

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

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 10 Ano 22 Outubro/2010

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

## Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Paulo Souza da Silva

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

## Entrevista

Pedro Eugênio Azevedo Lima

## Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Luciana Fernandes Menezes

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

## Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

## Confecção de fotolitos

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

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

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização. 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 Amílcar Machado*

## **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Mequerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo 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 Soares*

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

## Corte Especial

### **Presidente:**

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

### **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

### **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete 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 *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

### 1ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente  
Desembargadora Federal *Neuza Alves*  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*  
Desembargadora Federal *Ângela Catão*  
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

### 2ª Seção

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

### 3ª Seção

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

### 4ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*  
Desembargador Federal *Souza Prudente*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Leomar Amorim*  
Desembargador Federal *Reynaldo Soares*

### 1ª Turma

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – Presidente  
Cargo vago (quinto constitucional – OAB)  
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

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

### 4ª Turma

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

### 5ª Turma

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

### 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 Soares*

### 8ª Turma

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

### Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Vice-Presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Geral  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Carlos Olavo*  
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Leomar Amorim*

### **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 *Olindo Menezes* – Presidente  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Membro  
Desembargador Federal *Souza Prudente* – Membro  
Professor *Tarcísio Vieira de Carvalho Neto* – Membro (UnB)  
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – Membro (OAB)

### **Comissão de Regimento — art. 83, RITRF1**

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – Presidente  
Desembargador Federal *Reynaldo Soares*  
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*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*  
Desembargador Federal *João Batista Moreira*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*  
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

### **Revista do Tribunal**

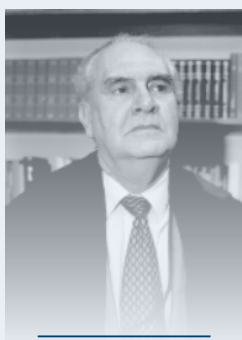
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

### **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



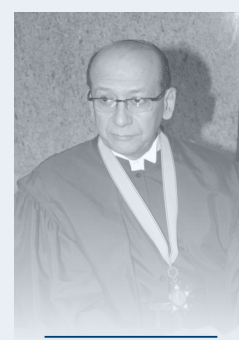
Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/1997 – maio/1999



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  
a partir de setembro/2009





<b>Editorial</b>	<b>15</b>
<b>Juramento</b>	<b>17</b>
<b>Epígrafe</b>	<b>19</b>
<b>Ponto de Vista</b>	<b>21</b>
Reflexões sobre reforma política Prof. Tacísio Vieira de Carvalho Neto	
<b>Artigos Doutrinários</b>	<b>25</b>
Condomínio fechado, associação de moradores e lei municipal, <b>25</b> Paulo Fernando Silveira	
O tratamento jurídico da não-surpresa no Direito comparado e no ordenamento jurídico tributário nacional, <b>40</b> Eduardo Morais da Rocha	
<b>Tópicos Jurídicos</b>	<b>55</b>
Nem uma palmadinha? <b>55</b> Mônica Sifuentes	
O princípio de eficiência e a necessidade de planejamento, <b>56</b> Regis de Souza Araújo	
Do fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência segundo a Lei 11.101/2005, <b>58</b> Simone Cristine Araújo Lopes	
<b>Inovações Legislativas</b>	<b>67</b>
Lei 12.319, de 1º de setembro de 2010, <b>67</b> Regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – Libras	
Lei 12.324, de 15 de setembro de 2010, <b>69</b> Revoga o Decreto-Lei 7.270, de 25 de janeiro de 1945, e o Decreto-Lei 7.776, de 25 de julho de 1945	
<b>Arguição de Inconstitucionalidade</b>	<b>71</b>
Inexistência de individualização legislativa da pena. Lei 9.472, de 1997, art. 187. Inconstitucionalidade, <b>71</b> Arguição de Inconstitucionalidade Criminal 62633820054014000/PI Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto	

**Corte Especial – Suspensão da execução da sentença. Remoção de servidor. Ajuda de custo e indenização de transporte. Ausência dos pressupostos para a suspensão, 75**

Numeração única: 0034975-68.2009.4.01.0000

Suspensão de Execução de Sentença 2009.01.00.036245-6/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Primeira Seção – Mandado de segurança contra ato de juiz de direito investido de competência federal. Justificação judicial. Procedimento voluntário. Impossibilidade de apreciação do mérito, 80**

Mandado de Segurança 2009.01.00.031409-9/BA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

**Segunda Seção – Operação Jurupari. Quesitos encaminhados ao juízo coator. Denegação das respostas. Crea/MT. Ausência de interesse de agir. Decisão interlocutória simples. Recurso inexistente. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade, 82**

Mandado de Segurança Criminal 39464-17.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

**Terceira Seção – Concurso público. Exame psicológico. Candidato não recomendado. Ação anulatória do ato administrativo. Prosseguimento no certame. Voto vencido. Decreto 6.944/2009. Aplicação, 84**

Numeração única: 0015218-44.2007.4.01.3400

Embargos Infringentes 2007.34.00.015309-5/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Quarta Seção – Ação rescisória. Decisão (indeferindo assistência) sem conteúdo de mérito (art. 485/CPC). Indeferimento da inicial, 87**

Numeração única: 515614920104010000

Agravo Regimental na Ação Rescisória 0051561-49.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

**Primeira Turma – Execução de título judicial. Associação. Autorização individual dos associados para deflagração do processo executivo. Desnecessidade, 89**

Numeração única: 0053109-46.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.055298-8/DF

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

**Segunda Turma – Aposentadoria. Ato complexo. TCU. Devido processo legal. Repetição de indébito. Exaurimento dos procedimentos administrativos, 94**

Numeração única: 0027163-31.2003.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2003.38.00.027155-9/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

**Terceira Turma – Tráfico internacional de drogas. Pena base. Agravante da paga ou recompensa. Causa de aumento do transporte público e do envolvimento de criança. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Quantum da redução, 97**

Numeração única: 7194-35.2009.4.01.3601

Apelação Criminal 2009.36.01.007206-0/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

**Quarta Turma – Tráfico de drogas. Associação. Porte ilegal de arma de fogo. Prisão em flagrante. Materialidade delitiva. Índícios de autoria. Garantia da ordem pública. Liberdade provisória. Princípio da presunção de inocência e prisão cautelar. Compatibilidade. Primariedade. Bons antecedentes. Residência fixa. Irrelevância, 102**

*Habeas Corpus* 27772-21.2010.4.01.0000/RR

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Quinta Turma – Porto seco. Anápolis/GO. Terminal totalmente alfandegado. Mandado de Segurança para permitir utilização mista. Liminar concedida. Impugnação da Fazenda Nacional ao argumento de que a admissão de utilização mista é ato discricionário, 105**

Numeração única: 0063611-44.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.066268-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

**Sexta Turma – Responsabilidade civil. Dano moral. Apuração de eventual irregularidade na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Instauração de inquérito policial. Denúnciação caluniosa não configurada. Inexistência de ofensa à honra do autor, 111**

Numeração única: 0000308-32.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.000326-9/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Sétima Turma – Ação ordinária. Antecipação de tutela. Mercadoria importada. Classificação errônea. Índícios de fraude. Ausência da verossimilhança, 115**

Agravo de Instrumento 0038127-90.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

**Oitava Turma – Mandado de segurança. Bagagem desacompanhada. Bens móveis. Herança. Não incidência do Imposto de Importação, 116**

Numeração única: 0046396-70.2000.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2000.01.00.056967-7/BA

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

## Decisões Monocráticas

119

**Ação cautelar inominada. Indeferimento do pedido liminar formulado para autorização de matrícula no curso superior na (UnB), sob o fundamento de que a discente não concluiu o ensino médio, 119**

Agravo de Instrumento 0054167-50.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Ação civil pública. Tutela antecipada. Determinação que a Defensoria da União lote defensores públicos no Estado do Amapá, 120**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0052600-81.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Conflito de competência entre a Primeira e a Quarta Seções do TRF. Execução fiscal de benefício previdenciário. Emenda Regimental 7, 122**

Numeração única 0037499-48.2009.4.01.0000/MG

Conflito de Competência 2009.01.00.038592-6/MG

Relator: Desembargador Tolentino Amaral

**Demandas repetitivas. Simplicidade e agilidade. Contestação arquivada em secretaria. Ausência de violação ao contraditório e à ampla defesa. Benefício situado fora do período abrangido pelo art. 144 da Lei 8.213/91, 125**

Numeração única: 48668-68.2009.4.01.3800

Recurso: 2009.38.00.717984-8/MG

Relatora: Juíza Federal Cristiane Miranda Botelho

**Apresentação de documentos para esclarecimento da causa. Dever da entidade pública. Documentos requisitados em poder de terceiro. Descumprimento de determinação judicial não caracterizado. Multa diária. Impossibilidade, 126**

Numeração única: 0061076-30.2009.4.01.3400

Agravo 2009.34.00.914887-9/DF

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida

**Saque indevido. Ônus da CEF de obter e guardar as gravações de vídeo que possibilitariam identificar o autor dos saques. Inversão do ônus probatório. Presunção de veracidade das afirmações contidas na inicial. Negligência da CEF, 127**

Numeração única: 0041136-07.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.908327-0/GO

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araujo

**Pensão por morte. Reconhecimento de união estável por decisão com trânsito em julgado. Limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada. Terceiro juridicamente interessado, 130**

Numeração única: 0023681-92.2009.4.01.3500

Recurso Inominado 2009.35.00.702276-0

Relator: Juiz Federal Fernando Cléber de Araújo Gomes

**Confira outros julgamentos do TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br)).**

Concurso público. Preterimento na classificação. Não ocorrência. Aplicação de regras de desempate.

Ato judicial passível de recurso ou correção. Súmula 267/STF. Não cabimento. Honorários advocatícios. Ausência de prejuízo patrimonial.

Sequestro de bens móveis, imóveis e semoventes. Parque Indígena do Xingu. Operação Mapinguari. Desmatamento. Indícios de prática delitiva. Origem ilícita dos bens. Reparação dos danos.

Mandado de segurança. Impetrante. CREA/MG. Nomeação. Médicos plantonistas. Perito *ad hoc*.

Imposto de Renda. Benefícios de complementação de aposentadoria recebidos de entidade fechada de previdência privada. Aplicação das Leis 7.713/1988 e 9.250/1995.

Servidores do Poder Judiciário da União. Gratificação Judiciária. Decreto-Lei 2.173/1984. Pagamento da vantagem como parcela autônoma. Impossibilidade. Incorporação aos vencimentos.

Execução de sentença. Alvará de levantamento. Expedição em nome da parte autora.

Imposto de Renda pessoa física. Crime contra a ordem tributária. Falsidade ideológica e uso de documento falso. Princípio da especialidade. Quitação do débito. Extinção da punibilidade. Circunstância que não é de caráter exclusivamente pessoal. Benefício extensivo a todos os denunciados.

*Habeas corpus*. Liberdade de locomoção. Ameaça. Não caracterização. Inviabilidade do recurso.

Concurso público. Delegado da Polícia Federal. Edital que não prevê reserva de vagas para portadores de necessidades especiais.

Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Candidato portador de colelitíase. Princípio da vinculação ao edital. Não observância. Falta de previsão na norma disciplinadora do certame. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido e litisconsórcio passivo necessário.

Exame de Ordem. Anulação da prova por identificada: utilização de *letra de forma* nas respostas. Ilegalidade: inexistência de previsão editalícia ou regulamentar.

Estatuto da OAB. Infração do art. 34, XXI e XXIII, da Lei 8.906/1994. Inadimplência. Suspensão. Legitimidade.

---

**Repositórios oficiais de jurisprudência****139**

---

**Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista****141**



O nosso entrevistado deste mês é o Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, da Universidade de Brasília, o qual faz algumas reflexões sobre a reforma política no Brasil, com destaque especial para as questões mais recorrentes sobre o tema, como o sistema de lista fechada, o voto distrital e o financiamento público de campanhas eleitorais.

A Seção Artigos Doutrinários traz um estudo sobre o fechamento de vias públicas para transformação em condomínios particulares, que vem acompanhado de um artigo sobre *O tratamento jurídico da não surpresa no Direito comparado e no ordenamento jurídico tributário nacional*.

A Revista traz, ainda, uma análise sobre *O fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência*, que se encontra disponível na Seção Tópicos Jurídicos, juntamente com um artigo sobre a eficiência e a necessidade de planejamento das atividades da Administração Pública.

Entre as inovações legislativas trazidas por esta edição, vale destacar a Lei 12.319/2010, que regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – Libras.

Finalmente, disponibilizamos os mais recentes julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, expressos em acórdãos e decisões monocráticas.

Boa leitura!






**"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".**





*"Quem chega à condição de príncipe com o auxílio dos magnatas conserva-a com maiores dificuldades do que quem chega com o auxílio do povo, porque no seu cargo está rodeado de muitos que se julgam ser seus iguais, e aos quais, por isso, não pode manejar a seu modo."*

(Niccolo Macchiavelli – O Príncipe, p. 98, Jardim dos Livros Editora, 2007).



## Reflexões sobre reforma política

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto\*



“Uma reforma que se limite a fazer correções pontuais, procedimentais, formais será uma reforma suscetível de falhas. (...) Por exemplo, falar em financiamento público de campanha é muito pouco se não mudarmos a realidade nacional.”

**Revista:** Professor, se fizermos uma análise histórica do nosso sistema eleitoral, poderemos observar que poucas foram as alterações substanciais feitas pelo Parlamento. Por que a reforma política não é implementada no Brasil?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** A primeira questão que se coloca para enfrentamento é conceituar adequadamente o que vem a ser reforma política. Se subdividirmos a legislação eleitoral em material e processual, vamos verificar que, recentemente, há esforço e resultados efetivos no sentido da consolidação e aprimoramento de ritos, mas, do ponto de vista do direito material eleitoral, as regras mudam muito pouco, porque dependem, naturalmente, de posicionamentos políticos do Congresso Nacional, que nem sempre são facilmente obtidos, principalmente por parte daqueles que venceram com esteio nas regras postas do jogo eleitoral e, justamente em função disso, têm pouco interesse pragmático na mudança.

**Revista:** Uma reforma política não deveria compreender outros pontos que não apenas aqueles afetos ao sistema eleitoral? As questões sobre a estrutura patrimonialista do Estado e sobre o clientelismo, por exemplo, costumam ficar em segundo plano.

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Não há dúvida nenhuma. Parece-me adequado o raciocínio de que, para cada reforma, haja necessidade da compreensão da ideologia subjacente ao próprio Texto Constitucional, aos novos tempos de mudança. Uma reforma que se limite a fazer correções pontuais, procedimentais, formais será uma reforma suscetível de falhas. É absolutamente necessário que cada um desses assuntos seja tocado por inteiro e dentro de uma visão de sistema. Por exemplo, falar em financiamento público de campanha é muito pouco se não mudarmos a realidade nacional. Correríamos o risco, por exemplo, de o Estado estar subsidiando campanhas eleitorais sem prejuízo da manutenção existencial de caixa dois. O Estado estaria ajudando o candidato, que, ainda assim, por medidas tortuosas, infringiria a ética e os bons costumes.

---

\*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Subprocurador-Geral do Distrito Federal e advogado.

**Revista:** Além do financiamento público de campanha, que o senhor acabou de citar, existem outros pontos polêmicos relacionados à reforma da legislação eleitoral, como, por exemplo, o sistema de lista fechada e o voto distrital. Qual a sua avaliação sobre essas propostas?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** São questões muito frequentes na pauta de discussão das reformas eleitorais. A Ordem dos Advogados do Brasil constituiu comissão de especialistas para trabalhar esses assuntos. A própria Justiça Eleitoral também já o fez. E, mais recentemente, o Congresso Nacional. Todos, em uníssono, vêm deliberando, pontualmente, sobre muitas matérias que precisam ser objeto dessa reforma, mas a falta de consenso já existe até na formatação da pauta. Financiamento público de campanha também é um assunto que tem atraído a preocupação dos cultores da reforma há muitos e muitos anos, e já se chegou até a estabelecer o custo de um voto nesse financiamento público exclusivo, que, se não me falha a memória, é algo em torno de oito ou nove reais. Sucede que o financiamento público de campanha, por si só, será incapaz de impingir uma mudança radical de raciocínio, uma mudança brutal de ideologia, que é o que parece necessário no momento presente, haja vista, por exemplo, virtuosas alterações legislativas traçadas por iniciativa popular no campo do combate à corrupção – e aqui me refiro, especificamente, à introdução na Lei das Eleições, do art. 41-A e, também, a vinda à baila da chamada lei dos *ficha-limpa*, a Lei Complementar 135/2009, ambas de iniciativa popular e que fizeram muito mais em termos de filtragem do panorama político do que as reformas pontuais que vinham sendo idealizadas no campo do financiamento público, da lista fechada, dos comícios, da prestação de contas etc.

**Revista:** Levando em conta que a reforma política é um antecedente necessário para outras reformas de envergadura, os candidatos deveriam dar mais destaque a ela?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Na minha modesta compreensão, os candidatos que se elegendem sob a égide das leis tal como colocadas, ainda que leis bolorentas, leis mofadas, não têm interesse pragmático em alterar as regras do jogo. Então, as pessoas que não se elegendem com base nessas leis não têm voz, e porque não têm voz, não promovem mudanças. E as pessoas que se elegendem com base nessas leis não têm interesse pragmático em colocar em risco futuras eleições. Isso cria uma inércia, uma letargia impositiva nas instituições, que faz com que esse vetor de ruptura do

sistema atual tenha que ser colhido fora do ambiente naturalmente vocacionado, como tivemos exemplo na iniciativa popular. Agora, a partir dessa revolução em que se constituirá a necessária reforma política, tudo ficará mais fácil, a reforma tributária, a reforma previdenciária e outras tantas que precisam ser, em curto prazo, implementadas.

**Revista:** Quais os pontos da reforma política deveriam ser implementados com mais urgência?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Como eu dizia, essas questões já têm sido discutidas nos fóruns adequados, com ativa participação da Ordem dos Advogados, das Universidades, do próprio Congresso Nacional, e, muito embora exista certa indefinição quanto à extensão da reforma ideal, há unanimidade sobre a necessidade dela. Os pontos que, frequentemente, vêm sendo trabalhados com maior ênfase, pelo menos num universo mais curto, são os que dizem respeito à fiação processual da legislação eleitoral. Muito se tem em mira a simplificação dos ritos procedimentais, para que não ocorram algumas incoerências dentro do sistema, pessoas que respondem a duas, três ações eleitorais, fundadas na mesma causa de pedir, para que as ações eleitorais sejam julgadas no menor tempo possível, para que a demora na prestação jurisdicional eleitoral não interfira, efetivamente, nas próprias campanhas eleitorais e na fluidez dos mandatos eletivos. Também há iniciativas no sentido de dilatar o calendário eleitoral, antecipar os prazos e os julgamentos dos registros, para com isso diluir um pouco mais os reflexos negativos da acentuada concentração do processo eleitoral. Tais aspectos que poderão ser modificados, facilmente, muito em breve. Agora, as questões conjunturais sobre lista fechada, financiamento público de campanha, delimitação de mandatos, e outros caros assuntos, passam por uma questão eminentemente política, e me parece que o foro adequado para decidir isso é o Congresso Nacional. As comissões externas de juristas estariam, a meu ver, malhando em ferro frio quando se arvoram como capazes de alterar isso.

**Revista:** A urna eletrônica começou a ser usada no Brasil em 1996, mas países como Alemanha e Holanda vetaram o seu uso, segundo informações disponíveis na Wikipédia (enciclopédia livre da internet – acessada em 29/09/2010). Como o senhor avalia essa questão?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** A urna eletrônica me parece uma instituição que veio para ficar. A eleição, como qualquer setor da atividade

humana, não pode ficar imune às tecnologias. Hoje, a informática está presente em todos os setores da atividade humana, e não poderia ser diferente no processo eleitoral. O que se questiona ainda em termos residuais, e, a meu ver, um tanto quanto sem sentido, é a confiabilidade dos sistemas de informática, saber até que ponto esses inexoráveis artifícios são confiáveis. E também o custo da disseminação desse método em países de poucos recursos e de dimensão continental. Agora, que é muito prático, muito confortador conhecer o resultado das urnas poucas horas após o encerramento do término da votação e eliminar uma série de vícios e riscos relacionados a fraudes eleitorais existentes antes da urna eletrônica, isso é indiscutível. Uma realidade maravilhosa. Se outros países ainda teimam em adotar a prática, isso muito deve estar direcionado a essas duas questões: a confiabilidade, que é algo que precisa ser atestado diuturnamente, e a questão dos expressivos custos.

**Revista:** Se tudo depende de decisões políticas, especialmente o preço dos bens de consumo, como o senhor analisa o fato de ainda existirem pessoas que não levam a política a sério?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Isso me parece que também é um problema conjuntural. Às vezes, enfrentamos as consequências e esquecemos as causas, quando é muito mais fácil e contundente resolver os problemas atacando-os diretamente. Parece-me, primeiro, que esse é um defeito de informação, um problema de transparência, um drama de consciência, um desejo de publicidade. A partir do momento em que as pessoas tiverem acesso a veículos de comunicação em massa, que não se restrinjam a fornecer informação pasteurizada, mas, sim, diferentemente, uma visão crítica da realidade, teremos, certamente, a elevação do grau de consciência dos administrados, e, a partir disso, poder-se-á exigir muito mais e melhor do Estado. A partir desse momento, parece-me que direitos e deveres serão elevados a um patamar nunca antes imaginado.

**Revista:** Como membro titular da atual comissão de concurso para ingresso na magistratura da 1ª Região, qual a sua avaliação sobre o modelo de recrutamento, formação e aperfeiçoamento de juízes no Brasil?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Todo modelo de formação, aperfeiçoamento e cooptação de magistrados é, a meu ver, num só jato, virtuoso e defeituoso ao mesmo tempo. Temos exemplos, fora do Brasil, de formas alternativas de captação de juízes. Uns

dão certo, outros não. O esquema brasileiro, como todos os outros, parece suscetível de aprimoramento. Temos, por exemplo, para o preenchimento inicial dos cargos da carreira federal e estadual, a figura do concurso público, fundado na meritocracia, como modelo inexorável. Por mais defeitos que o concurso público possa ter, não há fórmula alternativa, na realidade nacional, que contemple as virtudes que ele ostenta, sobretudo quando das provas podem ser aprimoradas. A par de um tecnicismo exacerbado, já é tempo de se impor, nesse sistema de seleção, uma preocupação maior com a figura humana do jurisdicionado. O próprio CNJ tem determinado a inserção de certas matérias até então não trabalhadas nos concursos públicos, tudo para produzir, digamos assim, um juiz mais vocacionado a cumprir o seu papel social, a não ser um mero aplicador formal de leis frias e, sim, o que é muito melhor, um magistrado conectado com a realidade à sua volta, cômico do seu papel político, no bom sentido, e da sua função social.

Quando divisamos os escalamentos superiores da magistratura, a fórmula de seleção já se diferencia bastante. Temos a indicação pelo Poder Executivo, a avaliação pelo Poder Legislativo, e isso nem sempre tem sido feito com absoluto critério. Tem-se a possibilidade significativa de nomeações que recaiam sobre pessoas não tão habilitadas assim, moral e juridicamente. O defeito, no entanto, é mais de aplicação e não de modelo.

Uma outra questão relacionada a isso refere-se à sabatina que é feita pelo Senado Federal. Parece-me improvável que até hoje todas as nomeações tenham sido isentas de dúvidas. Quando nós enfrentamos esse resultado de o Senado Federal quase nunca ter rechaçado uma indicação do Executivo, nisso parece haver, de um lado, mérito nas nomeações, mas, de outro, também, em tese, a possibilidade de essa sabatina não estar sendo bem feita.

**Revista:** A Emenda Constitucional 45 estabeleceu o requisito mínimo de três anos de atividade jurídica para se ingressar na magistratura, mas a questão da idade ainda fica à mercê de interpretações que variam a cada concurso e conforme o tribunal. Como o senhor vê a questão da juvenilização da magistratura?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Aqui é uma questão pragmática. O candidato que se submete a um concurso público ainda precisa estar forjado no tecnicismo jurídico. Então, se apresentam como candidatos naturais, justamente, as pessoas que estão



ainda bastante alimentadas do ambiente acadêmico, dos cursinhos de formação. Os recém-graduados são os candidatos típicos a esses cargos. E a precocidade não é exclusiva da magistratura. Isso, por si só, não significa que a magistratura possa contemplar defeitos por ser jovem. Muito pior seria aquilatar falta de caráter, de ética profissional, e isso, até onde podemos testemunhar, não tem faltado aos novos e proficientes juizes. Exigir três anos de formação, sem qualquer qualificação específica, também me parece uma regra vazia, um tanto sem sentido, mas é o que se contém como restrição legislativa e é com isso que temos que trabalhar.

**Revista:** O senhor entende que não deveria haver os três anos?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Na minha visão, não, porque há pessoas que com menos de três anos revelam, além de conhecimento técnico, formação ética e humanística suficientes para levar a efeito a nobre função jurisdicional, e há outras pessoas que mesmo depois desses três anos continuam não demonstrando requisitos mínimos para essa prática.

**Revista:** O senhor, então, considera que a existência de candidatos jovens, que sejam inteiramente maduros, ou adultos que não tenham a necessária prudência, seria uma exceção? A regra não seria o inverso?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Sim, mas se os jovens se submetem a um duro concurso público, de provas e títulos, e logram aprovação, não

vejo por que distinguir com base nesse critério vazio, puramente formal, simplesmente temporal. Da mesma forma e pelas mesmas razões, não me parece que a idade possa servir de legítima limitação à obtenção desses e de quaisquer outros cargos.

**Revista:** No que se refere ao ensino jurídico ministrado nas faculdades, existe algo que esteja faltando nas grades curriculares?

**Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:** Na realidade, várias matérias têm se autonomizado em termos científicos. Se compararmos os currículos jurídicos de dez, de vinte, de trinta anos atrás vamos perceber que muitas das matérias que hoje são ministradas em sala de aula sequer existiam, nem como apêndices de matérias tradicionais. As universidades têm ampliado os seus currículos de modo a alcançar essas especificidades, mas o que a mim me parece que falta ainda, em termos de aprendizado, são noções de humanismo, noções de dignidade humana, noções relacionadas a algo que o Direito não pode mais desconsiderar. É preciso que os estudantes entendam no processo, por exemplo, uma realidade social sensível. Que saibam que, por trás de um processo, de uma lide, há um ser humano, uma vida, uma pessoa sujeita a dor, ao sofrimento, e que a decisão a ser ditada por eles, profissionais do Direito, deve estar amalgamada com o justo, com o probo, com aquilo que se espera do Direito, que, enquanto busca do justo, não pode desconsiderar a justiça material por inteiro, sob pena de negar a própria existência.



# Condomínio fechado, associação de moradores e lei municipal

Paulo Fernando Silveira\*

## I – Objeto do presente artigo

Tem-se noticiado, com frequência, o fechamento de vias públicas (praças e ruas de uso comum do povo), a fim de transformá-las em condomínio particular fechado, mediante autorização veiculada por lei municipal. Essa legislação autoriza o executivo local a outorgar título de concessão de direito real de uso, por prazo determinado (alguns alcançando quase um século), a uma determinada associação de moradores, mediante a retribuição em pecúnia, por parte dela, calculada sobre o valor dos bens públicos cedidos. A associação, por sua vez, se incumbe do fechamento dos logradouros, de sua manutenção particular (contratação dos serviços de segurança, limpeza etc), do recebimento do preço público dos imóveis transferidos e das contribuições associativas dos seus membros e, mesmo, coercitivamente, daqueles outros proprietários que não desejam participar, voluntariamente, do condomínio privado recém-implantado.

Pretende-se demonstrar, por meio deste artigo, as inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades que estão sendo praticadas pelos Municípios e pelas associações dos moradores, sob o amparo dessas pretensas leis.

## II – Dos loteamentos e condomínios

O parcelamento do solo urbano, seu loteamento e desmembramento são regulados pela Lei Federal 6.766/1979, com as alterações introduzidas pelas leis posteriores (Leis 9.785/1999, 10.932/2004 e 11.445/2007).

Esse diploma legal previu apenas dois tipos de parcelamentos de solo: o loteamento e o desmembramento. Forneceu, ainda, as características de cada um, ao estatuir que:

Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§1º – Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com

abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§2º – Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Aos Estados e Municípios facultou-se, apenas, o direito de estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequá-lo ao previsto na legislação federal e às peculiaridades regionais e locais (Lei 6.766/1979, art. 1º, parágrafo único).

Os condomínios, por sua vez, são objetos de leis federais, que regulam tanto o *condomínio horizontal de prédios de apartamentos* (Lei 4.591/1964 e alterações posteriores) – também chamado de edifício pelo Código Civil, que cuida de suas normas básicas (Lei 10.406/2002, arts. 1.331/1.358) –, como o *especial de casas térreas ou assobradadas* (Lei 4.591/1964, art. 8º), o *voluntário ou convencional* (duas ou mais pessoas são donas de uma casa, de uma fazenda etc.) e o *necessário* (meação de paredes, muros, cercas e valas), estes dois últimos regidos especificamente pelo Código Civil (arts. 1.314/1.330).

Constata-se, de pronto, que a Lei Federal 4.591/1964 já cuida, exaustivamente, tanto dos condomínios edilícios (de prédios de apartamentos), como dos condomínios privados e fechados de casas térreas ou assobradadas, chamados de especiais. Sobre estes últimos, ela dispõe, *verbis*:

Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente-vendedor, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejarem erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal de todo o terreno e de partes comuns, que corresponderão às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela

\*Juiz federal aposentado. Jurista e escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Nesse tipo de condomínio particular fechado, denominado especial,

O princípio dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embarçar sua utilização pelos demais.<sup>1</sup>

Atente-se, ainda, para o fato de que nesse tipo de condomínio fechado e particular não há ruas públicas, ainda que os espaços comuns venham a ter essa designação, apenas para efeito de identificação.

A propósito, há precisa e segura orientação emanada do egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, a qual, por advir da mais elevada Corte de Justiça, no que se refere à legalidade dos atos normativos e administrativos, deve merecer o maior respeito e acatamento por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente os municipais, no sentido de que:

*Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o art. 8º da Lei 4.591/1964. (REsp 623274/RJ, Terceira Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, em 07/05/2007, DJ 18/06/2007, p. 254).*

### III – Incompetência do Município para legislar sobre loteamentos e condomínios

Dispõe a Constituição Federal (CF, art. 22, I) que compete, *privativamente*, à União legislar sobre

o Direito Civil, que abrange, obviamente, o direito de propriedade e a classificação dos bens, públicos e particulares.

A União detém, ainda, concorrentemente com os Estados e Municípios, competência para legislar sobre o Direito Urbanístico, baixando normas gerais (CF, art. 24, I e § 1º).

Aos Municípios, portanto, foram assegurados (CF, art. 24, I e § 1º), apenas, a faculdade de legislar sobre matéria urbanística (observadas as normas gerais editadas pela União) e o direito de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII), sem prejuízo, é lógico, da edição de leis que cuidem de assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), entendendo-se, por isso, aquelas matérias em que o interesse local se constituir de um núcleo prevalente e sobrepujante, por isso mesmo intocável pelos outros entes políticos, regional e nacional, nesse aspecto periféricos.

De modo que o loteamento urbano e o condomínio, em qualquer de suas modalidades, ficam sujeitos às normas civis estabelecidas pela União (Código Civil, Lei 4.591/1964, Lei 6.766/1979 e posteriores) e às normas urbanísticas impostas pelo Município na legislação edilícia adequada às peculiaridades locais.

Explicitando melhor a distribuição da competência constitucional sobre a matéria em exame, Hely Lopes de Meireles assevera que:

*Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o loteamento sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens: civis e urbanísticas. As cláusulas convencionais são as que constarem do memorial arquivado no registro imobiliário, para transcrição nas escrituras de alienação dos lotes; as normas civis são expressas na legislação federal pertinente e visam a garantir aos adquirentes de lotes a legitimidade da propriedade e a transferência do domínio ao término do pagamento do preço; as normas urbanísticas são as constantes da legislação municipal e objetivam assegurar ao loteamento os equipamentos e condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-lo com o plano diretor do Município, para a correta expansão de sua área urbana.<sup>2</sup> (Destacou-se)*

Adverte, ainda, o ilustre administrativista que

<sup>1</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1976, pp. 71/2.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996 *apud* Regina Célia. *Loteamento Fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista. V. IV, ano 2008, p. 7.

*A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (arts. 22, II e III, e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento de uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais.<sup>3</sup>*

Em estudo profundo e acurado sobre o assunto, o ilustre promotor de Justiça de São Paulo, José Carlos de Freitas esclarece que as normas urbanísticas,

*notadamente as editadas pelo Município, dizem respeito à ordenação do território, tendo em vista o traçado urbano, o sistema viário, as áreas livres, a construção urbana, a estética da cidade, expressas em limitações urbanísticas que organizam os espaços habitáveis, propiciando ao homem melhores condições de vida em comunidade, regrando o uso da propriedade.<sup>4</sup>*

Portanto, são as regras federais que comandam solitariamente o direito de propriedade, abrangendo, em suas múltiplas facetas, tanto o parcelamento do solo quanto a criação de condomínios. Por encerrarem também normas urbanísticas gerais, com força vinculante para os Estados e Municípios, não podem ser modificadas pelo legislador local, sob pena de usurpação de competência legislativa privativa da União.

Observe-se que os loteamentos convencionais, assim como os condomínios fechados em terrenos particulares, são regidos, respectivamente, pela Lei Federal 6.766/1979 e Lei Federal 4.591/1964, art. 8º. Assim, fica claramente visível que a criação de loteamentos fechados – principalmente envolvendo bens públicos de uso comum do povo –, por meio de lei municipal, seguida de ato administrativo de concessão de direito real de uso, contraria, de frente, a lei federal, já que constituem uma mescla de loteamentos e condomínios, ou seja, um terceiro gênero.

Assim, ao criar um misto de loteamento e condomínio fechado, a lei municipal inovou nessas duas áreas restritas, intocáveis e alterou o regime jurídico original do loteamento, delineado por lei federal. Ao agir assim, invadiu, indevidamente, a competência legislativa privativa da União.

