2004 (lote 3).

5. Minha convicção para decidir sobre a retenção cautelar de valores contratuais nesta fase das averiguações dos sobrepreços, antes de aberto o contraditório à Valec e às empresas contratadas, sustenta-se nos indícios levantados pela equipe de auditoria, que apontam percentuais entre 8,85 a 28,15% de valores acima dos de mercado para os cinco contratos em execução, segundo os parâmetros de comparação utilizados pela equipe de auditoria. Conforme relatado às fls. 146/152, os sobrepreços foram constatados em razão de BDI excessivo e de preços elevados frente ao mercado (serviços, insumos e encargos).

6. Ciente da importância estratégica do empreendimento em questão para a economia do país, tanto que integra o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Governo Federal, e no intuito de onerar o menos possível as contratadas, evitando o comprometimento da execução dos contratos, entendo razoável que a retenção cautelar compreenda apenas uma parcela do valor do sobrepreço inicialmente identificado pela Secex/GO. Isso, porque os contratos em exame ainda estão em fase inicial de execução, sendo possível, uma vez confirmados os levantamentos iniciais, futuros ajustes por meio de aditivos aos contratos, de forma a expurgar os custos excedentes dos serviços com sobrepreço. (...)

(...)11. Isto posto, determino a restituição destes autos à Secex/GO para:

I – realização das audiências propostas às fls. 153/156;

II – ciência à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. quanto ao indeferimento do pedido de prorrogação de prazo para atendimento do

ofício 3370/2008-Secex/GO, de 6/10/2008, bem como sobre a retenção cautelar nos moldes fixados no quadro constante do item 7 desta deliberação, autorizando, desde logo, caso seja de interesse das empresas, a substituição da retenção por fiança bancária no mesmo valor, revestida de abrangência que assegure o resultado da apuração em curso neste Tribunal acerca de eventual dano ao erário decorrente dos contratos em exame, especialmente contendo cláusulas que estabeleçam:

a) prazo de validade vinculado à decisão definitiva do TCU da qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo;

b) reajuste mensal;

c) obrigação do banco fiador depositar a garantia aos cofres da Valec em até 30 dias após o trânsito em julgado de eventual acórdão do TCU que condene a empresa à restituição de valores.”

5. Notificada da medida cautelar adotada “inaudita altera pars”, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, atingida pelas retenções de 9,28% e de 11,26% nos contratos 21/2001 e 15/2004, dos quais é signatária, interpôs agravo (fls. 1/17 do anexo 7), nos termos do art. 289 do Regimento desta Corte.”

5.5. Assim, em momento nenhum o TCU promoveu a alteração dos preços inicialmente pactuados entre a sociedade empresária ora autora e a VALEC. *Apenas apurou que os preços ora praticados pela sociedade empresária executora da obra, ao contrário do que a autora afirma na inicial, estão acima dos parâmetros utilizados por aquela Corte, que constituem os preços praticados ordinariamente no mercado, apurados segundo índices do setor usualmente utilizados de reconhecida idoneidade.* (...)

(...)8.1. Considerando o exposto, a União Federal requer, cumulativamente:

a) o recebimento e o reconhecimento do presente agravo na forma de instrumento, dando-se ao mesmo efeito suspensivo, “inaudita altera parte”, concedendo, por conseguinte, a suspensão do cumprimento da decisão agravada, até pronunciamento definitivo da Egrégia Corte, nos termos do artigo 527, III e 558 do CPC, para impedir que a decisão atacada surta seus efeitos;

b) no mérito, requer o provimento deste Agravo de instrumento, para cassar definitivamente a decisão agravada.

Da petição inicial da agravada, colhem-se as seguintes ponderações para impugnar o entendimento do TCU relativamente às razões de determinação do bloqueio: (fls. 30–69)

(...)19. É preciso esclarecer que “sobrepreço” ou “puperfaturamento” são designações que o TCU dá para os casos em que, ao realizar análises de economicidade, o Tribunal conclui que os preços contratados são superiores àqueles que

entende como sendo de mercado ou vantajosos para a Administração Pública, de acordo com os mencionados referenciais, independentemente da caracterização de qualquer ato ilegal.

20. Neste caso, a razão para a retenção foi assim registrada no despacho monocrático que a determinou:

De fato, embora ainda no início da apuração dos possíveis sobrepreços e sem que ainda tenha sido aberto o contraditório à Valec e às empresas contratadas, os indícios levantados pela equipe de auditoria apontam percentuais entre 21,25% a 23,12% de valores acima dos de mercado para os cinco contratos em execução, segundo os parâmetros de comparação utilizados pela equipe da Secob (SICRO, SINAPI e revista especializada)...

21. Parte relevante do “sobrepreço” apontado residiria no BDI – Bonificação de Despesas Indiretas, percentual componente do preço contratual, que ao incidir sobre o custo direto, visa à remuneração de custos indiretos, com a estrutura administrativa local, tributos e lucro. Isso porque o percentual de BDI do preço do contrato estaria superior ao indicado na tabela referencial do SICRO – sistema referencial do DNIT para licitação de obras rodoviárias.

22. Assim, a determinação de retenção cautelar não decorreu de ilegalidade imputada à AUTORA, mas simplesmente da diferença encontrada pela UNIÃO, por meio do TCU, entre os preços contratados e aqueles calculados pelo Tribunal.

23. A VALEC entendeu que a ordem de retenção era descabida e contra ela apresentou recurso de agravo de instrumento em 22/09/2008 (doc. 13), ao qual o TCU negou provimento em 01/10/2008 por meio do acórdão 2143/2008 (doc. 14). Posteriormente a VALEC apresentou seus esclarecimentos (doc. 15), sempre defendendo que os preços contratados lhe seriam vantajosos, inferiores, inclusive, a outros empreendimentos ferroviários (...)

(...)36. O TCU, a despeito da possibilidade de proferir medida cautelar, não pode obrigar o particular a executar as obras sob preço incerto e inferior ao contratado, para no futuro arbitrar unilateralmente, de modo retroativo, a remuneração definitiva que deseja pagar pelos serviços efetivamente executados. Isso viola as condições efetivas da proposta, a autonomia da vontade privada, a segurança jurídica, a legalidade, a competência constitucional do TCU para sustar e suspender os atos fiscalizados, o instituto do contrato administrativo, a imutabilidade das cláusulas econômico-financeiras do contrato, a proporcionalidade e a razoabilidade, tudo em afronta aos artigos 37, inciso XXI, e 71 da Constituição da República e aos artigos 41; 54, §1º; 58, §1º; 63; 65, §6º, e 66 da Lei Federal 8.666/93.

37. Assim, a determinação de retenção somente poderia antecipar provisoriamente a

repactuação se as partes assim estivessem de acordo, o que não se observou neste caso.

38. Considerando a impossibilidade de ser obrigada a executar a obra com base no preço imposto unilateralmente pelo Poder Público e sofrendo com a remuneração deficitária decorrente da retenção, a AUTORA reiteradamente expôs à VALEC que tal situação era impeditiva da regular execução do contrato. (...)

(...)III.4 – Conclusão

92. Por todos esses motivos, é manifesta a ilegalidade da retenção de pagamentos determinada pela UNIÃO FEDERAL, por meio de seu Tribunal de Contas, e praticada pela VALEC.

93. Essa conclusão independe do equívoco ou acerto das análises de economicidade realizadas pelo Tribunal, pois, ainda que tecnicamente perfeito fosse o apontamento de “sobrepreço” – por divergência entre o preço contratado e aqueles indicados nas tabelas referenciais almejadas pelo TCU -, impossível seria a imposição ao particular da alteração unilateral do preço do contrato em curso.

94. Não obstante, neste caso, o apontamento de “sobrepreço” foi mantido mesmo diante da demonstração, pela AUTORA, de que os custos efetivamente incorridos para a execução do contrato estão compatíveis com o seu preço.

95. Dessa forma, além de não haver a imputação de qualquer ilícito à AUTORA, a questão ganhou natureza ideológica, pois, ao que parece, a posição do Tribunal de Contas é a de que à AUTORA deve ser pago o preço desejado pelo Tribunal, independentemente da licitação, das condições efetivas da proposta, dos termos do contrato, da realidade interna da empresa e dos custos realmente incorridos para a execução do objeto. (...)

Na decisão do TCU, designada como despacho (fls. 364–377), apenas para designar alguns trechos que nortearam a decisão do ministro relator, observo que em relação à Construtora SPA, que consta em outro agravo de instrumento que trago com voto-vista nesta assentada, ele relaciona que a empresa recebeu pagamento pela colocação de 177.583 (cento e setenta e sete mil quinhentos e oitenta e três) dormentes de concreto, enquanto os auditores do TCU localizaram apenas 158.281 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e oitenta e um) dormentes colocados ao longo do trecho, enquanto os estudos técnicos especializados afirmavam ser necessários 172.796 (cento e setenta e dois mil setecentos e noventa e seis) dormentes para a cobertura do trecho, o que já representa um prejuízo de 4.905 (quatro mil novecentos e cinco) dormentes pagos a mais, apenas em relação ao que já deve ser complementado do que falta, sem contar o prejuízo das peças que também são cobradas, quais sejam, 19.620 (dezenove mil seiscentos e vinte) grampos

elásticos; 9.760 (nove mil setecentos e sessenta) palmilhas amortecedoras e 19.620 (dezenove mil seiscentos e vinte) calços isoladores, sem prejuízo da necessária recomposição dos 49 km de linha dentro das especificações técnicas e posicionamento final.

Do que foi colocado, resta patente que o TCU não está pautado apenas em conjecturas de revistas especializadas ou suposições de preços, mas em constatações feitas *in loco*, que estranhamente não foram efetivadas pela empresa pública Valec, que vem recebendo os trechos e licitando as obras por preços de orçamentos-base, como foi o caso do lote 9, que é o que ensejou o contrato da agravada, o que segundo o relatório do TCU gerou as distorções observadas, pois não corrigiu os graves exageros já constatados em contratos anteriores, permitindo propostas por preços globais com o lançamento pelas empresas de preços exorbitantes.

O questionamento da empresa sobre a eventual impossibilidade de intervenção do TCU no contrato é pertinente, mas deve ser discutido na ação principal.

É oportuno colacionar trecho do pronunciamento do Ministério Público Federal:

[...] Note-se que a tese da empresa conduz, em última análise, à impossibilidade de concessão de cautelar, ao menos na espécie dos autos. Queixa-se a empresa de que se expediu uma ordem de alteração unilateral dos preços em sede de cognição sumária, sem que o particular tenha apresentado suas razões e sem que se tenha observado o devido processo, inclusive instrução sobre a questão discutida. Busca a agravada demonstrar — contando com a apresentação do quadro de fl. 1.531 — que toda jurisprudência do Supremo Tribunal existente a respeito do tema analisou cautelares de suspensão de contratos e atos administrativos, jamais uma determinação anômala de retenções de valores contratuais.

Observa-se, entretanto, que mesmo nesse quadro há um precedente relativo à suspensão de contrato. Entendemos que, em se tratando de desconto em faturas, desde que comprovada a sua manifesta necessidade, justifica-se a providência acautelatória por iniciativa do TCU, na esteira dos julgados do Supremo Tribunal Federal trazidos à colação.

É preciso levar em conta que, muitas vezes, não há possibilidade de assinar prazo para as providências necessárias a cargo dos interessados, hipótese dos autos.

Resta saber se a decisão agravada adentrou a questão do sobrepreço a ponto de comprovar que ele não existe. Pela passagem reproduzida na contraminuta de agravo, isso não ocorreu. E, mesmo

adentrando o teor dessa decisão, às fls. 1.505/1.510, não se vê semelhante demonstração.

Não se trata, na espécie, de alteração unilateral do contrato, senão da intervenção do principal órgão de controle, o Tribunal de Contas da União, no exercício de missões constitucionais. Aquela decisão analisou a matéria em boa parte como se tivesse havido uma iniciativa do Poder Público, como parte contratual, de reduzir os valores devidos por força do ajuste.

Não se nega ao particular a possibilidade de tornar claro que isso quebra o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou que não existe o alegado sobrepreço. Contudo, importante registrar que a decisão agravada não nos traz essa convicção, assim como não a traz a própria manifestação da Norberto Odebrecht neste processo.

Observe-se que a decisão agravada faz referência a que a autora (a empresa) necessita da medida acautelatória (a antecipação de tutela) porque assumiu compromissos financeiros proporcionais ao preço pactuado no contrato. Isto, porém, também não é objeto de alguma demonstração, quer na sentença, quer nas contrarrazões.

Torna-se difícil, então, desautorizar a medida adotada pelo TCU.

Preciso concordar com a agravada quando ela afirma que não pode permanecer indefinidamente sujeita à “retenção cautelar” (fls. 1.533 e seguintes). Contudo, mesmo para isso, o socorro do Poder Judiciário há de ser suficiente para a substituição da decisão administrativa quanto ao sobrepreço, ou ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A defesa, em matéria fática ou jurídica, que poderia ser oferecida na instância administrativa, agora há de ser apresentada na esfera judicial, para a qual foi transferido o problema. Só que, dada a complexidade do tema, parece necessária a realização de perícia. Impossível opinar neste estágio do processo, notadamente em âmbito de agravo, em prol de algum defeito na decisão do TCU.

Importa renovar, diante da argumentação de fls. 1.538 e seguintes das contrarrazões de agravo, que se está diante de uma atuação do órgão de controle por excelência, Tribunal de Contas da União. Impossível aplicar à espécie legislação ou jurisprudência que diz respeito ao cumprimento de cláusulas contratuais pelas partes. A prevalecer o entendimento da empresa, inútil, em boa parte, seria a existência do Tribunal de Contas da União, que não poderia agir para resguardar o patrimônio público em face de contratos celebrados, ainda que irregularmente, por algum órgão público e um particular. Não se trata, pois, de alteração unilateral, nem aproveita à empresa alegar que participou regularmente de licitação, pois já se viu que um dos questionamentos apresentados diz respeito à própria licitação.

Quanto ao argumento da mesma peça de impugnação (fl. 1.543) de que seus bens não serão

dilapidados ou escondidos, pois é notoriamente uma empresa de ampla atuação no Brasil e no exterior, com sólido patrimônio, é preciso tomar em consideração a circunstância de que, por certo, a cobrança daqueles valores, se não houvesse a retenção, seria algo problemático, sem embargo da solvência da empresa. As cautelas, em geral, não estão atreladas ao porte ou a solvência da empresa, mas aos naturais percalços para a recuperação do patrimônio em discussão.

Inaceitável é que se proponha, como pretende a empresa à Il. 1.544, que o Tribunal de Contas da União, diante de uma situação desvantajosa para a Administração, busque a repactuação do contrato. Não é essa a sua função constitucional, nem se pretende com a cautela a “antecipação de um futuro (e inexistente) aditivo ao contrato”.

Também não parecem presentes, menos ainda com a evidência que lhes atribui a agravada (fi. 1.545), os requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Feitas essas considerações, o Ministério Público Federal julga prudente manter a decisão da eminente relatora, a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, no sentido de que os valores relativos às parcelas supostamente superestimadas, segundo o TCU, sejam depositados em conta à disposição do juízo e ali bloqueados. Resta prejudicado, com isso, o pedido de fls. 1.575/1.579.

Contudo, na medida cautelar determinada, ela apenas busca expungir abusos flagrantes que foram constatados na execução dos contratos e na formulação das planilhas de preços, não se afigurando abusivo ou ilegal o ato que determinou a retenção dos valores, eis que não formula qualquer juízo de valor.