José Carlos de Freitas<sup>5</sup> condena os loteamentos condominiais, instituídos por lei municipal, asseverando

*que são fechados por ato do loteador ou de uma associação de moradores, demonstrando a sua ilegalidade. Com efeito, os tais loteamentos fechados juridicamente não existem; não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento.[...] Os Municípios não podem autorizar essa forma de loteamento condominial. Lei municipal que preveja ou regule sua implantação contamina o ato de aprovação de flagrante ilegalidade, porque o Município não tem competência legislativa em matéria de condomínio. (Destacou-se.)*

*Por consequência – agora a lição, juridicamente bem sustentada, é de Regina Célia Foschini<sup>6</sup> –, a lei municipal que concede ao particular o uso de bem comum do povo é inconstitucional, anulável, pois além de atingir diversos princípios constitucionais, a sua concessão não atende o interesse público, mas um número limitado de particulares. No mais, cabe à União legislar sobre Direito Urbanístico (CF, art. 24, I) e ao Município apenas legislar sobre matéria que for de interesse local (CF, art. 30, I). Assim, não pode o Município criar novas formas de direito urbanístico, utilizando como escudo o fato de ter o poder de regulamentar sobre ordenação de seu território, vez que não tem competência para legislar sobre o assunto. (Ressaltou-se.)*

Essa ilustre advogada acrescenta, ainda, que:

*O loteamento fechado contraria os princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, caput, e inciso XV da Constituição Federal de 1988 e fere o princípio da isonomia, pois ao impedir o acesso das pessoas não moradoras às ruas e demais logradouros públicos localizados dentro desses loteamentos, infringe o direito de ir e vir de qualquer cidadão a um bem público e de uso comum do povo, além de garantir privilégios apenas aos proprietários de imóveis e moradores do bairro de usufruírem, de forma exclusiva, dos bens públicos de uso comum quando, na verdade, deveriam estar em situação de igualdade com qualquer do povo.<sup>7</sup>*

Repare que, adotando essa linha de raciocínio, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou, recentemente (02/06/2010), por seu colendo Órgão Especial, a inconstitucionalidade da Lei 13/1994,

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 14ª ed., 1988, p. 499.

<sup>4</sup> FREITAS, José Carlos de. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>>. Acesso em 6 out. 2010.

<sup>5</sup> FREITAS, *Op.cit.*, pp. 9/10.

<sup>6</sup> FOSCHINI, Regina Célia. *Loteamento Fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista. V. IV, ano 2008, p. 17.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 15.

do Município de Vargem Grande do Sul, que dispõe sobre a desafetação de áreas de uso comum de diversos loteamentos e sua integração à categoria de bens dominicais e outorga de concessão de uso. Pelo seu art. 2º, o Executivo Municipal estaria autorizado, independentemente de licitação, a transferir o uso das áreas desafetadas a terceiros, mediante concessão com cláusula de exclusividade e condições que especifica. Outorgada a concessão, a concessionária ficaria autorizada a fechar a respectiva área e controlar o ingresso de estranhos em suas dependências. (Apelação 994040726401 (3539404400), rel. Des. Christine Santine Anafe, 5ª Câmara de Direito Privado).

É de se ver, ainda, que – embora em alguns Estados da Federação, o Judiciário esteja eventual e ilegalmente permitindo a criação de loteamento fechado por meio de lei municipal, com desafetação de áreas públicas –, há precedente já estabelecido pelo *Supremo Tribunal Federal* – STF, de boa lavra do culto Min. Eros Grau,<sup>8</sup> em que foi declarada a *inconstitucionalidade* da Lei 1.713/1997, do Distrito Federal, que permitia o fechamento de superquadras e sua administração por pseudas *prefeituras*, ou por associação de moradores. Eis o seu teor:

*Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital 1.713, de 3 de setembro de 1997. Quadras residenciais o Plano Piloto da Asa Norte e da Asa Sul. Administração por prefeituras ou associações de moradores. Taxa de manutenção e conservação. Subdivisão do Distrito Federal. Fixação de obstáculos que dificultem o trânsito de veículos e pessoas. Bem de uso comum. Tombamento. Competência do Poder Executivo para estabelecer as restrições do direito de propriedade. Violação do disposto nos arts. 2º, 32 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil.*

*I. A Lei 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil – art. 32 – que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. II. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite os serviços sejam prestados por particulares, independente de licitação [art. 37, inciso XXI, da CB/1988]. III. Ninguém é obrigado a associar-se em condomínios não regularmente instituídos. IV. O art. 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. V. O tombamento é constituído*

*mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no art. 2º da Constituição do Brasil. VI. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às Prefeituras das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas prefeituras não detém capacidade tributária. VII. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 1.713 do Distrito Federal. (Evidenciou-se.)*

Talvez, em face desse precedente, é que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reviu sua posição e tem declarado, ultimamente, a inconstitucionalidade de leis municipais que desatendam a orientação suprema. Por isso mesmo, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem ingressado reiteradamente com ações civis públicas postulando: a) a anulação da lei municipal, por ter, indevidamente, privatizado bens públicos de uso comum, impedindo o acesso do povo a eles; b) a anulação de eventual termo de outorga de concessão administrativa desses bens públicos em favor das respectivas associações de moradores; c) a responsabilização, por improbidade administrativa, dos elaboradores de tais diplomas legais (V. REsp 947596/SP, Min. Eliana Calmon, em 25/08/2009).

É de se acrescentar, ainda, mais algumas inconstitucionalidades desse tipo de legislação municipal:

a) a medida é antidemocrática e antirrepublicana, eis que privilegia, ao estilo monárquico, uns poucos moradores, em detrimento da população;

b) quebra o princípio isonômico (todos são iguais perante a lei) já que cria uma casta privilegiada de cidadãos, a qual se apropria de bens de uso comum do povo e torna os moradores dos outros bairros cidadãos de segunda categoria, excluídos, já que não podem mais adentrar em parte determinada de sua própria cidade;

c) numa era de inclusão social, a prefeitura está criando *ilhas, enclaves e tribos* na cidade, estanques e impenetráveis para o homem comum. Daqui uns dias, poderá haver lei municipal proibindo o ingresso no âmbito do município de pessoas que forem consideradas indesejáveis (famílias paupérrimas, doentes, deficientes, idosos, desempregados etc.).

A propósito, valem ser lembrados alguns fatos interessantes:

a) Em *Los Angeles*, a prefeitura não estabelece nenhuma restrição, impedimento ou obstáculo à visitação do bairro dos artistas (*Beverly Hills*). Apenas não permite a parada dos ônibus de turistas em frente

<sup>8</sup>ADI 1706/DF, Dt. julgamento: 09/04/2008, DJe-172, publicado em 12/09/2008.



às mansões das celebridades, a fim de evitar tumulto e a quebra de seu sossego e de sua privacidade.

b) Na União Soviética, no tempo da ditadura estalinista, é que se exigia passaporte para uma pessoa ir de uma cidade à outra, tendo, ainda, de justificar o motivo da viagem, o qual passava pelo crivo subjetivo da autoridade.

c) Na cidade em que suas ruas e praças públicas forem transformadas em condomínios fechados, seus habitantes ordinários não poderão mais passear por um determinado bairro público, que está sendo indevida e ilegalmente fechado, paradoxalmente por força de atos indelegáveis do poder público, de quem deveria se esperar o resguardo do interesse público, prevalente e irrenunciável.

De modo que, não sendo observado o precedente da mais elevada Corte de Justiça do País (*O Supremo tem o poder final de dizer o que a lei é em face da Constituição Federal*), as decisões estaduais, que dispuserem em contrário, carecem de legitimidade.

#### IV – Competência da Justiça Federal

A fim de se evitar a ditadura e a tirania, o poder político – que antes residia uno, absoluto e intocável nas mãos do rei, imperador, tirano ou ditador – foi dividido de duas formas. Num corte horizontal, foram fixadas as competências legislativas e materiais, privativas ou concorrentes, da União, Estados-Membros e Municípios, com o surgimento do federalismo (CF, arts. 1º, 18, 21/25 e 30). Verticalmente, o fracionamento ocorreu entre os ramos Legislativo, Executivo e Judiciário, gerando o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Assim, tendo sido o poder político duplamente dividido, impossibilitou-se a sua concentração nas mãos despóticas de um só homem ou nas de um só grupo de pessoas que estejam chefiando um ente político ou um ramo do governo.

A doutrina ensina que

*Uma segunda razão para dividir o poder – mencionado com ênfase por Madison – era a prevenção da tirania. Ou seja, acima de tudo, a distribuição dos Poderes entre os três separados ramos serve como poderoso controle contra ações arbitrárias, preservando-se, indiretamente, a liberdade individual.<sup>9</sup>*

Para completar o controle do poder político, de modo a não permitir que algum ramo do governo, ou mesmo que um ente político, sobreponha-se aos outros, aumentando, ilegitimamente, o seu limite de atuação e, com isso, pondo em risco a democracia, surgiu, ancilarmente, a doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Por meio dela, cada detentor do poder exerce severa vigilância sobre os demais, a fim de preservar sua competência constitucional e evitar os indevidos avanços, os abusos e as intrusões.

Então, debaixo dessa doutrina e visando dar efetividade plena a esses princípios constitucionais (democracia, federalismo e separação dos poderes), faz-se necessário que cada ente político ou ramo governamental lute para preservar sua competência constitucional. Ao ficar inerte, está admitindo a intrusão, a invasão e a usurpação indevida e não permitida pela Carta Política. Com isso, o que está em jogo são a própria democracia e, por consequência, a liberdade individual.

Já ensinava Madison, no *The Federalist Papers*, 51, que a grande segurança contra a gradual concentração de muitos poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e motivos pessoais para resistir aos avanços dos outros. (*But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consist in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others.*)<sup>10</sup>

Se a competência para legislar sobre loteamentos e condomínios é privativa da União, emerge, de maneira lógica e evidente, que ela tem, necessariamente, o interesse em e o dever de defender sua privativa esfera constitucional de atuação. Não se pode reconhecer a incompetência legislativa do Município e inferir que a União deva ficar passiva, inerte, apática, sem desejo de anular a legislação que invade, diminui e limita o seu poder político como ente federado, esperando que os poderes estaduais venham em seu socorro. Ao fazer a intrusão, a lei municipal fere o princípio federalista e agride, simultaneamente, o regime democrático, já que este pressupõe a correta observância da repartição de poderes legislativos entre os entes políticos, de modo a evitar que, pela usurpação, se instale a tirania, ou a anarquia.

Também não se pode esperar que o indivíduo prejudicado pela legislação municipal venha defender

<sup>9</sup>SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed. 2001, p. 99, com base nos *The Federalist Papers by Hamilton, Madison and Jay*. USA: Penguin Group, 1961, p. 321.

<sup>10</sup>MADISON, James. *The Federalist*, 51. USA: The Easton Press, 1979, p. 347.

a competência da União, quando, para isso, ela dispõe de seus órgãos institucionais. Infere-se, porém, que – ante a inércia do órgão federal, que deveria agir, já que as duas legislações, federal e municipal, não podem conviver no mundo jurídico, eis que são essencialmente antagônicas –, o indivíduo não deverá ficar prejudicado, podendo levantar em juízo a questão da inconstitucionalidade, como matéria de direito, bem como o magistrado, ainda que estadual (nas emergências, todo juiz detém competência provisória), reconhecê-la de ofício no bojo de uma demanda cível.

A incolumidade da competência da União deve ser resguardada por um de seus órgãos, no caso o Ministério Público Federal, já que lhe incumbe, precipuamente, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127) e tem por função institucional “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos*” (CF, art. 129, II).

Conclui-se, então, que a competência para anular a lei municipal, que usurpa sua atuação privativa, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 109 (....)

*I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (Ressaltou-se.)*

Portanto, na espécie, o interesse da União de manter a sua competência legislativa intocada é tão óbvia e evidente que, *data venia*, dispensa maiores fundamentações.

## V – Ausência de interesse público para desafetação, por lei, dos bens de uso comum e para a assinatura do contrato administrativo de concessão de direito real de uso

Com efeito, as ruas e praças de um loteamento passam para o domínio público desde a sua constituição original, uma vez que a Lei 6.766/1979, art. 9º, §2º, incisos III e IV, determina que o memorial descritivo deverá conter

*a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do Município no ato do registro do loteamento e a enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existentes no loteamento e adjacências.*

Desse modo, na visão, agora, de Roberto Barroso,

aprovado o loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias e praças, assim como outras áreas destinadas a equipamentos urbanos tornam-se inalienáveis; e, com o registro do loteamento, transmitem-se, automaticamente, ao domínio público, com a afetação ao interesse público especificado no plano do loteamento. Tal transferência dos bens ao domínio público e sua afetação aos fins públicos indicados no plano de loteamento independem de qualquer ato jurídico de natureza civil ou administrativa (escritura ou termo de doação) ou ato declaratório de afetação.<sup>11</sup>

A partir de sua incorporação ao patrimônio público, esses bens passam a ser regidos, além do direito administrativo, pelo Código Civil, que os considera, em razão de sua destinação e afetação a fins públicos, como *de uso comum do povo* e, portanto, não podem ser *alienados* para atender pretensões unicamente particulares, nem podem ser objeto de *usucapião* (CC, arts. 99, I, 100 e 102).

Na precisa lição de Maria S. Z. Di Prieto<sup>12</sup>:

*Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.*

Assim – enuncia, agora, com propriedade, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo –, por serem o arruamento e os demais espaços livres bens de uso comum do povo,

o Poder Público é obrigado a garantir o livre trânsito das pessoas, independentemente de lei, a teor do disposto no art. 5º, XV, da Constituição da República (Ap. Civ. 225629-1/5 – de 16/02/1995 – Comarca do Guarujá – Rel. Des. Aguiar Cortez.)<sup>13</sup>

Se isso não acontecer, aquele que for impedido de desfrutar dos bens públicos de uso comum pode se valer dos remédios heroicos constitucionais, isto é, do *writ of mandamus* (contra o agente público que praticar ou autorizar o ato obstaculizante) e do *habeas corpus* (contra o particular que o executar), pois teve cerceado o seu direito imemorial do livre acesso, bem como o fácil e desimpedido trânsito pelos espaços públicos. O

<sup>11</sup> BARROSO, Roberto/apud José Carlos de Freitas. *Op. cit.* p. 2.

<sup>12</sup> DI PRIETO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 372.

<sup>13</sup> FOSCHINI, *op. cit.*, p.15.

seu direito inalienável de ir, vir e ficar é protegido pela Carta Política (CF, art. 5º, LXVIII):

Art. 5º.

(...)

LXVIII. conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

É sabido pelos estudiosos do Direito que a *desafetação de um bem público*, notadamente o de uso comum do povo, como é o caso de ruas e praças públicas, só pode ocorrer, de modo legalmente válido e constitucional, se houver, como objetivo a alcançar pela administração, um manifesto, sobrepujante e específico *interesse público*. Jamais, para atender pleitos particulares, sem maior relevância social, principalmente quando conduzem à divisão territorial da cidade em núcleos fechados e à criação de classes sociais distintas e separadas do povo.

Logo, se os bens de uso comum do povo são inalienáveis, estando a sua *desafetação sujeita ao interesse público*, não podem ser cedidos, usados, controlados ou explorados por particulares, a menos que esteja evidenciada a existência de um interesse público relevante, determinante e sobrepujante, que justifique a edição de lei – e do posterior contrato administrativo – para extinguir o seu natural uso pelo povo e sua outorga remunerada a um pequeno grupo de particulares. Note-se que a concessão de direito real de uso é um contrato firmado pela Administração com o particular para que este utilize o bem público em fins específicos, imantados pelo interesse social.<sup>14</sup>

Correto, pois, é o seguinte raciocínio:

*como se sabe, a desafetação de uma rua, ainda que precedida de autorização legislativa, deve conter um elemento fundamental: ter perdido, de fato, sua utilização pública, seu sentido de via de circulação, ter se tornada desabitada. Não basta a lei para desafetá-la. É preciso atender ao interesse público, como qualquer ato administrativo, sem o qual haverá fundamento para contestar a transmutação operada pela lei ordinária que promove a desafetação.*<sup>15</sup>

O contrato de concessão de direito real de uso não se presta, tampouco, para a prefeitura se furtar da prestação de serviços necessários ou da execução de obras públicas para as quais recebe, antecipadamente, todo ano, impostos e taxas. Essas funções são ínsitas

à natural e imprescindível existência da administração pública. Em suma, constituem sua essência; sua própria razão de ser!

Desse modo, não provando o poder local – o ônus da prova é seu – a *existência de um interesse público prevalente, que do ato resulte um proveito geral para a coletividade* (e não apenas, particularmente, para um grupo seletivo de pessoas ou para algum indivíduo), a desafetação dos bens públicos de uso comum, originariamente inalienáveis, e a respectiva concessão de direito real de uso à associação de moradores apresentam-se, seguramente, como ilegais – por afronta às leis federais que dispõem, competentemente, sobre a matéria –, e inconstitucionais, já que o livre acesso a eles e o seu desfrute pelo povo ficaram tolhidos e prejudicados (CC, arts. 99, I e 100; Lei Federal 6.766/1979; e CF, arts. 22, I, 24 e 37, *caput*).

Apropriada, pois – por confirmar esse entendimento –, é a colocação no sentido de que

quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público, isto porque, em decorrência da concessão, o bem público concedido tem sua finalidade desviada e, no caso de loteamentos fechados, a concessão atende interesses públicos, apenas de um grupo limitado de particulares.<sup>16</sup>

Pergunta-se: qual é o interesse público manifesto e sobrepujante (que cause benefício aos habitantes de qualquer cidade) que impele o município a autorizar, por meio de lei, e em virtude de contrato administrativo de concessão de direito real de uso, a privatizar bens de uso comum do povo (ruas e praças públicas) e desnaturá-los para transformá-los em condomínio fechado particular? A resposta é óbvia e ululante: nenhum! Conclusão: se a lei, ou o inquinado contrato administrativo da concessão, visou apenas beneficiar o particular (ainda que um grupo de pessoas) ela ou ele não se sustenta, legal ou constitucionalmente, porque, primeiro, viola as leis federais (Código Civil, Lei do Parcelamento do Solo Urbano e dos Condomínios), que dispõem que esses bens são de livre desfrute do povo, salvo quando desafetados por interesse público, o que não é o caso, e, segundo, porque afronta os princípios constitucionais que resguardam a boa administração dos bens públicos e a prática dos atos administrativos, principalmente o da *impessoalidade* (não beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas,

<sup>14</sup> MEIRELLES, *op. cit.* p.436

<sup>15</sup> FREITAS, *op. cit.*, p.14.

<sup>16</sup> FOSCHINI, *op. cit.*, pp. 12/13.

já que o comportamento do administrador deve estar norteado unicamente pelo interesse público) e o da *eficiência* (resultado concreto no sentido de se obter, com eficácia, na prática do ato, um proveito efetivo a favor de toda a população), nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Referindo-se à concessão de direito real de uso de ruas, praças, espaços livres, áreas verdes e institucionais para a formação dos *loteamentos fechados*, o nobre promotor de justiça paulista<sup>17</sup> esclarece ainda que

*Logo, essa modalidade de concessão não se presta a ser utilizada para os bens de uso comum, que pressupõem a universalidade, a impessoalidade e a gratuidade de uso, sem contraprestação pecuniária ou indenização ao particular, além do que...o princípio geral que rege a utilização dos bens de uso comum é o de que o uso de um seja transitório e precário, não impedindo o uso dos demais... (ressaltou-se).*

A propósito, imaginem-se o inusitado, o despropósito e a insustentabilidade de uma lei municipal que autorizasse, por exemplo, o fechamento de uma praça pública e a transformasse num condomínio fechado particular, para uso e desfrute apenas dos moradores de seu entorno, ainda que agregados em forma de associação, mediante a simples obrigação de adquirir, mediante a contraprestação pecuniária, o espaço público e dele cuidar particularmente.

Muito menos pode a Administração coagir os moradores de um bairro antigo, já consolidado no tempo, a adquirir essas áreas – que passarão para o uso exclusivamente particular e sobre as quais incidirá o IPTU –, e a assumir as obrigações inerentes ao poder público (para isso é que ele existe), enviando-lhes guias de cobrança do valor da área cedida, com advertência de multa se o boleto não for pago no vencimento.

## VI – Violação de direitos individuais fundamentais

1. Poder-se-ia argumentar, afoitamente, que, em tendo o Poder Legislativo aprovado a lei, ele representaria a vontade da maioria dos habitantes da cidade e, com isso, estar-se-ia estabelecido o interesse público. É um argumento kelsiano, extremamente primário e positivista, ou seja, se há lei, ela já diz tudo e santifica qualquer pecado em que tenha incorrido, ainda que nulificada pelo vício da inconstitucionalidade. Esquece-se de que, no regime da hierarquia das leis, é a

Constituição que valida as normas infraconstitucionais e que estas não se sustentam se afrontam aquela, fonte de sua legitimidade.

Deve ser esclarecido, primeiramente, de que *maioria* está se falando. Evidentemente, a vontade de alguns poucos moradores de ruas e praças públicas não se sobrepõe à da maioria dos habitantes da cidade, detentores do direito de usar e gozar dos bens públicos de uso comum (CC, art. 99, I). Depois, é sabido que a vontade da maioria, mesmo expressa através de lei, não pode maltratar direitos fundamentais da minoria, ou do próprio indivíduo. Nossa Constituição Federal proíbe, terminantemente, não só a lei, mas, também, qualquer proposta de emenda constitucional que extinga, ou sequer seja tendente a abolir, os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, inciso IV). Dentre esses direitos fundamentais avultam, na espécie, o *ato jurídico perfeito* (quando se comprou o terreno, debaixo de uma legislação federal pertinente aos loteamentos abertos, não havia condomínio fechado) e o *direito adquirido*, daí decorrente, consolidado no tempo por longos anos, de morar em casa individuada em rua pública, o *direito da livre locomoção* por vias e logradouros públicos de uso comum do povo, e o *direito de não ser compelido a se associar* a uma associação de moradores (CF, art. 5º, incisos XX, XXXVI, LXVIII).

De modo que, efetivamente, a proteção do indivíduo ou de minorias contra leis opressivas está assegurada em nossa Carta Política como cláusula pétreia. Fica claro que os direitos fundamentais não podem ser objeto sequer de emenda constitucional, muito menos de leis abusivas e excludentes, que tentem suprimi-los. No caso, a lei municipal viola o ato jurídico perfeito ao alterar o regime jurídico (loteamento aberto), delineado por lei federal, no ato do registro imobiliário da escritura pública de aquisição do terreno, transformando-o em loteamento fechado, em regime condominial privado. Em consequência, o direito adquirido decorrente do desfrute do imóvel na sua condição original também foi maltratado.

Simplista é o argumento de que a vontade geral da população foi revelada por seus representantes legítimos ao editarem a lei municipal. Na espécie, ao contrário, as sentidas necessidades da população (de continuar tendo uma cidade livre e aberta) e do indivíduo (poder exercer o direito inalienável de locomoção), não podem ser ignoradas por nenhum dos Poderes da República, muito menos pelos órgãos que têm o dever de defender o interesse público.

Outra afirmação incoerente, que tem sido lançada, é o de se exigir indenização (cobrança compulsória do preço público relativo aos bens objeto do contrato de direito real de uso firmado pela Administração

<sup>17</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 15.



com a associação de moradores) de quem reside em bairro aberto ao público – que guarda a característica original do respectivo loteamento –, pelo uso de ruas e praças públicas, as quais a agremiação pretende fechar ilegalmente, *ex vi* de lei municipal, uma vez que, para o seu uso e desfrute, o proprietário do imóvel já paga os tributos correspondentes (impostos, taxas e contribuição de melhoria). Ademais, não há que se falar em pagamento prévio de indenização por apropriação futura de bens públicos, aliás, inalienáveis por natureza e não sujeitos a usucapião (CC, arts. 100 e 102).

A solução que foi dada por algumas prefeituras ao problema de certos condomínios irregularmente fechados, situados em bairros periféricos, afigura-se, *data venia*, bastante equivocada. Para reparar o erro da ilegal obstrução de ruas e praças públicas, perpetrou-se um engano ainda maior: o de precisamente forçar a execução da ilicitude. Assim, autorizou-se, sem reboço, o isolamento desses locais mediante lei municipal. Visou-se, em contrapartida, uma questionável indenização pela utilização desses bens, que teriam sido indevidamente apropriados. A solução correta, a meu ver, consiste simplesmente, em a administração municipal determinar a imediata abertura ao povo dessas vias e praças, com eliminação das guaritas, sob as penas da lei.

## VII – Impossibilidade de fechamento de bairro antigo, com ruas e praças abertas ao público

O bairro, quando estritamente constituído de casas residenciais edificadas, há longos anos, em ruas e praças públicas abertas, não se caracteriza como loteamento fechado, condomínio de fato, nem se trata de uma vila de casas (conjunto de casas em rua particular, de um só acesso, formando uma vila), ou rua pública sem saída (*cul de sac*), com única via de entrada. Portanto, se as ruas e praças públicas têm entradas e saídas independentes, o bairro não se enquadra, de fato, como *loteamento residencial fechado*, nem pode ser considerado juridicamente irregular, eis que se presta ao seu uso natural e normal.

Merece destacar que, neste caso, as casas são independentes, distintas e bem individuadas, a grande maioria construída há muitos anos, não se tratando, portanto, de empreendimento novo, nem de loteamento ou condomínio anteriormente formado de modo legal, ou considerado fechado *de fato*, no qual o adquirente do imóvel já saberia de sua existência. Diversamente, os logradouros são públicos, de uso comum da comunidade, pelos quais o povo em geral sempre teve, e ainda tem, acesso e por eles livremente transita e trafega, sem nenhum impedimento,

embaraço ou obstáculo. Fica evidenciado que esse tipo de proprietário optou por viver numa rua pública. Se quisesse morar em condomínio teria comprado um apartamento ou uma casa num condomínio instituído legalmente. Mesmo assim, escolheria um que estivesse de acordo com as suas pretensões, quanto à localização do edifício, ao tamanho da área útil, ao número de quartos, se tem salão de festa e outras facilidades suntuárias, como piscina e quadra de esporte, portaria 24 horas, tudo isso em decorrência do nível social, do tamanho de sua família, se solteiro, casado ou idoso, se tem crianças etc. e levando-se em consideração, sobretudo o alcance de suas finanças, para ver se podem suportar as despesas coletivas. Agora, tendo optado por residir em rua pública, em casa individualizada, para atender o seu modo particular de vida, não pode sofrer coação para aderir à vontade de uns poucos vizinhos que pretendem lhe impor, coercitivamente, uma convivência condominial, debaixo da vontade da maioria deles (se quiserem, agora, poderão edificar obras nas praças públicas, tais como galpões para salão de jogos, academias de dança e de exercícios físicos etc), com enorme agregação de custo não previsto em seu orçamento particular.

Decorre daí que merece ser aplicado a esse tipo de condomínio forçado, com utilização de bens de uso do povo, por sua inteira pertinência, o trecho contido no voto recente (08/06/2010) do Exmo. Des. do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Antônio Carlos Malheiros, ao apreciar caso semelhante (Apelação Cível 410.802-5/3 – Mairinque/São Roque), a ver:

*No entanto, à época da aprovação do loteamento, o ato foi regido pelo Decreto 271/1967, antecessor da Lei 6.766/1979, que, em seu art. 4º, previa que as vias, as praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo, com a inscrição de que o loteamento passe a integrar o domínio público do Município. Referida lei, acresceu ao rol dos bens que passavam ao domínio público os espaços livres, e proibiu o loteador de alterar sua destinação, por ocasião da aprovação do loteamento, ressalvado a hipótese de caducidade da licença ou desistência do loteador antes do registro. A Associação Amigos Porta do Sol, com permissão da Municipalidade de Mairinque colocou cancelas nas portarias e seguranças armados para interceptar, identificar, fiscalizar e até impedir o ingresso e circulação dos cidadãos ao bairro, determinando, ainda, que os proprietários sejam obrigados a identificar seus carros com selos nos pára-brisas, e que os funcionários das residências, bem como as pessoas moradoras de outros bairros, que necessitem atravessar o loteamento, para chegar a um bairro vizinho[...] Não sendo o loteamento Porta do Sol, um loteamento fechado quando de*

*seu registro, fechar as ruas com portarias, cancelas, vigilantes ou qualquer outro meio coercitivo, constitui-se flagrante ilegalidade, ferindo o direito de ir e vir do cidadão assegurado pela Constituição Federal, além de, nos termos do art. 99, I, do Código Civil em vigor, as ruas, avenidas e praças são classificadas como bens públicos de uso comum, aos quais qualquer cidadão pode circular e transitar livremente. (evidenciou-se).*

Relevante, ainda, é a advertência feita pelo nobre relator do caso:

*Por outro lado, deve-se relembrar que as autorizações de uso destinam-se às edificações temporárias. Portanto, a edificação em área pública por meio de autorização deverá ser por prazo determinado, mediante pagamento de preço público e de caráter temporário, sem a utilização de materiais definitivos e de fácil remoção, o que não é o caso, eis que a guarita é de alvenaria.*

O ilustre desembargador paulista critica também o pretendido serviço de vigilância, ao arrematar o seu lúcido e lógico raciocínio, observando com acuidade que

*Cuida-se, portanto, de uma clara delegação do poder de polícia. Com efeito, a autorização para uso de área pública, visando o interesse privado, não pode jamais servir para delegar o Poder de Polícia do Estado, permitindo o controle de vias de trânsito e de pedestres com a utilização de guaritas ou cancelas de segurança e cercas com portões. (...) Trata-se, portanto, de uma prerrogativa da Administração, decorrente de sua posição de supremacia perante os administrados, não podendo ser transferido a particulares.*

Tem-se notícia de que, no município de Uberaba, a concessão de direito real de uso foi autorizada por *noventa e nove anos* (Lei Municipal 10.940/2010, art. 1º), isto é, *por um século*. *Aí, vê-se nitidamente que a administração pública abdicou, de vez, definitivamente, sem o menor reboço, de sua total e indelegável supremacia administrativa.*

É inadmissível a transformação de bairro com vias abertas ao público em condomínio privado fechado, por mais os seguintes argumentos:

a) Primeiramente, por se entender que nenhuma associação – máxime daquela de que o proprietário não é membro – por meio de simples deliberação em assembleia, ou mesmo o poder público, através de lei municipal, pode, legítima e constitucionalmente, obrigar um morador, que vive há muitos anos em rua aberta ao público, a se tornar condômino de entidade particular fechada, debaixo dos ônus associativos, e a comprar, coativamente, fração ideal dos logradouros públicos administrativamente desafetados e, ainda,

a assumir os encargos e serviços próprios do poder público (*limpeza, recapeamento asfáltico, coleta de lixo, reparos na iluminação pública, água e esgoto, pessoal contratado para a segurança (guarita) e outras obras e serviços, que forem necessários*), para os quais já paga os respectivos impostos e taxas. Ou seja, o município nada dá; apenas se livra de encargos que só dizem respeito à Administração Pública, inclusive abrindo mão de seu poder indelegável de polícia, e vai, ainda, receber anualmente, para sempre, o IPTU das áreas privatizadas (praças e ruas), que passam a ser consideradas áreas de uso comum do condomínio privado.

b) Veja que, nesse caso, a absurda lei municipal está, ilegal e inconstitucionalmente, autorizando fechar um bairro antigo da cidade – que sempre foi aberto ao livre trânsito de pessoas e tráfego de veículos, já que sua principal rua dá acesso a outros logradouros públicos –, e com isso impedindo, ali, a livre circulação dos moradores de outros bairros da mesma cidade. Para terceiros, o bairro, antigamente público, vai ficar, agora – em se perpetrando essa teratologia jurídica –, totalmente sitiado, já que será proibido o ingresso nele do resto da população: os moradores de outros bairros e os visitantes de outras partes do País.

c) Lembre-se de que, quando do loteamento original, o município recebeu, gratuitamente, *ex vi legis*, as ruas e praças, que se tornaram bens públicos. Logo, se – para se desvencilhar-se da prestação e execução de serviços que lhe são inerentes, a que está legalmente obrigada –, a prefeitura coage, indistintamente, todos os proprietários a comprar esses mesmos bens (o nome empregado, concessão de direito real de uso, ou a destinação da *contrapartida* de dinheiro para um fundo específico, não altera a essência da coisa), abdicando-se indevidamente de seu poder de polícia, para a formação de um condomínio fechado particular, ainda que usando uma associação civil de moradores como interposta pessoa – da qual alguns proprietários não fazem parte –, manifesta, seguramente, pretensão arbitrária, ilegal e inconstitucional, repelida pelo Direito.

d) Observe-se que a decisão de se criar uma associação de bairro e, por meio dela, impor a todos os proprietários os ônus financeiro da transformação do local em condomínio particular fechado, está sendo tomada apenas por um grupo de pessoas, o que, no caso, se afigura ilegal, já que para se alterar o regime jurídico de um logradouro público (em que se vive há decênios, desfrutando livremente das propriedades privadas individuais), em condomínio fechado – coagindo todos os moradores a custear as despesas

assumidas por uma associação de que não fazem parte, com compra dos bens públicos –, haveria necessidade, a nosso sentir (se isso fosse possível), a par da lei municipal autorizadora, da concordância *unânime*, expressa e por escrito, de todos os proprietários do bairro, principalmente daqueles mais prejudicados com o fechamento das saídas, anuência essa que, de modo geral, não está sendo dada em sua plenitude, como se pode notar pelas ações judiciais em curso nos tribunais.

e) Porém, somente esse consenso unânime dos atuais proprietários não seria legalmente suficiente! Seria imprescindível, ainda, que a referida associação de moradores obtivesse, previamente, a *anuência* do Ministério Público, que é o defensor dos interesses da coletividade, eis que várias ruas e praças estão sendo privatizadas, em detrimento de toda a comunidade, que está perdendo o livre acesso a esses bens públicos, de uso comum do povo, e o direito de, sem qualquer formalidade prévia, desfrutá-los e transitar por eles. Considerando-se, porém, que a lei municipal que concede ao particular o uso de bem de uso comum é ilegal e inconstitucional, portanto anulável, por infringir diversos preceitos das leis federais e da Constituição, principalmente porque a concessão não atende o interesse público, mas apenas a pretensão egoística de um número reduzido de particulares, o representante do Ministério Público, certamente, não só não concordará, como ingressará, imediatamente, com as medidas legais e judiciais cabíveis e pertinentes, a fim de tornar sem efeito essa afoita legislação, que contraria, de frente, o interesse público.

f) Conclusão: na espécie, tanto a lei municipal, quanto o contrato administrativo da concessão do direito real de uso *carecem de interesse público*, já que visam beneficiar apenas um reduzido grupo de particulares, e não a maioria dos habitantes da cidade, violando a regra de que a lei, usualmente, deve ter caráter geral, isto é trazer um benefício amplo, para todos, e não individual ou particular, salvo quando confere direitos previstos em outras leis gerais ou na Constituição (p.ex.: concede pensão a determinado grupo de pessoas, como os pracinhas da 2ª Guerra), e a Administração Pública deve se reger, entre outros, pelos princípios da *impressoalidade* e *eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Portanto, no caso em estudo, ambos, lei e contrato público, são, nesse particular aspecto, visceralmente inconstitucionais e, portanto, nulos, sem valor algum.

## VIII – Direito constitucional de não se associar

Atada, irremediavelmente, aos efeitos derivados da lei municipal e da concessão do direito real de uso dos bens públicos outorgada a uma associação de moradores, formada com o só propósito, claro e insofismável, de se fechar os espaços públicos (ainda que, presentemente, estejam abertos, mas que serão interditados ao povo, logo que vier a legislação, se não houver uma intervenção oportuna do Ministério Público), encontra-se a questão de se sujeitar o proprietário, não membro, ao poder dessa famigerada agremiação.

Inicialmente, esclareça-se que não ser associado da concessionária, ou seja, da associação de moradores, nem desejar sê-lo, constitui direito fundamental do indivíduo, amparado pelo preceito constitucional que diz que *“Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”* (CF, art. 5º, inciso XX).

Esse direito fundamental, *de não ser obrigado a se associar coativamente*, está atrelado, indissolúvelmente, a outro, que é, também, resguardado pela nossa Carta Política, ou seja, *o direito à privacidade, ou à intimidade*. Trata-se de uma das mais abrangentes e significativas espécies da liberdade conferida ao indivíduo, ou seja, o direito de não ser importunado, o de estar só consigo, o de estar sozinho, sem ser perturbado, ou de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a lei (legítima e constitucionalmente editada) determina, livre de intrusões, constrangimentos ou ameaças. Ele constitui um dos direitos mais fundamentais do homem e o mais valorizado por pessoas democráticas, decentes e civilizadas, que respeitam os pensamentos divergentes e as atitudes discordantes das minorias. Por isso, a nossa Constituição Federal, em seu art.5º, inciso X, assegura-o, ao afirmar que

*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização e dano material e moral decorrente de sua violação.*

Portanto, uma vez que determinado proprietário não é associado da referida concessionária, não pode, legal e juridicamente, ser compelido a arcar com os ônus associativos, ou seja, ser alcançado por obrigações assumidas pela associação de moradores junto a particulares, ou perante o poder público, por se tratar de *res inter alios*. Daí porque a prefeitura também não pode, legalmente, mandar-lhe diretamente a cobrança do preço público dos bens concedidos, a não ser que ele tenha expressamente concordado com a criação do condomínio.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ (seguindo o precedente, retrotranscrito, traçado pelo Supremo Tribunal Federal) repudiou, de vez, a ilegal pretensão de grupo de moradores de uma rua ou de um bairro, ainda que momentaneamente majoritário, de tentar dominar e oprimir os seus vizinhos, impondo-lhe obrigações associativas – fechando ruas, com desrespeito ao público em geral –, ao pacificar tema semelhante através de suas 3ª e 4ª Turmas, que formam a 2ª Seção daquela egrégia Corte, a mais alta do País, a última palavra na que concerne à legalidade de atos jurídicos, públicos e privados:

*Civil. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Cotas condominiais. Não associado. Impossibilidade.*

– As taxas de manutenção instituídas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que fixou o encargo.

(STJ-AgRg no Ag 1179073/RJ - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009/0068751-5, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Dt. julg.: 15/12/2009, DJe 02/02/2010.)

*Processual Civil. Associação de moradores. Taxa de manutenção. Pagamento imposto a proprietário não associado. Impossibilidade. Precedentes.*

I. Os proprietários de imóveis que não integram ou não aderiram a associação de moradores não estão obrigados ao pagamento compulsório de taxas condominiais ou de outras contribuições. Precedentes.

II. Agravo regimental provido.

(STJ. AgRg no Ag 953621/RJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0224682-0, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, Dt. julg. 1º/12/2009, DJe 14/12/2009.)

*Agravo regimental em agravo de instrumento. Associação de moradores. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade.*

I. Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 444.931/SP, a Segunda Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que “As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.” (REsp 444931/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 26/10/2005, DJ 1º/02/2006 p. 427).

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – AgRg nos EDcl no Ag 551483/SP – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no

Agravo de Instrumento 2003/0171600-0, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS, Terceira Turma, Dt. Julg.: 19/11/2009, DJe 02/12/2009.)

*Agravo regimental. Recurso especial. Civil. Ação de cobrança. Associação de moradores. Condomínio atípico. Cotas resultantes de despesas em prol da segurança e conservação de área comum. Cobrança de quem não é associado. Impossibilidade.*

I. Consoante entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ, “as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietários de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (REsp 444.931/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º/02/2006).

II. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no REsp 613474/RJ – Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0208815-8, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, Dt. julg: 17/09/2009, DJe 05/10/2009.)

No precedente invocado (Emb. Div. no REsp 444.931-SP), o ilustre Min. Humberto Gomes de Barros, assim resumiu o seu voto vencedor:

*A questão é simples: o embargado não participou da constituição da associação embargante. Já era proprietário do imóvel, antes mesmo de criada a associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser impostas ao embargado. Ele tinha a faculdade – mais que isso, o direito constitucional – de associar-se ou não. E não o fez. Assim, não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação. Em nosso ordenamento jurídico há somente três fontes de obrigações: a lei, o contrato e o débito. No caso, não atuam qualquer dessas fontes. (Ressaltou-se.)*

Em seu voto preliminar, já asseverara: *na verdade, essa cobrança tem toda a característica de uma taxa e, mesmo a taxa tributária, só é impositiva em função da lei, aí não há um fundamento legal.* (idem)

Então, para se resguardar, o proprietário não membro deve endereçar correspondência à associação de moradores, a qual está lhe fazendo a cobrança indevida, advertindo-a, por escrito, do constrangimento ilegal que está causando, o qual ensejará – caso ela persista, de má-fé, na prática da ação temerária –, a responsabilização civil, com a obrigação de indenizar os danos materiais e morais. Eventualmente, ela poderá vir a responder criminalmente, caso sua conduta venha a caracterizar o delito previsto no art. 146 do Código Penal (*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer*



*outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda*), preceito este que tem assento constitucional (CF, art. 5º, II), já que a nossa Carta Magna reza que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

## IX – Falácia do argumento do enriquecimento ilícito por serviços não encomendados

Parece-me descabida e inconsistente a opinião que defende o pagamento obrigatório dos serviços prestados, ou obras edificadas, por associação de moradores, ainda que não solicitadas por quem dela não é membro, sob o argumento do enriquecimento ilícito, em virtude da pretensa fruição dos benefícios oriundos dessa atividade unilateral. De imediato, duas razões emergem: a) há evidente desrespeito ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, que já se manifestou em sentido oposto sobre a matéria, pacificando a questão; e b) porque a jurisprudência, anteriormente adotada nos tribunais estaduais, já mudou, evoluiu, não sendo mais correta a invocação de desastrosos precedentes que adotaram essa perigosa tese, felizmente já superada.

Para desfazer e colocar por terra, definitivamente, esse ilógico argumento, é de se perguntar: caso uma empresa de segurança mandasse, por conta própria, à revelia do interessado, um guarda para vigiar um estabelecimento comercial, ou uma residência, e, ao fim do mês, endereçasse-lhe um boleto, sob o argumento de que houve benefício pelo serviço prestado, seria lícita essa cobrança? Ou, então, se um indivíduo procurasse o dono de um terreno vago e lhe dissesse que, embora sem ajuste prévio, o limpou e murou, para atender o código de postura municipal, teria esse prestador de serviço o direito ao pagamento do seu labor e materiais ali empregados, sob falso argumento do enriquecimento ilícito? Evidentemente que não! Quem decide se quer um benefício e se esse realmente lhe confere um proveito real, se é conveniente e oportuno – já que pode ser apenas um pretenso auxílio, ou, então, praticado fora de hora, em que o favorecido pode não contar com os recursos financeiros suficientes naquele momento –, é aquele que o contrata e não o prestador, que age, quando o serviço não é solicitado, por sua exclusiva conta e risco. Por isso, este deve, solitariamente, assumir o ônus de sua própria imprudente iniciativa. Do contrário, estar-se-ia criando uma nova fonte de obrigações cíveis contratuais, não decorrente da lei, mas absurdamente impositiva: a nascida, sem justa causa, pela vontade unilateral de uma das partes.

De propósito, sobre a matéria em enfoque, trazem-se à colação os bem lançados pronunciamentos de dois ilustres desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Asseverou o primeiro deles (Des. José Carlos Ferreira Alves):

*10. Ora, malgrado seja incontroverso que os serviços e benfeitorias realizadas no loteamento atingiram a todos, não vislumbro ser hipótese de compelir o apelante a ter que efetuar referidos pagamentos. 11. A uma, porque é evidente que tem o direito e a liberdade constitucional de associação e, nos autos, é incontroverso o fato de que, em nenhum momento, o apelante teve a intenção de participar do quadro de associados da apelada e tampouco votou ou anuiu com as deliberações por ela tomadas. 12. A duas, porque, também ficou comprovado que, no caso sub judice, o apelante já era proprietário de imóvel localizado no loteamento do Jardim Apolo antes mesmo que houvesse a intenção da apelada em fechar as ruas, tornando-o um loteamento fechado, ou condomínio fechado de fato, porquanto não observadas as formalidades da Lei 4.591/1964. 13. Ora, não me parece razoável compelir o proprietário de imóvel individualizado, que jamais teve a intenção de associar-se à sociedade de moradores e tampouco de viver em loteamento fechado, a suportar os encargos com os quais não anuiu e foram criados em momento ulterior à sua propriedade no local. 14. Com efeito, se, de um lado, as despesas com a manutenção e conservação do loteamento são tidas por benefícios aos moradores pela associação apelada, de outro, são totalmente contrárias aos interesses do apelante. 15. Afinal, sob seu enfoque, o fechamento das ruas implicou cerceamento ao direito de ir e vir, a segurança dos moradores ficou mais vulnerável do que dantes, as custas com a manutenção de portarias é deveras elevado e há controvérsias acerca de eventual valorização do imóvel, já que o condomínio formado não fora planejado. 16. Diante desse cenário, ainda que as obras realizadas e os serviços prestados sejam destinadas direta ou indiretamente a todos os moradores do loteamento, as despesas daí decorrentes não podem ser cobradas do morador não associado que, além de não ter solicitado os serviços, discorda de sua prestação.” (TRJP, Des. José Carlos Ferreira Alves, in Apelação 994090429252 (6366784000), de São José dos Campos, em 13/07/2010, 2ª Câmara de Direito Privado.)*

Por sua vez, enfatizou a Des. Christine Santini Anafe:

*Como bem salientou o MM. juízo a quo, uma vez prestados tais serviços por quem não detém legitimidade para tanto, cabe àquele que os presta arcar com os custos e a responsabilidade pelas despesas efetivadas nesse sentido. A associação autora, enquanto pessoa jurídica constituída em razão da manifestação de vontade de seus associados, deve suportar os ônus decorrentes de seus atos, descabendo impor a terceiros dela não participantes tal encargo.*

*Assim, mostra-se patente a nulidade dos dispositivos contratuais que estabelecem a vinculação obrigatória dos proprietários de lotes à associação autora, não havendo amparo legal para a promoção da cobrança.* (TJSP, Des. Christine Santini Anafe, em 02/06/2010, Ap. 994040726401 (3539404400), 5ª Câmara de Direito Privado, registro em 22/06/2010.)

A prosperar essa extravagante e insensata tese do enriquecimento ilícito por serviços prestados sem ajuste prévio entre as partes interessadas, o Direito Civil perde os seus sólidos e milenares fundamentos, inaugurando-se o caos social, passando a prevalecer, de modo aleatório e imprevisível, a vontade absoluta, às vezes inescrupulosa ou eivada de suspeição, de aproveitadores, estelionatários, fraudadores e de outros elementos desse mesmo naipe. Ou seja, por conta dessa desastrada doutrina, uma pessoa fica inevitavelmente à mercê de outra, eis que nada os une ou ata, isto é, inexistente o liame que advenha da lei, de alguma relação jurídica contratual, ou obrigação decorrente de ato ilícito. Por conseqüência, a responsabilização cível sem justa causa, por ser odiosa, não é permitida pelo Direito, nem pela ética.

## X – Cobrança indevida, ilegal e inconstitucional: preço público ou tributo?

Reporto-me às guias de arrecadação municipal que têm sido, costumeiramente, expedidas pela prefeitura diretamente em nome dos proprietários não membros das associações de moradores, relativas aos contratos de concessão de direito real de uso de área pública, de que tratam as leis municipais que autorizam a formação do condomínio fechado.

Como o contrato administrativo foi firmado entre o Município e a respectiva associação de moradores, a prefeitura deve efetuar o lançamento de seu crédito diretamente contra a entidade associativa, já que ela é o legítimo sujeito passivo da obrigação contratual. Ao assinar o termo, a concessionária ficou pessoalmente vinculada à obrigação assumida de pagar o preço público e, depois, ressarcir-se dos seus associados e apenas destes.

Desse modo, é indevida e ilegal a emissão das guias de cobrança diretamente em nome de quem não é membro da associação de moradores, muito menos com a advertência de que haverá a incidência de multa e atualização monetária caso não sejam pagas no vencimento. Pendência concernente à relação jurídica estabelecida entre o poder público e a concessionária deve ser resolvida unicamente entre essas duas partes, não podendo atingir terceiros estranhos ao pacto.

Portanto, se, na ótica das autoridades executivas municipais, há valores devidos, a cobrança deve se voltar contra a legítima devedora (a concessionária) e não contra terceiros, estranhos ao termo do contrato administrativo de concessão de direito real de uso de área pública, os quais a associação não representa, nem fala por eles. Essa argumentação não se invalida mesmo que a lei municipal disponha, ilegalmente, de modo contrário.

Ademais, em relação ao terceiro, não signatário do contrato administrativo, não se trata de preço público, mas tributo. O preço público se caracteriza pela liberdade que tem o particular em assumir voluntariamente a obrigação, que gera a remuneração pública, pelo facultativo uso de um serviço público (não obrigatório), ou pelo, também, espontâneo uso ou aquisição de bens do Estado. A marca do tributo, por sua vez, é a coercitividade.<sup>18</sup> É impositivo. Ninguém, alcançado pela lei que o institui, dele escapa impunemente. O imposto, por exemplo, é genérico. A taxa, por sua vez, tipifica-se pelo seu pagamento compulsório em razão do uso – sem opção alternativa – de um serviço público ou em decorrência do poder de polícia.

Já no caso em estudo, a cobrança de uma remuneração em virtude da concessão do direito real de uso de bens públicos, em relação aos não participantes da associação de moradores, a qual assumiu solitária e voluntariamente a obrigação oriunda do contrato administrativo, sem dúvida caracteriza-se como um *tributo inominado* (eis que não se cuida de imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, ou qualquer tipo de contribuição social), não previsto em lei ou na própria Constituição Federal (CF, arts. 145, 148 e 149). Portanto, sua instituição e cobrança são absoluta e irremediavelmente inconstitucionais.

De qualquer sorte, como se trata de uma imposição fiscal, ainda que com base em lei municipal inconstitucional, deve se reger pelas normas tributárias. Fica claro, primeiramente, que não houve a observância do devido processo legal (*Due Process of Law*) na apuração do débito, que na realidade se transformou, automaticamente, em dívida fiscal, eis que os moradores não foram intimados dos atos de constituição do crédito tributário (autuação e lançamento), mas foram, ao contrário, apenas notificados para efetuar o seu pagamento. Evidentemente, não se observou, na

<sup>18</sup> BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1992, pp. 335/338.

constituição do crédito fiscal, os princípios tributários, legais (Código Tributário Nacional – Lei 5.172/1966) e constitucionais (CF, arts. 146 e 150).

Logo, a cobrança, de valor apurado e lançado unilateralmente, feita diretamente pela prefeitura ao morador não associado, revela-se indevida, já que ele nada tem a ver com a associação, que assumiu sozinha a responsabilidade financeira pela formação do condomínio. É ilegal, porque não foram cumpridas as formalidades exigidas pelo CTN para a constituição válida do crédito tributário. Manifesta-se, ainda, inconstitucional, eis que essa espécie de tributo não está prevista na nossa Constituição, ou autorizada sua criação por ela.

Veja que a cobrança indevida traz consigo sérias implicações sociais, profissionais, comerciais e legais, como a impossibilidade de se obter certidão negativa junto ao ente local. Por consequência, ela gera a responsabilidade para o município de indenizar os danos materiais e morais, decorrente do constrangimento ilegal, nos termos da lei civil (CC, arts. 186, 927 a 954).

## XI– Inviabilidade jurídica de aquisição forçada de bens públicos

Também merece especial atenção determinar-se a correta natureza jurídica daquilo que a prefeitura pretende cobrar de cada proprietário do condomínio privado que, sob seus auspícios, pretende-se inaugurar ou já foi implantado. Ou seja, do valor referente à fração ideal dos bens públicos, inconstitucionalmente desafetados (ruas e praças de uso comum do povo), que estão sendo transferidos para um grupo seletivo de particulares, para fins de formação de um condomínio privado e fechado. Relembra observar que a concessão de direito real de uso, outorgada para durar por longos anos (algumas por *quase um século*), com exigência legal de *contrapartida* financeira imediata para os cofres do município, na realidade equivale a uma *venda forçada de bens públicos*, já que o nome utilizado no contrato administrativo não altera a essência jurídica do ato (CC, art. 112: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.*)

Então, em face de nosso ordenamento jurídico, fica bem claro que, mesmo com a autorização veiculada por meio de lei municipal, não é lícito obrigar todos os moradores do bairro, sem exceção, a comprar, proporcionalmente às áreas de seus terrenos, as ruas e praças públicas, que estão sendo ilegalmente liberadas para fim de formação de condomínio fechado, e sobre

as quais, futuramente, vai, seguramente, incidir o IPTU, vez que passarão a ser consideradas áreas privadas de uso comum apenas dos condôminos. Tampouco é permitido compeli-los, ainda, a arcar com as despesas associativas de manutenção e conservação desses espaços, eis que, para esses serviços públicos, que estão sendo indevidamente transferidos para a agremiação particular, os proprietários já pagam os respectivos impostos e taxas.

Indaga-se: pode alguém ser coagido a fazer uma compra, máxime de um bem público, sobre cujo valor e prazo de pagamento não houve negociação, nem acordo, mas que foram definidos a sós pelo vendedor (o Município) – que acrescentou penas pecuniárias para o caso de inadimplemento da obrigação no dia do vencimento por ele fixado de modo arbitrário –, notadamente se o pretendo comprador não está interessado no negócio e, às vezes, nem tem o dinheiro suficiente para, na data unilateralmente aprazada, suportar o encargo imposto coativamente?

Enfática e obviamente, a Constituição Federal e o Direito Administrativo pátrio, aliados ao senso comum, próprio de pessoas razoáveis, dão uma vigorosa resposta negativa.

## Referências bibliográficas

- BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PRIETO, Maria Sílvia Zanela. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- FOSCHINI, Regina Célia. *Loteamento fechado: a absoluta falta de amparo legal*. Fórum Ambiental da Alta Paulista, IV, ano 2008.
- FREITAS, José Carlos de. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. Artigo disponível no Google (13/07/2010) e no site <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 22.jan. 1998.
- MADISON, James. *The Federalist*, 51. USA: The Easton Press, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: 14ª ed. Ed. Rev. Tribunais, 1988.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1976.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed. 2001.

# O tratamento jurídico da não surpresa no Direito comparado e no ordenamento jurídico tributário nacional

Eduardo Morais da Rocha

## Resumo

Este artigo analisa o tratamento conferido ao princípio da não surpresa no ordenamento jurídico pátrio em face das limitações constitucionais ao poder de tributar advindas da Carta Magna de 1988. Abordam-se, para tanto, conceitos como o de retroatividade máxima, média e mínima, e ainda o de retroatividade própria (autêntica) e imprópria (inautêntica ou retrospectiva). Posteriormente, investiga-se a conformação do princípio da irretroatividade tributária no Direito comparado com o escopo de demonstrar a sua profunda diferença de enfoque e a impossibilidade de importar ideias e fórmulas preconcebidas do Direito alienígena. Por fim, ressalta-se, no presente estudo, a qualificação do princípio da irretroatividade tributária pela anterioridade que impede a retroatividade retrospectiva da norma mais gravosa na formação do fato gerador dos tributos periódicos.

## Considerações preliminares

As normas jurídicas são postas para regular fatos futuros. Em algumas situações, contudo, poderão elas lançar seus efeitos sobre fatos ocorridos no passado, dizendo-se, portanto, nesta última hipótese, ser tal norma retroativa.

No caso de retroatividade da norma, poderão seus efeitos atingir situações totalmente consolidadas no tempo, como também interferir no momento da formação de um fato *complexo*, ou ainda, atingir somente os efeitos futuros de um fato ocorrido anteriormente a sua vigência.

Desta feita, observa-se ser possível graduar o nível de retroação de uma norma, utilizando-se para isso a doutrina das seguintes classificações:

- a) própria ou autêntica;
  - b) imprópria, inautêntica ou retrospectiva.
- Ou, ainda:
- a) máxima;
  - b) média;

c) mínima.

Passemos à análise de cada uma dessas classificações.

### 1.1. Retroatividade própria (ou autêntica) e imprópria (ou inautêntica, ou retrospectiva)

Na retroatividade própria, a lei posterior atinge fatos e atos já totalmente ocorridos, ao contrário da retroatividade inautêntica ou imprópria, em que a norma atinge fatos ainda em curso, que se iniciaram, mas não se consolidaram.

Bastante elucidativa é a lição de Francisco Pinto Rabello Filho sobre a questão, *verbis*:

Fala-se em retroatividade autêntica ou própria como sendo aquela em que a lei nova derrama efeito sobre o passado, alcançando-o (*ex tunc*). É a aplicação da nova lei a fatos pertencentes ao passado e definitivamente estabilizados.<sup>1</sup>

E continua o Professor:

Já a retroatividade inautêntica ou imprópria (retrospectividade) tem que ver com situações ainda não concluídas por ocasião do advento da lei nova, que as alcança, não obstante assim em fase de formação.<sup>2</sup>

Portanto, na retroatividade imprópria (ou retrospectiva), a lei não incidirá sobre um fato pretérito ou, mesmo, sobre um fato que ainda irá ocorrer, mas será aplicada a um fato que está ocorrendo, sem, todavia, ter-se ainda consumado.

Aliás, a Professora Misabel Derzi expõe com clareza a distinção entre a retroatividade própria (ou autêntica) e retroatividade imprópria (ou retrospectiva):

A retroatividade própria ou autêntica apresenta-se quando a lei alcança fatos e relações jurídicas inteiramente ocorridos no passado, ou seja, anteriormente à sua vigência.

(...)

\* Juiz Federal da 27ª Vara da SJMG/TRF1.

<sup>1</sup> RABELO FILHO. Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 86.

<sup>2</sup> RABELO FILHO, *op. cit.*, p. 86.



A retroatividade será imprópria ou *retrospectiva*, se a lei não atuar nem sobre o passado nem também sobre o futuro, mas (...) em um presente ainda não concluído, porém em vias de formar o fato jurídico e as relações jurídicas (...) no caso dos impostos periódicos, ela é editada no curso do ano, antes do termo final do nascimento do Direito.<sup>3</sup>

## 1.2. Retroatividade máxima, média e mínima

Com relação a outra forma de classificação, analisa-se a intensidade do nível de retroatividade de uma norma em relação aos efeitos do fato jurídico regulado, chamando-a de máxima, média e mínima. Na primeira, a lei atinge os efeitos de fatos e atos já consolidados no tempo; ou seja, afeta os próprios direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos;<sup>4</sup> na segunda, a lei posterior não atinge propriamente o ato ou fato pretérito, mas, sim, a sua conseqüência, ou melhor, os seus efeitos ainda pendentes; na terceira, a lei atinge os efeitos futuros de um ato ou fato pretérito, ou seja, embora o ato ou fato já tenha ocorrido, os seus efeitos ainda não se realizaram, de modo que somente os efeitos do ato serão posteriores à edição da lei.

Vê-se tal classificação nas palavras de seu próprio precursor no Brasil, o Professor Matos Peixoto:

Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao *status quo ante*), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III quem, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria, pertence a citada lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, hoje felizmente revogado, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: o Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933 (lei da usura), o qual limitou a taxa de juros e se aplicou aos contratos existentes, inclusive os ajuizados.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, 27 pr.), que, corroborando as disposições legislativa anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.<sup>5</sup>

Parte da doutrina, conforme adverte o ex-Ministro do STF, José Carlos Moreira Alves, ressalta não ser a retroatividade mínima uma verdadeira hipótese de retroatividade da norma, mas, sim, um caso de mera aplicação imediata da lei, *verbis*:

Nas duas espécies, não há dúvida alguma de que a lei age para trás, e, portanto, retroage, uma vez que, inequivocamente, alcança o que já ocorreu no passado. Quanto à terceira espécie – a da retroatividade mínima –, há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente aplicação imediata da lei.<sup>6</sup>

Concordando com Moreira Alves,<sup>7</sup> entende-se que, mesmo na retroatividade mínima, está-se diante de uma hipótese de retroatividade da norma, porque aqui, embora a norma não atinja diretamente o fato pretérito, que já se consumou, irá afetar diretamente os seus efeitos futuros, de sorte que, mesmo sendo sua aplicação imediata, a lei retroativamente atingirá a causa de tais efeitos.

## 2. Breve visão sobre o tratamento do princípio da irretroatividade tributária no Direito comparado

Em que pesem à tradição e à importância do princípio da irretroatividade das leis no Brasil, esta realidade não se verifica em outros ordenamentos jurídicos, isso porque em muitos países nem sequer

<sup>3</sup> BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, pp. 191/192.

<sup>4</sup> A Professora Maria Luíza Vianna Pessoa de Mendonça trabalha com grande rigor científico a questão da retroatividade da lei por intermédio das *Teorias do Direito Adquirido*, de Gabba e da *Teoria da Situação Jurídica*, de Roubier. (Cf. MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, pp. 97/117.)

<sup>5</sup> MATOS. Peixoto. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, v. 173, fascículo n. 573, maio 1948, p. 468.

<sup>6</sup> ALVES. José Carlos Moreira. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 1, p. 13, out./nov./dez. 1992.

<sup>7</sup> ALVES. *op. cit.*, p. 14.

há alusão expressa na Constituição a tal princípio, enquanto que, em outras Cartas, quando muito, a referência ao princípio está adstrita somente às leis penais e às sancionatórias.

Com isso, pelo menos em matéria não penal, os legisladores infraconstitucionais de países estrangeiros ficaram com uma discricionariedade mais ampla para pelo menos alcançar retrospectivamente fatos jurídicos incompletos ou mesmo os seus efeitos pendentes e futuros, dando ensejo à aplicação da retroatividade imprópria (ou retrospectiva) ou, ainda, à retroatividade média e à mínima.

Na Alemanha, embora não haja também menção expressa à irretroatividade das leis tributárias mais gravosas, a Corte Constitucional daquele país extrai o princípio da irretroatividade das leis de outros princípios constitucionais, ou seja, tal princípio é tido como um subprincípio que concretiza o princípio constitucional do Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança dele decorrente.<sup>8</sup>

Nesse sentido, ressalta Sacha Calmon: “os alemães, à falta de preceitos constitucionais expressos, extraem a irretroatividade do Estado de Direito e da segurança jurídica.”<sup>9</sup> Fazendo um estudo profundo das decisões da Corte Constitucional alemã sobre a irretroatividade da norma, afirma Humberto Ávila que, extraindo-se a irretroatividade da norma do princípio do Estado de Direito, o Tribunal alemão, embora não admita a retroatividade autêntica, chamada por ele de *genuína*, tem admitido regularmente a retroatividade imprópria ou, nas suas palavras, *não genuína*. Verifique-se:

Não é possível derivar da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* uma proibição genérica da retroatividade. Resulta, porém, do princípio do Estado de Direito a norma jurídica segundo a qual leis tributárias onerosas em princípio não podem estender sua eficácia a hipóteses de incidência já ocorridas.

No entanto, o *Bundesverfassungsgericht* distingue desde sempre duas categorias de retroatividade: a genuína e a não-genuína. Por um lado, ele reconhece a retroatividade genuína como, em princípio, inadmissível; por outro, a retroatividade não-genuína deve ser reconhecida como regularmente admissível.

A questão decisiva é se existe uma retroatividade de conseqüências jurídicas, se,

por conseguinte, o fato gerador, regulado pelo legislador diferentemente das disposições vigentes até a promulgação da nova lei, já ocorreu ou não. Se o fato gerador ainda não tiver ocorrido, pode-se tratar de uma retroatividade não genuína. Nesse caso, as conseqüências jurídicas das determinações referentes ao imposto de renda, reguladoras das obrigações tributárias de determinadas receitas, somente ocorreriam depois do decurso do período de incidência, isto é, depois do decurso ano-calendário da obtenção da receita. Por isso, o tribunal fala de uma ‘provisoriamente do Direito do Imposto de Renda antes do decurso do período de incidência.’ A disposição originária das conseqüências jurídicas é, de antemão, uma regulação normativa apenas provisória, sujeita à reserva de uma alteração em tempo hábil.<sup>10</sup>

Nesse sentido também, o jurista alemão Klaus Tipke, ao ressaltar a admissibilidade pela Corte Constitucional tedesca da retroatividade inautêntica em matéria fiscal no caso de impostos periódicos, já que aquele Tribunal considera como relevante, juridicamente, somente o termo final de consumação do fato gerador, conforme pode ser inferido da seguinte passagem de seu artigo:

*Il significato reale di questa distinzione nel diritto tributario diviene evidente solo allorché si analizza il contenuto delle conclusioni concrete alle quali perviene la Corte costituzionale federale tedesca: per quanto riguarda l'inasprimento delle imposte periodiche (in particolare l'imposta sul reddito delle persone fisiche, l'imposta sul reddito delle persone giuridiche, l'imposta sul valore aggiunto) l'obbligazione tributaria sorge soltanto al termine del periodo di imposta. La Corte costituzionale federale tedesca ritiene in questi casi come conclusi i fatti di rilevanza giuridico-tributaria solo allorché si giunge alla fine del periodo. Di conseguenza esisterebbe una retroattività non autentica nel caso in cui una legge tributaria che aggravi l'incidenza fosse approvata e pubblicata ancora prima della scadenza del periodo di imposta con effetto però risalente all'inizio del periodo (anno) medesimo. Per quanto osservato, ad esempio, un inasprimento dell'imposta sul reddito stabilito con legge e metà dicembre dell'anno 01 non costituirebbe un' autentica accentuazione con effetto retroattivo, in quanto entrerebbe in vigore dall' 1.1.01. Una retroattività autentica invece sussisterebbe se, a metà gennaio 02, venisse approvata una legge tributaria di inasprimento con entrata in vigore dall' 1.1.01.<sup>11</sup>*

<sup>8</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>9</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, p. 236.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 451/452.

<sup>11</sup> TIPKE, Klaus. *Retroattività nel diritto tributario*. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: Cedam, 1994. v. I, t. I, pp. 440/441.

Assim, é aceita na Alemanha, somente, a chamada *retroatividade imprópria* (ou *inautêntica*, ou *retrospectiva*), não se admitindo a retroatividade própria (ou autêntica) da lei para atingir fatos já consolidados, à exceção das hipóteses mencionadas expressamente pela Professora Misabel Derzi:

Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional tedesco, admite-se retroatividade autêntica apenas naquelas circunstâncias em que o direito vigente à época da ocorrência do fato era lacunoso ou tão obscuro que nenhuma situação de confiança se criava com base nele; a confiança não seria digna de proteção, pois de acordo com a situação jurídica existente à época da mudança da lei, o cidadão deveria esperar a nova regra; finalmente, razões de extrema gravidade, decorrentes do bem geral ou coletivo, podem se sobrepor ao mandamento da irretroatividade.<sup>12</sup>

Em Portugal, consta expressamente da Constituição portuguesa a proibição de retroatividade em relação às leis penais, a vedação da retroação das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, bem como a proibição de leis fiscais de cunho retroativo, conforme ensina o constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho:

Os limites jurídicos das leis e de outras normas jurídicas têm de ser aferidos segundo parâmetros das normas constitucionais, devendo considerar-se que uma lei retroactiva é sempre inconstitucional quando uma norma constitucional assim determina. Nesta perspectiva, são inequivocamente inconstitucionais em face da constituição: (1) as leis penais retroactivas (art. 29/1.º/ 2.º/3.º e 4º); (2) as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, com efeitos retroactivos (art. 18º/3º); (3) leis fiscais retroactivas (art. 103 º/3º, na redacção da LC 1/1997).<sup>13</sup>

Além de tais dispositivos constitucionais, o Tribunal Constitucional português também extrai a irretroatividade da norma do princípio da proporcionalidade e da proteção da confiança, corolários do Estado de Direito, uma vez que não poderá retroagir a norma que impõe às pessoas um ônus desarrazoado. Todavia, segundo Canotilho, não sendo tal encargo desproporcional, inadequado e desnecessário ao cidadão e existindo fundamentos de interesse coletivo, admite-se na Ordem Jurídica

portuguesa a retroação inautêntica da norma. Confira-se:

Quer dizer: há certos efeitos jurídicos da lei nova vinculados a pressupostos ou relações iniciadas no passado (cf. Acs TC 232/1991 e 365/1991). Nestas hipóteses pode ou não ser invocado, para a obtenção de uma norma de decisão, o princípio da confiança? A resposta, em geral, aponta para uma menor intensidade normativa do princípio nas hipóteses de retroactividade inautêntica (também chamada retrospectividade ou retroactividade quanto a efeitos jurídicos) do que nos casos de verdadeira retroactividade. Todavia, a proteção do cidadão procura-se por outros meios, designadamente através dos direitos fundamentais – saber se a nova normação jurídica tocou desproporcionada, desadequada e desnecessariamente dimensões importantes dos direitos fundamentais, ou se o legislador teve o cuidado de prever uma disciplina transitória justa para as situações em causa.<sup>14</sup>

Em matéria fiscal, o Tribunal Constitucional português também já admitiu a retroatividade inautêntica da lei, como ressalta José Casalta Nabais:

Com base neste princípio, o Tribunal considerou que a retroactividade das leis fiscais terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral a reclamem e o encargo para o contribuinte não seja desproporcionado, o que acontecerá se esse encargo aparecer aos olhos dos destinatários como verossímil ou mesmo como provável. O que o legislador não poderá impor é a retroactividade que choque a consciência jurídica e frustre as expectativas fundadas dos contribuintes.<sup>15</sup>

Na Itália, a consagração expressa na Constituição do princípio da irretroatividade está adstrita às leis sancionatórias. Por isto, naquele país, em matéria fiscal, o princípio da irretroatividade é inferido de um outro princípio estatuído expressamente no art. 53 daquela Carta, qual seja, o princípio da capacidade contributiva.