Pelo exposto, confirmo a antecipação de tutela requerida para dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Voto-Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Ao proferir decisão anterior, em exame de cognição sumária sobre a matéria, não exauriente, portanto, manifestei, no essencial, este entendimento:

[...] cabe anotar que a Suprema Corte, em decisão monocrática da lavra do Ministro Celso de Mello, teve o ensejo de proclamar que o TCU possui atribuições jurídico-constitucionais para conceder cautelares, inclusive sem a oitiva do interessado, pois, como enfatiza, acha-se ele “instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. [...] Isso significa

que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário (MS 26.547, julgado em 23/05/2007, publicado no DJ de 29/05/2007 PP-33).

No entanto, na atual fase processual, já instruídos os autos do recurso, depois de analisar amplamente as razões jurídicas deduzidas por ambas as partes, chego à conclusão diversa, como se verá a seguir.

De se considerar, com efeito, que o Tribunal de Contas da União, na sua relevante função de órgão auxiliar do Congresso Nacional, cabe exercer o controle externo das contas e de outros atos dos administradores públicos e de responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta e demais entidades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

Reza o art. 71 da Constituição da República, incisos IX a XI e respectivos parágrafos:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...].

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

No que tange, porém, ao ato praticado pelo relator do TCU (despacho de fls. 92–100) que reduziu na determinação de retenção, pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., da quantia representada por 10% (dez por cento) dos valores a serem pagos à empresa ora agravada, afigura-se desprovido de razoabilidade, visto que desbordou dos limites de sua

atuação jurídico-constitucional que lhes são conferidos. Isso porque lhe caberia, na situação da causa – em que subsiste contrato administrativo precedido de regular licitação pública – adotar providências outras diferentes daquela por ela determinada. Enfatize-se que não se identifica, no âmbito da causa, a ocorrência de eventual vício que pudesse padecer a licitação realizada pela Valec, nem tampouco denúncia sobre irregularidades de tal procedimento licitatório.

Na hipótese de se ter constatado, com base em elementos técnicos, sobrepreço excessivos frente ao mercado, deveria o TCU pautar-se no sentido de determinar a autoridade administrativa que promovesse a anulação do contrato ou, ainda, se fosse o caso, da licitação de que ele se originou (STF, MS 23.550/DF, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence); não, porém, ordenar, como o fez, a retenção de valores relativos aos serviços prestados, porquanto tal medida implicou ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual, aliás, consta como datado de abril/2007.

Veja-se, a título de ilustração, o supracitado precedente da Suprema Corte:

EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º).

O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. (grifado)

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade.

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de

controle do Tribunal de Contas, de colorido quase -jurisdicional.

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista do s autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.

(MS 23550, Rel.: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 p-6 Ement Vol-2050-3 p-534.)

Acresço aos fundamentos deste voto importante trecho da decisão de 1º grau, a seguir transcrita:

[...].

Embora seja certo que o contrato administrativo se caracterize por uma posição privilegiada de uma das partes, decorrente de cláusulas que, em prol do interesse público consubstanciado em seu objeto, estipulam prerrogativas à Administração, tenho que a retenção determinada pelo TCU de valores que sobejariam, no seu entender, a contraprestação da obra realizada não encontra eco na Lei 8.666/1993 e nos princípios que a orientam.

Uma coisa – releva considerar – é impor sanção em razão do descumprimento das cláusulas contratuais, dada natural aplicação das regras dos direitos obrigacionais que permeiam, inclusive, os ajustes de cunho administrativo; outra, é a glosa unilateral do preço acertado, que vai de encontro ao princípio da manutenção do equilíbrio financeiro, pois os parâmetros dos preços foram estabelecidos, como sempre, pela própria Administração.

Ademais, retenção determinada unilateralmente pode comprometer, inclusive, a própria execução do contrato, pondo em risco a concretização do interesse público, pois a empresa Autora não está obrigada a prosseguir na execução da obra se, por outro lado, não sabe qual será o preço que a Administração desejará pagar ao cabo do empreendimento. Isso sem falar na inafastável possibilidade de a contratada se tornar “inadimplente” em relação às demais etapas da

obra, em virtude de problemas financeiros oriundos do decote de 10% das parcelas determinado pela Corte de Contas.

Assim, ante a ausência de regramento que autorize a retenção de parte do preço ajustado entre a Administração e a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, tenho por ilegítima a conduta do TCU.

[...].

Com base na motivação ora desenvolvida, evidencia-se, a meu ver, a presença, na espécie, dos requisitos inscritos no art. 273, do CPC, os quais, em resumo, consistem na: plausibilidade jurídica da fundamentação e no perigo de dano irreparável em desfavor da ora agravada, que se acha sujeita ao desconto/retenção mensal no preço de seus serviços pagos mensalmente no importe de 10% (dez por cento), o que, a meu ver, legítima, portanto, a outorga da antecipação dos efeitos da tutela, como o fez o Juízo *a quo*.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhora Presidente, há pouco tempo tive que enfrentar questão semelhante em decisão monocrática, por sinal, de interesse também da empresa Norberto Odebrecht S/A, relacionada com o Aeroporto Santos Dumont, obras de ampliação e reforma do Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro. Disse naquela ocasião o seguinte:

Consta do acórdão proferido pelo Tribunal de Contas que a necessidade de sujeição aos custos do Sinapi como limite para obras executadas com recursos da União decorrem de reiteradas disposições contidas nas leis de diretrizes orçamentárias recentes.

O Sicro também é reconhecido no âmbito do TCU como referência de custos para os serviços comuns a obras rodoviárias (acórdãos do Plenário 517/2003, 1.455/2003, 1.564/2003, 1.923/2004 e 2.084/2004). Acrescentei:

A Lei 8443/1992, art. 45, estabelece que, 'verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados'.

E prossegui:

É do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 276: 'O Plenário, o relator, na hipótese do art. 28, XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ou a direito alheio, ou de risco, de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício, ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45, da Lei 8.443/92'.

Pude constatar que não está disciplinada em lei expressa, como deveria, essa possibilidade de o Tribunal de Contas intervir em contrato, realizado mediante licitação, para obrigar à redução dos preços contratados aos limites estabelecidos no *Sinapi* e no *Sicro*. A alegação é de que esses índices decorrem de reiteradas disposições contidas nas leis de diretrizes orçamentárias. Pareceu-me, inicialmente, que essas leis orçamentárias estabelecem regras a serem seguidas pelos administradores no momento da realização da licitação, de modo que não possam contratar preços acima de tais parâmetros. Até que ponto essas previsões das leis de diretrizes orçamentárias autorizariam a intervenção do Tribunal de Contas para reduzir os preços a tais limites, mesmo já em execução contrato que fora celebrado mediante, ao que se presume, regular processo licitatório? Não há, ainda, jurisprudência dos tribunais superiores a respeito da questão, mas a verdade é que, mais recentemente, o Tribunal de Contas vem adotando, com frequência, essa providência cautelar de reter valores que ultrapassem aqueles limites. Não há dúvida de que o Tribunal de Contas da União tem poder cautelar para tomar providências provisórias, enquanto se verificam fatos e circunstâncias que poderão autorizar, finalmente, a correção de irregularidades em contrato. Minha dúvida era até que ponto, depois da retenção cautelar, o Tribunal de Contas poderia obrigar a que houvesse redução de preços aos referidos limites. Preocupou-me também, naquela ocasião, o entendimento, por mais de uma vez manifestado, especialmente em voto do Min. Marco Aurélio, de que a presunção de legitimidade prevalece também em favor do particular; não é uma qualidade do ato administrativo que prevaleça exclusivamente em favor da administração. Assinado um contrato com aparência de regularidade, a presunção em relação ao particular seria também de legitimidade. Mas, no final, cheguei à conclusão – não é ainda opinião definitiva – de que é razoável entender-se que tais normas, ou seja, as leis orçamentárias, especialmente as regras das leis

orçamentárias sobre limites de preços, estão implícitas nos editais de licitação e nos subsequentes contratos, de modo que estes são assinados sob a condição, implícita, de puderem ser submetidos a controle do Tribunal de Contas da União, com a finalidade de ajustá-los aos parâmetros ali estabelecidos. Há necessidade dessa premissa para sustentar uma medida cautelar de tal natureza. Conforme disse, é uma conclusão sobre a qual ainda estou refletindo para verificar se é realmente sustentável: entender que há nos contratos cláusula implícita, exorbitante, no sentido de que o Tribunal de Contas possa vir e ajustar os preços contratados àqueles estabelecidos nas leis de diretrizes orçamentárias.

Apesar de ter chegado a essa conclusão provisória, que, em princípio, é contrária à empresa, há aqui um

aspecto que deve ser considerado. A medida cautelar não pode ultrapassar prazo razoável de duração do processo, que hoje é regra e princípio constitucionais, mesmo no processo administrativo, em que se incluem os processos dos Tribunais de Contas. É informado que o processo está praticamente parado há mais de três anos, sem solução sobre essa medida, que é, sem dúvida, drástica, de retenção de valores que são devidos à empresa, sem que haja suspensão do contrato.

De modo que, mais uma vez, vou acompanhar o Des. Fagundes em seu voto divergente, considerando, principalmente, a morosidade do processo do Tribunal de Contas. A esta altura, a questão já deveria ter sido resolvida definitivamente.

Sexta Turma

Numeração única: 0002940-95.2005.4.01.4300

Apelação/Reexame Necessário 2005.43.00.002940-4/TO

Relator:	Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa de Figueiredo Carvalho
Apelada:	R. H. de A.
Procuradores:	Núcleo de Assistência Judiciária da UFT e outros
Rementente:	Juízo Federal da 1ª Vara – TO
Publicação:	e-DJF1 de 16/5/2011, p. 64

Ementa

Processual Civil. Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Filha de pai italo-brasileiro e de mãe brasileira, nascida em Massachusetts, nos Estados Unidos da América, local onde habitualmente residia. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social.

I. Embora tenha a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, como objetivo assegurar o retorno imediato de menores ilicitamente transferidos para qualquer Estado contratante ou nele retidos indevidamente, fazendo respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes em um Estado contratante, possui, na linha de entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, viés do interesse prevalente do menor, pois concebida para proteger os menores de condutas ilícitas contra eles perpetradas.

II. Demonstrando a prova produzida nos autos, em especial laudo de avaliação psicossocial, que a criança se encontra em situação estável no Brasil, onde já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais importantes para seu desenvolvimento, e que uma ruptura abrupta deste processo, com separação da mãe e da irmã com quem atualmente reside, lhe seria extremamente prejudicial em todos os sentidos, não há de ser determinado seu retorno para os Estados Unidos da América, país em que habitualmente residia.

III. Aplicação, ao caso, da ressalva disposta nos arts. 12 e 13 do referido tratado internacional, segundo a qual não se dará ordem de restituição do menor se ficar comprovado que se encontra plenamente integrado a seu novo meio, podendo o retorno sujeitá-lo a perigos de ordem física ou psicológica.

IV. Recurso de apelação e remessa oficial não providos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2010.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Em ação de busca e apreensão da menor Giulliana Henrique Lunardi, fundada nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e proposta pela União Federal à genitora da infante, Rosângela Henrique de Almeida, o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins julgou improcedente o pleito deduzido na lide, o fazendo nos seguintes termos, no quanto interessa à solução da controvérsia:

União ajuizou a presente ação de conhecimento em face de Rosângela Henrique de Almeida objetivando a busca e apreensão da menor Guiliana Henrique Linardi, com a consequente devolução ao pai Wallace Linardi, residente nos Estados Unidos da América.

Alega, em resumo, que:

a) A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em 24 de outubro de 1980 e internalizada pelo Decreto 3.413/2000, obrigando-se, no plano internacional, ao cumprimento do que convencionado;

b) a convenção internacional tem por objetivo, entre outros, assegurar o retorno imediato ao país de residência habitual das crianças ilicitamente transferidas ou retidas em quaisquer dos Estados signatários;

c) a menor GUILIANA HENRIQUE LINARDI, nascida em 29 de julho de 2001 na cidade de Worcester, Estado de Massachusetts, é filha da brasileira ROSÂNGELA HENRIQUE DE ALMEIDA e do ítalo-brasileiro WALLACE LINARDI, este residente em Framingham, no citado Estado integrante da federação estadunidense;

d) a menor é fruto do relacionamento conjugal do referido casal, sendo que, após a separação dos pais, a menor passou a viver em companhia da mãe, em regime de guarda compartilhada com o pai, conforme deliberação de autoridade judiciária do Estado de Massachusetts;

d) a requerida falsificou a assinatura do pai WALLACE LINARDI e conseguiu embarcar com a menor para o Brasil) onde fixou residência na cidade de Palmas (TO);

e) a requerida obteve junto à Justiça Estadual do Tocantins a guarda provisória da menor),

circunstâncias que contraria a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, uma vez que a retirada da menor configura ato ilícito.

Descreve os aspectos principais acerca da cooperação internacional para cumprimento da mencionada convenção.

Requeru a antecipação da tutela de mérito e, ao final, a procedência do pedido para ordenar a entrega da criança à autoridade central norte-americana responsável pelo cumprimento da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 22/119.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opinou pelo indeferimento da medida urgente (fls. 121/126).

A liminar foi indeferida (fls. 128/132).

A requerida ROSÂNGELA HENRIQUE ALMEIDA foi citada e apresentou contestação aduzindo, em resumo, que:

a) retomou ao Brasil porque possui emprego fixo como servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins;

b) a convivência com WALLACE LINARDI era marcada por agressões físicas, descaso para com a criança, chantagens e atitudes que revelam desequilíbrio emocional do genitor de sua filha; em razão dessas condutas do ex-companheiro, recebeu ordem de proteção das autoridades norte-americanas, ficando com a filha em um abrigo público;

c) em 2004 foi acordado regime de guarda compartilhada da menor, vedando-se a saída da criança do local onde vivia; a partir de então passou a sofrer “uma série de chantagens e agressões físicas e verbais” de WALLACE LINARDI;

d) recebeu autorização de WALLACE LINARDI para viajar ao Brasil em companhia da filha;

f) chegando ao Brasil estabeleceu-se em Palmas (TO), junto com seus familiares, onde a criança está em boas condições.

A UNIÃO requereu a produção de prova testemunhal, e pericial grafotécnica, esta para aferir a autenticidade da assinatura aposta nos documentos que viabilizaram a retirada da menor dos Estados Unidos (fl. 168).

A requerida pugnou pela produção de prova testemunhal, depoimento pessoal de WALLACE LINARDI e prova documental (fl. 170).

Na decisão de fls. 181/182 deliberou-se por: a) indeferimento do depoimento pessoal de WALLACE LINARDI; b) acolhimento da prova testemunhal postulada pelas partes; c) deferimento da prova pericial; reclassificação para ação de conhecimento.

A requerida apresentou rol de testemunhas (fls. 196).

WALLACE LINARDI interveio nos autos requerendo a produção de provas (fls. 204).

Foi suscitado conflito positivo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça com vistas à definição do juízo competente para julgar as ações que tramitam na Justiça Estadual (fls. 206/207).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL dispensou a produção de provas (fl. 210).

A UNIÃO indicou a testemunha a ser inquirida (fl. 212).

Durante a instrução foram colhidos os depoimentos das testemunhas VERA LÚCIA GONÇALVES (fl. 214), MARIA APARECIDA GOMES DA SILVA (fls. 275/276) e ARGENTINA MIRANDA RODRIGUES (fls. 307/308).

O pai da menor WALLACE LINARDI requereu intervenção como assistente da UNIÃO (fl. 264), o que foi admitido pela decisão de fls. 273.

Foi indeferida a oitiva das testemunhas arroladas pela demandada porque residentes nos Estados Unidos (fl. 273).