Sacha Calmon adverte, fazendo referência ao jurista italiano Augusto Fantozzi, que na Itália a capacidade contributiva será sempre analisada de acordo com o caso concreto, impedindo com isto a aplicação retroativa de um preceito normativo. Confira-se:

<sup>12</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 191.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 259.

<sup>14</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 261.

<sup>15</sup> NABAIS. José Casalta. Jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria fiscal. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXIX, p. 420, 1993.

Os italianos dizem que a lei tributária não pode ser retroativa porque a capacidade contributiva há de ser contemporânea à ocorrência de um fato que revele previamente posto numa lei impositiva. A capacidade contributiva é sempre concebida de forma concreta. Só pode ser aferida com o fato concreto que ocorre conforme previsão legal. Como alcançar, então fatos já ocorridos anteriores à lei fiscal? A propósito ver o jovem Professor, posto que já renomado, Augusto Fantozzi.<sup>16</sup>

Bastante esclarecedor é o precedente jurisprudencial da Corte Constitucional Italiana, aludido pela Professora Misabel Derzi,<sup>17</sup> em que aquele Tribunal se utilizou do princípio da capacidade contributiva para impedir a aplicação retroativa de uma lei:

Entretanto, na Itália, acabou sedimentando-se a posição doutrinária que considerava ofensiva à Constituição, em especial ao princípio da capacidade contributiva consagrado no art. 53 daquela Carta, a lei retroativa. Foi marco decisivo a Lei 246, promulgada em 05/03/1963, que criou um imposto municipal sobre o incremento de valor dos imóveis e que, em seu art. 25, § 2º, permitia às municipalidades gravar as mais-valias realizadas depois da data inicial de referência que poderia ser de até dez anos antes da entrada em vigor do referido diploma legal. Como relata Palao Taboada, o Tribunal Constitucional italiano, em sentença de 23/03/1966, de n. 44, declarou ilegítimo o referido preceito, por opor-se ao art. 53 da Constituição, argumentando que se produziu uma ruptura entre a imposição e a capacidade contributiva. Entendeu a Corte que o preceito retroativo ‘dá lugar à aplicação do imposto a relações extintas, sem que esta eficácia retroativa esteja sustentada por nenhuma presunção racional de que os efeitos econômicos da alienação e do valor realizado por essa permaneçam na esfera patrimonial do sujeito, dada a possibilidade de que a alienação tenha tido lugar em tempo notavelmente remoto, no qual não era previsível a instituição do imposto’.

Observa Palao Taboada que o Tribunal Constitucional italiano seguiu fielmente a construção doutrinária sobre capacidade contributiva e retroatividade.

Assim, na Itália, uma norma será considerada retroativa e, portanto, inconstitucional se macular a real capacidade econômica do contribuinte na ocasião da edição da lei nova mais gravosa, pois a tributação deve ser contemporânea à capacidade contributiva

do sujeito passivo no momento da ocorrência do fato gerador.

Na França, por fim, a Constituição não consagra expressamente o princípio da irretroatividade das leis tributárias, todavia, o Conselho de Impostos francês sugere a abolição da retroatividade imprópria ou retrospectiva, admitindo a retroação das normas, apenas, em casos excepcionais.<sup>18</sup> Desse modo, as leis tributárias majoradoras de tributos seriam aplicáveis, somente, aos exercícios que tivessem início após a sua entrada em vigor. Em última análise, propõe o Conselho de Impostos a aplicação do princípio da anterioridade, embora não exista naquele país a consagração quer da irretroatividade, quer da anterioridade.

Do tratamento constitucional dispensado ao princípio da irretroatividade pelas comunidades jurídicas declinadas, fica claro que em todas elas a eficácia deste princípio, pelo menos em sede tributária, é relativa, e não absoluta. Por conseguinte, naqueles Estados são admitidas, conforme o caso, a retroatividade imprópria (ou inautêntica) e, ainda, as retroatividades média e mínima.

### 3. A não surpresa do contribuinte e o aspecto temporal da norma tributária no Direito brasileiro

No direito brasileiro merecem críticas as interpretações doutrinárias que, em virtude de um excessivo rigor técnico, desconsideram o processo de formação do fato gerador de tributos periódicos, como o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro líquido, em detrimento de princípios constitucionais que limitam o poder estatal de tributar e expressamente vedam a retroação *in pejus* de normas tributárias.

Essas formulações, muitas vezes, gozando de grande rigor metodológico, embora divorciadas de mandamentos constitucionais, têm gerado a flexibilização e a mitigação de princípios constitucionais, o que de forma alguma pode ser admitido, tendo em vista a supremacia e a força normativa da Constituição, que com tanta ênfase foi defendida por Konrad Hesse.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 236.

<sup>17</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, pp. 191/192.

<sup>18</sup> *LES RELATIONS entre les contribuables et l'administration fiscale*. Paris: Journaux Officiels, 2002. pp. 115/118. 20º Relatório do Conselho de Impostos da França ao Presidente da República.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, pp. 24/27.

Essas oscilações de critérios para a delimitação temporal do fato jurígeno dos tributos, principalmente daqueles lançados por período, têm gerado grande insegurança jurídica no tocante tanto à definição da legislação de regência aplicável à determinada relação jurídica, quanto à prevalência dos princípios constitucionais limitadores do poder estatal de tributar, em especial os da não surpresa do contribuinte e da irretroatividade das normas.

### 3.1. Irretroatividade da lei tributária no ordenamento jurídico brasileiro

A vedação da retroatividade das leis assume no Brasil dignidade constitucional. Tanto é assim que a nossa Carta Magna estatui de forma ampla a irretroatividade das leis em seu art. 5º, XXXVI, e, no mesmo artigo, nos incisos XXXIX e XL, veda de forma específica a retroatividade das normas penais mais gravosas.

Não bastando isso, o legislador impediu expressamente a possibilidade da retroação *in pejus* das leis tributárias, consagrando, em seu art. 150, III, *a*, o chamado *princípio da irretroatividade tributária*, de forma a vedar a cobrança de tributos *em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*. Portanto, foi preocupação do constituinte atribuir segurança e certeza às relações jurídicas entre os cidadãos e, mesmo, entre estes e o próprio Estado, vedando-se que leis supervenientes fossem aplicadas a fatos ou atos pretéritos.

Logo, não se tratando de lei mais benigna, esta deverá regular fatos futuros e nunca aqueles já ocorridos. Nem mesmo se pode admitir que lei nova mais gravosa altere os efeitos futuros de um fato jurídico realizado ao argumento de que um fato pode ser dissociado de seus efeitos, pois tal concepção daria ensejo à admissão da retroatividade mínima.

Por tal motivo, discordamos de Maria Helena Diniz quando afirma ser a irretroatividade no Direito brasileiro um princípio relativo, que comportaria exceções em razão da sua utilidade social, *verbis*:

A irretroatividade das leis é somente um princípio de utilidade social, daí não ser absoluto, por sofrer exceções, pois em certos casos, uma nova

lei poderá atingir situações passadas ou efeitos de determinados atos.<sup>20</sup>

A retroação de uma norma somente pode ocorrer quando for mais benéfica ao cidadão. Caso fosse admitido à lei mais gravosa alterar os efeitos já irradiados por um fato pretérito, estar-se-ia modificando a própria causa de tais efeitos, o que, por via oblíqua, acarretaria a retroação *in pejus* da lei posterior, fato absolutamente vedado pelo Sistema Constitucional brasileiro.

Nesse sentido é a lição da Professora Misabel Derzi:

A Constituição Federal brasileira, por meio da irretroatividade, protege tanto os efeitos irradiados pelo fato, como o próprio fato, o que está de acordo não apenas com a lógica jurídica, mas, sobretudo com os valores que o princípio abriga. O art. 5º, XXXVI, por tradição histórica, refere aos efeitos, mas o art. 150, III, *a*, destaca o fato jurídico, vedando a retroação da lei. Em um ou outro caso, as conseqüências são as mesmas, porque alterando-se os efeitos jurídicos já desencadeados, a lei nova terá modificado fato pretérito.

São inaproveitáveis, entre nós, aquelas teorias desenvolvidas em ordens jurídicas que não dão ao princípio da irretroatividade a projeção e a importância que merecem na nossa, especialmente a chamada irretroatividade imprópria ou retrospectiva. Também não pode ser acolhida, entre nós, aquela teoria que distingue, indevidamente, entre fato jurídico e seus efeitos, permitindo uma cisão profunda entre a hipótese e a conseqüência da norma. Essa última teoria não desatende apenas à proteção da confiança no Direito, mas ofende à lógica e se assenta na falsa premissa de que os fatos, independentemente de seus efeitos, são bastantes em si, em sua faticidade pura. Ao contrário, como alertava Pontes de Miranda, e como ratificou, em seus julgados, o Min. Moreira Alves, um fato só é jurídico, porque a lei atribui o desencadeamento de determinados efeitos à sua ocorrência. Anulados, por lei nova, esses efeitos, ou modificados tais efeitos, já nascido no passado, será necessariamente atingido o fato jurídico pretérito, em ação retroativa.<sup>21</sup>

Aliás, o ex-Ministro Moreira Alves afirma textualmente que

a retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado. As leis de ordem pública observam-se logo, mas não retroagem.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182.

<sup>21</sup> BALEEIRO, pp. 196/197.

<sup>22</sup> ALVES. *op. cit.*, pp. 18/19.



Assim, da forma como foi enquadrada em países alienígenas, a irretroatividade da lei, principalmente na esfera tributária, gera uma profunda distinção de enfoque com o modo como o instituto foi disciplinado no Brasil, não podendo, desta feita, ser importadas idéias e fórmulas preconcebidas, como se fossem adequadas e suficientes à nossa realidade, conforme adverte Sacha Calmon:

Não é o caso do Brasil onde o princípio, além de mencionado no capítulo dos Direitos Fundamentais, é enfaticamente repetido no capítulo tributário da Constituição. Se uma situação começou sob a regência de lei *alfa*, mas está em transcurso, a superveniência da lei *beta* não a alcança. Somente lei anterior à situação tem vez. Não se admite a retroatividade em Direito Tributário.<sup>23</sup>

Por tais razões, é imperativo que haja prudência ao se analisar o tratamento conferido por outros países à retroatividade das leis, já que no Brasil foi dado um caráter de direito absoluto à irretroatividade das normas, não se admitindo mitigações ou temperamentos na sua aplicação e concretização, de modo a não haver espaço, até mesmo, para admissão das retroatividades imprópria, média ou mínima da lei mais gravosa, como pretendem alguns autores, a seguir declinados, ao fazer a interpretação do art. 105 do CTN.

### 3.1.1. A retroatividade imprópria ou retrospectiva e o art. 105 do Código Tributário Nacional

A redação confusa do art. 105 do CTN pode levar à errônea ideia de que tal dispositivo legal abre caminho à admissão da retroatividade retrospectiva da norma mais gravosa no período de apuração da renda.

Já incorreram em tal entendimento doutrinadores, como, Juliano Taveira Bernardes,<sup>24</sup> que exemplificou o art. 105 do CTN como hipótese de retroatividade média da norma; e, Hugo de Brito Machado,<sup>25</sup> ao vislumbrar no artigo, em questão, hipótese autorizadora de aplicação imediata da lei no curso da formação do fato gerador do Imposto de Renda.

Antes de enfrentar o tema, urge que se faça a transcrição do declinado artigo:

Art. 105. A legislação tributária aplica-se aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim

entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116.

A celeuma criada em volta do artigo mencionado decorre do termo *pendentes*, o que faz com que em tributos ditos periódicos, como o imposto de renda, levantem-se respeitadas vozes, como a de Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça,<sup>26</sup> pela admissão da aplicação da lei nova no curso da apuração da renda:

Diante do que dispõe o art. 105 do Código Tributário Nacional, quando se tratar de fato gerador de período, a lei que estiver vigorando quando da data da ocorrência do fato gerador nela previsto aplicar-se-á a esse mesmo fato gerador na sua integralidade, ainda que da composição deste último tenham feito parte fatos ocorridos anteriormente à sua vigência; estes últimos fatos, como ressaí da lição de Paulo de Barros Carvalho, à qual novamente recorreremos, só forma adquirir relevância jurídica uma vez completado o somatório que eles integram, e que só se configurou já sob a vigência da lei nova que, assim, o rege. A regra da aplicação imediata da lei contida no art. 105 do Código Tributário Nacional não se choca com a, antes dá aplicação à disposição constante do art. 150, III, *a*, da Constituição Federal, que consagrou a intangibilidade pela lei nova do fato gerador integralmente consumado.

Esta regra de aplicação imediata da lei estabelecida no art. 105 do Código Tributário Nacional coaduna-se com a construção científica do fato gerador da obrigação tributária, o qual tem como uma das suas características, que andam juntas, como já ressaltamos anteriormente, a unidade e a incidibilidade.

Em que pese à autoridade dos argumentos expendidos pela ilustre tributarista mineira, ousamos, respaldados em Sacha Calmon,<sup>27</sup> divergir das suas conclusões. A expressão *fato gerador pendente* deve ser analisado em consonância com o próprio trecho final do declinado dispositivo, que faz remissão ao art. 116 do CTN.

Dispõe o declinado artigo:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

<sup>23</sup> COÊLHO, *loc. cit.*

<sup>24</sup> BERNADES, Juliano Taveira. *Efeitos retroativos das normas constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 64.

<sup>25</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, p. 69.

<sup>26</sup> MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, pp. 310/311.

<sup>27</sup> COÊLHO, pp. 564/565.

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos de direito aplicável.

(*Omissis*).

O próprio art. 116 do CTN não pode ser analisado isoladamente, uma vez que a sua interpretação depende do art. 117 do declinado diploma legal, que faz alusão expressa àquele dispositivo.

Preceitua o art. 117 do CTN:

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I – sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II – sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Portanto, da análise do art. 116 do CTN, verifica-se que o fato jurídico eleito pela norma somente irá juridicizar-se quando estiverem presentes todos os elementos necessários a sua formação. Antes disso, não há que se falar em *fato gerador*, à exceção, é claro, da substituição tributária para *frente*, disposta no art. 150, § 7º, da Carta Magna.

Assim, o fato gerador nunca poderá ser pendente. O que será pendente, quando muito, são os efeitos de ato ou do negócio jurídico submetido a um elemento accidental, como, por exemplo, uma condição suspensiva. Em razão disso, ressalta Sacha Calmon que devemos interpretar sistematicamente o art. 105 do CTN com os arts. 116 e 117 do mesmo diploma legal, no sentido de *pendente* ser a situação jurídica ensejadora do surgimento da obrigação tributária, de modo que, ocorrendo a condição – fato futuro e incerto –, haverá o nascimento da obrigação tributária, enquanto que, deixando de materializar a condição, nada de relevante juridicamente ocorrerá.

Repita-se: pendente é a situação jurídica submetida à condição suspensiva, e não o fato jurídico eleito pela norma, pois a obrigação tributária surgirá somente quando estiverem presentes todos os seus elementos.

Verifique-se o exemplo colacionado pelo Professor Sacha Calmon<sup>28</sup> sobre essa questão:

Noutras palavras, se a condição não ocorre, o negócio não ocorre. Não ocorrendo o negócio, a

situação jurídica eleita como fato gerador igualmente não ocorre. A lei não incide, e, portanto, inexistirá obrigação. Assim sendo, o fato gerador pendente é uma modalidade, quando muito, do fato gerador futuro. Ao exemplo: alguém promete vender dentro de dez meses uma loja, desde que o comprador lhe entregue um indivíduo macho, filho de um touro reprodutor afamado, que ainda está por nascer. Trata-se de um ato jurídico, de um contrato, sujeito a uma condição suspensiva, que é um evento futuro e incerto, a entrega do tourinho, sem o qual o negócio não se perfaz. O negócio, a seu turno, foi averbado à margem do Registro Imobiliário, no cartório próprio, para valer contra terceiros e garantir a sua própria efetivação, dentro do período combinado, até o *dies ad quem* (termo).

Temos aí o tal fato gerador pendente. Será um fato gerador do imposto sobre a transmissão de bem imóvel se o negócio ficar perfeito e acabado pela realização da condição suspensiva.

Desta forma, não se pode admitir que, em impostos periódicos, antes da conclusão do período-base de apuração da renda ou dos lucros, seja tido o fato gerador do imposto como pendente, pois o seu fato jurígeno somente será considerado completo após o último minuto do derradeiro dia do ano, qual seja, 31 de dezembro.

### 3.2. A anterioridade da norma

Não bastando a consagração de forma absoluta do princípio da irretroatividade tributária, que impede a aplicação da lei tributária mais gravosa após ocorrido o fato jurídico ou, mesmo, após iniciado o seu processo de formação, há, ainda, no Ordenamento Jurídico pátrio, outro princípio de tutela dos contribuintes, qual seja, o princípio da anterioridade.

Tal princípio decorre do art. 150, III, *b*, da Constituição Federal, que veda aos entes federados a cobrança de tributos *no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*.

Trata-se de princípio cuja origem remonta a dezembro de 1965, data da Emenda Constitucional 18, que, todavia, o havia restringido a impostos sobre a renda e o patrimônio, fato que não se vislumbra atualmente, pois que com o advento da Carta Magna de 1988 a aplicação da anterioridade passou a ser a regra, comportando, é claro, algumas exceções.

Cabe ressaltar, contudo, que, sobre a operacionalidade do princípio da anterioridade, surgiram, basicamente, três entendimentos distintos, quais sejam:

<sup>28</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 565.

a) um no sentido de que, como no art. 150, III, *b*, consta somente a expressão *cobrar*, a lei instituidora ou majoradora do tributo entraria em vigor no momento da sua publicação, produzindo todos os seus efeitos, ficando postergado unicamente para o exercício seguinte a cobrança do tributo;

b) outro no sentido de a anterioridade obstar, no momento da publicação da lei, não só a cobrança do tributo, como também a produção de qualquer efeito no exercício financeiro de sua edição, embora a lei desde já se encontrasse em vigor;

c) e, por fim, o entendimento de que além de obstaculizar a produção de qualquer efeito da lei, a anterioridade impede, ainda, a sua própria vigência, operando uma espécie de *vacatio legis*, no exercício da sua publicação.

Na verdade, entender que a lei entra em vigor, produzindo efeitos jurídicos no momento de sua publicação, obstando a anterioridade somente a cobrança do tributo, é favorecer sobremaneira o Fisco e aniquilar totalmente o âmbito de proteção do princípio em tela. Isso porque, ao admitir tal construção, teria que se aceitar que, com a publicação da lei instituidora ou majoradora do tributo, ela já produziria imediatamente os seus efeitos, instaurando imediatamente a relação jurídico-tributária, havendo somente uma dilação no pagamento do tributo (moratória), que seria cobrado no exercício financeiro seguinte.

Tal interpretação mereceu as seguintes críticas veementes de Roque Antônio Carraza:

(...) tributo criado em julho poderia incidir sobre fatos verificados em julho do mesmo ano, desde que o fisco tivesse o cuidado de só realizar a sua cobrança (mera providência administrativa) no exercício seguinte. Bem precário seria este direito constitucional, se fosse tão fácil costear-lo. Com verdade, a palavra *cobrar*, inserida no artigo em foco, está, como tantos outros do texto constitucional, empregada em um sentido laico, devendo o intérprete entendê-la sinônima de exigir.<sup>29</sup>

Na verdade, concordando com Roque Carraza, entendemos que a palavra *cobrar* constante do art. 150, III, *b*, não está posta no sentido técnico-jurídico, até mesmo porque o texto normativo tem uma função meramente *pragmática*, não possuindo um sentido *autônomo*, sendo apenas um ponto de partida para o aplicador do direito formular a norma, como ensina J. J. Gomes Canotilho:

Como se acabou de ver, palavras e expressões do texto da norma constitucional (e de qualquer texto normativo) não tem significado autônomo, ou seja, um significado em si, se não se tomar em conta o momento de decisão dos juristas e o caráter procedimental da concretização de normas. Daí que: (1) a decisão dos casos não seja uma paráfrase do texto da norma, pois o texto possui sempre uma dimensão comunicativa (pragmática) que é inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões lingüísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados (neste sentido falam também as correntes hermenêuticas do efeito criador da pré-compreensão); (2) o texto da norma aponta para um *referente*, o que dizer constituir o texto um sinal lingüístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior do texto.<sup>30</sup>

Para impedir que seja desnaturado o princípio da anterioridade, doutrinadores como Eduardo Maneira,<sup>31</sup> Paulo de Barros Carvalho<sup>32</sup> e Hugo de Brito Machado<sup>33</sup> defendem estar a anterioridade umbilicalmente ligada à vigência da norma; ou seja, a lei somente passaria a vigor no exercício financeiro seguinte ao da sua publicação.

Em que pese à autoridade dos declinados tributaristas, que vislumbram na anterioridade o diferimento da vigência da lei, prevaleceu, na maioria da doutrina,<sup>34</sup> a interpretação de que a lei será vigente no ano de sua publicação, ficando somente a sua eficácia postergada para o exercício seguinte.

Aliás, este é o entendimento de mestres como Misabel Derzi<sup>35</sup> e José Souto Maior Borges,<sup>36</sup> para, não desnaturando a anterioridade, se admitir que a expressão *cobrar* constante do art. 150, III, *b*, da Constituição Federal, além de obstar a cobrança do tributo, protraí para o exercício seguinte todos os

<sup>30</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.182.

<sup>31</sup> MANEIRA, Eduardo. Irretroatividade e anterioridade nonagesimal. A natureza tributária da contribuição social sobre o lucro. Contribuição especial, inconfundível com imposto. O princípio da irretroatividade. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). *Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Min. Carlos Mário Velloso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, pp. 86/87.

<sup>33</sup> MACHADO. *op. cit.*, pp. 66/68.

<sup>34</sup> Eduardo Maneira faz uma lista das diversas correntes, demonstrando ao final que prevaleceu na maioria da doutrina e da jurisprudência o entendimento da corrente que liga a anterioridade à eficácia. (Cf. MANEIRA, *op. cit.*, pp. 71/72.)

<sup>35</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, pp. 172/173.

<sup>36</sup> BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, 64, p.194.

<sup>29</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 112.



efeitos da norma (eficácia), impedindo a formação da relação jurídico-tributária.

Cabe ressaltar, por fim, que tanto a exegese daqueles que aproximam a anterioridade da vigência quanto dos que a aproximam da eficácia preservam o âmbito de proteção de tal princípio e respeitam a previsibilidade e a segurança jurídica dos contribuintes no trato de seus negócios e das suas atividades.

### 3.2.1. A anterioridade como garantia individual do contribuinte

O princípio da anterioridade não pode ter o seu âmbito de proteção reduzido ou suprimido pelo legislador infraconstitucional, nem mesmo pelo legislador constituinte derivado, por ser tal princípio, além de uma limitação ao poder de tributar do Estado, uma garantia individual do contribuinte. Isso ficou assentado pela Excelsa Corte, que deu a tal princípio a dimensão de cláusula pétrea, não passível de supressão por emenda constitucional.

No caso em tela, a Emenda Constitucional 3/1993, ao instituir o IPMF, havia suprimido da sua aplicação a anterioridade. Naquela oportunidade, entendeu a maioria dos membros da Suprema Corte que o art. 2º, § 2º, da declinada emenda, estaria eivado de inconstitucionalidade por macular princípio imutável da Constituição, já que, segundo interpretação da Corte Excelsa, o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, lhe conferiria tal *status*. Em virtude disso, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a exigibilidade do IPMF no ano de 1993, ano da sua instituição, admitindo somente a sua exigibilidade no exercício financeiro subsequente.<sup>37</sup>

### 3.2.2. A irretroatividade, a anterioridade e o aspecto temporal do Imposto de Renda

O princípio da anterioridade, garantia individual do contribuinte, protraí a eficácia das leis para o exercício financeiro seguinte ao de sua edição, de forma que nos impostos que admitem a sua aplicação, como na hipótese do Imposto de Renda, somente o princípio da anterioridade já seria suficiente para afastar a aplicação da lei nova editada no curso do ano-base de apuração da renda, mesmo que tal lei seja editada ao final do período-base de apuração dos rendimentos.

Ora, no momento em que a lei nova somente terá eficácia no exercício subsequente, ela não poderá

atingir os fatos ocorridos no curso do ano-base, até mesmo porque, estando adiada a sua eficácia, a lei nova deparará com o período de apuração da renda já encerrado.

Aliás, esta é a conclusão da tributarista Misabel Derzi, *verbis*:

Por si só, o princípio da anterioridade, que adia a eficácia (ou vigência, segundo certa corrente doutrinária) das leis, instituidoras de tributo ou majoradoras de tributo já existente, para o exercício subsequente ao de sua publicação, impede a aplicação da norma nova, ainda que ela seja editada antes do encerramento do ano-base. Isso porque, ao desencadear seus efeitos apenas no exercício financeiro seguinte, por força do princípio da anterioridade, a lei nova encontrará totalmente fechado o período relevante para a determinação da renda (ano-base anterior), configurando-se a sua retroação sobre fato pretérito.<sup>38</sup>

No caso específico do Imposto de Renda, por ser um imposto apurado em determinado período, é inadmissível que lei nova que surja no curso da formação da renda (ano-base) lhe seja aplicada, em virtude do princípio da irretroatividade, que aqui, especificamente, como ressalta Luciano Amaro, restará qualificado pela anterioridade.

Luciano Amaro, com a clareza que lhe é peculiar, expõe muito bem a questão:

Observe-se que o princípio da anterioridade qualifica a irretroatividade da lei tributária: se a lei tributária cria ou majora tributo não sujeito àquele princípio, a irretroatividade é simples; se cria ou majora tributo por ele acobertado, a irretroatividade é qualificada, pois não basta a antecedência da lei em relação ao fato jurígeno, exigindo-se essa antecedência em relação ao ano (ou exercício) da realização do fato.<sup>39</sup>

O Professor Francisco Pinto Rabelo Filho faz uma consideração bastante interessante sobre a inte-relação do princípio da irretroatividade com o da anterioridade, afirmando que o princípio da irretroatividade veda que uma lei tributária nova mais gravosa incida sobre os fatos pretéritos, enquanto a anterioridade tutela o tempo futuro, uma vez que impede a incidência da norma nova e gravosa nos fatos que ocorrerão até o término do exercício de encerramento do período.

Eis as palavras do declinado mestre:

<sup>38</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 297.

<sup>37</sup> Cf. STF. ADI 939/DF, rel. Min. Sydney Sanches, publicado no DJ 18/03/1999, p. 5.165.

<sup>39</sup> AMARO, Luciano. *O imposto de renda e os princípios da irretroatividade e da anterioridade*. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 578.

Parece que a consideração de tempo presente, passado e futuro fornece bem a nota distintiva entre os dois princípios. Seja: tomando-se uma nova lei tributária gravosa (neste passo, que cria ou aumenta tributos) posta em vigor no tempo presente, isto é, aqui e agora, a consideração de que ela deve ignorar o tempo passado, para com isso deixar fora de seu alcance os fatos ocorridos antes de si, indica a incidência do princípio da irretroatividade; projetando-se o exame no sentido temporal oposto, e com isso, considerando-se o tempo futuro, para notar-se a proibição de que aquela lei deve deixar de lado os fatos ocorridos até o final daquele exercício financeiro de sua edição, estará aí brilhando o princípio da anterioridade da lei tributária.

Esse modo de apreciar distintivamente os dois princípios resume-se em que enquanto o princípio da irretroatividade da lei tributária tem o foco ejetor de seu comando voltado para o tempo passado, o da anterioridade projeta a luz de sua decretação para o tempo futuro, aqui e ali tendo como referencial a lei tributária que em dado momento (tempo presente) cria ou aumenta tributos.<sup>40</sup>

A Constituição Federal de 1988, ao estatuir de forma expressa o princípio da irretroatividade em matéria tributária, que é, ainda, qualificado pela anterioridade, não deixa mais espaço algum para a aplicação da norma mais gravosa no curso da formação do fato jurígeno do Imposto de Renda.

Aceitar a imposição de lei mais gravosa durante a apuração dos rendimentos é admitir a modificação dos efeitos jurídicos de fatos já ocorridos em detrimento do princípio da irretroatividade tributária. Do mesmo modo, permitir que lei editada no curso do período de apuração da renda altere os fatos futuros atinentes a tais rendimentos e praticados antes do encerramento do exercício em tela é fazer tábula rasa do princípio da anterioridade.

Aliás, antes mesmo da promulgação da Carta Magna de 1988, esta já foi a conclusão a que chegaram os juristas que participaram da *XI Jornada Latino-Americana de Direito Tributário*, promovida pelo ILADT e pela ABDF no Rio de Janeiro, no período de 15 a 20 de maio de 1983, cujo enunciado é o seguinte:

A aquisição da disponibilidade de renda resulta de fatos (voluntários ou não) que se produzem ao longo do período, e que são fatos jurídicos relevantes para efeito da lei tributária. Por isso e em face dos princípios da anterioridade, da irretroatividade e da segurança do direito (a não surpresa, a evitação do arbítrio), bem como as demais implicações do estado de direito, é vedada

a alteração da lei, para criar ou aumentar o imposto, após iniciado o período.

### 3.2.3. A anterioridade e a espera nonagesimal e as respectivas exceções

Diversamente do princípio da anterioridade, que protraí a eficácia e a cobrança do tributo para o exercício seguinte, o princípio da espera nonagesimal ou da anterioridade mitigada impede a sua exigibilidade no interregno de noventa dias da publicação da lei que o criou ou majorou.

Até a promulgação da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003, os princípios em questão se excluía, ou seja, a espera nonagesimal excepcionava a aplicação da anterioridade. No caso, a anterioridade seria a regra enquanto a espera nonagesimal seria a exceção, aplicável somente às contribuições sociais destinadas à seguridade social. Advirta-se que impostos extrafiscais, como o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o IOF, e o IPI,<sup>41</sup> além de impostos extraordinários de guerra e empréstimos compulsórios de guerra ou calamidade pública, eram excepcionados de ambos os princípios.<sup>42</sup>

Ocorre, contudo, que, após a promulgação da emenda em tela, o constituinte derivado, visando a impedir que, por via oblíqua, fosse solapada a garantia constitucional da anterioridade, instituiu como regra a aplicação dos dois princípios conjuntamente, ou seja, além de a cobrança do tributo ser diferida para o exercício financeiro seguinte, deve-se cumulativamente, no caso de a lei ser editada no final do exercício, observar o intervalo de noventa dias para a sua instituição ou majoração. Isso porque era comum por parte do Estado a edição de leis tributárias impositivas ou majoradoras de tributos no final do ano civil, próximo ao término do exercício financeiro, fato que certamente maculava a não-surpresa do contribuinte, porque não lhe dava um prazo razoável para se organizar e se planejar ante o aumento da carga tributária.

Cabe ressaltar, todavia, que a aplicação conjunta da anterioridade e da espera nonagesimal comporta as seguintes exceções, conforme adverte Werther Botelho Spagnol:

1º) Contribuições Sociais *stricto sensu*. Neste caso, para as contribuições destinadas ao

<sup>40</sup> RABELO FILHO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>41</sup> Após a edição da EC 42, o IPI passou a sujeitar-se ao princípio da espera nonagesimal.

<sup>42</sup> MANEIRA, Eduardo. *Princípio da não surpresa*, p. 108.

financiamento da seguridade social, aplica-se apenas o princípio da garantia nonagesimal, conforme estatuído no art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

2º) Imposto de Renda. Quando da instituição ou majoração deste imposto federal, aplica-se tão-somente o princípio da anterioridade.

3º) Imposto sobre Produtos Industrializados. Para este imposto federal, aplica-se apenas o princípio da garantia nonagesimal.

Ademais, há dois grupos de exceção, para os quais não se aplicam em conjunto ou separadamente os princípios da anterioridade ou garantia nonagesimal. Confira-se:

1º) Impostos com características extrafiscais. É o caso dos Impostos de Importação, Exportação e IOF. Por se tratar de tributos extrafiscais, é dizer, tributos cujos objetivos extrapolam a simples arrecadação, também buscando regular e induzir comportamentos nos contribuintes, é necessário maior agilidade fiscal.

2º) Impostos extraordinários de guerra e empréstimos compulsórios de guerra ou calamidade pública. Em razão da urgência inerente às situações autorizativas da tributação, justifica-se igualmente a quebra da anterioridade e da garantia nonagesimal.<sup>43</sup>

Merece crítica o fato de, na Emenda 42/2003, não ter sido, no Imposto de Renda, a anterioridade também qualificada pela espera nonagesimal, já que a aplicação conjunta de tais princípios poderia dirimir várias das polêmicas existentes em torno de seu aspecto temporal, além de reforçar a previsibilidade e a não surpresa do contribuinte no seu planejamento tributário.

### 3.3 A irretroatividade e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

Assim como o Imposto de Renda das pessoas jurídicas, o aspecto temporal da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido também está enquadrado dentro de dois termos bem definidos, quais sejam, 1º de janeiro e 31 de dezembro, sendo que o conjunto dos fatos ocorridos neste interregno constituirá o seu fato gerador (lucro líquido), que, por isto, também será anual e periódico.

Em que pese à identidade entre o aspecto temporal da Contribuição Social sobre o Lucro e o do Imposto de Renda, estes não estão sujeitos aos mesmos princípios constitucionais limitadores do poder de tributar do Estado, pois que, por força do §

1º do art. 150 da Constituição Federal, enquanto ao Imposto de Renda aplica-se anterioridade conjugada à irretroatividade, à contribuição social aplica-se a irretroatividade aliada à espera nonagesimal.

Dessa dissociação entre a irretroatividade e a anterioridade na Contribuição Social sobre o Lucro, surge logo uma indagação: Decorrido o prazo nonagesimal, e não expirado o ano civil, poderia a lei majorar sua alíquota ou base de cálculo ainda por ocasião do processo de formação do seu fato gerador?

Tal questionamento surge porque, na hipótese, se observa, apenas o decurso do período de noventa dias para a vigência ou eficácia da lei, não sendo aplicável a anterioridade que adia a eficácia da norma para o exercício financeiro seguinte.

Aliás, esta mesma indagação é feita, com outras palavras, por Misabel Derzi, quando a tributarista mineira afirma ter a doutrina enfrentado a questão no Imposto de Renda, analisando conjuntamente o princípio da anterioridade com o da irretroatividade, o que não aconteceu com a Contribuição Social sobre o Lucro. Confira-se:

O que fica ainda obscuro, entre nós, do ponto de vista jurisprudencial, é a exata extensão do princípio da irretroatividade, especialmente nos impostos de período. Ou seja, os casos solucionados pelo Supremo Tribunal Federal, por suas peculiaridades, faziam coincidir a incidência dos princípios da anterioridade e da irretroatividade, simultaneamente. Postos em separado, ainda não temos a certeza absoluta de que esteja pacificado o entendimento, que a doutrina citada aceita, no sentido de que a lei regente dos impostos de período, como Imposto de Renda ou a Contribuição Social sobre o Lucro, é a lei eficaz e vigente no primeiro dia do ano-base. (Seria a hipótese da majoração da Contribuição Social Sobre o Lucro, por lei editada em 1º de agosto, que passa a ter eficácia a partir de 31 de outubro, já decorrido o prazo de espera do art. 195 da Constituição, mas antes de encerrado o período determinante para configuração do fato jurídico). Essa a discussão que interessa do ponto de vista restrito do princípio da irretroatividade.<sup>44</sup>

O exemplo formulado pela aludida professora torna a questão mais clara: poderia uma lei publicada em 1º de agosto, após decorrido noventa dias da espera nonagesimal, em 31 de outubro, ter eficácia plena para majorar a contribuição social antes de encerrado o período de apuração do lucro líquido, que se daria em 31 de dezembro? A nosso sentir, a resposta

<sup>43</sup> SPAGNOL. Werther Botelho. *Curso de direito tributário*: conforme a Emenda Constitucional 42/03, DOU de 31/12/2003, p. 115.

<sup>44</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, pp. 203/204.

ao questionamento é negativa, pois, embora não se fale em anterioridade nesta hipótese, o princípio da irretroatividade isoladamente aqui se revela mais do que suficiente para impedir a retrospectividade da lei mais gravosa. Isso porque, diversamente do que ocorre em outros sistemas constitucionais, o legislador constituinte de 1988 positivou como regra geral a irretroatividade da lei no art. 5º, XXXVI, além de consagrar a irretroatividade como garantia específica do contribuinte, conforme consta do art. 150, III, *a*.

Não bastando isto, a Carta Magna, ainda, estatui, expressamente, em seu art. 145, § 1º, o princípio da capacidade econômica, de onde, em outros países, como a Itália, é extraído a irretroatividade como subprincípio. Por conseguinte, na Ordem Constitucional brasileira, é possível observar que houve uma forte preocupação do constituinte originário em vedar, por todas as brechas, a aplicação retroativa da lei, tornando a irretroatividade uma garantia absoluta do cidadão contribuinte sem a admissão de mitigações ou temperamentos no seu âmbito de proteção.

Aliás, a insistência do constituinte de 1988 em reforçar a irretroatividade da lei tributária decorreu da tentativa de se evitar que entes políticos burlassem a vedação da retroatividade da lei, conforme alerta Francisco Pinto Rabello Filho:

Se a Constituição já continha, no art. 5º, inciso XXXVI, a irretroatividade estabelecida para as leis em geral, aí incluída, portanto, a lei tributária, ao menos ao primeiro súbito de vista parece ser desnecessário ditame específico para a lei tributária impositiva. Deu-se, contudo, que o Constituinte de 1988 notou que aquela regra genérica, aplicável a todas as províncias jurídicas, não vinha sendo obstáculo eficaz a que as pessoas políticas gravassem com imposições tributárias novas ou majoradoras fatos consolidados no passado, o que motivou, então, a inserção de regra específica a respeito.<sup>45</sup>

Da forma como foi positivado em nosso sistema normativo constitucional, a irretroatividade da lei é um princípio que estabelece limites à ação de todos os poderes constituídos, obstando qualquer modalidade de retroação *in pejus* da lei mais gravosa.

Na esfera tributária, tais limitações ganham uma dimensão ainda maior, pois, como já foi dito, existe, além de uma limitação constitucional geral, uma específica, dirigida ao poder de tributar estatal.

Tais limitações ao poder de tributar, decorrentes do princípio da irretroatividade, podem ser de diversas ordens, conforme ensina Humberto Ávila:

Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a irretroatividade qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível que se situa, caracteriza-se como uma limitação de *primeiro grau*, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; quanto ao objeto, qualifica-se, na sua dimensão de regra, como uma limitação *negativa*, na medida em que exige, na atuação legislativa de instituição e aumento de qualquer tributo, o respeito aos fatos já consolidados e, na sua dimensão de princípios, como uma limitação *positiva*, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade; quanto à forma, revela-se, na dimensão de regra, com uma limitação *expressa e formal*, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 150, III, *a* e art. 5º, XXXVI), estabelece procedimentos a serem observados pelo Poder Público e, na dimensão de princípios, com uma limitação expressa e material, já que restringe o conteúdo das próprias normas que podem ser objeto de edição.<sup>46</sup>

Assim, sendo a limitação decorrente da irretroatividade da lei tributária de índole não só negativa, mas também positiva, para impor ao ente tributante medidas de respeito à previsibilidade e à proteção da confiança dos contribuintes, acreditamos não haver espaço para que a lei retroaja impropriamente para atingir, na contribuição social em comento, o período de apuração dos lucros.

## Conclusão

1. A forma como foi enquadrada em países alienígenas a irretroatividade da norma, principalmente na esfera tributária, gera uma profunda distinção de enfoque com o modo como o instituto foi disciplinado no Brasil, não podendo, desta feita, serem importadas idéias e fórmulas preconcebidas, como se fossem adequadas e suficientes à nossa realidade, por constar expressamente na Constituição Federal pátria o princípio da irretroatividade tributária como limite às atividades legislativas, administrativas e judiciais.

2. O art. 105 do CTN não dá ensejo à admissão da retroatividade imprópria no Brasil, pois tal dispositivo

<sup>45</sup> RABELO FILHO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, pp. 142/143.

legal deve ser interpretado sistematicamente com os arts. 116 e 117 do próprio CTN.

3. No caso do Imposto de Renda, somente o princípio da anterioridade já seria suficiente para afastar a aplicação da lei nova editada no curso do ano-base de apuração da renda, mesmo que tal lei seja editada ao final do período base de apuração dos rendimentos.

4. Embora não esteja acobertada pela anterioridade, o princípio da irretroatividade, por ter caráter absoluto no Brasil, revela-se suficiente para impedir a retroatividade imprópria da norma mais gravosa na formação do fato gerador da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

## Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria-Geral da República* 1, out./nov./dez. de 1992.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BERNADES, Juliano Taveira. *Efeitos retroativos das normas constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 2003
- BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: anterioridade tributária. *RDT*, São Paulo: Malheiros, 64.
- BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. Uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LES RELATIONS entre les contribuables et l'administration fiscale*. Paris: *Journaux Officiels*, 2002. 20º Relatório do Conselho de Impostos da França ao Presidente da República.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MANEIRA, Eduardo. Princípio da não-surpresa. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- MATOS, Peixoto. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, fascículo 573, v. 173, maio 1948.
- MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NABAIS, José Casalta. Jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria fiscal. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXIX, 1993.
- RABELHO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TIPKE, Klaus. *La retroattività nel diritto tributario*. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: Cedam, 1994. v. I, t. I.





# Nem uma palmadinha?

Mônica Sifuentes\*

O grande jurista Pontes de Miranda, ao escrever sobre as boas intenções contidas nas leis, recordou que certa Constituição espanhola havia decretado solenemente que todos os espanhóis seriam, a partir daquela data, *buenos*. Quem escreveu essa Constituição, certamente com os melhores propósitos, quis decretar que a maldade estaria abolida dali em diante. Pelo menos na Espanha... Esse e outros exemplos de leis inoperantes ou ingênuas, que poderiam ser relacionadas às dezenas, conquanto provoquem deboche, vez ou outra servem de mote a infundável polêmica entre os estudiosos da lei. Por mais de século se tem discutido se a lei deve ser precursora das mudanças sociais, regulando comportamentos futuros, ou se ela, ao contrário, é posterior aos fatos, como o reflexo daquilo que já se encontra consolidado ou em potencial na sociedade. A lei deve preceder o fato ou é o fato que dá ensejo à aparição da lei? Questão intrincada, parecida com aquela outra, não menos transcendente: quem nasceu primeiro, o ovo ou a galinha?

Em julho deste ano, o presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional, em comemoração aos 20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Projeto de Lei 7.672/2010, apelidado de Lei da Palmada. O projeto traz mudanças na legislação em vigor, concedendo às crianças e adolescentes o direito de serem educados pelos pais ou responsáveis sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante. O castigo corporal é definido como uso da força física que resulte em dor ou lesão. Já o tratamento cruel ou degradante é tido como toda conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente. As penalidades previstas são advertência, encaminhamento a programas de proteção à família, além de orientação psicológica. Em casos mais graves, a conduta poderá resultar no afastamento do agressor do convívio com a vítima.

Mas não pode nem uma palmadinha? perguntam-se pais e mães, apreensivos sobre a conduta a seguir a partir da aprovação da lei. A opinião dos psicólogos e dos pedagogos a respeito do assunto está longe de ser unânime. Uns dizem que uma palmadinha só não faz mal e há situações críticas em que o diálogo racional é incompatível com a disciplina. Outros dizem que a palmada deseduca e dá ensejo a atitudes

violentas no futuro. O fato é que aplicar na criança uma palmada, uma chinelada ou um beliscão, de forma moderada, sempre foi comportamento socialmente aceito, aqui e alhures. Não se pode afirmar que sejam mais dolorosos para a criança do que a violência ou a tortura psicológica, o desprezo, a falta de cuidado ou de interesse. Eu me recordo das boas chineladas que levei quando criança, certamente não sem motivo, embora nem por isso deixasse de acreditar no amor incondicional da minha mãe.

Todas as questões que envolvem a intimidade das pessoas são sempre muito complicadas de se resolver, ainda mais por meio de lei. A tarefa de educar sempre foi atribuição das famílias, a quem compete escolher o método de disciplina e de educação adequado aos próprios filhos. No entanto, para psicólogos e pedagogos, as mudanças nas relações familiares na sociedade contemporânea ainda não resultaram em uma configuração adequada das relações entre educar e punir. Educar crianças para que elas compreendam e obedeçam às regras da convivência é um desafio enfrentado pelos pais, escola e sociedade em geral. A questão dos limites volta-se, portanto, para os próprios pais e a escola: a educação deve privilegiar o diálogo com crianças e adolescentes, em vez de punições, especialmente as corporais.

O projeto de lei é, sem dúvida, bem intencionado e tem um apelo nitidamente pedagógico. Segundo o secretário de Direitos Humanos, a premissa do projeto é educar os pais e estimular o debate em torno de alternativas na educação dos filhos e no relacionamento com crianças e adolescentes — “a sanção ou punição, ressalvado o devido processo legal, deve ser vista como medida excepcional e de última natureza”, afirmou. O objetivo, portanto, não é instaurar processos contra os pais, o que, na maior parte dos casos, é flagrantemente contrário aos interesses da criança e do adolescente. Trata-se, portanto, de projeto de lei que pretende modificar condutas, de lei que quer disciplinar o futuro. Em outras palavras, espera-se que a nossa sociedade seja, quem sabe, mais *buen*. Dos juízes e educadores espera-se que interpretem a lei de modo harmônico, atentando-se para o interesse superior da criança de ser educada com a disciplina adequada ao seu agir em prol de outros valores, como o respeito ao outro, à justiça e à solidariedade.

\* Desembargadora Federal do TRF 1ª Região.



## O Princípio de eficiência e a necessidade de planejamento

Regis de Souza Araújo\*

A Administração Pública deve pautar sua atuação observando o dever de eficiência. A sociedade, cada vez mais consciente, exige que o serviço público, custeado com o esforço conjunto dos cidadãos, mediante o pagamento dos tributos, seja prestado de forma célere, econômica e eficaz. O legislador constituinte, ciente desta realidade, acrescentou, no art. 37 da Constituição Federal, a *eficiência* dentre os princípios que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer, em conjunto com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Os princípios constitucionais, uma vez *“postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.”* (Paulo Bonavides, *in Curso de Direito Constitucional*).

José Afonso da Silva, *in Comentário Contextual à Constituição*, assevera que

*Eficiência* não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Em uma idéia geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade – o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido pelo art. 37 da CF pela Emenda Constitucional 19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência tem como conteúdo a relação *meios e resultados*. (...) Isso quer dizer, em suma, que a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer as necessidades coletivas, num regime de igualdade dos usuários. Logo, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.

No âmbito do Poder Judiciário, a necessidade de eficiência na realização dos serviços judiciários é medida que se impõe, indispensável para que se realize

a prestação jurisdicional plena e a tempo, afastando, assim, a morosidade, tão destrutiva à imagem da instituição.

É fato público e notório que os recursos financeiros destinados ao Judiciário são escassos para fazer frente às grandes necessidades administrativas e diante do constante crescimento da demanda. A cada dia, a facilitação do acesso (com medidas decorrentes do avanço tecnológico e a própria informalidade dos Juizados Especiais, dentre outros fatores), impõe aos órgãos jurisdicionais uma avalanche de processos, que precisam ser julgados, com rapidez.

Não se pode olvidar que as partes reclamam e fazem jus à solução de seus conflitos em prazo razoável. Não se pode esquecer, também, que muitos dos entraves são causados pelas próprias partes, que, por vezes, se utilizam de mecanismos processuais meramente protelatórios, causando a demora na definição dos litígios.

As dificuldades são muitas, tendo em conta, ainda, que os juízes acumulam o desempenho de atividades administrativas com o exercício da jurisdição.

Diante deste conflito, escassez de recursos (material e humano) e necessidade de celeridade e eficiência, é indispensável otimizar a utilização das verbas públicas, valendo-se, para tanto, de rigoroso planejamento.

Todas as reformas administrativas levadas a cabo nos últimos anos (ou décadas), independentemente de onde ocorram ou quais funções afetem, tem em comum um objetivo *sagrado*: aumentar a eficiência do Estado. Na acepção mais simples do conceito, seria fazer mais com menos recursos. (Florença Ferrer, Doutora em Sociologia Econômica pela USP, *in Gestão Pública Eficiente – Impactos Econômicos de Governos Inovadores*).

É importante que se dê continuidade na execução dos projetos das administrações que se sucedem, bem como a troca de experiências exitosas nos diferentes ramos do Poder Judiciário.

Vejamos, a propósito, as muitas experiências administrativas aplicadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, quando do início de suas atividades, tais como: eliminação de atos processuais de natureza formal, utilização dos meios eletrônicos para comunicação processual (intimação, citação etc.). Tais medidas, por certo, permitiram melhor

\* Juiz Federal Substituto da SJ/PI.

prestação jurisdicional, mormente tendo em conta as dificuldades que se apresentaram, logo de início, quando da instalação dos JEF's, que não dispunham de estrutura administrativa própria.

Projetos como *Perícia na Ordem do Dia e Sexta Vara em Dia*, idealizados pelos Juízes Federais Marcelo Basseto e Marcelo Dolzany, dentre muitos outros, evidenciam a importância da incorporação dos avanços tecnológicos associados a medidas simples, mas que implicam em maior grau de resolutividade. Consoante assevera Florencia Ferrer,

(...) a reestruturação é o processo de mudança nas estruturas tradicionais da administração pública, que deve contemplar simultaneamente ações de duas frentes principais: uma é a criação de um ambiente com maiores incentivos à eficiência, a segunda parte da incorporação de tecnologia (principalmente tecnologia da informação) aos processos de governo.

Enfim, a prática demonstra que a atuação administrativa planejada redundará, necessariamente, em prestação jurisdicional mais eficaz.

## Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed., Malheiros, 2007.

LIMA, Florencia Ferrer Cristian. *Gestão Pública Eficiente – Impactos Econômicos de Governos Inovadores*, 3ª ed., Elsevier Editora Ltda., 2007.

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil Interpretada*, 7ª ed., Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed., Malheiros, 2006.

# Do fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência, segundo a Lei 11.101/2005

Simone Cristine Araújo Lopes\*

## Sumário

Introdução; 2. Situação jurídica das sociedades empresárias e da massa falida; 3. A figura do sujeito passivo da obrigação tributária; 4. Multas tributárias com finalidade punitiva; 5. A intranscendência das penalidades na falência: fundamento constitucional; 6. As súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre multas fiscais na falência: precedentes; Conclusão; Referências bibliográficas.

## Introdução

Com o advento da Lei 11.101/2005, denominada *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, há o entendimento, corrente em certos meios acadêmicos, de que não é mais possível a exclusão da multa tributária no quadro de créditos no procedimento falimentar. Isso por conta de dispositivo previsto no referido diploma legal.

O presente artigo visa a demonstrar que, em verdade, não houve alteração da sedimentada jurisprudência a respeito. Ao contrário, houve reforço no entendimento doutrinário e dos tribunais pela impossibilidade de transferência de penalidade a terceiro por sucessão, em respeito ao princípio da intranscendência das penas, inclusive tributárias, que retira sua validade da própria Constituição.

## 2. Situação jurídica das sociedades empresárias e da massa falida

Sabe-se que o instituto da falência é aplicável apenas e tão somente às sociedades empresárias, denominadas, simplesmente, como *devedor* para os fins da Lei 11.101/2005 em seu art. 1º.

Assim, logo se verifica que só podem falar as pessoas jurídicas de direito privado, excluídas aquelas dispostas no art. 2º da mesma lei.

Deve-se, ainda, distinguir a sociedade empresária daquela intelectual, ou, no atual Código Civil, sociedade simples. É que no art. 966 do Código Civil de 2002 a denominação empresário exclui quem exerce atividades ditas intelectuais, científicas, literárias ou artísticas, *salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa* (parágrafo único do art. 966 do CC/2002).

Isso porque as *sociedades de atividade eminentemente intelectual* só podem se constituir como *sociedade civil* (equivalente à *sociedade simples* do novo Código Civil). Nesse sentido, veja-se o que diz o Prof. Dr. Vinícius Gontijo sobre o tipo *empresário* e porque alguns agentes estão excluídos de seu conceito:

Estes elementos (do conceito de empresário) são: a) profissionalismo; b) atividade econômica; c) organização; e d) produção ou circulação de bens ou serviços.

*No entanto, para a compreensão do que seja empresário não nos basta verificar a presença dos quatro elementos fático-jurídicos prescritos pelo art. 966 do CC. De fato, há casos em que, ainda que presente todos os elementos legais, a pessoa natural ou jurídica não será considerada empresária por força da exclusão determinada pelo parágrafo único do art. 966 do CC, impondo-se o seu estudo para a melhor compreensão do empresário a que nos dispusemos neste nosso trabalho.*

*Omissis.*

Para que se compreenda a exclusão prescrita pelo parágrafo único do art. 966 do CC, há que se ter em mente a velha discussão acerca da unificação do direito privado travada entre Cesare Vivante e Alfredo Rocco, brilhantemente sintetizada por João Eunápio Borges.

*Como se sabe, o direito empresarial tem dentre os seus princípios o individualismo e a onerosidade presumidos nas relações. Isso gera no empresário uma mentalidade, uma ética, um estado de espírito e atitudes diversas daquelas do cidadão comum. (...)*

Cesare Vivante propôs a unificação do direito privado, mas Alfredo Rocco foi analisando e impugnando todos os argumentos colacionados por Vivante, e com isso demonstrando a impossibilidade, à época, da unificação. O próprio Cesare Vivante termina por assumir o equívoco doutrinário e, na quinta edição de seu monumental *Trattato del diritto commerciale*, fundamentando-se basicamente na diversidade de espírito que havia entre o comerciante

\*Bacharela pela UFMG. Especialista em Direito Tributário e Mestre em Direito Público pela PUC/MG. Advogada e Professora Universitária. Membro do Grupo de Estudos em Direito Eletrônico (Gedel) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, do Movimento das Advogadas Mineiras (MAM) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (AbeDi).

e o civil e à qual já nos referimos, concorda com Alfredo Rocco e se diz favorável à manutenção da divisão do direito privado.

Sabe-se, perfeitamente, que o *Código Civil atual não unificou o direito privado*, mantendo a dicotomia do direito empresarial e do Direito Civil, conservando diversidade de regulamentos, princípios, institutos etc. *Da mesma maneira, o legislador excluiu expressamente da compreensão do que seja empresário pessoas que possam até mesmo exercer profissionalmente uma atividade econômica, devidamente organizada de produção ou circulação de bens ou serviços e que, em tese, estariam compreendidas como empresárias, pois teriam todos os atributos prescritos pelo caput do art. 966 do CC brasileiro.*

*Omissis.*

Por outro lado, *essa diversidade de espírito em atos, ética, comportamento, etc. o legislador brasileiro não vislumbrou absorvida por aqueles que exercem atividade intelectual, pouco interessando se de natureza artística, literária ou científica. Daí a exclusão contemplada no parágrafo único do art. 966 do CC, que tem evidente conotação ética.*

*Omissis.*

Quando o legislador do Código Civil prescreveu que o exercício da *profissão intelectual não seria considerado objeto simples caso constituísse elemento de empresa, ele quis dizer que, se o exercício desta atividade estiver inserido na linha de produção da pessoa (natural ou jurídica), ela não estaria excluída da compreensão de empresária. Logo, seria uma pessoa empresária, mesmo tendo atividade intelectual como elemento (trabalho) de empresa.* (GONTIJO, 2005, pp. 154/159)

Veja-se que empresário, tal como definido no *caput* do art. 966 do CC/2002, é aquele que exerce a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços com estado de espírito eminentemente comercial, o que não é o caso do trabalho intelectual.

E quando se fala em atividade econômica organizada, refere-se a um conjunto de fatores que compõem a *empresa*, tais como capital, trabalho.

O *elemento de empresa* que o dispositivo trata no conceito de empresário refere-se aos casos, por exemplo, em que um *profissional liberal trabalha como parte integrante de uma empresa*, como funcionário.

Esclarecido esse ponto nevrálgico para o Direito de Empresa como é o conceito legal de empresário, importa, por fim, afirmar que, como é de comecinho saber jurídico geral, a *pessoa do sócio se distingue da pessoa jurídica da sociedade*.

Tal constituição de personalidade jurídica distinta, própria a adquirir direitos e deveres, se dá, conforme melhor doutrina, com o contrato social, sendo o registro mero ato declaratório (arts. 967 e 983 do CC/2002).

Essa situação jurídica perdura enquanto não houver qualquer desconstituição do *status quo* legal atribuído. A desconstituição ocorre, por exemplo, com a superveniência da figura da massa falida. Isso porque, com a decretação da falência (e não mera declaração da falência, sem conotação desconstitutiva, como se pode verificar), passa a existir a figura daquilo que a doutrina convencionou denominar *massa falida subjetiva* e *massa falida objetiva*. Veja-se:

A falência, vale dizer, a possibilidade de o Estado intervir para a busca de uma solução na situação de insolvência de devedor empresário, justifica-se como uma opção valorativa do legislador, que viu nas consequências do encerramento das atividades da empresa efeitos negativos para uma série de sujeitos de direito.

*Omissis.*

A locução massa falida pode ser usada em dois sentidos: massa falida objetiva e massa falida subjetiva. A primeira se forma a partir do momento em que é decretada a falência, em razão da perda da administração dos bens pelo devedor, o afastamento do falido. No estado falimentar, o empresário não pode exercer as facultades de proprietário em relação aos seus bens, muito embora preserve sua propriedade até que eles sejam encaminhados à venda judicial.

Massa falida objetiva é, então, o conjunto de bens que tem como peculiaridade serem todos de propriedade do empresário, cujo titular não detém mais sua posse e administração, que estarão em mãos do Estado. A massa falida objetiva é uma universalidade de direito sujeita a um novo regime jurídico incidente a partir da decretação da falência.

Massa falida subjetiva é o conjunto de sujeitos de direito constituído, segundo a previsão normativa, unidos pelo interesse comum quanto à sorte dos bens do falido. Logo, é o conjunto dos credores do devedor falido, devidamente habilitados. (Bertoldi e Ribeiro, 2006, p. 557)

Sendo assim, fica claro que a figura da massa falida é distinta do empresário falido, muito embora este possua personalidade jurídica e aquela não. Trata-se de uma das inovações jurídicas para garantir a finalidade do instituto que é o pagamento dos créditos devidos pela sociedade empresária sobre a qual sobreveio a falência.

A natureza jurídica da massa falida constitui um dos *mistérios* do direito. Não constitui a massa pessoa jurídica, pois os bens que passam a compô-la não lhe são transmitidos. (...)

Segundo Miranda Valverde trata-se de *patrimônio do falido submetido a um novo regime legal* e para Rubens Requião um *patrimônio separado*. (...)

É a massa falida, portanto, um patrimônio separado, afetado a um determinado fim, especificamente destinado pela lei ao pagamento igualitário dos credores. (Guimarães, 2007, pp. 84/85.)

Claro está que não se trata de uma dissolução da sociedade com a superveniência da massa falida, muito embora um dos objetivos da falência seja a extinção da pessoa jurídica falida que pode, inclusive, não se implementar. É o caso das falências superavitárias, nas quais os sócios da antes massa falida poderão prosseguir com o empreendimento, ou seja, manter a sociedade empresária, ou, simplesmente, dissolvê-la.

Assim, passado o termo da falência em juízo, os bens remanescentes retornam ao patrimônio dos sócios, na sociedade. Eles poderão manter as atividades societárias tal como antes, adequá-la, ou, ainda, fechar o negócio como qualquer outro, dado o direito constitucional de livre iniciativa privada.

Feito esse esclarecimento, assente na legislação vigente, conclui-se pela distinção entre a figura da sociedade empresária – ou, simplesmente, empresário – e a massa falida.

### 3. A figura do sujeito passivo da obrigação tributária

Entre as hipóteses para a incidência do tributo tem-se o sujeito passivo da obrigação tributária.

O art. 121 do CTN dispõe que o “sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”. Tal sujeito pode ser contribuinte, “quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” e pode ser responsável “quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

Dessas disposições legais deve-se distinguir a situação da sociedade empresária antes e depois da decretação da falência.

Isso porque, antes da falência, estar-se-á diante de uma pessoa jurídica apta a praticar situações que encontrarão subsunção à hipótese de incidência tributária, que a obrigará a um pagamento de tributo. Se descumpra tal obrigação tributária, além de configurar o inadimplemento, que poderá desembocar numa execução fiscal, haverá, ainda, as penalidades tributárias próprias, de cunho pecuniário ou meramente político, como são as positivamente em certidões de débito fiscal. Logo, a sociedade empresária – e só ela – arcará com as consequências.

Já depois da falência, figura a massa falida como sujeito passivo tributário dos fatos geradores que tenham cumprido todos os requisitos de hipótese de incidência tributária. Logo, a massa falida é contribuinte

quando pratica fatos geradores que obrigam a um pagamento do tributo *desde que realizados durante a sua existência jurídica*. Por isso a previsão do art. 134, V, CTN, quando afirma ser o síndico (substituído pela denominação *Administrador Judicial* nos termos da Lei 11.101/2005) responsável solidariamente pelos tributos devidos pela massa falida, excluídas as penalidades como afirma o parágrafo único do mesmo art. 134 do CTN.

É que, ao contrário do imaginário popular, há casos de massas falidas que continuam a operar no mercado, durante todo o processo de falência e, por esse motivo, continuam a realizar fatos geradores de tributos e, portanto, obrigados a cumprir, diligentemente, as obrigações tributárias que lhe são correlatas. Se não fosse assim, estaria em franca vantagem face aos demais contribuintes que não estão em situação falimentar, desrespeitando os princípios da livre concorrência e isonomia no mercado, cerceando privilégio ou tratamento diferenciado que configurem abuso de poder econômico (art. 170, IV, c/c art. 173, § 4º, CR/1988).

Importante salientar que a continuação da atividade da então massa falida é estimulada pela lei sob um novo prisma no ordenamento jurídico brasileiro que busca implementar a política de preservação das atividades empresárias, num paradigma de cumprimento da função social da propriedade. Afinal, a maior empregadora em qualquer país não é outra senão a iniciativa privada, sem falar que é ela que gera as divisas e riquezas necessárias que compõem o PIB – Produto Interno Bruto – e até mesmo as receitas tributárias para a manutenção do Estado.

Com o princípio da preservação das atividades empresárias, das duas, uma finalidade, ao menos, será atendida: ou a recuperação da empresa ou a melhora no ativo para o pagamento do maior número possível de credores, inclusive o próprio Estado, sujeito ativo dos tributos.

### 4. Multas tributárias com finalidade punitiva

Ocorreu muita celeuma a respeito da qualificação das chamadas *multas tributárias* por conta das variadas e criativas formas como o sujeito ativo – Fisco – as instituiu.

Tanto que há uma aparente contradição entre duas Súmulas Pretorianas, a saber: número 191 – “inclui-se no crédito habilitado em falência a multa fiscal simplesmente moratória” – e a de número 565 –



“a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência”.

Contradição aparente porque, em verdade, a multa moratória fiscal de que trata a Súmula 191 do Supremo Tribunal Federal (STF), acima citada, data de 13/12/1963, ou seja, anterior à entrada em vigor do Código Tributário Nacional, de 25/10/1966. E, ademais, a referida multa, moratória, tinha por função restabelecer aos cofres públicos o valor sonogado quando do fato gerador no *valor atualizado* do efetivo pagamento e, não, punir.

Difícil imaginar tal distorção na aplicação dos termos, nos tempos atuais. Mas é fácil compreender diante da realidade no País de meados do século passado, quando a praxe era o tabelamento oficial de preços e, portanto, se houvesse atualização monetária seria aquela imposta pelo Poder Público.

Para exemplificar, basta citar o art. 2º, VI, da Lei 1.521, do ano de 1951, ainda incrivelmente em vigor, que dispõe ser crime contra a economia popular

transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes.

Ademais, veja-se a esclarecedora menção a esse respeito pelo Ministro do STF, Cordeiro Guerra, Relator do RE 79625/SP, de 1975, que vem a ser um dos principais precedentes da Súmula 565, em vigor:

A multa, por definição, foi instituída para suprir a falta da correção monetária, ou compensar, vamos dizer, a desvalorização da moeda decorrente da mora, porque os juros já existiam. *Hoje, acredito, além de legal, ela é sanção pecuniária.* (Fls. 1.302, grifos acrescentados).

E, como se sabe, *correção monetária não é penalidade aplicável* em qualquer relação jurídica, nem, sequer, possui *natureza indenizatória como são os juros*.

Tanto que a Súmula 191, STF, foi mencionada no julgado que deu origem à Súmula 565, que lhe adequou para a nova leitura jurídica, afastando aquela para manter e aplicar-se esta.

De fato, há, hoje, uma caterva de multas ditas *moratórias, de convalidação, administrativa, fiscal*, mas, todas, sem exceção, não fogem à regra do art. 157 do CTN que dispõe “a imposição de penalidade não ilide o pagamento integral do crédito tributário”, o que implica dizer que toda multa, ou outro nome ou categoria que

se lhe der, *que não integre o crédito tributário em seu valor principal*, só poderá ter caráter punitivo.

Penalidade x tributo. Este artigo apenas esclarece que a penalidade não substitui o tributo devido, mas, sim, agrega-se a ele, ficando o contribuinte obrigado ao pagamento de ambos.

Cumulação. “Deverá o infrator recolher a quantia equivalente à penalidade pecuniária e, além disso, cumprir a prestação do tributo”. (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 1.019, *apud*, Carvalho, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 8ª ed., Saraiva, 1996, p. 305)

Assim, tem-se sedimentado no Código Tributário Nacional o caráter e a finalidade legislativa de punição pelo inadimplemento de qualquer obrigação tributária imposta ao sujeito passivo. Até mesmo porque, como definiu o art. 3º do próprio CTN, tributo não pode ser sanção de ato ilícito. O mero inadimplemento do tributo não é crime e nem é ilícito, adstrito à seara do Direito obrigacional.

Concluindo: juros e correção monetária não possuem caráter punitivo. Aquele possui cunho meramente indenizatório, pela perda da posse do bem *dinheiro* no tempo, pela mora do adimplemento; esta possui cunho de recuperação ou retorno do valor no *status quo ante*, na data do dever de adimplir que, no caso de tributos, é pagar, em pecúnia. Já a multa, qualquer que seja a sua denominação, possui caráter punitivo, sancionatório.

## 5. A intranscendência das penalidades na falência: fundamento constitucional

A Constituição da República de 1988, norma máxima no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe uma série de direitos e garantias para o indivíduo, aqui entendido não apenas em sua singularidade, mas, inclusive, em sua coletividade.