De acordo com informações colhidas junto aos cartórios de Ilhéus (BA), não existe tabelião como nome de ORLANDO CÉSAR EWAIT naquela cidade e que nos 03 (três) tabelionatos daquela urbe não há ficha de reconhecimento de firma de WALLACE LINARDI ou WALLACE DE CARVALHO LINARDI (fl. 315).

O Superior Tribunal de Justiça resolveu o conflito positivo de competência e decidiu caber a este Juízo Federal processar e julgar as ações envolvendo a menor (fl. 317).

Foi indeferida a produção de prova pericial, considerando-se que a falsidade dos documentos pode ser examinada com base nos documentos constantes dos autos (fls. 342).

Determinou-se a realização de estudo psicossocial para avaliar as condições da menor GUILIANA HENRIQUE LINARDI (fls. 342/343).

Foi juntado laudo documentoscópico (grafotécnico) elaborado pela Polícia Federal acerca

da falsificação da assinatura de WALLACE LINARDI na autorização para saída da menor GUILIANA HENRIQUE LINARDI do território norte-americano (fls. 355/358).

Os honorários das peritas foram arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), ordenando-se à UNIÃO o depósito antecipado (fls. 410/412).

O laudo pericial foi apresentado (fls. 433/437) e complementado (fls. 414/419).

O novo pedido de produção de prova testemunhal pela requerida foi indeferido porque preclusa a faculdade (fl. 480).

Nas alegações finais a demandante defendeu o retorno da menor ao local de origem ao argumento de que comprovada a fraude na obtenção de autorização para viagem; defendeu, ainda, a inexistência de demonstração de perigo para a criança com seu retorno aos Estados Unidos.

O assistente WALLACE LINARDI desistiu de sua condição processual (fl. 494).

A requerida articulou suas derradeiras alegações argumentando que a criança encontra-se adaptada ao convívio familiar no Brasil, não sendo o caso de retornar aos Estados Unidos, onde o pai não prestava a devida assistência.

Ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pareceu ser o caso de julgar improcedente o pedido por considerar a permanência da criança com a mãe a solução que atende aos interesses da menor (fls. 507 /515).

É o relatório

II – FUNDAMENTAÇÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Pressupostos processuais

Concorrem os pressupostos processuais objetivos e subjetivos.

Condições da ação

O pedido é juridicamente possível.

A lide é subjetivamente pertinente,

Há interesse processual.

Não há qualquer causa que impeça o julgamento do litígio.

MÉRITO

A menor GUILIANA HENRIQUE LINARDI, nascida em 2001, foi retirada dos Estados Unidos, em 2004, pela requerida ROSÂNGELA HENRIQUE ALMEIDA, mãe da criança, que veio a fixar residência nesta capital.

A UNIÃO, buscando desincumbir dos compromissos externos e valendo-se da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em 24 de outubro de 1980 e internalizada pelo Decreto 3.413/2000, pretende o retorno da criança ao local de origem.

A Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Criança possui *nítida finalidade de proteger os interesses dos menores*, no que está em harmonia com o tratamento reservado pela Constituição Federal ao tema em seu artigo 227:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Resta demonstrado que ROSÂNGELA HENRIQUE ALMEIDA e WALLACE LINARDI, pais da menor, mantinham nos Estados Unidos um *relacionamento conturbado, com notícias de agressões físicas e verbais*, fato que motivou, inclusive, a adoção de providências por autoridades judiciárias norte-americanas, conforme se infere dos documentos acostados à inicial (fls. 38/39 e 109/110) e depoimento da testemunha ARGENTINA MIRANDA RODRIGUES (fl. 307).

É inegável que a requerida valeu-se de meios ilegais para promover o ingresso da menor no território brasileiro, provavelmente premida pela difícil convivência com WALLACE LINARDI em solo estrangeiro, uma vez que demonstrada a falsificação de documentos que viabilizaram a internação da criança no território nacional (fls. 355/358).

Essa circunstância, entretanto, não constitui, por si só, motivo determinante para o retorno da menor ao local onde residia nos Estados Unidos.

Assim é que a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional Crianças cuida de disciplinar os casos em que o retorno local de origem não será determinado:

“Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.”.

A criança não retornará ao local de origem quando restar demonstrado que ficará sujeita a perigos de ordem física ou psíquica (art. 13-b).

A solução do litígio passa necessariamente pela averiguação da solução que melhor atenda aos interesses da menor. Foi com essa preocupação que determinou-se, de ofício, a realização de estudo psicossocial para avaliar as condições da menor *GIULIANA HENRIQUE LINARDI* no Brasil.

A menor está há quase 04 (quatro) anos afastada do local de origem.

Realizado o estudo psicossocial, as peritas concluíram que:

“Percebemos pelas avaliações realizadas que a criança interiorizou o conflito vivenciado por seus pais, e que isto pode prejudicar seu desenvolvimento pleno. Estar com um dos pais remete a perder o outro, o que não precisa ser vivido assim; visto que a criança pode e deve ter acesso e bom vínculo tanto com a figura materna quanto com a paterna, de preferência buscando abrandar os sentimentos alimentados ao longo destes anos de conflitos e perdas. Rosângela demonstrou muita resistência em que Giuliana resgate o vínculo com seu pai, e ao contrário Wallace se propôs a aceitar condições para que possa ter contato com a filha.

A situação de vida de Giuliana Brasil é estável, ela já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais que são muito importantes para o seu desenvolvimento, portanto, uma ruptura abrupta

deste processo seria prejudicial à criança em todos os sentidos, porém existe a necessidade de que alguma forma, se promova o resgate relacional com o pai e a família paterna, considerando isso ser um DIREITO DA CRIANÇA”.

De acordo com o estudo psicossocial a criança está em boas condições no Brasil, integrada e adaptada ao novo núcleo de convivência familiar e social.

A mãe aparenta ter condições de manter o sustento da filha.

O retorno da menor ao local de origem *seria por demais traumático para a criança*, como deixaram bastante claro as profissionais que elaboraram o estudo psicossocial.

Seria uma *crudeldade* submeter à menor a mais esse abalo psicológico com o seu retorno ao local de origem, no que implicaria o afastamento do convívio com a mãe, irmã, familiares e demais pessoas com as quais estabeleceu vínculos no Brasil.

Em caso semelhante o Superior Tribunal de Justiça já prestigiou o entendimento que estou a sustentar e decidiu que:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI AMERICANO. MÃE BRASILEIRA. CRIANÇA NA COMPANHIA DA MÃE, NO BRASIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. RISCO DE DANOS PSÍQUICOS E EMOCIONAIS SE HOUVER RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE ORIGEM (ESTADOS UNIDOS). - (...) -Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. -Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América. - A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas. - Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou, as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal. - Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12). bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13. alínea “b”), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança. - Com tal delineamento fático dado ao

processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem. Recurso especial não conhecido, por maioria”.

Conclui-se que, com base nas provas existentes nos autos e no bem lançado parecer do Ministério Público Federal, *o retorno ao local de origem não é a medida mais adequada e que a permanência da menor no Brasil é a medida que melhor atende aos interesses da menor, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal e art. 13- b, da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.*

Nada obsta que, uma vez dirimida a questão em julgamento, as partes regulamentem o direito de visitas do pai perante a Justiça Estadual, providência de todo recomendável, conforme consta do estudo psicossocial (fls. 516/526).

Inconformada, a vencida manifesta o presente recurso de apelação, argumentando, em síntese, que entre a transferência indevida da menor para o Brasil, em dezembro de 2004, o pedido de cooperação jurídica internacional à Autoridade Central dos Estados Unidos da América, em fevereiro de 2005, e a propositura da demanda, em novembro daquele ano, transcorreu lapso de tempo inferior a um ano e, assim, tem incidência à hipótese em causa a disposição inscrita no § 1º do art. 12 do acordo internacional em referência, somente se aplicando a exceção estabelecida no § 2º do mesmo dispositivo – *salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio* - nos casos em que ultrapassado o período anual. Assinala que a retirada da infante de seu país de residência habitual somente se concretizou em virtude da falsificação da assinatura do genitor em autorização para viagem ao Brasil, afirmando que o juiz sentenciante ignorou a fraude cometida, foi conivente com a conduta ao não submetê-la ao órgão do Ministério Público para apuração de ocorrência de crime e, ao fim, orientou-se exclusivamente pela presunção de uma difícil convivência entre o casal para impedir o retorno da menor. Defende que o art. 13, item b, da convenção concluída na cidade de Haia não admite presunção sobre os riscos a que alude, só atuando como causa excludente de ordem de regresso quando existirem nos autos, comprovadamente, elementos concretos e objetivos indicadores de que a companhia do genitor, no local de onde a criança habitualmente residia, a sujeita a perigos de ordem física ou psíquica. Afirma que não existe prova da espécie, que a alegação de relacionamento conturbado, com notícias de agressões físicas e verbais, não pode ser cegamente considerada, e que embora o tratado internacional es-

tabeleça um prazo de seis semanas para o retorno da criança, o longo processamento da causa, por circunstâncias alheias à vontade da autora, lhe impõe prejuízo de monta, na medida em que após quase três anos do início do processo e aproximadamente quatro da transferência ilícita, é evidente a adaptação da menor ao novo meio, não sendo admissível que o Poder Judiciário, descumprindo qualquer prazo racionalmente razoável para o julgamento de um feito submetido à sua deliberação, se ampare nessa demora para decretar a improcedência da pretensão nele deduzida. Indaga como seria possível explicar a conclusão ao país estrangeiro que solicitou à República Federativa do Brasil cooperação jurídica para restituição de um menor, com fundamento em documento internacional validamente firmado, assevera que é totalmente ilógico e irracional se comprometa o País, com outras nações, a promover a devolução de infantes trazidos ilícitamente a seu território, no mais breve espaço de tempo possível e, diante de suas deficiências e morosidade de seu aparato judiciário, não o faça porque as crianças se adaptaram ao ambiente para o qual foram levados de forma irregular. Diz, por fim, que houvesse real comprometimento em realizar os melhores interesses dos menores, e que tivesse a Justiça Federal a humildade e a hombridade suficientes para reconhecer suas falhas e deficiências, a decisão de mérito, após ter presente a ilicitude, seria outra, determinante da restituição da criança a seu País de origem, com prévia submissão a período de preparação psicológica e readaptação, pois o melhor interesse do menor foi previsto na Convenção de Haia e está ligado ao retorno ao lugar de residência habitual.

Com contrarrazões de fls. 556–562, subiram os autos a esta Corte também para fins de reexame necessário, sobrevivendo parecer do Ministério Público Federal, sintetizado na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA. INGRESSO DE MENOR EM TERRITÓRIO NACIONAL SEM AUTORIZAÇÃO DO PAI. EXISTÊNCIA DE TOTAL ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA NO BRASIL. DESENVOLVIMENTO PLENO.

Parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 572).

Às fls. 578–580 a autora formulou pedido cautelar incidental de regime provisório de visitas, pertinentes ao período de 17 de setembro a 17 de outubro próximo passados, resolvido às fls. 584/586 com o decidido em questão de ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Embora tenha a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia aos 25 de outubro de 1980 e promulgada pelo Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000, como objetivo assegurar o retorno imediato de menores ilícitamente transferidos para qualquer Estado contratante ou nele retidos indevidamente, fazendo respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes em um Estado contratante (art. 1º, letras a e b), sua preocupação maior, como não poderia deixar de ser em acordos da espécie, é a propósito do bem estar dos infantes protegidos, por isso que, em função desse mote principal, em diversos preceitos o tratado estabelece exceções à regra de garantia de retorno imediato ao local de residência habitual do menor, de onde fora subtraído v. g.:

art. 12 –“a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno imediato da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio”-;

art. 13 –“sem prejuízo das disposições contidas no artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha ao retorno provar: [...] b) que existe risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”;

ainda no art. 13

–“a autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”;

art. 20 – “o retorno da criança de acordo com as disposições contidas no art. 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

Ao contrário, pois, do quanto pretende fazer acreditar a recorrente, a melhor exegese da Convenção em referência não é aquela que conduz ao

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Daniel Paes Ribeiro.

entendimento de que, decorrido período inferior a um ano entre a transferência indevida e o início do processo, a autoridade administrativa ou judicial do Estado requerido será mero ordenador de retorno imediato da criança, não podendo perquirir sobre a situação de integração da mesma ao meio onde passou a viver, e que tal exame somente será admissível na hipótese de transcurso de tempo superior. Interpretação dessa ordem não se harmoniza com a finalidade precípua do instrumento, nem muito menos com a inteligência que preside a disposição inscrita no art. 227 da Carta Constitucional, de tutela do direito à vida da criança e do adolescente, que tem na garantia da integridade de saúde física e psicológica sua expressão maior. São candentes de verdade as seguintes ponderações do Ministério Público junto ao primeiro grau da jurisdição:

Passados quase 04 (quatro) anos, não se justifica a determinação de retorno imediato de Giulliana aos Estados Unidos da América, uma vez que o verdadeiro intuito da Convenção é resguardar os interesses da menor, objetivando estabelecer medidas que permitam à criança se afastar de infortúnios que possam atrapalhar seu desenvolvimento, seja ele psicológico, físico ou emocional.

Busca-se permitir à criança a possibilidade de se encontrar em local afável, que possibilite uma adequada convivência social.

Esta é justamente a razão de ser do art. 13 da Convenção, que estabelece requisitos específicos para a negativa obrigacional do retorno, quando este se caracterizar como uma alternativa mais gravosa para o menor, verbis:

Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que exista um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração suas opiniões sobre o assunto”.

Os critérios apresentados pela Convenção encontram-se em harmonia com preceitos

constitucionais de nosso ordenamento jurídico, bem como com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vez que todos visam a resguardar o bem-estar da criança.

Desse modo, é imprescindível que qualquer decisão que interfira diretamente nos interesses da menor esteja devidamente justificada e corroborada por fatos incontroversos, que permitam uma clara observância da devida adaptação da criança ao ambiente que habitará.

A decisão judicial deve levar em conta não apenas aspectos meramente jurídicos, sendo imprescindível examinar as diversas questões emocionais e psicológicas, além dos possíveis “traumas” que possam advir de uma “devolução”, sobretudo quando se observa que Giulliana, com apenas 07 (sete) anos, freqüenta escola e reside no Brasil há mais de 3 (três) anos, e, ao certo, já estabeleceu laços de ordem social e familiar neste país, vínculos estes que não possui com seu pai ou qualquer outro parente que viva nos Estados Unidos da América.

Dessa forma, ganha relevo o estudo psicossocial realizado pela assistente social e pela psicóloga nomeadas por este juízo, o qual concluiu que “a situação de vida de Giulliana no Brasil é estável, ela já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais que são muito importantes para o seu desenvolvimento, portanto, uma ruptura abrupta deste processo seria prejudicial à criança em todos os sentidos” (fl. 437).

Merecem transcritas, ainda, as seguintes respostas aos quesitos formulados pelo Ministério Público Federal, verbis:

Através do processo avaliativo pôde-se perceber que a criança em questão encontra-se bem amparada materialmente, usufruindo de condições adequadas de moradia, saúde, lazer e demais quesitos do convívio familiar.

(...), Rosângela tem conseguido assegurar condições adequadas ao desenvolvimento bio-psico-social de suas filhas. (..)

A criança demonstra claramente a referência materna. Apresenta, inclusive, características de comportamentos e atitudes semelhantes à mãe (...)

Já com o pai, a criança apresenta restrições até em falar no assunto. Reflete-se nessa situação as conseqüências da privação do convívio e principalmente a transferência dos sentimentos e rancores maternos internalizados pela criança” (fls. 477/478).

Por fim, as experts ressaltam ser “necessária a continuidade da convivência da criança com a irmã Ludmila, pois após tão longo período em que já se encontram juntas, ocorreria nova decapitação no cotidiano de vida de Giulliana, desta vez com maiores complicações, observando os fatores tempo de convivência e seu maior entendimento da situação em razão da idade” (fl. 479).

As conclusões do laudo pericial são corroboradas pelo parecer da assistente técnica da

parte autora, conforme se extrai dos trechos a seguir transcritos:

“De modo geral, Giulliana parece estar bem integrada na sua rotina, se expressa bem, frequenta a escola regularmente e seu desenvolvimento é compatível com o de outras crianças de sua faixa etária. Ela gosta de desenhar e aparenta ser bastante vaidosa. Tem uma relação muito próxima com a mãe e com a irmã e os relacionamentos com as figuras femininas de sua família extensa, primas e avó, também parecem prevalecer.

[...]

Em relação a seu pai, Giulliana não faz nenhuma menção espontânea a ele, apenas quando é questionada e, ainda assim, de forma bastante evasiva. Em alguns momentos, ela parece reproduzir o discurso materno de não querer ir aos EUA, mostrando-se resistente em aprofundar a discussão desse tema.

É compreensível que o afastamento físico dos filhos gere ansiedade e conflito nos pais, mas mesmo assim acredito que, de forma gradativa, Wallace deva tentar se aproximar de Giulliana. Isso pode ser feito por meio de cartas, fotos, desenhos ou colagens trocados entre ambos, ou mesmo, do envio de objetos pessoais significativos. O restabelecimento desse contato talvez permita que um eventual retorno da criança aos EUA ocorra de forma amena, trazendo-lhe segurança e tranquilidade.

Com relação aos trabalhos da perícia, acredito que tenham sido realizados de maneira criteriosa, abrangente e com cuidado de avaliar da forma mais imparcial possível o contexto, tanto emocional quanto social, da criança após a sua chegada ao Brasil” (fls. 510/513).

Aliás, sobre possuir o Tratado de Haia, a propósito do sequestro internacional de crianças, o viés maior de proteção dos interesses superiores destas, já o disse o colendo Superior Tribunal de Justiça, fazendo sintetizar suas razões na ementa a seguir transcrita:

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).

– Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

– Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

– Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

– A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

– Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

– Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea “b”), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

– Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem.

Recurso especial não conhecido, por maioria” (REsp 900.262/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 8.11.2007, pág. 226).

As razões recursais não contradizem, em momento algum, a constatação levada a cabo pela perícia psicossocial, no sentido de que a “situação de vida de Giulliana no Brasil é estável, ela já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais que são muito importantes para o seu desenvolvimento, portanto uma ruptura abrupta deste processo seria prejudicial à criança em todos os sentidos”, constatação, aliás, com a qual concordou a assistente técnica da própria União Federal, agora recorrente, ao assinalar que os trabalhos da perícia foram “realizados de maneira criteriosa, abrangente e com o cuidado de avaliar da forma mais imparcial possível o contexto, tanto emocional quanto social da criança após a sua chegada ao Brasil”, e ainda ao afiançar que a menor “Giulliana parece estar bem integrada à sua rotina, se expressa bem, frequenta a escola regularmente e seu desenvolvimento é compatível com o de outras crianças de sua faixa etária”, e “tem uma relação muito próxima com a mãe e com a irmã, e os relacionamentos com as figuras femininas de sua família extensa, primas e avó, também parecem prevalecer” (documentos

de fls. 433–437, 444–453 e 474–479), de modo que determinar seu retorno, dentro de tal contexto, para os Estados Unidos da América, afastando-a da genitora e da irmã para colocá-la sob nova rotina, aos cuidados do pai, não parece, obviamente, cumprir os interesses superiores da infante. Também não se dirigem, em momento algum, a ponderações como a levada a cabo pelo Ministério Público, no sentido de que

“o restabelecimento do laço afetivo entre pai e filha deve se dar de forma gradativa, não devendo o Poder Judiciário impor à criança, de forma abrupta, uma convivência forçada com o pai, do qual possui poucas lembranças e de quem, durante o processo avaliativo psicossocial, disse não gostar” (fls. 514).

Preocupam-se com coisas menores para o processo, a exemplo da indagação de como explicar uma decisão desfavorável, não ordinatória de retorno da criança ao local de residência de onde foi retirada, “ao país estrangeiro que solicitou à República Federativa do Brasil cooperação jurídica internacional para restituição de um menor”, fundado “em um documento internacional validamente firmado pelo Brasil”.

Cumprir acordo internacional como o ora *sub examine* não é simplesmente ordenar, como sugere o arrazoado recursal, o retorno imediato de uma criança ao lugar de sua residência habitual, pelo só fato de que de lá fora retirada de forma irregular, nem muito menos ordenar esse retorno de forma objetiva e sem qualquer espécie de avaliação a propósito de seu bem-estar, pela só circunstância de que o tempo transcorrido entre a subtração do infante e o início do processo deflagrado foi inferior a um ano, pois, nas palavras textuais da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, no “viés do interesse prevalente do menor” se encontra assentado o propósito maior da Convenção de Haia, [...]

concebida para proteger crianças de condutas ilícitas”. Não será, portanto, dentro de tal perspectiva, tarefa das mais difíceis se explicar ao Estado requerente, ou a qualquer outro signatário do tratado de cooperação, que o não atendimento à pretensão de restituição da criança ao local de onde fora retirada atendeu, em determinado ou em determinados casos, às circunstâncias inequivocamente demonstrativas de efetiva adaptação do menor ao novo ambiente em que passou a viver, assim, dentro do que o próprio acordo preconiza, à constatação de que, sob o ponto de vista do bem-estar e do desenvolvimento do menor, objetos precípuos da regra de proteção, não será recomendável se ordenar o retorno postulado, mesmo que para essa adaptação tenha concorrido uma demora indesejável no tramitar do processo intentado para obtê-lo, fruto de deficiências estruturais do aparelhamento judiciário. E nem será possível, obviamente, falar, como o fez a autora, ora recorrente, em palavras infelizes, que o decreto de improcedência da pretensão signifique tenha preferido o juiz “ignorar as mazelas da Justiça nacional e desprezar os compromissos internacionais do Estado Brasileiro para premiar a infratora – a recorrida – com a legitimação da ilícita situação que ela mesma criou”, pois a ação de busca e apreensão de menor, com base na Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, não é a seara própria para se punir eventuais condutas ilícitas, voltando-se tão só para a busca de retorno do mesmo para o local de onde fora indevidamente retirado se, à diferença do que se verifica na hipótese em causa, ficar constatado seja ele o melhor para o seu desenvolvimento.

Em tais condições, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0001547-71.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.001566-4/GO

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Apelante: Conselho Regional de Química – CRQ – 12ª Região
 Procurador: Dr. Nereu Gomes Campos
 Apelado: Novo Milênio Indústria e Comércio Ltda.
 Advogado: Dr. Maurício Nazar da Costa
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2011, p. 487

Ementa

Tributário. Conselho Regional de Química. Atividade básica da empresa não inserida na área química. Beneficiamento de resíduos de aves e animais. Exigência de inscrição no conselho injustificada. Nulidade do auto de infração.

I. A jurisprudência deste Tribunal, na esteira da diretriz consolidada no colendo Superior Tribunal de Justiça, firmou-se no sentido de que é a atividade básica da empresa que vincula sua inscrição perante os conselhos de fiscalização de exercício profissional, vedada a duplicidade de registros. Assim, não há obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Química, quando a empresa beneficia resíduos de aves e animais, para a fabricação de ração e sabão.

II. Conforme se constata dos autos, o objeto social da empresa em comento é o beneficiamento de resíduos de aves e animais para a produção de ração e ácido graxo, donde se conclui que as empresas ou entidades cujas atividades principais não estejam relacionadas à área química, não estão obrigadas, por força de lei, a conservarem em seus quadros profissionais químicos ou mesmo a se submeterem à fiscalização do Conselho Regional de Química.

III. Ademais, as atividades exercidas pela empresa não se inserem no rol do art. 335 da CLT, que dispõe acerca dos estabelecimentos em que se faz obrigatória a contratação de profissionais químicos.

IV. Apelação não provida. Sentença mantida.

Acórdão

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

7ª Turma do TRF 1ª Região – 17/05/2011.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Química da 12ª Região, insurgindo-se contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de débito da demandante em face do ora apelante, pertinente à anuidade do ano de 2009, e fixou os honorários advocatícios em R\$ 500,00 (quinhentos reais). [fls. 120–123]

Em suas razões recursais, a apelante sustenta, em síntese, que a empresa executada possui como objeto social o beneficiamento de resíduos de aves e animais, para a produção e comercialização de produtos destinados à indústria de sabão (sebo semi-industrializado a granel e ácido graxo) e ração para animais. Portanto, a presença de um profissional da área de química torna-se obrigatória, com fundamento no art. 341 da CLT (Decreto-Lei 5.452/1943).

Ao final, requer a reforma da r. sentença. (fl. 128–149)

Sem contrarrazões.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Não assiste razão ao apelante.

Insurge-se o Conselho Regional de Química contra a sentença que julgou procedente o pedido para afastar a exigência de contratação de químico e/ou de se submeter ao registro nos quadros do ora apelante, vez que a empresa não exerce atividade básica na área química.

Dispõe a Lei 6.839 de 30/10/1980, em seu art. 1º:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros."

Como se depreende da leitura do dispositivo em comento, as empresas estão obrigadas ao registro

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado).

em apenas um conselho, em decorrência da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Na verdade, é a atividade básica da empresa que vincula sua inscrição perante os conselhos de fiscalização de exercício profissional, vedada a duplicidade de registros. Assim, há obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Química, quando se tratar de atividades desenvolvidas por empresas de fabricação de produtos químicos ou que necessitem de reações químicas para alcançar seu produto final.

Conforme se constata dos autos, o objeto social da empresa em comento é o *beneficiamento de resíduos de aves e animais* (fl.15), ou conforme consta na Licença de Funcionamento (fl. 24), *indústria de subproduto animal*, donde se conclui que as empresas ou entidades cujas atividades principais não estejam relacionadas à área química, não estão obrigadas, por força de lei, a conservarem em seus quadros profissionais químicos ou mesmo a se submeterem à fiscalização do Conselho Regional de Química.

Ademais, as atividades exercidas pela empresa não constam da relação do art. 335 da CLT, que dispõe acerca dos estabelecimentos em que se faz obrigatória a contratação de profissionais químicos:

Art. 335. É obrigatória a admissão de químicos nos seguintes tipos de indústria:

- a) de fabricação de produtos químicos;
- b) que mantenham laboratório de controle químico;
- c) de fabricação de produtos industriais que são obtidos por meio de reações químicas dirigidas, tais como: cimento, açúcar e álcool, vidro, curtume, massas plásticas artificiais, explosivos, derivados de carvão ou de petróleo, refinação de óleos vegetais ou minerais, sabão, celuloso e derivados.

Da mesma forma, não há que se falar na exigência de profissional de química, nos termos do art. 2º, IV, b e c do Decreto 85.877/1981, que regulamentou a Lei 2.800/1956, ante a ausência de intervenção química na preparação dos produtos. Confira-se:

Art. 2º - São privativos do químico:

.....
.....

IV - o exercício das atividades abaixo discriminadas, quando exercidas em firmas ou entidades públicas e privadas, respeitado o disposto no art. 6º:

(...)

b) padronização e controle de qualidade, tratamento prévio de matéria prima, fabricação e tratamento de produtos industriais;

c) tratamento químico, para fins de conservação, melhoria ou acabamento de produtos naturais ou industriais;

A controvérsia posta nestes autos encontra-se, aliás, superada no âmbito deste Colegiado, que tem decidido, reiteradamente, que: [...] *Empresa cuja atividade básica seja a fabricação de ração para animais, devidamente inscrita no Conselho Regional de Medicina Veterinária, não está sujeita à inscrição e fiscalização do Conselho Regional de Química.* (AC 1998.01.00.021871-3/MG, rel. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (convocado), Terceira Turma Suplementar, DJ p.101 de 12/06/2003).

No mesmo diapasão, confirmam-se os seguintes julgados, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO EM CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA PRODUTORA DE SUPLEMENTO MINERAL E RAÇÕES ANIMAIS.

1. A inscrição nos conselhos de fiscalização profissional se faz em razão da atividade básica da empresa ou do serviço prestado a terceiros.

2. A autora, que fabrica suplemento mineral e rações animais, pode até utilizar-se dos serviços de profissional da química, contudo isso não significa que esteja sujeita a inscrição no conselho regional de química.

3. Recurso improvido.

(AC89.01.05085-4/DF, Relator Desembargador Federal Eustáquio Silveira, TRF/1ª Região, Primeira Turma, DJ p.15112 de 01/06/1992).

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA EMPRESA CUJA ATIVIDADE NÃO É A FABRICAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS E NEM PRODUTOS INDUSTRIAIS OBTIDOS POR MEIO DE REAÇÕES QUÍMICAS DIRIGIDAS. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO OBRIGATÓRIO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA.

I - Empresa cuja atividade básica seja a fabricação de ração para animais, devidamente inscrita no Conselho Regional de Medicina Veterinária, não está sujeita à inscrição e fiscalização do Conselho Regional de Química.

II - Apelação e remessa oficial improvidas.

(AC 1998.01.00.021871-3/MG, Relator Juiz Federal Convocado Moacir Ferreira Ramos, TRF/1ª Região, Terceira Turma Suplementar, DJ p.101 de 12/06/2003)

ADMINISTRATIVO, MANDADO DE SEGURANÇA, CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA, CRQ, INDÚSTRIA DE SEBO, FARINHA DE OSSO E FARINHA DE CARNES, MATERIA DE DIREITO, INAPLICABILIDADE DO ART.1 DA LEI 6830/80.

1 - Inexistindo controversia acerca da materia fatica, não ha que se falar na necessidade de prova tecnica.

2 - A vinculação de registro nos conselhos profissionais, nos termos da legislação específica (lei 6839/80, art.1) e a atividade básica ou a natureza dos serviços prestados.

3 - A empresa voltada a industria de sebo, farinha de osso e farinha de carnes não desenvolve atividade que exija reação quimica.

4 - Remessa oficial e recurso voluntario improvidos.

(AMS 91.03.042893-1/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, TRF/3ª Região, Terceira Turma, DJU 29/05/1006 p. 35622.)

Ademais, o Relatório de Vistoria 190 realizado pelo Conselho Regional de Química – 12ª Região

confirma que a empresa produz e comercializa subprodutos destinados à indústria de sabão (ácido graxo) e ração para animais (farinha de carne e osso embalada em saco de 50Kg). Ressalte-se que a apelada não produz sabão, mas apenas um subproduto, originário do beneficiamento de resíduos de aves e animais, fornecido à indústria de sabão.

Por conseguinte, tenho por injustificada a exigência de registro da empresa recorrente no Conselho Regional de Química, razão pela qual são nulas a autuação fiscal e a inscrição de tal débito em dívida ativa. Logo, não pode prosperar a execução fiscal proposta.

Por estas razões, *nego provimento* à apelação, mantendo a sentença recorrida.

É o voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0033966-25.2006.4.01.3800

Apelação Cível 2006.38.00.034708-4/MG

Relator: Juiz Federal Ubirajara Teixeira (convocado)
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Apelados: Valdiney Geraldo Vieira e outros
 Advogados: Dra. Cristiane Leroy Ribeiro e outro
 Publicação: e-DJF1 de 03/06/2011, p. 645

Ementa

Processual Civil. Embargos à execução de sentença. Prescrição da pretensão executiva. Interrupção por protesto incidental. Restituição via compensação ou repetição do indébito. Ofensa à coisa julgada. Inocorrência. Planilhas da Receita Federal. Acolhimento. Possibilidade.