A massa falida possui, durante sua existência jurídica, vários direitos previstos na Constituição, como, por exemplo, direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/1988), direito de petição junto aos órgãos e entes da Administração Pública (art. 5º, XXXIV, CR/1988) e, também, no que se refere diretamente ao tema ora tratado, a personalidade da pena (art. 5º, XLV, CR/1988), ou seja:

art. 5º  
(...)

*XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*

Tal princípio é reconhecido desde a Constituição Imperial, do que nos dá notícia o Prof. Vinícius Gontijo:

Desde a Constituição Imperial, o preceito da não transferência da sanção é previsto e reconhecido. Nesse sentido, colha-se: “A Constituição Imperial de 1824 (art. 179, n. 20) preceitua: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja’. As Constituições de 1891 e 1946 seguiram a mesma linha, e nada preceituou a respeito a Carta de 1937.”

Naturalmente, em que pese não haver expressa prescrição na Constituição de 1937 (vigente à época da edição do Decreto Falimentar de 1945), este era um preceito tacitamente reconhecido, tanto que nosso legislador expressamente excluiu do processo falimentar as sanções por ilícitos penais e administrativos pelo falido. (Gontijo, 2006, p. 203)

Desse modo, se a sociedade empresária (massa falida, na falência), que é distinta da pessoa dos sócios (que representam o falido, na falência), pratica qualquer ato que resulte em penalidade tributária durante a sua administração e existência, anterior à decretação da falência, *somente ela pode arcar com as consequências*, a saber: penas de caráter punitivo.

Em outras palavras, a massa falida, por se constituir num universo de credores, distinto da sociedade que faliu, não deverá suportar as multas tributárias a ela – sociedade – impostas.

O Direito Tributário sancionador, nesse aspecto, deixa a desejar quando trata da situação jurídica de massa falida, aplicável, ainda hoje, o princípio da pessoalidade da pena, não transmissível a terceiros. Nesse sentido:

Nesse particular, em matéria penal, impera o consenso entre os autores. Contudo, o mesmo não se verifica na seara do Direito Tributário sancionador, ao menos no Brasil. Existem estudiosos com opiniões divergentes, algumas das quais, as mais conservadoras, chegam a empregar a personalização como critério de distinção entre as sanções estritamente tributárias e as sanções penais.

*Omissis.*

A intransmissibilidade das sanções estritamente fiscais e o reconhecimento da prevalência do princípio da personalidade no âmbito do Direito Tributário sancionador encontram-se solidamente estribados em vigorosos e contundentes fundamentos. Contudo, quando as infrações são cometidas por pessoas jurídicas, a solução pode ser questio-

nada, porquanto o princípio da personalidade da penas, que tem origem no Direito Penal, protege as pessoas físicas do sofrimento de sanções impostas a atos ilícitos praticados por outrem, não valendo para as pessoas jurídicas que, ao menos tradicionalmente, não podem ser consideradas autoras de crimes e tampouco padecerem de pena. Assim, a comunicabilidade das sanções estritamente fiscais entre pessoas jurídicas estaria a merecer considerações e consequências peculiares. (Coimbra, 2007, pp. 323/330.)

Com a devida homenagem ao eminente doutrinador e professor, não nos parece correta a assertiva de que não é possível a aplicabilidade do princípio de pessoalidade da pena às pessoas jurídicas e, por extensão, a figuras como a massa falida, por visar a proteção das pessoas naturais ao sofrimento de penas por crimes cometidos por outrem. Nessa colocação há, pelo menos, dois equívocos.

O primeiro, quando trata a penalidade apenas e tão somente como consequência de ato ilícito ou crime. Não é. Tanto que, no Brasil, o simples não pagamento de tributo não importa em ilegalidade, mas mero inadimplemento, em âmbito obrigacional, apenas. O já mencionado art. 157, CTN cumulado com o art. 3º, do mesmo diploma, deixa claro a esse respeito. Uma coisa é a pena aplicada para os fins penais, outra, para fins obrigacionais. Mas ambas as penas estão na seara do fundamento punitivo, sancionador.

O segundo lapso é quando considera que pessoas jurídicas não possam padecer de penas. Tanto pode, como há todo um Direito Penal inovador construído para garantir a punição de sociedades e companhias em crimes ambientais, por exemplo. A única diferença é quanto ao *tipo de pena* que, forçosamente, não há de ser reclusão, em cárcere. E pena, aqui, possui, reiterar-se à exaustão, caráter de sanção.

Isso é explicável pelo conhecimento de História. Pois, o que é o princípio do não confisco, hoje consagrado e estendido às sociedades e companhias de todos os matizes, se não a proibição do Rei João Sem Terra – a pessoa do governante se confundindo com a figura do *Estado* – de não tomar as terras dos senhores feudais e nobres, pessoas naturais ainda que de posse de bens reais, coisificadas? Se formos considerar todo o arcabouço do Direito Penal, ele sempre teve, como raiz, um fundamento pessoal que protegia as coisas não pelo que elas são e seus atributos, mas porque todas elas remetem, em última análise, ao direito da pessoa humana.

Desse modo, a despeito de entendimentos contrários, perdura a posição de que as multas tributárias, *por possuírem caráter punitivo*, não podem



ser pagos pela massa falida, estando na penúltima colocação do rol dos credores, como prevê o art. 83, III e VII, da Lei 11.101/2005.

Massa falida não é sucessora, em nenhuma hipótese, da sociedade empresária. Trata-se, como já dito, de mera figura jurídica temporal e com finalidade legal específica que não é a continuação, debaixo de sua figura, das atividades empresariais daquele que falhou.

Por isso, persiste a aplicação do princípio da pessoalidade da pena quando se trata da massa falida, afastando-se, por consequência, as multas tributárias de caráter punitivo.

## 6. As súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre multas fiscais na falência: precedentes

Há 2 (duas) súmulas do STF, que continuam em vigor, aplicáveis para a questão jurídica sob análise, a saber: 192, cujo texto, *ipsis literis*, é “*não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa*” e 565, pela qual “*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*”.

A Súmula 192 teve aprovação na Sessão Plenária do STF em 13/12/1963, anterior ao Código Tributário Nacional, de 1966, enquanto que a Súmula 565 foi aprovada em 15/12/1976.

O que importa para o presente trabalho são os precedentes que fundamentaram a elaboração das respectivas súmulas, sendo certo que todas confirmam o acima já elaborado. Senão, veja-se a ementa do RE 79.625/SP, mencionado em outros precedentes:

Multa moratória. Sua inexigibilidade em falência, art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências.

A partir do Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25/10/1966, não há como se distinguir entre multa moratória e administrativa. Para a indenização da mora são previstos juros e correção monetária. RE não conhecido.

Verifica-se que qualquer valor reclamado em falência, que tenha conotação punitiva como as multas tributárias e mesmo contratuais, não pode ser requisitada preferencialmente aos de cunho meramente restaurador do *status quo* ou indenizatório como são o caso da correção monetária e os juros. Veja-se extrato do voto do RE 79.625/SP a respeito:

Nessa conformidade, a sanção fiscal aplicada ao falido, compensada a mora pela correção monetária do tributo exigido e pelos juros

moratórios, é sempre punitiva, pois que a sanção aplicada, não o é pela mora, mas pelo simples fato do inadimplemento, daí considerar a sua natureza como punitiva, e não moratória.

*Omissis.*

Por isso, entendo, como o egrégio tribunal local, e nesse sentido votei no plenário, RE 80.093-SP e mais 80.193, 80.147 e 80.185, em 13/12/1974, que as sanções fiscais são sempre punitivas, uma vez asseguradas a correção monetária e os juros monetários. O princípio da Lei de Falências é o de que não se deve prejudicar a massa, o interesse dos credores. O que se assegura é o imposto devido, não as sanções administrativas. Esta a inteligência que dou ao art. 184 do CTN.<sup>1</sup>

O novo art. 83, VII, da Lei 11.101/2005 viola esse critério embasado em princípio geral de Direito – disposto no art. 23 da antiga Lei de Falências (Decreto-Lei 7.661/1945) – ao preferir “*as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias*” aos “*créditos subordinados, a saber: a)os assim previstos em lei ou em contrato*”, como dispõe o inciso VIII do mesmo artigo da nova lei de falências.

Em outras palavras: paga-se as multas e demais penalidades pecuniárias com índole punitiva primeiro e, se sobrar, pagam-se os juros. É a consagração do absurdo jurídico! Mas ela tem uma explicação legislativa: é que a Fazenda, não raro, prevê uma variedade de multas de todos os matizes: *convalidação, moratória, fiscal*. Se um contrato, privado, fizer previsão de mais de um tipo de cláusula penal ou multa, esta certamente, será fulminada por uma decisão judicial que a afastará por constituir em abuso, violação da função social do contrato ou, recorrendo aos princípios publicísticos, *ne bis in idem*.

O grande problema do mencionado art. 83, VII, da Lei 11.101/2005 é a sua *inconstitucionalidade*, que há de ser reconhecida pelo Poder Judiciário. Não para negá-la, mas *para determinar a correta disposição das preferências de crédito na falência*. Isso porque o agente que praticou o ato passível de sanção é pessoa diversa da massa falida, que, como dito, retrata o universo de credores da massa falida.

A manter a disposição legal tal como está, o credor que pleiteia pagamento dos juros indenizatórios ficará por último, *proporcionando evidente privilégio do Estado que usa e abusa das multas para arrecadar às custas não só do contribuinte, mas de terceiros,*

<sup>1</sup> Pp. 1.299/1.300.

como acontecerá na falência se o dispositivo não for declarado inconstitucional.

Pelo Código Tributário Nacional todas as multas tem conotação punitiva, de penalidade, devendo ser paga por último. De fato, veja-se o já mencionado RE 79.625/SP, datado de 14/08/1975:

O Senhor Min. Cordeiro Guerra: – O v. acórdão recorrido excluiu a multa moratória da condenação, em executivo fiscal, imposta à massa falida, em obediência ao art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências, por entender que, face ao Código Tributário Nacional, todas as multas fiscais são de natureza administrativa penal.

Inconformado, recorre o Estado de São Paulo, para que se reconheça que a multa moratória é exigível de massa falida, nos termos da Súmula 191.

*Omissis.*

Voto – (...) Não há dúvida, e o consagra a Súmula 192, que não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa (...).

Essa proibição, como esclarece Miranda Valverde, “figura no nosso direito falimentar desde a Lei 2.024, de 1908, e provém da lei alemã sobre falências, que, no § 63, n. 3, ordena a exclusão, do concurso, dos créditos por penas pecuniárias, porquanto se eles pudessem ser incluídos na falência, feririam não tanto o devedor, quanto os credores dela, contrariando, ainda hoje, o princípio, que não necessita estar mais nos códigos, de que a responsabilidade penal é absolutamente pessoal”.

Entretanto, esta egrégia Corte sempre entendeu que, em se tratando de multa simplesmente moratória, inclui-se no crédito habilitado em falência, a multa de tal natureza – Súmula 191.

Em reiterados julgados, os eg. tribunais de São Paulo têm entendido, porém, como na espécie, que, a partir da vigência do Código Tributário Nacional, não obstante o disposto no seu art. 184 e 134, parágrafo único, toda multa fiscal é punitiva, e, conseqüentemente, inexigível em falência.<sup>2</sup>

Em face das distinções entre sociedade empresária falida e a Massa Falida, e, ainda, o caráter pessoal da penalidade pecuniária, é que se afasta, taxativamente, por disposição constitucional, as multas em classe preferencial na falência. Tal ponto é tão importante em matéria falimentar, que, em outro momento no voto do v. acórdão paradigma da Súmula 565, do STF, ainda em vigor, foi ressaltado:

Fundamental, nos termos dessa exposição para que a multa pecuniária se exclua do processo da falência, é a circunstância de caber ao falido a responsabilidade pessoal pela infração, que haja dado causa à pena. Filia-se essa interpretação, como é sabido e como se registra, aliás, em nota ao

comentário do insigne comercialista, à exposta nos motivos da lei alemã, explicativos das razões que haviam induzido o legislador germânico a mandar excluir do concurso de créditos fundados em penas pecuniárias. “Se as penas pecuniárias” – rezavam os motivos dessa lei – “em que estivesse incurso o devedor comum, pudessem ser reclamadas na falência, elas feririam, não tanto esse devedor, quanto os credores da falência”.

4. Se bem que houvesse sido esse, originariamente, o motivo que determinou se excluíssem do processo de falência os créditos oriundos de pena pecuniária, a contenda, na aplicação dessa regra, passou a ferir-se, todavia, acerca de saber se a chamada multa moratória constitui pena ou, mais precisamente, pena pecuniária. A questão em torno da qual gira a divergência consiste, assim, em apurar se esse gravame é multa simplesmente moratória ou se, ao contrário, reveste, malgrado esse *nomen iuris*, o caráter de multa penal. À ideia de que a sanção pelo descumprimento de obrigação fiscal possui natureza meramente civil, com a função de ressarcir dano causado pelo inadimplemento desse dever jurídico contrapõe-se, desse modo, a concepção de que, na multa moratória, se traduz verdadeira sanção penal, transcendendo a reação punitiva, nela expressa, os limites do mero ressarcimento de prejuízo ou dano acarretado pelo descumprimento da obrigação fiscal.<sup>3</sup>

Numa fina analogia, o Min. Cunha Peixoto, em seu voto no mesmo RE 79.625/SP, explica:

Além disso, penal ou moratória, o falido deixa de pagá-la para transferir a seus credores. O fisco recebe não na moeda da falência, mas na moeda atual, quando os demais credores vão receber na moeda da falência, e, além disso, ainda contribuem para pagar ao Fisco na moeda atual. Razão por que também acompanho o eminente relator (...)<sup>4</sup>.

Frise-se que os ministros que foram vencidos nesse julgado, Min. Thompson Flores e Min. Xavier de Albuquerque, aplicavam a Súmula 191, STF, dizendo que a multa moratória seria correção monetária sob outro nome, no que foram advertidos pelos demais componentes da Corte Pretoriana sobre o equívoco, qual seja: na data da edição da Súmula 191, a referida multa moratória era, na verdade, a junção dos índices de correção monetária com os juros de mora.

## Conclusão

Feitas essas observações, não há como persistir o equívoco presente no art. 83, VII, da Lei 11.101/2005 que determinou a preferência das multas em face

<sup>2</sup> Pp. 1.297/1.298.

<sup>3</sup> Pp. 1.308/1.309.

<sup>4</sup> P. 1.315.

dos juros, nos termos do inciso seguinte, visto que inconstitucional.

De fato, o princípio constitucional da intranscendência das penas que tem como espécie as multas, contratuais privadas ou mesmo estatais, como é o caso do Fisco, não sofreu qualquer reparo, devendo se aplicar por supremacia à norma infraconstitucional.

Qualquer multa em falência só pode ser adimplida por último e em derradeiro, visto que só assim estará-se-á garantindo a aplicação sancionatória a quem, efetivamente, a provocou.

### Referências bibliográficas

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do RE 79.625/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 16 nov 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 305. In: PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 1.019.

GONTIJO, Vinícius Jose Marques. *Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência*. Revista de Direito Mercantil, v. 141, São Paulo: Malheiros, jan a mar/2006.

\_\_\_\_\_. *O Empresário no Código Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 831, ano 94, jan/2005.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. 2ª ed. *Recuperação judicial de empresas e falência à luz da Lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.



Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

## Lei 12.319, de 1º de setembro de 2010

Regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – Libras.

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

Art. 1º Esta Lei regulamenta o exercício da profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – Libras.

Art. 2º O tradutor e intérprete terá competência para realizar interpretação das 2 (duas) línguas de maneira simultânea ou consecutiva e proficiência em tradução e interpretação da Libras e da Língua Portuguesa.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º A formação profissional do tradutor e intérprete de Libras – Língua Portuguesa, em nível médio, deve ser realizada por meio de:

I – cursos de educação profissional reconhecidos pelo Sistema que os credenciou;

II – cursos de extensão universitária; e

III – cursos de formação continuada promovidos por instituições de ensino superior e instituições credenciadas por Secretarias de Educação.

Parágrafo único. A formação de tradutor e intérprete de Libras pode ser realizada por organizações da sociedade civil representativas da comunidade surda, desde que o certificado seja convalidado por uma das instituições referidas no inciso III.

Art. 5º Até o dia 22 de dezembro de 2015, a União, diretamente ou por intermédio de credenciadas, promoverá, anualmente, exame nacional de proficiência em Tradução e Interpretação de Libras – Língua Portuguesa.

Parágrafo único. O exame de proficiência em Tradução e Interpretação de Libras – Língua Portuguesa deve ser realizado por banca examinadora de amplo conhecimento dessa função, constituída por docentes surdos, linguistas e tradutores e intérpretes de Libras de instituições de educação superior.

Art. 6º São atribuições do tradutor e intérprete, no exercício de suas competências:

I – efetuar comunicação entre surdos e ouvintes, surdos e surdos, surdos e surdos-cegos, surdos-cegos e ouvintes, por meio da Libras para a língua oral e vice-versa;

II – interpretar, em Língua Brasileira de Sinais – Língua Portuguesa, as atividades didático-pedagógicas e culturais desenvolvidas nas instituições de ensino nos níveis fundamental, médio e superior, de forma a viabilizar o acesso aos conteúdos curriculares;

III – atuar nos processos seletivos para cursos na instituição de ensino e nos concursos públicos;

IV – atuar no apoio à acessibilidade aos serviços e às atividades fim das instituições de ensino e repartições públicas; e

V – prestar seus serviços em depoimentos em juízo, em órgãos administrativos ou policiais.

Art. 7º O intérprete deve exercer sua profissão com rigor técnico, zelando pelos valores éticos a ela inerentes, pelo respeito à pessoa humana e à cultura do surdo e, em especial:

I – pela honestidade e discrição, protegendo o direito de sigilo da informação recebida;

II – pela atuação livre de preconceito de origem, raça, credo religioso, idade, sexo ou orientação sexual ou gênero;

III – pela imparcialidade e fidelidade aos conteúdos que lhe couber traduzir;

IV – pelas postura e conduta adequadas aos ambientes que frequentar por causa do exercício profissional;  
V – pela solidariedade e consciência de que o direito de expressão é um direito social, independentemente da condição social e econômica daqueles que dele necessitem;

VI – pelo conhecimento das especificidades da comunidade surda.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 1º de setembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto  
Fernando Haddad  
Carlos Lupi  
Paulo de Tarso Vanucchi



Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

## Lei 12.324, de 15 de setembro de 2010

Revoga o Decreto-Lei 7.270, de 25 de janeiro de 1945, e o Decreto-Lei 7.776, de 25 de julho de 1945.

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

Art. 1º Ficam revogados o Decreto-Lei 7.270, de 25 de janeiro de 1945, e o Decreto-Lei 7.776, de 25 de julho de 1945.

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

Brasília, 15 de setembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
Júlio Soares de Moura Neto



## Arguição de Inconstitucionalidade Criminal 6263-38.2005.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto  
Arguente: Justiça Pública  
Procurador: Dr. Marco Túlio Lustosa Caminha  
Arguido: Giovani Montini Araújo de Castro  
Advogado: Dr. Luis Moura Neto  
Suscitante: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Suscitada: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Publicação: e-DJF1, de 27/09/2010, p. 2

### Ementa

*Direito Constitucional. Direito Penal. Inexistência de individualização legislativa da pena. Lei 9.472, de 1997, art. 187. Inconstitucionalidade.*

I. A Constituição Federal, no inciso XLVI do art. 5º, estabelece que *a lei regulará a individualização da pena*. Esse princípio limita, juntamente com os princípios da *irretroatividade da lei*, da *oponibilidade da coisa julgada* e da *personalização da pena*, o poder do Estado.

II. A pena não pode ser estandartizada, padronizada, deve, sim, ser individual, particularizada para o indivíduo e não genérica. Os homens não são iguais, cada um tem sua personalidade, seu modo de pensar e agir. Cada homem tem algo de particular.

III. O art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece que constitui crime: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”. A esse ilícito o legislador aplicou pena privativa de liberdade (detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro), e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem estabelecer o mínimo. Pena relativamente indeterminada, só o máximo é fixado, violando, assim, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

### Acórdão

A Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade, no art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, da expressão *de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)*.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 02/09/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. A Terceira Turma deste Tribunal, em sessão de 26 de outubro de 2009 – julgando a Ap 2005.40.00.006267-0/PI, que tem como apelante o Ministério Público Federal e como apelado Giovani Montini Araújo de Castro, condenado à pena de um ano, pela prática do delito previsto no art. 70 da Lei 4.117, de 1962 –, acolheu o argumento da acusação de que o dispositivo violado foi o art. 183 da Lei 9.472, de 1997, entendendo, assim, que houve revogação expressa do art. 70 pelo art. 215 da Lei 9.472, de 1997.

Questão já decidida.

2. Ainda, encontrou a Turma uma inconstitucionalidade na pena cominada pelo art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Diz esse artigo que constitui crime: *Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação*. A esse ilícito o legislador aplicou pena privativa de liberdade (detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro), e multa. Fixou a multa em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem estabelecer máximo ou mínimo.

O valor da multa é um só.

Entendendo que o dispositivo violou o art. 5º, XLVI, da CF/1988 (*a lei regulará a individualização da pena*), que consagra como direito fundamental o princípio da individualização da pena, a Turma, por

unanimidade, suspendeu o julgamento para suscitar a inconstitucionalidade do preceito sancionador, no tocante à multa do art. 183 da Lei 9.472, de 1997, perante a Corte Especial Judicial deste Tribunal.

3. Foi publicado edital, com prazo de 10 (dez) dias, para conhecimento dos titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal. Não houve manifestação alguma (cf. edital, fls. 232; certidão de publicação no DJ, de 26/02/2010, fls. 233; certidão de decurso do prazo legal, sem qualquer manifestação, fls. 234).

4. A União Federal, ouvida a pedido do Ministério Público Federal, pela Advogada da União – PRU 1ª Região, Cristiane Flores Soares Rollin, foi pela rejeição do incidente de inconstitucionalidade, argumentando (fls. 236/237):

Manifestou o relator que o referido dispositivo legal afrontaria o princípio constitucional da individualização da pena, consagrado no art. 5º da Constituição Federal, pois impediria o magistrado de fixar a pena de multa de acordo com as balizas do art. 59 do Código Penal.

Por esta razão, foi suspenso o julgamento do recurso e suscitado o presente incidente de inconstitucionalidade.

Sucedee que, ao contrário do exposto, não há que se falar em inconstitucionalidade da multa em valor fixo prevista no art. 183 da Lei 9.472/1097.

Cumprer ressaltar que a Constituição não veda ao legislador prever penas de multa em valor fixo. E não há que se confundir o sistema de dias-multa com normas especiais que fixem a penalidade em montante fixo, não variável.

No sistema dias-multa, que é a regra geral, o valor da multa não é determinado previamente em quantia fixa, mas de acordo com a renda média auferida pelo condenado por um dia de trabalho, levando-se em consideração para esse cálculo a situação econômica e patrimonial do condenado.

No sistema de multa fixa, como é o caso do art. 183 da Lei 9.472/1997, não se aplica a regra geral do sistema de dias-multa, pois é regra especial, devendo, por isso, prevalecer.

Ademais, o princípio da individualização da pena foi devidamente observado pelo legislador ao prever os parâmetros em abstrato da pena privativa de liberdade. Não havendo que se falar, pois, em inconstitucionalidade da pena de multa prevista em valor fixo, pois se trata, como visto, de uma exceção ao sistema de dias-multa.

5. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, opinou pela

inconstitucionalidade da multa cominada ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, ser prefixada em dez mil reais, devendo o tipo penal ser compreendido como trazendo apenas pena privativa de liberdade (fls. 243/259).

Argumentou S. Exa. (fls. 246/247 – 250):

Assim, *data venia* das razões apresentadas pela União, a questão da constitucionalidade da multa fixa do delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997 não passa pelo cotejo entre as disposições gerais do Código Penal sobre o tema e o determinado pela legislação penal especial. Dentro da sistemática de nosso ordenamento jurídico, tanto o Código Penal como as leis penais extravagantes devem se conformar à matéria constitucional. A Constituição Federal é o vértice de interpretação das demais normas, não podendo ser extraídos destas condicionantes ao Texto Constitucional.

Desenvolvendo as premissas acima, no caso específico da pena de multa, há que se ver que a Constituição não manda seja fixada em dias-multa. Determina apenas que o seja de forma individualizada, pelo que a lei infraconstitucional pode trazer multa em dias-multa, em pecúnia determinada e, diretamente, em salário mínimo, desde que haja limites para que o julgador chegue a *quantum* final, levando em conta a necessidade e suficiência da multa – nos termos do art. 59 do *Codex* Penal, que se constitui em idônea diretriz geral, tendo-se em mente, ainda, a situação econômica do sentenciado. Assim, além do princípio da individualização da pena há se atentar ainda à proporcionalidade, pois a mesma multa não pode ser aplicada ao réu com vida econômica confortável e ao que possui rendimentos modestos, mesmo que as circunstâncias judiciais sejam idênticas.

(...)

Por todo o acima argumentado, há que se convir que a multa fixa de dez mil reais presente no preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/1997, não permite a individualização da pena, pois tanto o agente com nenhuma circunstância judicial desfavorável como o que não estivesse nessa situação, seriam apenados com os mesmos dez mil reais e sem levar em conta a capacidade econômica de cada um. E essa inconstitucionalidade ocorreria se a multa fosse prefixada pela lei em dez dias-multa, em um salário mínimo ou em mil reais. O que há se ter em mente não é o meio de expressão final da multa, mas sim a lei possibilitar, ou não, a adequada dosimetria, a cargo do julgador. Caso essa multa em pecunia fosse fixada pela lei, *v.g.*, entre cinquenta e dez mil reais, não se observaria ofensa constitucional. E o fato do art. 183 trazer parâmetros em abstrato para a fixação da pena privativa de liberdade, não convalida a inconstitucionalidade detectada quanto à pena de multa.

6. É o relatório.

7. Encaminhem-se os autos ao Presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — O princípio da individualização da pena. Limitação do *jus puniendi* do Estado.

A Constituição Federal, no inciso XLVI do art. 5º, estabelece que *a lei regulará a individualização pena*. Esse princípio limita, juntamente com os princípios da irretroatividade da lei, da oponibilidade da coisa julgada e da personalização da pena, o poder do Estado.

Os princípios constitucionais penais e processuais penais têm por finalidade preservar a dignidade da pessoa humana, garanti-la.

Os princípios revelam conjunto de regras, paradigmas de toda espécie de ação estão acima das regras. São preceitos fundamentais e nem sempre estão escritos nas leis.

A pena não pode estandarizada, padronizada, deve, sim, ser individual, particularizada para o indivíduo e não genérica. Os homens não são iguais, cada um tem sua personalidade, seu modo de pensar e agir. Cada homem tem algo de particular.

A pena deve ser justa, livre de qualquer padronização. Disse Aníbal Bruno: “A pena é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer”<sup>1</sup>.

Eloquentemente, diz Álvaro Mayrink da Costa<sup>2</sup>, fundado na lição de Marc Ancel:

(...) o delinqüente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança, ou de retribuição na luta contra o delito.

São modos de individualização da pena:

- a) pena determinada na lei, sem escolha para o juiz.
- b) pena totalmente indeterminada.

c) pena relativamente indeterminada (só o máximo é fixado).

d) pena estabelecida em lei dentre de um máximo e um mínimo.

Não mais se admite, nos dias de hoje, a pena fixa, sem deixar uma relativa discricionariedade para o juiz fixá-la. Também, não se admite que fique puramente ao arbítrio do juiz a sua aplicação. O que se aceita num Estado Democrático de Direito é que o legislador estabeleça um máximo e um mínimo e que, dentro destes limites, o juiz fixe a pena.

Portanto, o legislador estabelece, quando da elaboração do preceito sancionatório, as penas máxima e mínima, que entende como necessárias para prevenir (caráter preventivo) e reprimir o crime (caráter retributivo) – individualização legislativa; e o juiz, dentro dessa faixa, irá fixar a pena que, no caso concreto, alcançará o objetivo da sociedade de reprimir o delito – individualização judiciária. Há ainda a executória, impedindo a execução em massa. *A individualização legislativa é que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras ligando a cada um dos fatos típicos a uma pena que varia entre o um mínimo e um máximo claramente determinados*, como explica Frederico Marques<sup>3</sup>.

O juiz se vale do seu livre convencimento (discricionariedade), expondo seu raciocínio (raciocínio vinculado). Discricionariedade juridicamente vinculada. O juiz está jungido aos parâmetros que a lei estabelece.

Deve o juiz buscar a pena justa. Não se pode ter pena-padrão. A individualização é para que se concretize a justiça. O castigo deve ser o que o réu merece. Não adianta pena alta, aplicada tão somente para atender a mídia, ou porque o juiz persegue a tolerância zero. A desproporcionalidade entre o fato praticado e a pena é idéia do seguidores do Direito Penal do Inimigo.

A individualização da pena é uma garantia criminal repressiva constitucional, estando jungida à personalização da pena e à sua humanização.

A individualização da pena como garantia constitucional é inafastável.

Direito fundamental do homem é ter sua pena, no caso de vir a ser condenado, individualizada. Direito fundamental do homem, vigente na nossa ordem jurídica.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Assusete Magalhães, Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Souza Prudente, Selene Almeida, Leomar Amorim, Neusa Alves e Olindo Menezes

<sup>1</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio: Editora Rio, 1976, p. 9.

<sup>2</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Reflexões críticas e propostas para a execução penal*. Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1998, v. 1, n. 3, p. 117.

<sup>3</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo. Saraiva, 1954 v. III, p. 235 e ss.

O art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece que constitui crime: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”. A esse ilícito o legislador aplicou pena privativa de liberdade (detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro), e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem estabelecer mínimo. Pena relativamente indeterminada, só o máximo é fixado, violando, assim, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

2. Ante o exposto, dou pela inconstitucionalidade da expressão *de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)* do preceito sancionatório do art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.

3. É o voto.

### Voto vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente:* Senhor Presidente, a Constituição cidadã de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVI, determina a garantia de que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras..., e aí discrimina cada uma dessas penas nas alíneas *a* e *e* do

referido inciso XLVI. Como se vê, multa é pena e é pena de natureza pecuniária. E multa não é pena apenas no Direito Penal, mas em qualquer ramo do Direito, multa é pena. Essa norma, que é constitucional, afasta qualquer norma legal neste País que fixe pena fixa, isto é, também temos esta inconstitucionalidade de forma gritante no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, que determina, inclusive, a multa como pena de 1%, e até 10%, à pessoa errada, porque fere a garantia da pessoalidade da pena mandando aplicar a multa à parte e não ao advogado infrator.

Não tenho dúvida em acompanhar o eminente relator, porque a norma legal agora inquinada de inconstitucional fere efetivamente o preceito do inciso XLVI, alínea *c*, do art. 5º da Carta Política Federal. Observo apenas, diante da admiração de Vossa Excelência, muito oportuna, no sentido de que somente agora é que foram acordar para essa inconstitucionalidade. Lembro que a Suprema Corte, acertadamente, já disse que o vício de inconstitucionalidade é imprescritível. Portanto, acompanho o eminente relator.



## Corte Especial

Numeração única: 0034975-68.2009.4.01.0000

Suspensão de Execução de Sentença 2009.01.00.036245-6/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Requerente: União Federal

Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas

Requerido: Juízo Federal da 15ª Vara/DF

Impetrante: Márcio da Silva Florêncio

Advogado: Dr. Manoel Florêncio

Agravo Regimental

Impetrante: Márcio da Silva Florêncio

Publicação: e-DJF1 de 11/10/2010, p. 04

### Ementa

*Agravo regimental. Suspensão da execução da sentença. Mandado de segurança. Remoção de servidor. Ajuda de custo e indenização de transporte. Ausência dos pressupostos para a suspensão.*

I. O deferimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.439/1992 pressupõe que o requerente demonstre que a decisão impugnada poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse rol não está incluída a ordem jurídica.

II. Possíveis erros de julgamento ou de procedimento devem ser debatidos e decididos na via recursal própria, já que, no instrumento processual eleito, o presidente do Tribunal não analisa, em princípio, questões processuais e de mérito.

III. A suspensão de efeitos de sentença, de que trata o art. 15 da Lei 12.016, de 17/08/2009, tem efeito para o futuro. Não revoga nem modifica o teor da decisão de primeira instância, afastando apenas e temporariamente a sua eficácia. Já cumprida, em sua quase totalidade, a sentença que determina o pagamento de ajuda de custo e indenização de transporte a apenas um beneficiário não tem o condão de causar lesão aos bens jurídicos protegidos pela suspensão de sentença, que deve ser praticada com comedimento.

IV. Provimento do agravo regimental.

### Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 30/09/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes:* — Trata-se de agravo regimental interposto por Márcio da Silva Florêncio contra decisão do então presidente deste Tribunal, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que deferiu a suspensão dos efeitos da segurança concedida pelo juízo da 15ª Vara Federal – DF, nos autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.025671-3/DF, impetrado pelo agravante, para determinar a concessão de ajuda de custo,

passagens aéreas e indenização pelo transporte do mobiliário e bagagens, em favor do impetrante e de seus familiares, em razão de remoção a pedido decorrente do concurso de remoção a que se refere o Edital PGFN 1/2008. (cf. peça de fls. 37-43.)

Afirma que o pedido foi deferido fazendo referência à decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na SLS 995. No entanto, prossegue, aquele Tribunal considerou, naqueles autos, que estava demonstrada a possibilidade de grave lesão

à economia pública, diante dos números e valores apresentados pela União e lastreados em elementos fático-probatórios constantes daqueles autos, o que não ocorreu no caso, haja vista que *os valores devidos ao agravante são irrisórios se comparados ao orçamento bilionário da União e, portanto, incapazes de ensejar risco de grave lesão à economia pública.*

Sustenta que, em razão da liminar e da sentença de primeira instância, *já recebeu há quase 12 meses a parte mais significativa de sua pretensão, a saber, o valor referente à ajuda de custo, e que está pendente apenas a reposição das despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais* (fls.144), e que, restando apenas parcela irrisória a ser complementada, falece à União interesse de agir para o requerimento da presente suspensão.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. A decisão ora agravada está vazada nos seguintes termos (cf. fls. 112/121):*

(...)

12. Apreciando a SLAT 2008.01.00.043409-6/DF, deferi o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9/DF, que trata de questão idêntica à presente, qual seja, a concessão de ajuda de custo a servidores removidos a pedido em razão de concurso de remoção.

13. Entretanto, julgando o agravo regimental interposto em face dessa decisão, a eg. Corte Especial, por maioria, a ele deu provimento, restando o acórdão assim ementado:

*Processo Civil. Suspensão de segurança. Agravo regimental. Procuradores da Fazenda Nacional. Indenização de ajuda de custo e transporte.*

1. A suspensão de liminar ou de tutela antecipada deve ser concedida comedidamente e o Presidente do Tribunal deve estar sempre atento à plausibilidade do direito apresentado pela pessoa jurídica de direito público.

2. O Presidente do Tribunal, no pedido de suspensão, não examina se a decisão é ou não correta, justa ou injusta, legal ou ilegal. Examina, tão-somente, se o ato judicial causa lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

3. Inexistência de grave lesão à ordem econômica. Tendo o servidor direito a ajuda de custo e transporte, verba indenizatória, não pode a União Federal deixá-la de pagar sob o argumento que o pagamento causa lesão à economia pública. É pretender, sim, fazer economia à custa do direito do servidor. A lesão à economia do servidor é grave, que terá de suportar despesas com transporte seu e de seus familiares e de seus bens. Despesa grande. Não se trata, no caso, de pagamento de vantagens pecuniárias, não havendo violação, por conseguinte, à ADC4.

4. Inexistência de grave lesão à ordem administrativa. Tem a Fazenda Nacional interesse na remoção de seus procuradores, tanto tem que abriu edital de remoção. Logo, não pode alegar que não tem condições de efetuar o pagamento da ajuda de custo e de transporte, e, não podendo, por esse motivo, fazer as remoções, prejudicando diversas unidades da Federação, causando grave lesão à administração. (AGSS 2008.01.00.043409-6/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Rel. p/ Acórdão Desembargador Federal Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1 p. 142, 16/03/2009.)

14. Dessa decisão, a União formulou novo pedido de suspensão, perante o eg. Superior Tribunal de Justiça – SLS 995, ocasião em que Presidente daquela Corte Superior entendeu por bem suspender, novamente, o decisum de primeiro grau, *verbis*:

A União ingressa com o presente pedido para suspender tutela antecipada *concedida pelo Exmo. Juiz Federal da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9 proposta pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz e que foi objeto do pedido de suspensão 2008.01.00.043409-6 inicialmente deferido pela Presidência do TRF-1ª Região (...), cuja decisão foi revertida pela Corte Especial do mesmo Tribunal ao apreciar o agravo regimental interposto pela entidade sindical* (fls. 2).

Relata a requerente que na ação coletiva ajuizada postula o autor, liminarmente, que se conceda, cumulativamente, a) ajuda de custo, b) passagens aéreas e c) indenização pelo transporte mobiliário e bagagem a todos os Procuradores da Fazenda Nacional removidos a pedido no concurso regido pelo Edital PGFN 1, de 30/05/2008 (fls. 3). No mérito, pede, além da confirmação dos pedidos liminares, que seja *reconhecido o direito dos Procuradores da Fazenda Nacional a perceber ajuda de custo em todos os casos de transferência de localidade, a pedido, por concurso de remoção* (fls. 3).

A tutela antecipada, aqui atacada, foi deferida *para assegurar aos Procuradores da Fazenda Nacional, substituídos do Sindicato-Autor, o direito ao recebimento de indenização de ajuda de custo e transporte, na forma do Decreto 1.445/1995* (fls. 137).

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Leomar Amorim e Reynaldo Fonseca.

Sustenta a requerente que *nenhum Procurador da Fazenda Nacional é obrigado a se transferir para atender ao interesse do serviço por meio dos concursos de remoção respectivos, sendo o preenchimento das vagas oferecidas em tais concursos verdadeiro direito dos mencionados servidores, outorgado com base em critérios de antiguidade e classificação no concurso de ingresso na carreira*

(fls. 3).

Acrescenta que a tutela antecipada enseja grave lesão à ordem e à economia públicas, além do efeito multiplicador.

Solicitei informações ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 18/12/2008, para que esclarecesse os fundamentos apresentados pelo colegiado no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.043409-6/DF, ocorrido, segundo andamento processual de fl. 388, em 4.12.2008, ou para que encaminhasse cópia do acórdão ou das notas.

O Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz apresentou impugnação ao presente pedido de suspensão de liminar (fls. 405-412).

O Presidente em exercício do Tribunal Regional Federal da 1ª Região encaminhou a esta Corte, em 21/01/2009, cópia do acórdão proferido, por maioria (8 x 5), no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.043409-6/DF (fls. 444/462).

Passo a decidir.

Entendo presentes os requisitos necessários ao deferimento do pedido, haja vista ter a requerente se desincumbido de demonstrá-los suficientemente nas seguintes passagens da inicial:

*Por oportuno, como restará demonstrado ao longo da presente medida extrema, cumprenos ressaltar a urgência que reveste o deferimento do presente pedido de suspensão, uma vez que a manutenção da decisão impedirá a Administração de promover novas remoções e, por consequência, de perfazer novas nomeações, dada a obrigação da PGFN de prever em seu orçamento os valores necessários ao pagamento de tais despesas, o que, de fato, não ocorreu no exercício de 2008. De mais a mais, o impacto financeiro advindo do provimento liminar importa em aproximadamente R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais) – a comprovar também a grave lesão à economia pública, advinda do impacto financeiro que o decisório causará aos cofres públicos.*

*Some-se a isso, que segundo informações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Ofício 2928 PGFN/GAB em anexo) “o provimento das vagas já criadas restará por demais prejudicado com a manutenção da decisão em tela, tendo em vista que estando a Administração obrigada a promover prévio concurso de remoção, com impacto financeiro considerável, estará também impedida de prover*

*vagas em aberto por força de tal limitação, pois, como sabido, as disponibilidades orçamentárias para os órgãos da Administração Pública, notadamente para o pagamento do pessoal, são cada vez mais escassas, especialmente em períodos de crise como o que agora enfrentamos”.*

*Não fosse o suficiente, conforme se depreende dos documentos em anexo, o Slinprofaz já peticionou nos autos originários (RE 2008.34.00.022230-9 – cópia em anexo) noticiando a decisão da Corte Especial do TRF 1ª Região e postulando o imediato – ou no máximo em 72 horas após a intimação – o pagamento das ajudas de custo e transporte de todos os procuradores removidos através do Edital PGFN 01/2008 (impacto financeiro de 35 milhões de reais) sob pena de multa diária à Ré e multa pessoal a ser aplicada à Coordenadora de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda – COGRH/MF. Tais constatações demonstram de pronto a urgência na apreciação da presente medida (fls. 16/17).*

Os argumentos fáticos acima reproduzidos encontram-se adequadamente alicerçados nas informações prestadas pela Procuradora-Geral Adjunta da Fazenda Nacional, bastante detalhadas, apresentando quadros sobre a quantidade de remoções efetivadas em 2007 e 2008 e do impacto financeiro respectivo, relativo à ajuda de custos, às passagens aéreas e ao transporte de mobiliário (cf. fls. 390-394). Basta ver que em apenas cinco editais de remoção publicados entre 2007 e 2008, 704 (setecentas e quatro) remoções *obtiveram êxito* 637 (seiscentas e trinta e sete) foram *efetivadas*, com custo superior a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais).

Diante destes dados, o que a União questiona é, justamente, o fato da transferência de localidade, a pedido, por concurso de remoção perfazer-se por mero direito do servidor, não com caráter de obrigatoriedade, obedecidos critérios de antiguidade e classificação no concurso de ingresso na carreira.

A possibilidade de lesão à economia pública, portanto, está configurada.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a tutela antecipada deferida na Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9, em trâmite na 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. (SLS 000995, rel. Min. César Asfor Rocha, Presidente, DJ de 09/02/2009.)

15. Posteriormente, essa decisão foi confirmada pela Corte Especial do STJ, consoante o v. acórdão a seguir ementado:

*Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz. Remoção de procuradores a pedido. Prévio concurso entre os interessados.*

Direito à ajuda de custo e transporte. Lesão à economia pública.

– O tema de mérito da ação principal não pode ser examinado com profundidade na presente via, que não substitui a do recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas.

– Os números e os valores apresentados pela União, assim como os demais elementos fático-probatórios constantes dos autos, revelam satisfatoriamente a possibilidade de grave lesão à economia pública decorrente da manutenção do pagamento da ajuda de custo e transporte dos procuradores removidos a pedido.

Agravo regimental improvido. (AgRg na SLS 995/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18/03/2009, DJ-e 02/04/2009.)

16. Contudo, conforme informado pelo impetrante (fls. 87/97), o col. Supremo Tribunal Federal julgou improcedente reclamação formulada pela União em face daquela decisão primeira, proferida pelo MM. Juízo Federal da 20ª Vara – DF, senão vejamos:

*Trata-se de agravo regimental interposto pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz, contra decisão em que julguei procedente reclamação proposta pela União. A decisão é do seguinte teor:*

*'Decisão: 1. Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela União, contra decisão do Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 28/32), que concedeu, nos autos da Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9, antecipação dos efeitos da tutela a Procuradores da Fazenda Nacional, garantindo-lhes o pronto pagamento de indenização de ajuda de custo e transporte, em razão do concurso de remoção realizado nos termos do Edital PGFN 1/2008 (fls. 28/32).*

*O pedido funda-se em que a decisão ofenderia o provimento cautelar proferido por esta Corte na ADC 4/DF.*

*2. Consistente a reclamação.*

*O ato decisório afronta os termos da medida cautelar concedida por esta Corte, na ADC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, dos quais resulta a inadmissibilidade de tutela provisória contra o Poder Público, em hipóteses que impliquem reclassificação ou equiparação, concessão de aumento, extensão de vantagens pecuniárias, outorga ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, ou exaustão, total ou parcial, do objeto de demanda respeitante a qualquer de tais casos (cf. Rcl 1.514/RS e Rcl 1.749/MS, rel. Min. Celso De Mello).*

*A espécie está abrangida pelo âmbito de eficácia da medida cautelar, porque implica pagamento de vantagens pecuniárias a servidores públicos em atividade. Há, pois, insulto às limitações impostas pelo art. 1º da Lei 9.494/1997, nos termos da jurisprudência já assentada nesta Corte (Rcl 1857, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 26/06/2001; Rcl 2248, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/06/2003; Rcl 2663, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17/06/2004; Rcl 2979, rel.*

*Min. Ilmar Galvão, DJ de 31/05/2002; Rcl 2469, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 13/11/2003; Rcl 2440, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 29/10/2003; Rcl 3452, Min. Vice-Presidente, Ellen Gracie – art. 37, I, c/c art. 13, VIII, do RISTF – DJ de 01/08/05; Rcl 4006, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 02/02/2006; Rcl 4079, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 07/03/2006; McRcl 4060, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03/04/2006; Rcl 4064, Min. Presidente, Nelson Jobim – art. 13, VIII, do RISTF/DJ de 30/03/2006, e Rcl 4080, Min. Cezar Peluso, DJ de 23/05/2006).*

*3. Do exposto, julgo procedente a reclamação, com base no art. 161, parágrafo único do RISTF, para suspender os efeitos da decisão impugnada, neles compreendida a prática de todo ato processual relacionado com a tutela ora inibida.*

*2. O agravante, inconformado, sustenta: (a) as remoções foram determinadas no pleno interesse da Administração em dotar determinadas localidades com maior força de trabalho, em virtude do incremento da demanda e atribuições da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sobretudo, após a criação da Super Receita; (b) ao analisar os votos proferidos no julgamento da ADC 4 e decisões em diversas reclamações com fundamento na referida ADC, infere o agravante que essa Excelsa Corte tem o entendimento de que a vedação contida no art. 1º da Lei 9.494/1997 não se estende para aqueles casos em que não haja aumento patrimonial para os servidores envolvidos.; (c) o caso dos autos é também daqueles em que não há aumento remuneratório aos servidores; as ajudas de custo e transporte são verbas eminentemente indenizatórias que têm o fim exclusivo de que os servidores removidos não tenham decesso em seu patrimônio, em virtude dos gastos com a alteração de domicílio, ou seja, são indenizações pelos enormes gastos a serem realizados pelos servidores em virtude de suas respectivas remoções, no exclusivo cumprimento do interesse público; (...) outros exemplos: viagens a serviço; os casos de Magistrados, Membros do Ministério Público e Advogados Públicos que são obrigados, por necessidade do serviço, a oficiarem em diversas comarcas; (d) tanto a ajuda de custo não tem caráter remuneratório, que sobre tais parcelas (indenizações) não há a incidência de Imposto de Renda, justamente por não se subsumirem tais parcelas à acepção de renda, de ganho efetivo que influa no aumento patrimonial; (e) o deferimento de antecipações de tutela, como no caso da decisão reclamada, não tem o condão de tumultuar a execução orçamentária do ente público interessado, porque é o próprio ente que indica se haverá remoção, e (f) não obstante o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, no sentir do agravante, a matéria agitada, quando do deferimento da cautelar na ADC 4, era a de impedir que servidores tivessem aumento em suas respectivas remunerações com supedâneo em decisões judiciais precárias, e, por outro lado, garantir aos entes públicos uma maior segurança jurídico-orçamentária; situação muito diferente é a do presente regimental; acaso não seja reformulada a decisão agravada e restabelecida a decisão reclamada, haverá um decesso na remuneração dos servidores envolvidos(...); o foco da ação e da própria lei era o de vedar o pagamento de parcelas de*



*cunho remuneratório e não aquelas eminentemente indenizatórias.*

3. Assiste razão ao agravante.

Reconsidero, ao propósito, o entendimento a que me inclinei no juízo prévio e sumário da concessão liminar. E já o fiz noutros casos.

Os fundamentos trazidos pelo Sindicato são consistentes e estão em harmonia com o que decidi na Rcl 5174, DJ de 12/06/2007, quando confirmei a antecipação de tutela concedida a desembargador, para o fim de lhe determinar o recebimento de períodos de férias não gozadas, por necessidade do serviço público. Confira-se:

2. Inconsistente a reclamação.

2.1 No julgamento da ADC 4, este Tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha como pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 e que implique reclassificação ou equiparação, concessão de aumento, extensão de vantagens pecuniárias, outorga ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, ou exaustão, total ou parcial, do objeto de demanda respeitante a qualquer de tais situações (cf. Rcl 1.514/RS e Rcl 1.749/MS, Rel. Min. Celso de Mello).

No caso (...) tem-se que a tutela antecipada foi deferida para permitir o recebimento de períodos de férias não gozadas, por necessidade do serviço público. A natureza indenizatória de tais verbas, que não são salariais, nem constituem vantagem (adicionais ou gratificações), subtrai a hipótese do âmbito de incidência desse julgamento, haja vista que não se configura nenhuma das hipóteses previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997.

Releva notar que a diferenciação entre salário e indenização é clássica. Indenização é reparação de danos. Nas palavras de Roque A. Carraza (...) *as indenizações não são rendimentos. Elas apenas recompõem o patrimônio das pessoas. Nelas não há geração de rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer espécie. Não há riquezas novas disponíveis, mas reparações, em pecúnia, por perdas de direitos.... O patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas simplesmente é reposto no estado em que se encontrava antes do gravame (status quo ante). (In Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª ed., Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 856)*

Por conseguinte, não há que se falar em violação à autoridade de decisão deste Tribunal na ADC 4, como já se manifestou a Corte, em casos semelhantes (Rcl 1839, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16/08/2001; Rcl 2421, rel. Min. Nelson Jobin, DJ de 03/03/2004, e Rcl 1.455, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23/3/2000). Grifei.

*Mutatis mutandis*, é o que convém ao caso, que também trata de antecipação de tutela de verba indenizatória.

4. Do exposto, julgo improcedente a reclamação, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF.

(...) (Reclamação 6.663, rel. Min. César Peluso, DJ-e de 1º/12/2008.)

17. Convém anotar que a decisão proferida na Reclamação acima referida se fundamentou na ausência de violação ao decidido na ADC4, tendo em vista que as verbas pleiteadas a título de ajuda de custo têm natureza indenizatória. Já na SLS 995, a col. Corte Especial do STJ fundamentou a confirmação da decisão que suspendeu a decisão de primeiro grau na ocorrência de grave lesão à ordem pública.

18. Vê-se, assim, que os fundamentos adotados como razões de decidir são diversos em um e outro feito, encontrando-se, portanto, a decisão proferida pelo STJ com plena eficácia, razão pela qual curvo-me ao posicionamento daquela Corte Superior, o qual adoto como razões de decidir.

Pelo exposto, defiro o pedido e suspendo os efeitos da decisão proferida no Mandado de Segurança 2008.34.00.025671-3/DF.

2. Relembro, adiantando em parte os fundamentos da decisão recorrida e para evitar discussões inoportunas de mérito, que, em suspensão de execução de liminar ou de sentença em mandado de segurança<sup>1</sup>, ou de execução de liminar ou de sentença em ação cautelar inominada, em ação popular e em ação civil pública<sup>2</sup>, não cabe a discussão sobre o acerto ou o desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias.

Admite-se somente, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, se necessário para se demonstrar a razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal<sup>3</sup>, tendo em vista que a matéria de fundo será devolvida ao órgão julgador natural do Tribunal, caso seja interposto recurso. A discussão deve limitar-se aos pressupostos específicos da contracautela: manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, no objetivo de se evitar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à*

<sup>1</sup> Lei 12.016, de 07/08/2009 (que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo), art. 15, que reproduz, com alterações, o disposto no art. 4º da Lei 4.348, de 26/06/1964, revogada pela nova lei.

<sup>2</sup> Lei 8.437, de 30/06/1992 (que disciplina sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público), art. 4º, com a redação da Medida Provisória 2.180, de 24/08/2001.

<sup>3</sup> STF – SS 846 – AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgR, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 18/05/2001).

*economia públicas.* (Cf. Lei 8.437, de 30/06/1992, art. 4º, *caput* e § 1º; e Lei 12.016, de 07/08/2009, art. 15.)

O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça direciona-se nesse sentido. Confira-se:

*Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Ação de improbidade. Prefeito municipal. Afastamento do cargo.*

– Na linha da jurisprudência da Corte Especial, os temas de mérito da demanda principal não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas.

(....)

Agravo regimental improvido. (AgRg na SLS 1.047/MA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18/11/2009, DJe 17/12/2009.)

Por essa mesma linha se pauta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto abaixo:

*Agravo regimental. Suspensão de segurança. Refinaria. Petróleo. ICMS. Regime tributário diferenciado. Lesão à ordem e à economia públicas.*

(....)

3. Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

4. Agravo regimental improvido.

(SS 3273 AgR, rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), Pleno, julgado em 16/04/2008, DJe-112, divulg. 19/06/2008, public. 20/06/2008, Ement. v.02324-02, p. 225 RCJ v. 22, n. 144, 2008, p. 117.)

Como se vê, a decisão impugnada levou em consideração decisão do STJ que deferiu pedido de

suspensão formulado pela União, após a Corte Especial deste Tribunal dar provimento a agravo regimental interposto de decisão do então presidente desta Corte. No entanto, não se pode perder de vista a situação posta nestes autos. Embora naquele caso a matéria de fundo seja idêntica (ajuda de custo e verba indenizatória de transporte), a situação fática destes autos não é a mesma.

Com efeito, naquele caso a decisão beneficiou todos os filiados do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional — autor da ação — enquanto neste caso a decisão — proferida em 18/11/2008 e impugnada apenas em 23/06/2009 — beneficiou tão somente um servidor — removido de Joinville/SC para Itajaí/SC (84 Km de distância) — que, por força da liminar e da sentença, já recebeu a maior parte da verba pretendida, restando, apenas, a reposição das despesas de transporte de bens e bagagens, afirmando o impetrante, ainda, que *utilizará condução própria no seu deslocamento e de sua família para a nova sede* (fls. 32).

Esse fato há de ser considerado, pois, nesta via processual, o deferimento da suspensão tem efeito *ex nunc* e não revoga nem modifica o teor da decisão de primeira instância, apenas suspende temporariamente a sua eficácia. A decisão questionada pela União já surtiu os seus efeitos em quase sua totalidade, não cabendo falar em grave lesão aos bens jurídicos tutelados pela medida de contracautela em causa.

Tal o contexto, dou provimento ao agravo regimental, para, reformando a decisão de fls. 112/121, indeferir o pedido de suspensão dos efeitos da sentença concedida nos autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.025671-3.

É o voto.

## Primeira Seção

Numeração única 0030558-72.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.031409-9/BA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves  
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Camaçari/BA  
Interessada: Lucy Mary da Paz Santos  
Advogados: Dr. Miguel de Souza Carneiro e outros  
Publicação: e-DJF1 de 05/10/2010, p. 421



## Ementa

*Processual Civil. Mandado de segurança contra ato de juiz de direito investido de competência federal. Justificação judicial. Procedimento voluntário. Impossibilidade de apreciação do mérito. Segurança concedida.*

I. A justificação judicial é um procedimento de jurisdição voluntária no qual não se admite defesa nem recurso, sendo defeso ao juiz pronunciar-se sobre o mérito.

II. Na hipótese, ficou configurada a ilegalidade do ato, por haver sido determinada nos autos do procedimento a implantação do benefício de pensão por morte do companheiro.

III. Sentença anulada.

IV. Segurança concedida.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 24/08/2010.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra ato do Juiz Federal da 2ª Vara Cível da Comarca de Camaçari/BA, que, nos autos da Justificação Judicial 1302149-1/2006, determinou que o INSS incluísse a autora como pensionista do falecido companheiro (fls. 10).*

*Alega a autarquia previdenciária que a decisão contraria o disposto no art. 866 do CPC, e que deixou de cumprir a decisão porquanto a impetrante só deve cumprir decisão judicial proferida por juiz natural e decorrente do devido processo legal. A autoridade impetrada, no entanto, intenta forçar a concessão do benefício sem respeito ao direito de defesa (cf. fls. 4), sendo patente, portanto, a ilegalidade da ordem judicial.*

*O pedido de liminar foi deferido em decisão de minha lavra (fls. 13/15).*

*Neste Tribunal, o Ministério Público manifestou-se pela concessão da segurança.*

*É o relatório.*

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Como visto, trata-se de mandado de segurança impetrado*

*pelo INSS visando suspender a decisão que determinou a implantação do benefício de pensão por morte nos autos de justificação judicial.*

*Assiste razão ao impetrante.*

*Nos termos do art. 866, parágrafo único, no que tange ao procedimento adotado pela requerente, “O Juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”. Sendo assim, não poderia o magistrado de primeira instância determinar a implantação do benefício, eis que tal tema condiz com o mérito, o que não lhe é permitido adentrar.*

*De fato, na justificação judicial, por ser um procedimento de jurisdição voluntária no qual não se admite defesa nem recurso, é incabível falar em implantação do benefício em questão, pois é defeso ao juiz pronunciar-se sobre o mérito da prova.*

*Nesse sentido, os seguintes excertos de julgado, verbis:*

*Constitucional e Administrativo. Pensão. Servidor público civil. Companheira. Justificação: prova juris tantum. Ausência de informação nos registro pessoais: irrelevância. Termo inicial.*

*1. O procedimento de justificação judicial não tem o condão de estabelecer vínculo jurídico-obrigacional. Trata-se de procedimento cautelar em que se visa justificar a existência de algum fato ou relação jurídica (art. 864 do CPC). Não admite contraditório nem pronunciamento do juiz a respeito do mérito da prova colhida, limitando-se o julgador a verificar se foram cumpridas as formalidades legais, a teor do que dispõem os arts. 865 e 866, parágrafo único, do CPC. Pela própria natureza da justificação, nada impede ao juízo novo exame dos fatos à luz dos argumentos de mérito*

\*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Ângela Catão e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcos Augusto de Sousa e Charles Renaud Frazão de Moraes (convocados).

que poderiam ser deduzidos pela União, por admitir prova em contrário.

2. Comprovada a existência de convivência *more uxória*, faz jus a companhia à pensão estatutária deixada pelo falecido servidor público.

3. Embora não tenha inscrito a parte autora como sua dependente em seus assentamentos funcionais, tal providência é desnecessária e sua ausência pode ser suprida por todos os meios de provas admitidas em direito. Precedentes.

4. À minguada de requerimento administrativo, o termo inicial da pensão é a data da citação, sem qualquer efeito retroativo. Precedentes.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 2002.38.00.000637-1/MG, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1 de 18/12/2009, p. 261)

*Processual Civil. Justificação judicial. Reconhecimento de união estável entre homem e mulher. Processo julgado como ação declaratória. Impossibilidade. Sentença reformada.*

1. O MM. juiz *a quo* julgou o feito como ação declaratória, no entanto, o pedido formulado na exordial se refere a justificação judicial.

2. Tratando-se de justificação judicial, rito de jurisdição voluntária, que não apresenta contraditório nem análise do mérito das provas apresentadas, limitando-se o julgador a verificar o cumprimento das formalidades legais, merece acolhida o apelo do ente previdenciário no particular.

3. Apelação a que se dá parcial provimento para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido para tão-somente homologar a justificação judicial.

(AC 2004.01.99.031816-2/MG, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 16/07/2007, p. 27)

Sendo assim, deve ser reformado o *decisum* objurgado.

Em face do exposto, concedo a segurança para anular a sentença, devendo outra ser proferida com observação dos ditames processuais acerca do tema.

É o voto.

## Segunda Seção

### Mandado de Segurança Criminal 39464-17.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto  
Impetrante: Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia de Mato Grosso – Crea/MT  
Procurador: Dr. Helmut Flávio Preza Daltro  
Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara/MT  
Interessada: Justiça Pública  
Publicação: e-DJF1 de 04/10/2010, p. 09

## Ementa

*Processual Penal. Mandado de segurança. Lei 12.016/2009. Operação Jurupari. Quesitos encaminhados ao juízo coator. Denegação das respostas. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Mato Grosso. Ausência de interesse de agir. Decisão interlocutória simples. Recurso inexistente. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade.*

I. O mandado de segurança, a teor da Lei 12.016/2009, é instrumento destinado a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

II. A decisão que negou o pleito de respostas aos questionamentos feitos pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Mato Grosso tem caráter interlocutório simples e, como tal, é insuscetível de recurso, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

III. Ausente o interesse de agir do impetrante, tendo em vista as perguntas para as quais pretende obter resposta dizerem respeito não ao controle do exercício regular das atividades dos profissionais sob o controle fiscalizador do Crea/MT, mas ao trabalho dos peritos criminais que produziram os laudos que deram ensejo à medida judicial de prisão preventiva de engenheiros florestais registrados no citado Conselho Regional.

IV. Mandado de segurança não concedido.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, denegar o mandado de segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 22/09/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar *inaudita altera pars*, impetrado pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Mato Grosso contra ato do MM. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, que, no bojo das investigações da Operação Jurupari, deflagrada para apurar supostos crimes ambientais, dentre outros, *indeferiu* o pedido de respostas a questionamentos pré-elaborados, bem como a possibilidade de vista dos laudos técnicos produzidos pelos peritos da Polícia Federal que serviram de base para a decretação de busca e apreensão, sequestro e indisponibilidade de bens e prisões preventivas de mais de 40 (quarenta) profissionais, em sua maioria engenheiros florestais que se encontram sob a égide fiscalizadora da Autarquia Federal.

2. O inconformismo do impetrante, em suma, é pelo fato de considerar a decisão desfundamentada e sem justificativa plausível. Sustenta que a Lei 5.194/1966 lhe conferiu poder de polícia fiscalizador das profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo, sendo legítima a presente postulação em juízo porque, como afirma:

(...)vinha recebendo informações e denúncias de que os laudos periciais que fundamentaram o pedido e posterior decreto de prisão de mais de 40 (quarenta) profissionais registrados no Crea/MT, teriam sido elaborados por pessoas que não possuem habilitação legal para fazê-los.

Doutra sorte, se fazia necessário ainda ao Impetrante, ter acesso aos documentos técnicos em questão, na medida em que poderiam comprovar possível prática atentatória ao exercício profissional por parte dos engenheiros presos, o que levaria a instauração, de ofício, pelo impetrante, de processos administrativos para apuração de falta ético-disciplinar. (...)

Pede a concessão da liminar, para que a autoridade coatora responda aos questionamentos feitos e, posteriormente, a confirmação definitiva da segurança (fls. 02/09).

3. Foram devidamente prestadas as informações requisitadas ao Juízo tido por coator, (fls. 34 e 43/45).

4. O parecer da lavra do Procurador Regional da República Zilmar Antonio Drumond é pela cassação de todos os atos decisórios e pela imediata redistribuição aleatória do feito. Subsidiariamente, pugna pela extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela denegação da segurança (fls. 48/52).

5. É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. O presente mandado de segurança não merece ser concedido apesar de o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de Mato Grosso deter poder fiscalizador sobre tais profissões.

A uma porque a decisão atacada tem caráter interlocutório simples, motivo porque não comporta recurso, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

A duas porque não se trata de teratologia nem é caso de interpretação extensiva, em razão de possível lacuna na lei, ou de analogia, procedimentos excepcionalmente admitidos, haja vista que a presente situação fática *a priori* não se encaixa, ainda que em uma visão *in bonam partem*, em um dos incisos do art. 581 do Código de Processo Penal, dispositivo referente ao recurso em sentido estrito, instrumento jurídico adequado ao enfrentamento de decisões interlocutórias.

A três por não estar demonstrado o interesse recursal do impetrante, sobretudo porque as perguntas para as quais pretende obter resposta não dizem respeito ao controle do exercício regular das atividades dos profissionais *sob a égide fiscalizatória desta Autarquia Federal*, mas ao trabalho dos peritos criminais que produziram os laudos que ensejaram as medidas judiciais. Nesse sentido, basta verificar o documento de fls. 12/13, onde constam os quesitos formulados, além

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Carlos Olavo e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcus Vinícius Reis Bastos e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados).

do item *das razões fáticas* do mandado de segurança (fls. 03), no qual se lê que:

(...) O impetrante, na condição de ente fiscalizador do exercício profissional, fora procurado pelas entidades de classe (associações e sindicatos) ligadas ao mesmo, como também por profissionais aqui registrados, os quais apontaram possíveis irregularidades de cunho técnico-profissional, nos laudos elaborados pelos peritos da Polícia Federal deste Estado.

Por tal motivo e, em razão da possível participação de profissionais registrados neste Crea, na prática de ato delitivo, o impetrante requerera (...) respostas a alguns questionamentos pré-elaborados, bem como, a possibilidade de vista dos laudos mencionados. (...)

Como bem frisou a autoridade tida por coatora (fls. 44):

(...) *inexiste demonstração do interesse do Impetrante. Apesar de o Crea/MT afirmar que “se fazia necessário (...) ter acesso aos documentos técnicos em questão, na medida em que poderiam comprovar possível prática atentatória ao exercício profissional por parte dos engenheiros presos”, constata-se que todas as perguntas são tendentes a averiguar a regularidade da atuação dos experts que elaboraram os laudos periciais. Em suma, ao invés da fiscalização do regular exercício profissional, a atitude do Conselho assemelha-se ao de assistente técnico dos investigados, ao afirmar possíveis irregularidades nos laudos elaborados pelos peritos da Polícia Federal como pretexto ao exercício de suas atribuições.*

Inclusive, os peritos criminais federais que elaboraram os laudos questionados são servidores públicos, cuja investidura exige aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, na forma da Constituição Federal, sendo que seus atos gozam de fé pública.

Não há que se falar em direito líquido e certo a que peritos criminais federais sejam submetidos a questionamentos sobre a validade de laudos produzidos em inquéritos policiais.

A quatro porque não há notícia da instauração de procedimento disciplinar no âmbito do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Mato Grosso para averiguação de possíveis irregularidades praticadas por integrantes da categoria profissional, o que inviabiliza o pleito.

Ora, como bem frisou o *Parquet*, o Crea/MT possui meios para adotar as providências que julgar cabíveis contra os profissionais sob sua fiscalização, *independentemente do desenrolar de eventuais irregularidades na esfera judicial*. Ademais, como já afirmado, as perguntas não dizem respeito à averiguação do comportamento profissional dos engenheiros florestais presos em decorrência da Operação Jurupari, mas ao trabalho dos peritos judiciais.

Portanto, é improcedente a irresignação.

2. *Pelo exposto*, denego o mandado de segurança.

3. É o voto.

## Terceira Seção

Numeração única 0015218-44.2007.4.01.3400

Embargos Infringentes 2007.34.00.015309-5/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Embargante: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Embargado: Rodrigo Norberto Martins de Souza  
Advogados: Dr. Valter Bruno de Oliveira Gonzaga e outro  
Publicação: e-DJF1 de 27/09/2010, p.15

## Ementa

*Administrativo. Processual Civil. Concurso público. Exame psicológico. Candidato não recomendado. Ação anulatória do ato administrativo. Prosseguimento no certame. Voto vencido. Decreto 6.944/2009. Aplicação. Embargos infringentes. Não provimento.*

I. A exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia é legítima, consoante jurisprudência consolidada na Súmula 239 do extinto TFR.

II. Aplicação, ao caso, do Decreto 6.944/2009 (art. 14, §§ 1º e 2º), consoante os quais o exame psicotécnico deve limitar-se “à detecção de problemas psicológicos que possam vir a comprometer o exercício das atividades inerentes ao cargo ou emprego disputado no concurso” (§ 1º), não sendo admitida “a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico, avaliação vocacional ou avaliação de quociente de inteligência” (§ 2º).

III. Embargos infringentes não providos.

## Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 14/09/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Cuida-se de embargos infringentes opostos pela União ao acórdão da Sexta Turma que, por maioria, deu provimento à apelação do autor, para assegurar-lhe o prosseguimento nas demais etapas do concurso público para provimento do cargo de delegado da Polícia Federal, reconhecendo que se afigura ilegítima a aplicação de exame psicológico que visa a aferir a aptidão dos candidatos para o exercício do cargo, segundo o perfil profissiográfico previamente definido pela Administração, diante da subjetividade dos critérios adotados.

O acórdão foi assim ementado pela relatora, Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, *verbis* (fls. 544):

*Concurso público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Legalidade.*

1. Segundo o enunciado 239 da Súmula do TFR “é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia”, em razão de expressa previsão constitucional e legal (Lei 4.878/1965 e Decreto-Lei 2.320/1987).