I. Reconhecida a compensação do indébito — objeto principal na ação de conhecimento —, nada obsta que, em execução, a parte autora opte por outro procedimento de extinção do crédito tributário, que não aquele reconhecido no título judicial transitado em julgado (restituição), sem que, para tanto, ocorra ofensa à coisa julgada.

II. A pretensão executiva se interrompe pelo protesto incidental realizado em ação cautelar incidental antes do decurso de cinco anos contados do trânsito em julgado da decisão definitiva exarada no processo de conhecimento.

III. Os valores apurados a título de indébito pela Receita Federal após a retificação das declarações anuais devem ser adotados como base de cálculo da execução, evitando enriquecimento ilícito das partes.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

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

8ª Turma do TRF 1ª Região – 13/05/2011.

Juiz Federal *Ubirajara Teixeira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ubirajara Teixeira: — A União (Fazenda Nacional) interpôs apelação para reformar a sentença que julgou improcedentes os embargos opostos à execução, determinou o prosseguimento da execução mediante adoção dos valores aferidos pela própria Receita Federal e condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A apelante sustenta que: a sentença não enfrentou todas as questões apresentadas na peça inicial dos embargos; operou-se a decadência do direito à repetição do indébito, que não se suspendeu pelo protesto formalizado pelos recorridos; o título judicial trata apenas de compensação, não sendo possível transformar essa obrigação de compensar em mera restituição do indébito, senão mediante a violação de inúmeros dispositivos legais e constitucionais; não é viável a utilização irrestrita das planilhas elaboradas pela própria Receita Federal às fls. 271-272, mas apenas dos valores inferiores àqueles estampados na peça inicial da execução.

Os apelados apresentaram contrarrazões, rebateram pormenorizadamente os argumentos do recurso e defenderam a manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ubirajara Teixeira: — Não há nulidade, pois a sentença enfrenta todos os pontos abordados nos embargos, sufragando conclusão diversa daquela almejada pela Fazenda Nacional.

Embora o título judicial faça menção expressa à compensação, a restituição aqui perseguida pelos embargados não malferir os limites objetivos da coisa julgada, pois as normas tributárias asseguram expressamente a todo contribuinte com direito à compensação, a opção pela restituição do indébito, notadamente aquela cristalizada no art. 66, *caput* e § 2º, da Lei 8.383/1991, na redação conferida pela Lei 9.069/1995.

Nesse sentido, a voz uníssona há tempos firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

Processual civil e tributário. Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário. Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor. Faculdade do credor. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do cpc.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

1. “A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. Nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1114404/MG, relator ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 1º/03/2010 — sem grifo no original)

Acolhida judicialmente a pretensão dos recorridos à restituição do indébito, surgiu a *actio nata* e, por conseguinte, a pretensão de executar o título judicial, que *prescreve no mesmo prazo em que prescreve a ação*, segundo raciocínio há tempos cristalizado na Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal.

A pretensão executiva sempre se sujeita a prazo prescricional — no caso, de cinco anos, conforme art. 168, I, do Código Tributário Nacional —, passível de interrupção, na forma do art. 202 do novo Código Civil, o que se operacionalizou no caso sob exame, por meio da ação cautelar incidental de protesto aforada em 24/01/2006, antes que se consumasse o lustro prescricional iniciado em 02/02/2001.

Finalmente, não há nenhuma mácula em se adotar os valores *calculados* após a retificação das declarações anuais de ajuste, estampados nas informações prestadas pela Receita Federal, fls. 271-272. Trata-se de um procedimento que demanda cálculos relativamente complexos, e natural a existência de pequenas divergências entre o crédito originalmente imaginado pelo contribuinte e aquele efetivamente encontrado ao final do processo de liquidação. É certo, porém, que esses valores seriam passíveis de *compensação* e que sejam tomados por base de cálculo da *repetição*, o que evita o locupletamento ilícito de quaisquer das partes envolvidas na relação tributária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Mandado de Segurança Criminal 0008824-94.2011.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Impetrante: Francisco Modesto Kehrle
Advogado: Dr. Wander Nunes de Resende
Advogada: Dra. Carlane Alves Silva
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara – GO
Interessada: Sandra Maria Campos Alves
Publicação: e-DJF1 de 31/05/2011, p. 13

Decisão

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Francisco Modesto Kehrle contra ato do ilustre Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que, nos autos do procedimento de Restituição de Coisas Apreendidas 0043940-74.2010.4.01.3500, julgou improcedente o pedido de devolução do veículo IMP/GM Ômega CD, ano e modelo 2008/2009, apreendido em poder de Emílio Teixeira Campos (fls. 134–135).

Sustenta o impetrante, em síntese, que o veículo em questão é de sua propriedade, com reserva de domínio em favor da financeira do Banco GMAC S/A. Diz que, no intuito de vender o automóvel, repassou-o à loja Central Car, que comercializa veículos usados na cidade de Araguaína/TO, tendo a referida empresa firmado negócio com Emílio Teixeira Campos, que efetuou o pagamento com cheque pré-datado de sua irmã Sandra Maria Campos Alves, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). O cheque, entretanto, quando apresentado à instituição financeira, foi devolvido, em decorrência da contra ordem da emitente (fl. 2).

Argumenta que, diante do inadimplemento da obrigação, ingressou com ação declaratória de rescisão de contrato na Comarca de Araguaína/TO, objetivando reaver a posse do bem. Todavia, no curso da ação, a emitente do cheque Sandra Maria Campos Alves informou que o veículo estaria na posse de seu irmão, Emílio Teixeira Campos, preso por tráfico de entorpecentes.

Aduz que obteve informações que o automóvel teria sido apreendido quando da prisão de Emílio e, posteriormente, sido objeto da pena de perdimento em favor do Funad – Fundo Nacional Antidrogas, em sentença proferida na Ação Penal 14319-32.2010.4.01.3500 (fl. 3). Em face desse dados, requereu ao Juízo Federal da 11ª Vara/GO a restituição do bem, que foi indeferida pela autoridade impetrada (fl. 4).

Destaca que vem pagando regularmente o valor mensal de R\$ 4.187,89 (quatro mil cento e oitenta e sete reais e oitenta e nove centavos), pelo financiamento do automóvel; que ainda se encontram pendentes 14 parcelas, totalizando R\$ 58.630,46 (cinquenta e oito mil seiscentos e trinta e oito reais e quarenta e seis centavos) reais; que não possui qualquer ligação com os ilícitos praticados por Emílio Teixeira Campos.

Requer, a final, a concessão de liminar, para que seja suspensa a decisão impugnada, bem como a concessão definitiva da segurança (fls. 2/11).

A sentença, que julgou improcedente o pedido de restituição, encontra-se lavrada nos seguintes termos:

Para a restituição de coisas apreendidas, é imprescindível, nos termos do artigo 120 do Código de Processo Penal que “[...] não exista dúvida quanto ao direito do reclamante”.

Quanto ao momento em que a restituição pode se dar o Código de Processo Penal assim dispõe:

[...]

Art. 118 – Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Art. 119 – As coisas a que se refere os Arts. 74 e 100¹ do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitarem em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Sobre a restituição de coisas apreendidas, o processualista GUILHERME DE SOUSA NUCCI (Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 308), esclarece que:

‘[...] 1. Restituição de coisas apreendidas: é o procedimento legal de devolução a quem de direito de objeto apreendido, durante diligência policial ou indiciária não mais interessante ao processo criminal. Pode constituir-se em procedimento incidente, quando houver litígio ou dúvida sobre a propriedade da coisa (...)’

No caso *sub examine*, em que pese os argumentos do requerente, verifica-se que proferi sentença nos autos principais (ação penal 14319-32.2010.4.01.3500), ocasião em que determinei a perda do veículo em discussão em favor da FUNAD – Fundo Nacional Antidrogas, tendo em vista a comprovação de que ele foi adquirido com recursos do crime de tráfico de drogas praticado pelo acusado Emílio Teixeira Campos.

Ante o exposto e acolhendo integralmente o parecer ministerial como razão de decidir (fls. 44/46), julgo improcedente o pedido de restituição formulado por Francisco Modesto Kehrlé” (fls. 134/139).

No caso, como se vê, trata-se de terceiro interessado, que alega ter direito seu prejudicado em face de sentença proferida pela autoridade coatora, que decretou a pena de perdimento do automóvel e, ao depois, não permitiu a pleiteada restituição em face de o processo já ter sido sentenciado, sendo objeto de recurso dirigido ao TRF1ª Região.

Ora, o mandado de segurança não pode substituir o pedido de restituição da coisa apreendida. Porém, o ora impetrante pediu, no Juízo de 1º Grau, a restituição do bem apreendido, após a prolação da sentença, da qual não foi intimado para recorrer, o que demonstra a sua legitimidade para a presente impetração.

De outro lado, a restituição de coisas apreendidas, no curso de inquérito ou de ação penal, nos termos em que dispõem o CP e o CPP, condiciona-se a três requisitos cumulativos: demonstração da propriedade do bem, pelo requerente (art. 120, *caput*, CPP); ausência de interesse, no curso do inquérito ou da instrução judicial, na manutenção da apreensão (art. 118 CPP), e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (art. 91, II do CP).

Compulsando os autos, verifico que, conforme o Certificado de Registro de Veículo – Detran/TO, o bem, cuja restituição se pleiteia, encontra-se em nome do impetrante, com alienação fiduciária ao Banco GMAC S/A (fl. 14). Os boletos bancários, emitidos pelo Banco GMAC, a fls. 15–24, 33–48 e 102–108, comprovam os pagamentos das prestações até janeiro de 2011, mês anterior ao ajuizamento da presente ação mandamental.

O Contrato de Compromisso de Venda de Automóvel, com reserva de domínio (fls. 60–64), firmado entre o impetrante e a loja Central Car Com. e Serviços de Veículos Ltda-ME, demonstra que o veículo, de fato, foi colocado à venda na referida empresa.

Além disso, conforme se depreende dos documentos da Ação Declaratória de Rescisão de Contrato Verbal, ajuizada na 3ª Vara Cível da Comarca de Araguaína/TO (fls. 25–125), em 09/02/2010, em face de Sandra Maria Campos Alves, o veículo apreendido na posse de Emílio Teixeira de Campos nunca foi pago ao impetrante, que sequer teve contato com ele. A contestação de Sandra Maria Campos Alves, a fls. 75–86, deixa claro que o negócio teria sido entabulado entre a Central Car e Emílio Teixeira de Campos, utilizando-se do cheque de sua irmã (fl. 32) – que figura no polo passivo da ação declaratória –, sem o conhecimento desta.

Diante dessas circunstâncias, neste juízo de cognição sumária, pode-se concluir que, não havendo pagamento pela venda do automóvel, não se pode afirmar que o bem foi adquirido com recursos do tráfico de drogas, não se enquadrando, portanto, no rol descrito no art. 91 do Código Penal.

Plausível, portanto, a tese defendida pelo impetrante, diante da documentação trazida aos autos, pois mostra, à primeira vista – diferentemente da conclusão da sentença de 1º grau –, que o pagamento do bem não foi efetivamente feito, por Emílio Teixeira de Campos, e, portanto, o veículo não poderia ter sido adquirido com recursos provenientes do crime, sendo descabida, em tese, a sua perda, em favor do Funad – Fundo Nacional Antidrogas.

Ademais, finda a instrução criminal, não há que se falar em interesse na conservação do bem, para o deslinde de inquérito ou instrução judicial, vez que a Ação Penal 14319-32.2010.4.01.3500 já foi julgada e o réu encontra-se preso (fl. 114).

¹ Atualmente os referidos artigos correspondem ao dispositivo 91, do CP.

O art. 118 do CPP determina que as coisas apreendidas não poderão ser restituídas, enquanto interessarem ao processo. A teor do disposto no art. 119 do aludido diploma adjetivo, não serão restituídos, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal, os bens ou valores auferidos pelo agente com a prática delituosa, *salvo se ficar comprovado pertencerem ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, como parece ser o caso em exame*.

Dessa forma, não obstante a existência da ação declaratória de rescisão de contrato verbal, no Juízo cível, é necessária a concessão da medida liminar requerida, eis que presentes a fumaça do bom direito e o perigo de que a demora torne irreparável o dano ao impetrante e destituído de objeto o julgamento de mérito da presente impetração.

Pelo exposto, *defiro a liminar*, apenas para suspender a execução da pena de perdimento do veículo IMP/GM Ômega CD, ano e modelo 2008/2009, até o julgamento de mérito do presente *writ*.

Comunique-se, com urgência, ao impetrado para as providências cabíveis.

Solicitem-se as informações.

Após, ao Ministério Público Federal, para parecer.

I.

Brasília, 18/05/2011.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

Conflito de Competência 0015481-52.2011.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Autor: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réu: Roberto Martins Leite
 Advogado: Dr. Adenilson Carlos Vidovix
 Suscitante: Juizado Especial Federal Cível e Criminal – TO/3ª Vara
 Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara – TO
 Publicação: *e-DJF1* de 03/06/2011, p. 12

Decisão

Por meio do Ofício/Gajus/83/2011, o Juiz Federal da 2ª Vara/TO encaminhou cópias da ação 0018875-05.2010.4.01.4300 (execução de título judicial) “para solução de conflito negativo de competência suscitado”.

Consta das peças juntadas, decisão proferida por Juiz da 1ª Vara/TO, em 26/06/2007, na ação 2007.43.00.003197-7 (numeração única 003197-52.2007.4.01.4300), classificada como *crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético – crimes previstos na legislação extravagante – penal, in verbis*:

1. ...

2. Às fls. 02/03, o Ministério Público Federal aduzindo que a conduta da investigada encontra adequação típica no art. 60 da Lei 9.605/98, requereu a remessa do presente inquérito ao Juizado Especial Federal, por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo.

4. A teor do art. 2º, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais Federais, o crime em questão (art. 60 da Lei 9.605/98) é considerado como infração de menor potencial ofensivo, em virtude de não possuir pena máxima superior a dois anos.

5. Consoante o art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/01, onde houver Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

6. Ante o exposto, reconheço a incompetência absoluta deste Juízo para processar e julgar o presente feito, e, via de consequência, determino a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal desta Seccional.

Na outra decisão, exarada na ação 2008.43.00.007273-6 (numeração única 007276-85.2008.4.01.4300), classificada como *indenização por dano ambiental – responsabilidade da administração*, decidiu o Juiz da 2ª Vara/TO, em 26/07/2010:

Consoante o art. 3º, da Lei 10.259/01, compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta (Lei 10.259/2001, art. 3, § 3º).

No caso, o título judicial exequendo é sentença proferida pelo Juizado Especial Federal Criminal (fls. 52/53).

O feito é, portanto, da alçada dos Juizados Especiais Federais.

...

Ante o exposto, reconheço a incompetência deste Juízo para processar e julgar o presente feito, determinando a remessa dos autos aos Juizados Especiais Federais desta Seção Judiciária.

Opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *conflito de competência*, por entender:

...

2. Das peças digitalizadas nos autos, não é possível verificar a existência do conflito de competência.

3. Com efeito, a decisão proferida pelo Juiz Federal substituto da 2ª Vara de Tocantins refere-se à execução da sentença proferida na Ação Penal 2007.43.00.904787-0, proferida pelo Juízo do Juizado Especial Federal; a outra decisão colacionada, por outro lado, fora proferida pelo Juiz Federal Substituto da 1ª Vara daquele mesmo Juízo Federal, desta vez, remetendo o inquérito para o Juizado Especial Federal instaurado no domicílio do Autor, em razão do disposto no art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/01.

4. Ambas as decisões colacionadas referem-se ao pronunciamento de uma das varas da Seção Judiciária do Estado do Tocantins. Não consta nos autos, contudo, qualquer manifestação do Juizado Especial Federal declinando de sua competência para uma das varas federais, de sorte que não é possível conhecer do conflito, sem que se tenha conhecimento das razões daquele juízo.

Decido.

Sem adentrar no fato de que, ao que parece, as decisões proferidas pelos Juizes da 1ª e 2ª Vara/TO se deram em processos distintos, os quais também não coincidem com o referido no Ofício/Gajus/83/2011, o que, por si só, afastaria o suposto *conflito de competência*, verifica-se, ainda, a inexistência de recusa da competência pelo Juizado Especial Federal, em confronto com o que dispõe o art. 115, II, do Código de Processo Civil: “Há conflito de competência... II – Quando dois ou mais Juizes se declaram incompetentes”.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO TIDO POR SUSCITADO. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

1. Nos termos do art. 115, II, do CPC, “há conflito [negativo] de competência quando dois ou mais juizes se consideram incompetentes”.

Assim, não havendo manifestação de mais de um juízo, não há falar em existência de conflito.

Nesse sentido: AgRg no CC 87.215/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 22/11/2007; CC 46.016/MG, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24/11/2004.

2. Conflito de competência não-conhecido.

(CC 89203/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 30/06/2008.)

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SUSCITADO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 115, II, DO CPC.

1. Ausente a necessária manifestação do juízo suscitado, em que recusa a competência para o exame da lide, inviável o conhecimento do conflito negativo em análise, nos termos do art. 115, II, do CPC.

2. Conflito de competência não-conhecido.

(CC 77818/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJ 14/05/2007.)

Não conheço do conflito de competência, nos termos do art. 29, XXI, do Regimento Interno deste Tribunal.

Publique-se. Intimem-se. Oportunamente, dê-se baixa.

Brasília, 27/05/2011.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Mandado de Segurança 0045887-90.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
 Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Impetrado: Juizado Especial Federal Cível – DF/23ª Vara
 Interessada: Elvira Araújo Campos
 Advogado: Dr. Alcino Marçal Almeida
 Publicação: e-DJF1 de 03/06/2011, p. 7

Decisão

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão proferida pela MM. Juíza Federal da 23ª Vara do Juizado Especial da Seção Judiciária do Distrito Federal, que negou a declaração de inconstitucionalidade do título judicial que embasa a execução promovida nos autos do processo 2005.34.00.901625-5.

O fato de ser a autoridade indicada como coatora juíza federal de Juizado Especial Federal afasta a competência desta Corte para conhecer da presente ação mandamental.

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual compete à Turma Recursal dos Juizados Especiais o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos e dos juízes que compõem o Juizado Especial Federal.

Nesse sentido já decidiu este e. Tribunal Federal a respeito do tema, consoante se observa da leitura dos seguintes excertos de julgado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE JUIZ DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO. COMPETÊNCIA DECLINADA.

1. Compete à Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 24.691).

2. Competência declinada para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Pará. (MS 2008.01.00.029368-4/PA, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Seção, e-DJF1 de 06/10/2008).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE JUIZ FEDERAL NA QUALIDADE DE JUIZ DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL.

1. É de competência da Turma Recursal o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus próprios atos.

2. Em que pese os Juizados Especiais serem coordenados por Juiz do respectivo Tribunal Regional, os atos judiciais por ele praticados na qualidade de Juiz do Juizado Especial Federal não excepcionam a competência da correspondente Turma Recursal para julgar mandado de segurança contra tais atos.

3. Agravo Regimental parcialmente provido, para declarar a incompetência desta Corte para o processamento e julgamento do presente feito, restando anulada a decisão que julgou prejudicado o presente mandado de segurança.

4. Tendo a 1ª Turma Recursal do Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, por decisão do e. Relator, afirmado anterior incompetência para a causa (fls. 47/48), há de ser suscitado conflito negativo de competência perante o eg. Superior Tribunal de Justiça. (AGMS 2007.01.00.045205-6/MG, Rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Primeira Seção, e-DJF1 de 10/03/2008)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE JUIZ DE FEDERAL NA QUALIDADE DE JUIZ DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem no mandado de segurança 24691, compete à Turma Recursal de juizado especial o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos.

2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AGMS 2007.01.00.050238-0/PA, Rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 de 18/02/2008)

Desse modo, considerando que a impetração volta-se contra decisão proferida por Juíza do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tenho que a competência originária para conhecer do presente *writ* é da respectiva Turma Recursal do Juizado Especial daquela seção judiciária.

Em face do exposto, declino da competência para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal, para a qual devem ser os autos remetidos.

Intime-se.

Brasília, 27/05/2011.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Agravo de Instrumento 0069982-87.2010.4.01.0000/MA

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini

Agravados: Rita Ferreira Albuquerque e outro

Advogado: Dr. Carlos Renato Almeida Marinho

Publicação: e-DJF1 de 31/05/2011, p. 100

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão na qual o Juízo de origem, em ação de rito ordinário, indeferiu os pedidos (I) de suspensão do pagamento do benefício concedido e (II) de inaplicabilidade da Súmula Administrativa 8/2001 da Advocacia-Geral da União, que contrapôs a remessa necessária para este Tribunal.

Alega o agravante, em síntese, que a reversão do benefício de pensão por morte de viúva de militar para as filhas não encontra respaldo legal, tendo em vista o fato de o ex-combatente, instituidor da pensão, ser proveniente da Marinha Mercante e não da Marinha Militar, como sustentam as autoras. Argumenta, ainda, que a Lei 4.242/1963 prevê a concessão do benefício a ex-combatente da FEB, da FAB e da Marinha, ou seja, a militares que participaram de operações de guerra. Afirma que o genitor das autoras era vinculado ao Regime Geral da Previdência Social e, por essa condição, não merece acolhida a pretensão inicial.

Parecem-me relevantes, em parte, os argumentos contidos nas razões recursais.

A Súmula Administrativa 8 da AGU, que se pretende desconsiderar, dispõe que: “não se interporá recurso da decisão judicial que deferir reversão à filha, em razão do falecimento de sua genitora, de pensão instituída, nos moldes do art. 30 da Lei 4.242 de 17/07/1963, em favor do ex-combatente cujo óbito tenha ocorrido antes do advento da atual Constituição”.

Para que seja determinada a aplicação da referida súmula, reputo não deva existir qualquer dúvida acerca da controvérsia, pois haverá o trânsito em julgado de sentença que sequer fora submetida ao duplo grau de jurisdição. Ocorre que, no caso concreto, o agravante suscita exatamente esta questão: de que a pensão recebida pela viúva era oriunda de segurado comum e não de militar, o que depõe, caso confirmado, em desfavor da pretensão das autoras.

O art. 475 do Código de Processo Civil determina a remessa dos autos ao Tribunal, havendo ou não apelação (§ 1º), nos casos de sentença proferida contra a União, Estado, Distrito Federal, Município e suas respectivas autarquias (inciso I).

Assim, considero razoável o pedido de desconsideração da mencionada Súmula 8, ora impugnada, para determinar a aplicação do referido dispositivo processual com os efeitos da reanálise da matéria pelo Tribunal.

Quanto à pleiteada suspensão do benefício concedido, a mim me parece não haver nos presentes autos – sede de cognição superficial – elementos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, mormente em razão do ora deferido reexame da sentença recorrida, ocasião apropriada para a análise das questões de prova.

Em face do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo apenas para determinar a remessa dos autos ao Tribunal, nos termos do art. 475, § 1º, do CPC. No mais, mantenho a decisão agravada.

Oficie-se ao Juízo de origem (art. 527, III, do CPC).

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17/05/2011.

Juiz Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Recurso inominado 0022385-60.2008.4.01.3600

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider
Recorrente: Graci Ourives de Miranda
Recorrido: Caixa Econômica Federal – CEF
Publicação: e-DJF1 de 06/06/2011, p. 829

Ementa

Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral. Causa madura para julgamento. Furto no interior da agência bancária. Caso fortuito e força maior. Não configuração. Dever de indenizar. Recurso improvido.

I – O fundamento da responsabilidade civil assenta-se sob dois pressupostos: se responsabilidade subjetiva, na culpa (ilícito); se responsabilidade objetiva, no risco da atividade. Assim, no primeiro caso, o dever de indenizar surge da comprovação do ato culposo, do dano e do nexo de causalidade existente entre o ato e o dano. No segundo, basta comprovar a existência do ato, independentemente do elemento subjetivo de seu autor, o dano e o nexo de causalidade. Por fim, em ambos os casos devem estar ausentes qualquer causa excludente de responsabilidade, v.g., culpa de terceiro ou da vítima.

II – No caso dos autos, a vítima contribuiu decisivamente para o furto ao deixar sua carteira aberta em um dos caixas eletrônicos, enquanto providenciava em outro caixa o serviço desejado.

III – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 04/05/2011.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: —

I – O autor recorre da sentença que julgou improcedente o seu pedido de indenização por dano moral sofrido em decorrência do furto ocorrido dentro da agência bancária. Alega, em síntese, que não houve oportunidade de depoimento da parte autora e de testemunha, o que constitui cerceamento de defesa. Requer, ainda, que seja invertido o ônus da prova em favor do autor.

Por encontrar-se a causa madura para julgamento (art. 515, § 3º, do CPC), passo ao *mérito* da pretensão.

II – O fundamento da responsabilidade civil assenta-se sob dois pressupostos: se responsabilidade

subjetiva, na culpa (ilícito); se responsabilidade objetiva, no risco da atividade. Assim, no primeiro caso, o dever de indenizar surge da comprovação do ato culposo, do dano e do nexo de causalidade existente entre o ato e o dano. No segundo, basta comprovar a existência do ato, independentemente do elemento subjetivo de seu autor, o dano e o nexo de causalidade. Por fim, em ambos os casos devem estar ausentes qualquer causa excludente de responsabilidade, v.g., culpa de terceiro ou da vítima.

No caso dos autos, registrou a e. Juíza prolatora da sentença:

Entretanto, considerando as circunstâncias do caso em apreço, não vislumbro a existência do dever de indenizar. A tal conclusão se chega a partir do próprio relato da parte autora. Resta claro que houve descuido da autora na guarda do seu bem, pois deixou a carteira de documentos embaixo de um determinado caixa, enquanto tentava sacar dinheiro em outro caixa.

Diante deste quadro, não há dúvida de que o dano experimentado pela parte autora resultou

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jeferson Schneider, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza e Paulo César Lopes Sodré.

exclusivamente de sua culpa, não tendo a CEF qualquer responsabilidade pelos atos de negligência dos seus clientes de esquecer, ainda que por alguns instantes, carteira ou valor monetário embaixo dos caixas, que é local de trânsito de pessoas.

Exigir do fornecedor de serviços bancários tamanha responsabilidade o transformaria em segurador universal da culpa alheia, propósito que,

pela falta de razoabilidade, deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento. E, ainda, condeno o recorrente ao pagamento das custas e honorários advocatícios que arbitro R\$ 300,00.

É o voto.

Recurso inominado 0027793-66.2007.4.01.3600

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social–INSS
 Recorrida: Greyziele Aparecida Carvalho Dutra
 Publicação: e-DJF1 de 06/06/2011, p. 827

Ementa

Previdenciário. Salário-maternidade (art. 71 da Lei 8.213/1991). Qualidade de segurada. Autora desempregada. Parto anterior ao Decreto 6.122/2007. Prequestionamento. Benefício devido.

I – Depreende-se do quadro normativo que a interrupção de atividade remunerada não encerra, imediatamente, o vínculo do segurado com o Sistema de Seguridade Social. Vale dizer, conforme o caso, o segurado, mesmo sem qualquer recolhimento, desfruta do chamado período de graça que pode variar de 12 a 36 meses, período dentro do qual o cidadão mantém a qualidade de segurado (art. 15 da Lei 8.213/1991). Destarte, se o parto acontecer durante esse período, a segurada também tem direito ao salário-maternidade.

II – No presente caso, verifica-se pela CTPS da autora que no período de 12/04/2004 a 17/07/2006 exerceu a função de encarregada de administração de vendas, quando seu contrato de trabalho foi encerrado. Portanto, em 21/05/2007, data do nascimento da sua filha Isabela, a autora detinha a qualidade de segurada, pois se encontrava no denominado período de graça.

Assim, entendo que a autora faz jus ao recebimento do salário-maternidade, visto que no período de graça é mantida a qualidade de segurado para todos os fins previdenciários.

III – Quanto ao advento do Decreto 6.122/2007, que inseriu o parágrafo único no art. 97, do Decreto 3.048/1999, se por um lado pretendeu explicitar o direito da segurada desempregada ao salário-maternidade, por outro implicou em um verdadeiro recorte ao direito, em verdadeira afronta à lei. O art. 71 da Lei 8.213/1991, dispõe que “o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social”, sem qualquer restrição. Destarte, onde a lei não distinguiu, não cabe ao decreto fazê-lo, razão pela qual independentemente do decreto de 2007, a autora, ora recorrida, já era titular do direito ao salário-maternidade.

IV – O juiz não está obrigado a esquadrihar todos os argumentos jurídicos deduzidos pelas partes, os quais não se confundem com fundamentos jurídicos.

V – Recurso desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 04/05/2011.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: —

I – Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que reconheceu o direito ao benefício previdenciário de salário-maternidade à trabalhadora urbana. Alega, em síntese, que o parto ocorreu antes da vigência do Decreto 6.122/2007, que incluiu o parágrafo único do art. 97 do Decreto 3.048/1999, permitindo o pagamento do benefício durante o período de graça.

II – Dispõem os art. 15 e 71, da Lei 8.213/1991, respectivamente, *in verbis*:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

[...]

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. (sem grifos no original.)

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Depreende-se do quadro normativo acima que a interrupção de atividade remunerada não encerra, imediatamente, o vínculo do segurado com o sistema de Seguridade Social. Vale dizer, conforme o caso, o segurado, mesmo sem qualquer recolhimento, desfruta do chamado período de graça que pode variar de 12 a 36 meses, período dentro do qual o cidadão mantém a qualidade de segurado. Destarte, se o parto acontecer durante esse período, a segurada também tem direito ao salário-maternidade.

No presente caso, verifica-se pela CTPS da autora que no período de 12/04/2004 a 17/07/2006 exerceu

a função de encarregada de administração de vendas, quando seu contrato de trabalho foi encerrado. Portanto, em 21/05/2007, data do nascimento da sua filha Isabela, a autora detinha a qualidade de segurada, pois se encontrava no denominado período de graça.

Assim, entendo que a autora faz jus ao recebimento do salário-maternidade, visto que no período de graça é mantida a qualidade de segurado para todos os fins previdenciários.

III – Quanto ao advento do Decreto 6.122/2007, que inseriu o parágrafo único no art. 97, do Decreto 3.048/1999, se por um lado pretendeu explicitar o direito da segurada desempregada ao salário-maternidade, por outro implicou em um verdadeiro recorte ao direito, em verdadeira afronta à lei. O art.71 da Lei 8.213/1991, dispõe que “o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social”, sem qualquer restrição. Destarte, onde a lei não distinguiu, não cabe ao decreto fazê-lo, razão pela qual independentemente do decreto de 2007, a autora, ora recorrida, já era titular do direito ao salário-maternidade.

Neste passo, entendo que a restrição ao salário-maternidade promovida pelo Decreto 6.122/2007 constitui ofensa ao princípio constitucional da legalidade, pois um ato normativo secundário, derivado de lei, não pode contrariar lei ordinária.

Nesse sentido, vejamos o acórdão abaixo:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO MATERNIDADE. DEVIDO ÀS DESEMPREGADAS QUE NÃO PERDERAM A QUALIDADE DE SEGURADAS. ART 15 DA LEI 8.213/91.

1. O artigo 71 da Lei 8.213/91 contempla todas asseguradas da previdência com o benefício, não havendo qualquer restrição à desempregada, que mantém a qualidade de segurada.

2. O Decreto 3.048/99, ao restringir o salário-maternidade apenas às seguradas empregadas, extrapolou seus limites, dispondo de modo diverso da previsão legal, sendo devido o salário-maternidade à segurada durante o período de graça.

3. Apelação do INSS desprovida. (TRF 3ª Região; MAS 280767; processo 2005.61020100035-SP; Relator Juiz Galvão Miranda; DJU 25.10.2006, p. 618).

IV - Quanto ao prequestionamento dos múltiplos dispositivos legais apontados pelo INSS, tenho que é totalmente descabido e protelatório. *Primeiro*, porque o juiz não está obrigado a esquadriñar todos os argumentos jurídicos deduzidos pelas partes, os quais não se confundem com fundamentos jurídicos. Para ter-se por efetivo o direito fundamental à adequada prestação jurisdicional, basta que a decisão judicial

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jeferson Schneider, Vanessa Curti Perenha Gasques e Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza.

enfrente todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia, o que não se confunde com todas as questões suscitadas pelas partes. *Segundo*, no caso dos autos, não se trata de divergência de interpretação da Constituição da República ou da lei, mas de simples valoração da prova dos autos, matéria insuscetível de

ser alegada nas vias extraordinárias, as quais estão reservadas exclusivamente para questões de direito.

Diante do exposto, voto pelo *conhecimento* do recurso e seu *desprovimento*. E, ainda, condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação (art. 55 da Lei 9.099/1995). Sem custas. É o voto.

Recurso inominado 2010.37.00.700047-0

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis
 Recorrente: Maria do Livramento dos Santos e Silva
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 1º/06/2011, p. 780

Voto-Ementa*

Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Sentença improcedente. Início de prova material consta no feito. Prova oral inconsistente. Parte autora. Aparência física não compatível com exercício de atividade campesina. Condições necessárias não implementadas. Confirma sentença. Recurso improvido.

I. O art. 48, §1º e § 2º da Lei 8.213/1991 estabelece que para concessão de aposentadoria por idade é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a idade mínima de 60 anos (homem) e 55 (mulher); b) o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual à carência do benefício pretendido.

II. Imprescindível, para fins de comprovação do labor rurícola e a concessão do benefício de aposentadoria, a produção de início de prova material, contemporânea aos fatos, corroborada por prova testemunhal robusta e idônea.

III. Prova oral que se mostrou discrepante do início de prova material juntado aos autos, somado ao fato de não possuir aparência física compatível com o exercício de atividade campesina, a não formar convencimento da condição de segurado especial da parte autora.

IV. Inexistência, nos autos, de meios eficazes que comprovem o cumprimento dos requisitos legais hábeis a ensejarem a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade.

V. As alegações recursais não lograram afastar a solidez dos fundamentos da sentença, a qual deve, assim, ser mantida por seus próprios fundamentos.

VI. Honorários advocatícios indevidos, ante a concessão da gratuidade judiciária à parte hipossuficiente, nos termos da Lei 9.099/1995 e Enunciado 38 do Fonajef.

VII. Recurso a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado do Maranhão – 28/04/2011.

Juiz Federal *Clodomir Sebastião Reis*, relator.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Clodomir Sebastião Reis, Márcio Sá Araújo e Newton Pereira Ramos Neto.

Recurso inominado 0010130-90.2009.4.01.3000

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo
 Recorrente: Pedro da Silva
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 1º/06/2011, p. 502/503

Decisão

I. Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, dirigido à Turma Nacional, suscitado, tempestivamente, pelo INSS em face de acórdão desta Turma Recursal que, por unanimidade, reformou a sentença de primeiro grau e concedeu à parte autora o benefício de auxílio-doença, a contar do requerimento administrativo.

II. Sustenta a autarquia requerente que a decisão desta Turma diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pois, diversamente dos acórdãos paradigmas, afastou indevidamente o laudo pericial e considerou as circunstâncias sociais do segurado na formação do juízo quanto à incapacidade laboral.

III. Não foram apresentadas contrarrazões.

IV. Relatado. Passo à decisão propriamente dita.

V. O incidente não merece prosperar.

VI. Consoante dispõe o artigo 52, § 2º, do Regimento Interno das Turmas Recursais da Primeira Região, “não será admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida pela Turma Regional de Uniformização ou pela Turma Nacional de Uniformização”.

VII. Nesse sentido, convém registrar que a TNU tem reiteradamente afirmado que “a incapacidade para o desempenho de uma atividade profissional deve ser avaliada sob os pontos de vista médico e social, mediante análise das condições sócio-econômicas do segurado”¹. Assim sendo, consoante a jurisprudência do Colegiado Nacional, pode o juiz afastar as conclusões lançadas no laudo pericial.

VIII. Demais disso, a TNU possui precedentes apontando para inadmissibilidade do incidente quando o órgão jurisdicional *a quo*, com base na análise do conjunto probatório dos autos e calcado no princípio do livre convencimento motivado, considera comprovados os requisitos para a concessão do benefício por incapacidade, uma vez que, em tais situações, infirmar o entendimento do julgado ensejaria o reexame de provas. Neste sentido os julgados a seguir colacionados, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECISÃO CONTRÁRIA À CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL. ANÁLISE PROBATÓRIA QUE CONCLUI PELA EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. INCIDENTE NÃO CONHECIDO 1. O exame dos argumentos sustentados pelo requerente em seu incidente de uniformização importaria em reexame de prova, o que é vedado no âmbito desta Turma Nacional, por interpretação analógica da Súmula nº 7 do Colendo STJ. 2. O acórdão, ao confirmar a sentença, acolheu a conclusão nela estabelecida. Ali houve, além da apreciação do laudo pericial, uma análise mais abrangente, tomando em consideração elementos que, ao sentir do julgador, identificaram uma verdadeira impossibilidade de restabelecimento da capacidade laborativa por parte do autor. 3. Incidente não conhecido.

(PEDILEF 200583035017531, Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Turma Nacional de Uniformização, 16/01/2009).

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUÍDO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO REQUERENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A INCAPACIDADE TOTAL DO AUTOR. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 42 DA LEI Nº 8.213/91. REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES DO STJ. Pedido de Uniformização com fundamento em suposta divergência do acórdão recorrido com a jurisprudência dominante do STJ. A decisão recorrida concluiu que diante das circunstâncias do caso poderia entender-se que o segurado estaria totalmente incapacitado, não obstante ter o laudo pericial reconhecido

¹ PEDILEF 200838007232672, Juiz Federal José Antonio Savaris, 11/06/2010; PEDILEF 200770600009837, Juiz Federal José Antônio Savaris, 23/03/2010; PEDILEF 200636009062435, Juiz Federal José Antonio Savaris, 1º/03/2010; PEDILEF 200832007037725, Juiz Federal José Eduardo do Nascimento, 25/02/2010; PEDILEF 200583005060902, Juíza Federal Maria Divina Vitória, TNU, 17/03/2008.

a incapacidade parcial do autor. Alega a parte recorrente que a decisão recorrida violou a jurisprudência dominante do STJ que veda a concessão de aposentadoria por invalidez quando o laudo pericial concluir pela incapacidade parcial, não sendo permitido ao magistrado, com base nas condições pessoais e sociais do requerente, concluir pela incapacidade total. Divergência não configurada tendo em vista que o STJ pacificou seu entendimento não permitindo a apreciação em sede de Recurso Especial dos fundamentos considerados pelo magistrado a quo para a concessão de aposentadoria por invalidez sob pena de incidir em reexame de provas. (EREsp 243029) Conclusão que se aplica aos pedidos de uniformização. Incidente não conhecido.”

(PEDIDO 200483200066693, Juíza Federal Mônica Autran Machado Nobre, Turma Nacional de Uniformização, 02/03/2006).

IX. Ante o exposto, *inadmito* o pedido de uniformização.

X. Publique-se. Intimem-se. Oportunamente, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos ao JEF. Rio Branco (AC) – 19/05/2011.

Juiz Federal *Régis de Souza Araújo*, presidente da Turma Recursal.

Recurso inominado 0008048-86.2009.4.01.3000

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo
 Recorrente: Maria Pereira Leite
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 1º/06/2011, p. 505

Decisão

I. Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, dirigido à Turma Nacional, suscitado, tempestivamente, pelo INSS em face de acórdão desta Turma Recursal que, por unanimidade, deu provimento a recurso para reformar sentença de primeiro grau, razão disso, julgar procedente o pedido da parte autora relativo ao benefício assistencial de prestação continuada.

II. Sustenta o recorrente que a mesma matéria objeto deste julgado foi decidida de forma diversa pelo Superior Tribunal de Justiça pois enquanto a Turma do Acre entende cabível a concessão do benefício assistencial a pessoas com incapacidade parcial e temporária, nos julgados utilizados como paradigmas reconhecido tal direito quando total e permanente a incapacidade. Aduz que a decisão vulnera o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também, no que tange ao termo inicial do benefício, que, segundo alega, deve coincidir com a data de juntada do laudo pericial.

III. Não foram apresentadas contrarrazões.

IV. Relatado. Passo à decisão propriamente dita.

V. O incidente não merece prosperar.

VI. Ao contrário do que sustenta o recorrente, não há divergência entre a decisão recorrida e os precedentes utilizados como paradigmas. Ocorre que o acórdão recorrido, além do laudo pericial, conclui pela incapacidade a partir de vários elementos; já nos acórdãos paradigmas a perícia é aceita como prova da capacidade.

VII. Não se trata, portanto, de genuína divergência interpretativa, mas de livre apreciação de provas, de forma que a inversão do julgado, tal como postulado pelo INSS, demandaria inevitavelmente o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, situação que enseja o não conhecimento do incidente, conforme já decidiu a Turma Nacional de Uniformização. Senão vejamos:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. GRAU DE INCAPACIDADE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE, NOS TERMOS DA SÚMULA N.º 07 DO STJ. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NÃO CONHECIDO. I - Não há divergência na interpretação do direito e sim livre convencimento do magistrado ao considerar, para fins de análise do requisito da incapacidade, além do laudo pericial, outras provas relativas às condições pessoais da parte autora. II - Inverter o *decisum* na Turma Nacional de Uniformização representaria reexame de matéria fático-probatória, inadmissível em sede

de incidente de uniformização, nos termos da Súmula n.º 07 do C. Superior Tribunal de Justiça. III - Incidente não conhecido. (PEDILEF 200783005195580, VALTER ANTONIASSI MACCARONE, Turma Nacional de Uniformização, 26/11/2008).

VIII. Sobreleva anotar que a TNU tem reiteradamente reconhecido que a incapacidade para o desempenho de uma atividade profissional deve ser avaliada sob os pontos de vista médico e social, mediante análise das condições sócio-econômicas do segurado¹. Nesse passo, segundo o entendimento do Colegiado Nacional, pode o magistrado afastar as conclusões lançadas no laudo pericial, mesmo porque o juiz a elas não se encontra adstrito (TNU, PEDILEF 200583005060902, Juíza Federal Maria Divina Vitória, 17/03/2008). Assim, por se tratar de matéria já decidida pela TNU, inviável a admissão deste recurso, nos termos do art. 52, § 2º, do Regimento Interno das Turmas Recursais e JEF's da Primeira Região.

IX. Também não se mostra admissível o incidente com base na alegada divergência em relação à DIB. No ponto, o recorrente alega, genericamente, que a decisão desta Turma diverge da jurisprudência do STJ, mas não apresenta os aspectos que identificam ou assemelham os casos confrontados, conforme exige o art. 51, parágrafo único, do Regimento Interno das Turmas Recursais da Primeira Região.

X. Importa anotar, por derradeiro, que a jurisprudência do STJ registra diferentes entendimentos quanto à matéria (data do início do benefício), mas a tese defendida pelo instituto recorrente – no sentido de que a DIB deve corresponder ao momento de juntada do laudo pericial – tem sido explicitamente rechaçada pelos julgados mais recentes daquele Tribunal, sob o argumento de que “o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, não sendo parâmetro para fixação de termo inicial de aquisição de direitos” (AgRg no REsp 845.743/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 15/06/2009).

XI. Ante o exposto, *inadmito* o pedido de uniformização.

XII. Publique-se. Intimem-se. Oportunamente, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos ao JEF. Rio Branco (AC) – 19/05/2011.

Juiz Federal *Régis de Souza Araújo*, Presidente da Turma Recursal.

¹ Nesse sentido, dentre muitos outros, os seguintes precedentes: PEDILEF 200838007232672, Juiz Federal José Antonio Savaris, 11/06/2010; PEDILEF 200770600009837, Juiz Federal José Antônio Savaris, 23/03/2010; PEDILEF 200636009062435, Juiz Federal José Antonio Savaris, 1º/03/2010; PEDILEF 200832007037725, Juiz Federal José Eduardo do Nascimento, 25/02/2010; PEDILEF 200583005060902, Juíza Federal Maria Divina Vitória, TNU - Turma Nacional de Uniformização, 17/03/2008.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br)

Processual Civil. Ação rescisória. Procedimento dos recursos repetitivos. Art. 543-C, do CPC. Intimação pessoal de procurador federal. Hipótese diversa. Acórdão mantido.

I. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.042.361/DF, na sistemática dos recursos repetitivos, julgou que “os procuradores federais e os procuradores do Banco Central, consoante preconizado no art. 17 da Lei 10.910, de 15 de julho de 2004, têm como prerrogativa o recebimento da intimação pessoal”.

II. *In casu*, de fato não houve a intimação pessoal do procurador federal da sentença. Todavia, o acórdão proferido por esta Primeira Seção tratou de requisitos de admissibilidade da ação rescisória, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da “[...] alegada violação a dispositivo legal que não se refere ao julgado, mas a fato posterior, pertinente à intimação, não autoriza conhecimento pelo inciso V, do art. 485, do CPC” (STJ, AR 1.469/PB, Terceira Seção, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 21/06/2004), o que não se confunde com a hipótese de que cuida o REsp 1.042.361/DF.

III. Acórdão mantido.

Numeração única: 0048834-25.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.049275-9/RO

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 19/05/2011, p. 09

Conflito negativo de competência. Pagamento de foro/taxa de ocupação/laudêmio em terreno de marinha. Portaria/ Presi/Cenag 248, de 24/06/2010. Vara comum ou vara ambiental e agrária. Matéria de Direito Administrativo. Competência da vara civil.

I. Em exame às Portarias/Presi/Cenag 200 e 201, ambas de 18/05/2010, por meio das quais foram criadas as Varas Ambientais de Belém e Manaus, verifica-se constar das respectivas jurisdições, *exemplificativamente*, competência para “as ações relacionadas com terrenos de marinha, pagamento de foro ou taxas de ocupação” (art. 3º).

II. A Portaria/Presi/Cenag 248, de 24/06/2010, ao criar a 8ª Vara Federal de São Luis/MA (Agrária e Ambiental), não incluiu em seu rol, também exemplificativo, a competência para julgamento das ações relacionadas com terrenos de Marinha, pagamento de foro ou taxa de ocupação (art. 2º).

III. A questão não é estranha na Terceira Seção deste Tribunal, a qual já decidiu, por unanimidade, em caso idêntico, que “a mera exclusão do item da competência da Vara Ambiental e Agrária de São Luís não seria suficiente para afastar a respectiva jurisdição se a ação, efetivamente, tratasse de matéria ambiental. Todavia, o objeto do processo originário é a exigibilidade do pagamento de foro após a edição da Emenda Constitucional 46/2005, tema relativo ao regime de uso de bens públicos, não possuindo relação com o Direito Ambiental. Precedente. [...] A determinação da competência de vara especializada em Direito Ambiental pressupõe a constatação de efetiva necessidade de tutela de interesses afetos ao meio ambiente no caso concreto” (CC 0074714-14.2010.4.01.0000/MA, rel. Juiz Federal convocado Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, e-DJF1 14/03/2011). Outro precedente: CC 0074722-88.2010.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, julgado em 05/04/2011.

IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 6ª Vara de São Luis/MA, o suscitado.

Conflito de Competência 0074697-75.2010.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 3ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 16/05/2011, p. 45

Constitucional e Tributário. Conselho Federal de Engenharia Arquitetura e Agronomia – Confea. Lei 6.496/1977 (art. 2º, § 2º). Delegação de competência para fixação de alíquota e base de cálculo de Taxa de Anotação de Responsabilidade

Técnica (ART) por conselho de fiscalização. Impossibilidade. Indelegabilidade. Matéria reservada à lei. Violação aos princípios da legalidade e tipicidade tributária e ao art. 97 do CTN.

I. O legislador ao atribuir ao Confea a competência para fixar a alíquota e a base de cálculo da Taxa de ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) não observou os princípios da legalidade tributária (CF, art. 150, § 1º) e a tipicidade, segundo os quais o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica – hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas – estão contidos na lei, nem tampouco a regra do art. 97 do CTN, que discrimina os elementos obrigatórios reservados à lei, notadamente a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo (CTN, art. 97, IV).

II. Embargos infringentes providos, para reformar o acórdão embargado e, por conseguinte, negar provimento à apelação interposta pelo Confea e à remessa oficial.

Numeração única: 0021389-08.2002.4.01.0000

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.01.00.025037-1

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 4ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 16/05/2011, p. 47

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Servidor público. Legitimidade passiva. Greve. Suspensão do contrato de trabalho. Desconto dos dias não trabalhados. Compensação com reposição de dias trabalhados.

I. Em sede de mandado de segurança, considera-se autoridade coatora aquela que detém as atribuições para a prática e a reversão do ato impugnado, e não o superior hierárquico que o recomenda ou normatiza.

II. O fato de a coordenadora geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde ter determinado o corte do ponto dos servidores substituídos não a torna legitimada para a ação, eis que a supressão remuneratória combatida nestes autos encontra-se na alçada de competência da impetrada gerente-substituta de Recursos Humanos do Ministério da Saúde.

III. O corte do ponto dos servidores que aderem a movimento grevista depende de a greve ser injusta. Havendo situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho ou vínculo estatutário, não se determina o corte no ponto, conforme entendimento exposto pelo Plenário do STF no Mandado de Injunção 708 (rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, DJe-206 divulgado em 30/10/2008). Precedentes.

IV. No caso concreto, deve ser mantida a sentença que determinou que os servidores substituídos pelo sindicato impetrante não terão os dias cortados seus pontos, diante da adoção de plano de reposição de trabalho para a compensação das faltas ocorridas nos dias em que participaram da greve deflagrada em maio/2005.

V. Apelação e remessa oficial não providas.

Numeração única: 0026657-84.2005.4.01.3800/MG

Apelação Cível 2005.38.00.026877-0

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)– 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 24/05/2011, p. 15

Administrativo. Ferroviários inativos e pensionistas. Prescrição. Auxílio-alimentação/ticket refeição pago aos servidores em atividade. Natureza indenizatória. Impossibilidade de extensão aos proventos de aposentadoria ou pensão. Súmulas 680 e 339 do STF.

I. A prescrição atinge apenas as parcelas vencidas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, na forma da Súmula 85/STJ.

II. A jurisprudência pacífica do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal é no sentido de que os servidores aposentados ou pensionistas não têm direito ao auxílio-alimentação (ticket refeição), por se tratar de verba destinada aos gastos do servidor em atividade, com sua alimentação, de modo que não se incorpora à remuneração ou aos proventos de aposentadoria/pensão.

III. O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos (Súmula 680 do STF).

IV. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, o aumento de vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF).

V. Apelação não provida.

Numeração única: 0020611-16.2004.4.01.3800/MG

Apelação Cível 2004.38.00.020729-3

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 19/05/2011, p. 127

Penal e Processual Penal. Delito de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I e III, CP) . Pagamento do débito. Extinção da punibilidade . Art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Denúncia pelo art. 297, § 4º, do Código Penal. Redução de contribuição social previdenciária, mediante omissão de seus fatos geradores, nas guias de recolhimento do FGTS e informações à previdência social. GFIP's e na folha de pagamento. Delito do art. 297, § 4º, do Código Penal. Crime-meio. Absorção pelo delito do art. 337-A, I e III, do Código Penal. Princípio da consunção. Aplicabilidade.

I. Hipótese em que os réus foram denunciados tão somente pelo delito do art. 297, § 4º, do Código Penal, por terem reduzido contribuição social previdenciária, mediante omissão de seus respectivos fatos geradores, nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP's e na folha de pagamento. Pagamento do débito mencionado na denúncia, com extinção da punibilidade do delito do art. 337-A, I e III, do Código Penal.

II. A prova da quitação do débito tributário mencionado na denúncia, em relação ao delito do art. 337-A, I e III, do Código Penal, implica na extinção da punibilidade do aludido crime, em face do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

III. No caso dos autos, resta claro que a omissão de prestação de informações legalmente requisitadas, nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP's e na folha de pagamento teve, como único objetivo, viabilizar a prática do crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I e III, CP), constituindo fase de sua realização, sem deter potencialidade lesiva exorbitante do referido delito.

IV. Como destacou o parecer ministerial, *in casu* “o agente deve responder por crime único, uma vez que o falso tinha por finalidade específica o cometimento do crime fiscal, sob pena de se punir mais de uma vez um só comportamento, com violação ao princípio do *ne bis in idem*, subjacente a toda discussão sobre o conflito aparente de normas e concurso de crimes”.

V. O fato de os tipos penais tutelarem bens jurídicos distintos não constitui óbice ao reconhecimento da absorção do crime-meio (art. 297, § 4º, CP) pelo crime-fim (art. 337-A, I e III, CP), mormente porque o egrégio STJ reconheceu tal possibilidade, tanto que sumulou entendimento neste sentido, nos termos da sua Súmula 17, o qual admite a consunção do delito contra a fé pública (falsificação de documento) por crime contra o patrimônio (estelionato), quando o *falsum* se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva – tal como ocorre, *in casu*, quanto ao delito de falso (art. 297, § 4º, CP), em relação ao de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I e III, CP).

VI. Manutenção do *decisum* que rejeitou a denúncia, quanto ao delito do art. 297, § 4º, do Código Penal, pela sua absorção pelo crime do art. 337-A, I e III, do Código Penal.

VII. Recurso improvido.

Numeração única: 0018363-04.2009.4.01.3800/MG

Recurso em Sentido Estrito 2009.38.00.018922-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 27/05/2011, p. 351

Processual Penal. Habeas corpus. Crime de descaminho. Preclusão pro judicato CPC, art. 471. Inaplicabilidade. Ilícito penal. Procedimento administrativo fiscal prévio. Constituição do crédito tributário. Desnecessidade. Ação penal. Trancamento. Ordem denegada.

I. Mostra-se inviável a aplicação subsidiária do art. 471 do Código de Processo Civil, por suposta ocorrência de preclusão *pro judicando*, mormente porque a hipótese não contempla a alegada existência de duas decisões sobre o mesmo tema.

II. Caso em que o magistrado titular, conquanto tenha manifestado o seu entendimento sobre a tese do impetrante, limitou-se a requisitar informações à Secretaria da Receita Federal sobre a tramitação do procedimento administrativo fiscal, posteriormente, ao magistrado substituto, que se encontrava no exercício pleno da jurisdição e que indeferiu o pedido de trancamento da ação penal, sob entendimento diverso.

III. O crime de descaminho, além de objetivar a salvaguarda dos interesses do Erário Público (evasão de renda), tutela bens jurídicos outros, como a proteção da moralidade pública, da saúde pública e até da indústria e da economia nacionais como um todo.

IV. Em se tratando de descaminho, mostra-se destituída de fundamento a tese concernente à indispensabilidade do procedimento administrativo fiscal para a constituição do crédito tributário, tal como ocorre em relação ao crime de sonegação fiscal.

V. O ilícito penal independe da questão fiscal, uma vez que as esferas administrativa e judiciária são autônomas e independentes.

VI. Denegação do pedido de trancamento da ação penal.

Habeas Corpus 0051267-94.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/05/2011, p. 713

Administrativo. Concurso público. Policial rodoviário federal. Curso de formação. Inscrição. Perda de prazo. Força maior. Nova oportunidade.

I. Tendo em conta que o impetrante visa assegurar participação em curso de formação de Policial Rodoviário Federal, é desnecessária a citação dos candidatos aprovados com pior classificação, eis que o deferimento de sua pretensão não tem o condão de alterar a ordem de aprovados.

II. É desarroada a exclusão do impetrante do concurso, em virtude de não ter efetivado matrícula no curso de formação no prazo fixado no edital, uma vez que, conforme atestado, estava “sob cuidados médicos e com recomendação médica de repouso absoluto no período de 18 a 23 de julho de 2005”, período que abrangeu o de matrícula (20 a 22/07/2005), bem como pelo fato de não possuir computador em sua residência, impedindo-o de realizar matrícula via *internet*, único meio permitido no edital de convocação.

III. Também fere os princípios da razoabilidade e da finalidade a abertura das inscrições no exíguo prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a publicação do edital de convocação. Afinal, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece que “a intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento” (art. 26, § 2º).

IV. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Numeração única: 0028556-56.2005.4.01.3400

Apelação em Mandado de Segurança 2005.34.00.028830-4/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 24/05/2011, p. 205

Administrativo e Processual Civil. Responsabilidade administrativa. Assentamento de pessoa em local de floresta nacional no qual não se admite exploração. Dano material e dano moral. Honorários advocatícios.

I. Assentar pessoa em local no qual não pode realmente morar e trabalhar explorando a terra, por se tratar de floresta nacional, configura ação danosa indenizável nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II. Ação praticada apenas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incrá), não sendo admissível responsabilizar o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) por ter apenas cumprido seu dever de proteger o meio ambiente quando indeferiu autorização de desmate.

III. Dano material: apesar de a inicial conter pedido expresso de valor, não foi apresentada prova de qualquer natureza, descumprindo-se o art. 333, I, do CPC.

IV. Dano moral: considerando as características e conduta da vítima e do ofensor, a gravidade do fato em si e a necessidade de compensar o dano sem gerar enriquecimento sem causa, fixa-se em R\$ 30.000,00.

V. Honorários advocatícios autora – Incra: sucumbência recíproca e equivalente, dividindo-se e compensando-se mutuamente os honorários, sem que nada reste devido de uma parte a outra.

VI. Honorários advocatícios autora – Ibama: sucumbência integral da autora, fixando-se os honorários em R\$ 2.000,00, considerando o art. 20, § 4º, do CPC e o tramite rápido e simples do feito. Condenação suspensa em razão da gratuidade de justiça deferida para autora.

VII. Apelação da autora e remessa oficial parcialmente providas. Apelação do Ibama provida. Apelação do Incra desprovida.

Numeração única: 0002343-38.2005.4.01.4200

Apelação Cível 2005.42.00.002343-9/RR

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado) – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 18/05/2011, p. 25

Administrativo. Contrato de obra com a Administração Pública. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste anual do preço. Termo aditivo com inclusão de novos serviços e de fornecimento de materiais. Preços novos. Factum principis. Majoração tributos após apresentação da proposta. Elevação alíquotas Cofins e CPMF. Lei 8.666/1993, art. 65, § 5º, limites. Inocorrência de repercussão nos preços a onerar especificamente os encargos. Posição firme do Tribunal de Contas da União.

I. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. (Art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993)

II. Elevação da alíquota da Cofins em 1% e da CPMF em 0,18%, não justifica elevação do preço da obra contratada, por ausência de encargo insuportável à contratada pela majoração. Posição firme e unânime Plenário colendo TCU, Acórdão 45/1999 e Decisão 698/2000.

III. A aplicação do *fato do príncipe* deve ser tida com comedimento. Necessidade de um vínculo direto entre o encargo e a prestação, ou seja, uma relação direta de causalidade que caracterize o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. Reflexos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do *factum principis* (posição da doutrina, acolhida pelo TCU).

IV. Reajuste anual dos preços, apesar de previsto em contrato, não incide uma vez que o valor anteriormente contratado fora faturado antes de decorrido um ano da apresentação da proposta, correspondendo o saldo credor a favor da contratada após esgotado tal período a um valor inferior aos preços novos referentes a serviços/obras relativos a aditivos firmados há menos de 5 (cinco) meses do encerramento dos contratos, ou, como se infere no contrato 019/1999, apenas 8 dias após decorrido o ano.

V. Apelação da empresa construtora contratada a que se nega provimento. Pleito de reajuste e aplicação do § 5º do art. 65 da Lei 8.666/1993 improcedente.

Numeração única: 0005657-19.2004.4.01.3200

Apelação Cível 2004.32.00.005662-0

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/05/2011, p. 82

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Técnicos em farmácia. Inscrição no Conselho Regional de Farmácia. Pretensão de assumir responsabilidade técnica por drogaria. Reconhecimento. Possibilidade.

a) Recurso – apelação em mandado de segurança.

b) Decisão de origem – segurança concedida, reconhecendo ao impetrante direito de inscrição no Conselho Regional de Farmácia e de obter Atestado de Capacidade Técnica por drogaria.

I. Estando comprovado nos autos que o impetrante atendeu os requisitos necessários à obtenção do certificado Técnico em Farmácia, com observância das exigências da Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional (Lei 9.394/1996), é lícito o direito de inscrição no Conselho Regional de Farmácia.

II. Admitida a inscrição do impetrante como integrante da categoria de técnico em Farmácia, fica-lhe assegurada a responsabilidade técnica por drogarias, vedada, entretanto, a responsabilidade técnica em estabelecimentos farmacêuticos, como expresso na sentença.

III. Analisada a postulação do impetrante e decidida a controvérsia com espeque na realidade dos autos e em precedentes desta egrégia Corte e do Superior Tribunal de Justiça, não merece acolhida o apelo.

IV. Apelação e remessa oficial denegadas.

V. Sentença confirmada.

Numeração única: 0003044-64.2007.4.01.3800

Apelação em Mandado de Segurança 2007.38.00.003104-4/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 27/05/2011, p. 470

Processual Civil. Execução fiscal. Cancelamento/nulidade do débito exequendo. Extinção da execução. Contratação de advogado. Honorários advocatícios. Cabimento.

I. Extinto o processo de execução fiscal, em razão do cancelamento ou nulidade do débito exequendo, quando já efetuada a contratação de advogado pelo executado, atuando efetivamente nos autos, como no caso, impõe-se a fixação de verba honorária, ressalvado o caso em que o próprio devedor tenha dado ensejo ao ajuizamento da demanda, hipótese não ocorrida, na espécie.

II. Apelação parcialmente provida. Sentença parcialmente reformada, fixando-se a verba honorária em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), em favor do recorrente.

Apelação 0000511-46.1995.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/06/2011, p. 605

- *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.

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 ou ao endereço: Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar – CEP 70070-040 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com: a) título em português (no máximo dez 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 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.jus.br.