2. Viola, contudo, a Constituição a realização de psicotécnico cujo escopo não é apenas aferir a existência de traço de personalidade que prejudique o regular exercício do cargo, mas a adequação do candidato a *perfil profissiográfico* considerado ideal pela Administração, mas não previsto em lei.

3. É, também, ofensiva à Constituição a atribuição de caráter sigiloso ao psicotécnico, assim se caracterizando a negativa de fornecimento, ao candidato ou ao profissional por ele contratado, do inteiro teor dos testes, com os respectivos manuais e tabelas, e do laudo que ensejou a eliminação do concurso. Exigência de publicidade e motivação que não se satisfazem com o fornecimento de laudo-síntese.

4. Apelação a que se dá provimento.

Pretende a embargante fazer prevalecer o voto do eminente Des. Federal Carlos Moreira Alves, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e concluiu pelo descabimento da pretensão deduzida, ao entendimento de que, no caso, não padece de qualquer ilegitimidade o exame psicotécnico aplicado, considerando que há previsão legal para a sua exigência, bem como não houve violação ao princípio do contraditório, sendo assegurada ao candidato a interposição de recurso contra o resultado da avaliação.

A embargante sustenta, em resumo, com base em jurisprudência que transcreve, que a avaliação para o ingresso na carreira de Policial Federal se reveste de legalidade e objetividade.

O embargado ofereceu contrarrazões (fls. 560-610).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Como visto do relatório, insurge-se a União contra acórdão que, por maioria de votos, acolheu a pretensão do apelante, ora embargado, reconhecendo-lhe o direito de prosseguir no concurso público para provimento do cargo de delegado da Polícia Federal, por entender que o enquadramento em perfil profissiográfico, traçado pela Administração, afasta a objetividade da avaliação psicológica.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida, Fagundes de Deus, e os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Neves da Cunha, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados).



A matéria é conhecida dos eminentes pares, assim como o meu posicionamento a respeito, que condiciona o prosseguimento no concurso à realização de novo exame, sem a exigência de determinado perfil profissiográfico, de caráter sigiloso.

Em hipótese análoga, deixei consignado em voto (vogal) que o pedido inicial deveria ser para a submissão do candidato a outro exame com as garantias da acessibilidade ao resultado e ao recurso, se for o caso (AMS 1999.01.00.091586-6/DF).

Na hipótese sob exame, se alcançado o objetivo do autor, com a aprovação no Curso de Formação Profissional e a conseqüente posse sem que se submeta a outra avaliação, ficará vulnerado o princípio constitucional da igualdade, visto que os demais participantes do certame submeteram-se à avaliação psicológica, cuja exigência é legal e constitucional.

No Agravo de Instrumento 2003.01.00.013309-9/DF, decidiu a Sexta Turma em favor da tese que sustenta o embargado.

No referido julgado, contra o meu voto, firmou-se o entendimento de que viola a Constituição Federal

a realização de psicotécnico cujo escopo não é aferir a existência de traço de personalidade que impeça o regular exercício do cargo, mas a adequação do candidato a *perfil profissiográfico* sigiloso, não previsto em lei e nem especificado no edital.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou o entendimento jurisprudencial de que,

reconhecida a nulidade do exame psicotécnico, no caso caracterizada por seu caráter sigiloso e irrecorrível, deve o candidato submeter-se a novo exame a fim de que, caso aprovado, possa ser nomeado e devidamente empossado (STJ: RMS 23436/GO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17/05/2010).

Confira-se, no mesmo sentido, o julgado proferido no REsp 469.959/RS, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, na dicção de que a declaração de nulidade da avaliação psicológica

não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitados os critérios da objetividade, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato (DJ de 09/10/2006).

Acrescente-se, por fim, que, na hipótese dos autos, foi dada oportunidade ao candidato de acesso às razões da sua não recomendação na avaliação psicológica (fls. 322), bem como o direito de interpor recurso, o qual foi devidamente apreciado e indeferido (fls. 305/311).

Esse era o entendimento que vinha sustentando a respeito da questão, e que ainda considero defensável, pelas razões expostas.

No entanto, em sessão desta Terceira Seção do último dia 31 de agosto, acompanhei o voto da eminente Des. Federal Selene de Almeida, o qual foi prestigiado pela unanimidade dos componentes daquela assentada de julgamento, em acórdão que ficou assim ementado:

*Embargos infringentes. Concurso público. Psicotécnico. Candidato considerado não apto. Decreto 6.944/2009. Vedada a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferir perfil profissiográfico. Embargos infringentes improvidos.*

1. Essa Corte já firmou entendimento acerca da legalidade da exigência de realização de exames psicotécnicos, desde que: a) sejam elaborados de forma objetiva; b) possam ser recorríveis administrativamente; c) realizados com prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, e, d) identifiquem os especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.

2. O Decreto 6.944 de 21 de agosto de 2009, em seu art. 14, §§ 1º e 2º dispõe que: “§ 1º O exame psicológico limitar-se-á à detecção de problemas psicológicos que possam vir a comprometer o exercício das atividades inerentes ao cargo ou emprego disputado no concurso; § 2º É vedada a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico, avaliação vocacional ou avaliação de quociente de inteligência”.

3. Embargos infringentes da União improvidos.

(El 2002.38.00.036844-0/MG. rel. Des. Federal Selene de Almeida).

Efetivamente, o Decreto 6.944, de 21 de agosto de 2009, ao estabelecer medidas organizacionais para o aprimoramento da Administração Pública Federal, e dispôr *sobre normas gerais relativas a concursos públicos*, estatuiu, no art. 14 e seus parágrafos, *verbis*:

Art. 14. A realização de exame psicotécnico está condicionada à existência de previsão legal expressa específica e deverá estar prevista no edital.



§ 1º O exame psicológico limitar-se-á à detecção de problemas psicológicos que possam vir a comprometer o exercício das atividades inerentes ao cargo ou emprego disputado no concurso;

§ 2º É vedada a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico, avaliação vocacional ou avaliação de quociente de inteligência.

Ao que se observa, a Administração resolveu prestigiar a jurisprudência predominante a respeito da

questão relativa ao exame psicotécnico ou de avaliação psicológica, merecendo ser seguida essa orientação pelo julgador, ainda que tenha emitido, anteriormente, entendimento divergente.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

## Quarta Seção

### Agravo Regimental na Ação Rescisória 0051561-49.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral  
 Autor: Willy Otto Jordan  
 Advogados: Dr. Ricardo Luiz de Albuquerque Meira e outros  
 Ré: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab  
 Agravante: Willy Otto Jordan  
 Agravada: Decisão de fls. 835/836  
 Publicação: e-DJF1 de 27/09/2010, p. 20

## Ementa

*Processual. Ação rescisória. Decisão (indeferindo assistência) sem conteúdo de mérito (art. 485/CPC). Indeferimento da inicial. Agravo regimental não provido.*

I. A expressão *de mérito* (art. 485, *caput*, do CPC), que – se e quando – qualifica a decisão judicial como passível de ser objeto de ação rescisória, não se estende àquela que, por sua denominação formal e, tanto mais, por seu real conteúdo, é estritamente processual.

II. Não é rescindível o julgado que, sem resolver o direito material do interessado (autor), se limita apenas a declarar inadmissível o pedido de assistência, ainda que, para tal restrito fim, dispense considerações circunstanciais (mínimas) sobre a prova da relação jurídico-material entre as partes (compreendido o âmbito da cognição no limite da *legitimidade ou não* do pedido de *assistência*).

III. CPC (art. 55, I e II, e art. 472): o trânsito em julgado da demanda em que o assistente *tentou atuar* (e que decisão processual o impediu) não obsta que, por meios próprios e oportunos, ele destile e veja resolvidos seus eventuais direitos materiais.

IV. Agravo regimental não provido.

V. Peças liberadas pelo Relator, em 15/09/2010, para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a Seção negar provimento ao agravo regimental por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 15/09/2010.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Por inicial ajuizada em 20/08/2010, o autor, alegando*

*violação a literal disposição de lei e erro de fato* (art. 485, V e XI, do CPC), pediu, com antecipação de tutela, a rescisão do acórdão datado de 07/12/2007 (fls. 44/55),

da T8/TRF1, transitado em julgado em março/2010, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, que, negando provimento ao seu agravo regimental na AC 2001.34.00.009228-9/DF (em que a autora SPAM S/A, ré a Conab, objetiva afastar/repetir o ICMS sobre a aquisição de 50.000 mil toneladas de leite em pó para formação de estoque regulador), indeferiu o pedido de assistência, nestes termos:

(...) *Pedido de Assistência. Arts. 50 e ss. do CPC. Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito (...).*

1. Tendo em vista que o pedido de assistência não encontra embasamento nos documentos acostados aos autos pelo requerente, não há de se falar em plausibilidade da pretensão deduzida, pois ausente a comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado.

2. As correspondências mencionadas pelo agravante, não configuram instrumentos hábeis a embasar ou patentear seu direito.

O autor alegou que o acórdão violou os arts. 50, *caput*, 54, *caput*, 128 e 460 do CPC, pois o contexto jurídico da demanda lhe asseguraria ingresso como assistente litisconsorcial da autora (SPAM S/A, ex-Yolat Ltda), na condição de cessionário de 50% do crédito debatido; reputou, ainda, havido erro de fato, pois haveria, sim, no seu dizer, documentação comprobatória hábil a justificar o pedido de assistência.

VC=R\$10.000,00. Custas recolhidas e depósito prévio efetuado.

Por decisão datada de 26/08/2010 (f. 835/6), indeferiu a inicial; é ler-se:

4 – O CPC estipula que:

Art. 485. A sentença *de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(....)

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

5 – É exclusivamente processual a decisão monocrática, confirmada em sede de agravo regimental, que apenas indeferiu o pedido de assistência, contexto fático-jurídico que desatende a premissa básica de cabimento da ação rescisória (que o decisum apontado rescindendo detenha conteúdo de mérito).

6 – É ler-se (*mutatis mutandis*):

“(...) Rescisória. Decisão que, em razão de ilegitimidade passiva *ad causam* (...), extinguiu o feito sem resolução do mérito. Descabimento. Art. 485, *caput*, do CPC. Precedentes desta Corte e do STF.

I. Na dicção do art. 485, *caput*, do CPC, a ação rescisória destina-se a desconstituir única e exclusivamente decisão de mérito transitada em julgado, enquanto que, no caso vertente, o julgado em tela excluiu o Bacen da relação processual por ilegitimidade passiva e, com respaldo no art. 267, VI, do CPC, extinguiu o feito originário sem resolução do mérito.

II. O critério para se identificar uma decisão judicial suscetível de rescisão passa necessariamente pelo exame de como se deu o desfecho da controvérsia – com resolução do mérito – e, como desdobramento, a existência de coisa julgada material, o que, conforme a sistemática estabelecida nos arts. 267 e 269 do CPC, não ocorre no caso em que o julgado restringe-se a extinguir o feito em função de ilegitimidade da parte.

III. Por não impugnar decisão de mérito, não cabe ação rescisória contra decisão que apenas extinguiu o processo, pela ocorrência de ilegitimidade ativa *ad causam* (Supremo Tribunal Federal, QO na AR 1.203/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 02/05/2003).

IV. Tendo o acórdão rescindendo decidido pela ilegitimidade de uma das partes, não ingressou ele no mérito da demanda, tornando inadmissível a ação rescisória (AR 932/SP, Segunda Seção, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, rel. para acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/05/2003)

V. Ação rescisória extinta sem resolução do mérito.

(STJ, AR 2.381/RJ, rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, DJe 01/02/2010)”

7 – A só leitura do CPC evidencia – argumentando apenas – ausente a coisa julgada material em detrimento do pretendente assistente (ler a *contrário senso*):

Art. 55. Transitada em julgado a sentença, *na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:*

I – pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II – desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Por petição protocolizada em 03/09/2001 (fls. 838/847), o autor toma agravo regimental, sustentando cabível a ação porque, a seu ver, a decisão rescindenda seria *de mérito* ao declarar que ele (assistente) *não era titular de 50% do débito*; pede prosseguimento da ação.

Com resposta da Fazenda Nacional, sem fatos novos.

É o relatório

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — A expressão de mérito (art. 485, caput), que – se e quando – qualifica a decisão judicial como passível de ser objeto de ação rescisória, não se estende àquela que, por sua denominação formal e, tanto mais, por seu real conteúdo, é estritamente processual.*

Tal é o caso daquela que, sem resolver o direito material do interessado (autor), se limitou apenas a de-

clarar inadmissível o pedido de assistência, ainda que, para tal restrito fim, tenha dispensado considerações circunstâncias (mínimas) sobre a prova da relação jurídico-material entre as partes (compreendido o âmbito da cognição no limite da *legitimidade ou não* do pedido de assistência).

A minha decisão agravada, não o bastante, contextualiza o indeferimento da inicial da ação rescisória ao citar expressamente o art. 55, I e II, e o art. 472 do CPC, na linha de que o trânsito em julgado da demanda em que o assistente *tentou atuar* (e que decisão *processual* o impediu) não obsta que ele, *se e quando*, por meios próprios e oportunos (dentro os quais não se inclui, na hipótese, a ação rescisória), destile seus eventuais direitos materiais.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca e os Exmos. Srs. Juizes Federais Eduardo José Corrêa e Cleberson José Rocha (convocados).

## Primeira Turma

Numeração única: 0053109-46.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.055298-8/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
 Relator p/ acórdão: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)  
 Agravante: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Agravados: Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários – Anffa e outros  
 Advogados: Dra. Mariana Prado Garcia de Queiroz Velho e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 13/10/2010, p. 16

## Ementa

*Processual Civil. Execução de título judicial. Associação. Autorização individual dos associados para deflagração do processo executivo. Desnecessidade. Agravo desprovido.*

I. O STJ, alinhando-se a entendimento do STF, decidiu que *os sindicatos/entidades de classe possuem ampla legitimidade ativa ad causam para atuarem como substitutos processuais, na defesa e direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, seja na fase de conhecimento, seja na fase de liquidação, seja na fase executiva do processo* (AGREsp 911288, Sexta Turma, Rel. Des. Celso Limongi, conv., DJ de 07/07/2009), tendo assentado, nesse mesmo precedente, que é desnecessária a autorização individual dos filiados/associados para tal mister.

II. A despeito do contido no art. 730 do CPC – que prevê, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, a citação da entidade devedora para a oposição de embargos –, não se pode considerar que a formulação do pedido de execução do julgado pela parte credora signifique a propositura de uma nova ação, autônoma em relação àquela que deu origem ao título executivo judicial, de sorte a se exigir que a entidade associativa obtenha nova autorização para tanto.

III. A formulação da pretensão executiva, em verdade, traduz-se em mero desdobramento da ação na qual formado o título executivo e, assim sendo, não há que se exigir, no caso concreto, mais do que se exigiu da entidade associativa para a propositura da ação de conhecimento, sendo relevante destacar que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em caso de substituição processual, basta a autorização genérica para a defesa dos seus associados constante do estatuto da associação. Precedentes.

IV. Mesmo que se entenda tratar-se de hipótese de representação processual, vê-se que a agravada juntou ao presente feito ata de assembléia na qual obteve autorização dos seus associados para a propositura da execução, estando, assim, devidamente legitimada para a defesa de seus interesses também nessa fase processual. Precedentes.

V. Agravo de instrumento desprovido.

## Acórdão

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

1ª Turma do TRF 1ª Região – 15/09/2010.

Juiz Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator para acórdão.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que indeferiu pedido objetivando a extinção da Ação de Execução 2009.34.00.002537-5, por ausência de representação processual da Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários – Anffa, com pedido de cancelamento das requisições de pagamento até julgamento definitivo da Turma.

A agravante sustenta, em síntese, que a associação agravada não tem legitimidade para propor a execução do julgado, uma vez que não pode substituir, de forma indireta, os Fiscais Federais Agropecuários associados às filiadas da Anffa, ou seja, as Associações Estaduais dos Fiscais Agropecuários. Afirma que quando da impetração do mandado de segurança coletivo a Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários não atuou na defesa dos interesses de seus associados (associações estaduais), mas no interesse dos fiscais federais Agropecuários, filiados às associações estaduais que compõem a Anffa, o que contraria o disposto no art. 5º, LXX, da CF/1988.

Às fls. 161/163, foi parcialmente deferido o pedido de antecipação da pretensão recursal, para determinar à Anffa que, no prazo de 10 (dez) dias, regularize a sua representação processual, juntando aos autos a autorização específica votada em assembléia geral ou a autorização expressa dos filiados para propor a execução do julgado, nos termos do art. 284, parágrafo único, do CPC.

Em contraminuta, a agravada pugna pelo não provimento do agravo (fls. 168/180).

Às fls. 184/187 a agravada juntou autorização específica votada em Assembléia Geral, na qual os associados autorizam o ingresso de execuções judiciais em relação à Gratificação de Fiscalização Agropecuária – Gdafa, relativo ao processo originário nos autos da execução judicial em trâmite na 6ª Vara Federal da SJ/DF e neste Tribunal.

É o relatório.

## Voto

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que indeferiu pedido objetivando a extinção da Ação de Execução 2009.34.00.002537-5, por ausência de representação processual da Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários – Anffa, com pedido de cancelamento das requisições de pagamento até julgamento definitivo da Turma.

A agravante sustenta, em síntese, que a associação agravada não tem legitimidade para propor a execução do julgado, uma vez que não pode substituir, de forma indireta, os fiscais federais agropecuários associados às filiadas da Anffa, ou seja, as associações estaduais dos fiscais agropecuários. Afirma que quando da impetração do mandado de segurança coletivo a Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários não atuou na defesa dos interesses de seus associados (associações estaduais), mas no interesse dos fiscais federais agropecuários, filiados às associações estaduais que

compõem a Anffa, o que contraria o disposto no art. 5º, LXX, da CF/1988.

O art. 1º, *caput*, do Estatuto da Anffa estabelece o seguinte:

Art. 1º. Nos termos do Art. 5º, incisos XVIII e XXI, da Constituição Federal, a Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários, doravante designada como Anffa, entidade máxima nacional, sem fins econômicos e sem caráter político-partidário ou religioso, que de forma associativa, representa coletiva ou individual, judicial ou extrajudicialmente, na forma da Medida Provisória – MP 2048-26, de 30 de junho de 2000 e suas reedições, atualmente sob o 2229-43, de 06 de setembro de 2001, publicada no *Diário Oficial da União – DOU*, de 10 de setembro de 2001 e da Lei 10.883, de 16 de junho de 2004 e alterações posteriores, as associações estaduais filiadas e os fiscais federais agropecuários associados àquelas, ativos, inativos e os pensionistas associados àquelas, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, integrantes da Carreira de Nível Superior do Serviço Público Federal do Poder Executivo Federal, com esta ou outra denominação que venha a ser designada em virtude de alterações ou modificações dos respectivos cargos ou categorias que virem a ser transformados em virtude de lei ou de outra medida provisória.

Consoante o disposto no artigo acima transcrito, cabe à Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários – Anffa representar as associações estaduais filiadas e os fiscais federais agropecuários associados àquelas, ativos, inativos e os pensionistas associados àquelas, coletiva ou individual, judicial ou extrajudicialmente. Desta forma, não há que se falar em ilegitimidade da Anffa em razão desse fundamento.

A hipótese dos autos não é de substituição processual, mas sim de representação processual, ainda mais considerando que se trata de processo de execução de título judicial extraído de processo coletivo.

As entidades associativas têm ampla legitimidade ativa *ad causam* para atuarem como representantes processuais das categorias a elas filiadas, na defesa de direitos coletivos ou individuais de seus integrantes, desde que expressamente autorizadas, conforme estabelece o art. 5º, XXI, da Constituição Federal/88, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

(...)

Verifico que essa autorização expressa, em caso de representação em execução, não pode ser atendida apenas pela autorização genérica prevista em estatuto para defender seus filiados em juízo.

No caso de execução de título judicial proveniente de ação coletiva, a autorização individual do associado beneficiário é essencial para legitimação do ente coletivo para a execução do título judicial.

A necessidade de autorização individual de cada associado representado justifica-se, ainda, pela possibilidade de litispendência ou mesmo coisa julgada em relação às ações individuais ajuizadas pelos representados. Como não há litispendência entre ação coletiva e ação individual, essa cautela é recomendável para se evitar o recebimento em duplicidade do direito reconhecido judicialmente.

Assim, em se tratando de direitos e interesses individuais, é necessária a identificação dos representados na execução. Dessa forma, apenas com a autorização expressa de cada um dos beneficiários pode a associação promover a ação de execução.

Nesse sentido, transcrevo as ementas dos precedentes desta Turma, de minha relatoria:

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Sindicato. Execução. Representação processual.*

1. Na execução, os direitos e os interesses são individuais, sendo necessária a identificação dos substituídos. Apenas sob o regime de representação pode o sindicato promover a ação de execução coletiva.

2. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 2009.01.00.011588-0/DF, Primeira Turma, e-DJF1 p. 228, 14/07/2009)

(...)

*Processual Civil . Agravo regimental . Administrativo . Sindicato . Honorários advocatícios . Destaque . Decisão mantida.*

1. Firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que apenas sob o regime da representação pode o Sindicato promover a ação de execução coletiva.

2. O advogado tem o direito autônomo de pedir o destaque da verba oriunda do contrato de



honorários advocatícios. Porém, na hipótese dos autos, o advogado da causa não possui nenhum vínculo contratual com os credores substituídos, uma vez que o contrato de honorários foi firmado diretamente com o Sindicato autor. Negativa de seguimento ao agravo.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AGA 2008.01.00.061517-0/DF, Primeira Turma, 23/06/2009, e-DJF1 p. 97)

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que apenas sob o regime de representação pode o sindicato promover a ação de execução coletiva, consoante demonstra a ementa a seguir transcrita:

*Constitucional. Processual Civil. Ação civil coletiva. Diferenças de correção monetária de contas do FGTS. Legitimação ativa das entidades sindicais. Natureza e limites. Prova do fato constitutivo do direito afirmado e documento essencial à propositura da demanda. Distinções.*

1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do Sindicato demandante.

2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.

3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir *documento essencial à propositura da ação* com *ônus da prova do fato constitutivo do direito*. Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento,

oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 487202/RJ; 1ª Turma; rel.: Min. Teori Albino Zavascki; DJ 24/05/2004 p. 164)

Isso posto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar a apresentação, no processo de execução, da autorização expressa de cada um dos representados, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da intimação a ser promovida pelo juízo de execução, naquele feito.

É o meu voto.

## Voto-Vista\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:*

— Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão de primeiro grau que indeferiu pedido por ela formulado no sentido da extinção de execução proposta pela Associação Nacional dos Fiscais Federais Agropecuários – Anffa, pedido esse que tem por fundamento a ausência de representação processual da referida Associação, ante a inexistência de autorização individual dos servidores a ela vinculados para a deflagração do processo executivo.

Sustenta a agravante que a associação agravada não tem legitimidade para propor a execução do julgado, visto que não se trata de ação coletiva, não havendo substituição, mas sim representação processual. Alega que a associação não poderia ter proposto a execução em nome próprio para defender direito alheio, mas deveria propor a execução em nome dos servidores, após obter a autorização destes. Afirma que a execução é nula, por carência de ação, em virtude da ilegitimidade da parte proponente, tendo em vista a falta de autorização dos associados.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Ângela Catão, relatora, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar a apresentação, no processo de execução, da autorização expressa de cada um dos representados, no prazo de 30 (trinta) dias, a

---

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado).



contar da data da intimação a ser promovida pelo juízo de execução, naquele feito.

Considerou Sua Excelência que, não tratando a hipótese dos autos de substituição, mas de representação processual, é necessária a autorização individual dos associados da agravada para a propositura da execução, não bastando para tanto a autorização genérica constante de seu estatuto para a defesa em juízo dos interesses destes últimos.

Retificando meu voto que acompanhava o entendimento esposado pela i. relatora, pedi vista do processo para melhor análise da questão.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se a entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal, decidiu recentemente que

os sindicatos/entidades de classe possuem ampla legitimidade ativa *ad causam* para atuarem como substitutos processuais, na defesa e direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, seja na fase de conhecimento, seja na fase de liquidação, seja na fase executiva do processo (AGREsp 911288, Sexta Turma, Rel. Des. Celso Limongi, conv., DJ de 07/07/2009), tendo assentado, nesse mesmo precedente, que é desnecessária a autorização individual dos filiados/associados para tal mister (grifei).

No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: AC 200883000186260, Segunda Turma, rel. Des. Fedederal Francisco Barros Dias, DJ de 20/05/2010.

Com efeito, entendo, com as devidas vênias da i. relatora, que, a despeito do contido no art. 730 do CPC – que prevê, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, a citação da entidade devedora para a oposição de embargos –, não se pode considerar que a formulação do pedido de execução do julgado pela parte credora signifique a propositura de uma nova ação, autônoma em relação àquela que deu origem ao título executivo judicial, de sorte a se exigir que a entidade associativa obtenha nova autorização para tanto.

A formulação da pretensão executiva, em verdade, traduz-se em mero desdobramento da ação na qual formado o título executivo e, assim sendo, não há que se exigir, no caso concreto, mais do que se exigiu da entidade associativa para a propositura da ação de conhecimento, sendo relevante destacar que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em caso de substituição processual, basta a autorização genérica para a defesa dos seus associados constante do estatuto da associação. Nesse sentido: AMS 0020670-69.2006.4.01.3400/DF, Sétima Turma, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, DJ de 02/07/2010.

Não bastasse isso, e mesmo que se entenda tratar-se de hipótese de representação processual, observo que a agravada juntou ao presente feito ata de assembléia na qual obteve autorização dos seus associados para a propositura da execução, estando, assim, devidamente legitimada para a defesa de seus interesses também nessa fase processual. Nesse sentido: AC 2002.34.00.027091-8/DF, Primeira Turma, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (conv.), DJ de 15/12/2009.

Diante do exposto, pedindo vênias à i. relatora, nego provimento ao presente agravo de instrumento interposto pela União.

É como voto.

## Voto Vogal

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes:* — Senhor Presidente, antes de acompanhar o voto do Dr. Marcos, gostaria de só ponderar que esse entendimento de exigir individualmente as autorizações anda na contramão da nossa tendência de novo sistema processual; concebido, ele foi muito defendido pelo autor Luiz Guilherme Marinoni. Então, foi muito bem colocado por Sua Excelência e o intuito desse instituto das ações coletivas é exatamente esvaziar o fluxo de demandas individuais nos tribunais. Acho que é muito importante prestigiar esse entendimento e peço vênias para acompanhar o voto divergente.

## Segunda Turma

Numeração única 0027163-31.2003.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2003.38.00.027155-9/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti  
Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelados: José Persequini Cunha e outros  
Advogados: Dr. Ítalo Souza Nicolliello e outros  
Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara/MG  
Publicação: e-DJF1 de 07/10/2010, p. 1.387

### Ementa

*Constitucional. Mandado de segurança. Remessa ex officio. Preliminar de decadência afastada. Aposentadoria. Ato complexo. TCU. Devido processo legal. Repetição de indébito. Exaurimento dos procedimentos administrativos. Apelação e remessa parcialmente providas. Sentença mantida por outros fundamentos.*

I. A concessão da aposentadoria é ato administrativo complexo, só podendo ser considerado ato jurídico perfeito após a manifestação do TCU no que toca à avaliação da legalidade da concessão da aposentadoria, no termos do art. 71, III, da CF.

II. O prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/1999 iniciará sua contagem após a manifestação do TCU, relativamente à análise da concessão das aposentadorias. Ademais, o citado prazo somente é contado da vigência desta lei, sendo incabível a retroação (STJ). Sentença reformada.

III. É possível a repetição de indébito de valores recebidos de forma ilegal, porém, tão-somente após o exaurimento das vias administrativas, sob pena de violação do princípio do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV e LV, ambos da CF. Segurança mantida, por fundamentos diversos da sentença.

IV. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, para afastar a concessão da decadência e, adentrando ao mérito, por fundamentos diferentes da sentença, manter a concessão da segurança.

### Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 15/09/2010.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:* — José Persequini Cunha e outros impetraram este *writ* para que as autoridades indicadas na exordial

(...) se abstenham de praticar qualquer ato que implique em redução dos seus proventos de aposentadoria (...) ou em reposição dos valores já pagos pela UFMG, mantendo-se inalterado o pagamento dos benefícios nos moldes requeridos. (fls. 18).

Requereram, ademais, os benefícios da gratuidade judiciária.

Foi deferido o pedido liminar a fls. 154.

Devidamente notificada, a autoridade coatora apresentou informações a fls. 159/172.

A sentença concedeu o *writ* "(...) para determinar às autoridades impetradas que mantenham o pagamento dos proventos integrais dos impetrantes" (fls. 202).

Houve remessa oficial.

Interposto recurso pela Universidade Federal de Minas Gerais (fls. 208/217), contra sentença, defende a apelante o direito de revisar seus atos administrativos, uma vez que o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/1999 não revogou a regra contida no art. 114 da Lei 8.112/1990, uma vez que aquela é lei geral e esta, especial, considerando o princípio insculpido no art. 2º, §2º, da LICC (lei geral posterior não derroga a especial anterior).

Dessa forma, não há que se falar em decadência do poder-dever de autotutela *in casu*, relativamente à revisão das aposentadorias dos impetrantes.

Cita a disposição do art. 71, III, da Constituição da República, donde se vê que o Tribunal de Contas da União tem o dever de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de concessão de aposentadorias.

Considerando, ademais, que a concessão do benefício de aposentadoria é ato administrativo complexo, este só se perfaz totalmente após a manifestação do TCU, pelo que a contagem do prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/1999 só terá termo inicial após a regular manifestação do referido Tribunal de Contas.

Assim sendo, o ato inicial de concessão de aposentadoria aos impetrantes, no âmbito da Universidade Federal de Minas Gerais, era provisório, pelo que os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, por si só, não podem imputar ao referido ato validade plena, sem a manifestação posterior do TCU.

Defende, ainda, a apelante, a possibilidade de repetição de indébito, pois que, uma vez ilegal a concessão das parcelas objurgadas, o caso se subsume à regra do art. 876 do Código Civil, segundo a qual quem recebe o que não é devido, tem que restituir o valor recebido.

À guisa de conclusão, com fundamento na Súmula 473 do STF, não há que se falar, no contexto do presente caso, a existência de ato jurídico perfeito ou direito adquirido aos impetrantes.

Recebido o apelo da Universidade Federal de Minas Gerais (fls. 219), com as contra-razões da parte autora (fls. 220/224), subiram os autos a esta Corte.

Opina o douto órgão do Ministério Público Federal pelo não provimento ao recurso (fls. 229/230).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:*

— 1. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que a aposentadoria é ato complexo, só se aperfeiçoando após a manifestação do Tribunal de Contas da União:

*Mandado de segurança. Decadência administrativa. Inocorrência. Cumulação de proventos da reserva militar com os de aposentadoria em cargo civil antes da EC 20/1998. Possibilidade. Art. 11 da EC 20/1998. Pagamento de parcelas atrasadas. Impossibilidade. Art. 1º da Lei 5.021/1966.*

1. O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutive, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração.

2. (...)

(STF, MS 25113/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Unânime. DJU 06/05/2005, p. 255 – grifei)

*Constitucional. Administrativo. Pensão. TCU. Julgamento da legalidade: contraditório. Pensão: dependência econômica.*

I. O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungindo a um processo contraditório ou contestatório. Precedentes do STF.

II. Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999.

III. Concessão da pensão julgada ilegal pelo TCU, por isso que, à data do óbito do instituidor, a impetrante não era sua dependente econômica.

IV. MS indeferido.

(STF, MS 24859/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, Unânime. DJU 27/8/2004, p. 52 – grifei).

2. Dada a natureza jurídica de ato complexo à concessão de aposentadorias, o dito ato só se torna juridicamente perfeito após a manifestação do TCU. Assim sendo, o prazo decadencial a que se refere o art. 54 da Lei 9.784/1999 terá como termo inicial a manifestação do TCU.

3. Registre-se, ademais, que, segundo entendimento do SJT, o prazo decadencial do aludido

\*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Mônica Sifuentes e Neuza Alves.

dispositivo da lei que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal só começa a contar relativamente a fatos ocorridos após a vigência desta Lei 9.784/1999.

Confira-se:

*Administrativo. Mandado de segurança. Anistia. Anulação do benefício. Ato colegiado praticado por Ministros de Estado. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Legitimidade dos sindicatos para atuar como substitutos processuais dos seus associados. Prazo decadencial. Não ocorrência. Ausência de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

1. A presente impetração é dirigida contra ato praticado pelos Senhores Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e das Comunicações, consubstanciado na edição da Portaria Interministerial 372, de 30 de agosto de 2002, que invalidou as anistias anteriormente concedidas com base na Lei 8.878/1994.

2. O ato impugnado não foi praticado por órgão colegiado presidido por Ministro de Estado. Trata-se, sim, de ato praticado em conjunto pelos Ministros de Estado da Fazenda, das Comunicações e do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual inaplicável, na hipótese, a disposição contida na Súmula 177/STJ. Precedentes: MS 8675/DF, rel. Ministra Denise Arruda, DJ 18/06/2007; MS 8704/DF, Terceira Seção, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/04/2006.

3. A Lei 8.073/1990, em seu art. 8º, em consonância com o art. 5º, incisos XXI e LXX, da Constituição Federal, conferiu aos sindicatos a legitimidade para representação de seus associados, atuando, neste caso, como substitutos processuais, não sendo necessária a expressa autorização dos substituídos, por ser inerente à sua constituição institucional.

4. Até o advento da Lei 9.784/1999, tanto esta Corte quanto o Supremo Tribunal Federal orientavam-se no sentido de que a Administração Pública tinha o poder-dever de anular seus atos viciados a qualquer tempo. Tal entendimento, inclusive, restou cristalizado nos Enunciados Sumulares 346 e 473 da Suprema Corte. Todavia, após a publicação do referido diploma legal – que estabelece em seu art. 54 o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaídos em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” – instaurou-se neste Tribunal Superior a controvérsia sobre a aplicação retroativa da Lei 9.784/1999, que foi decidida pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 9.112/DF, da lavra da Min. Eliana Calmon, no sentido de que o art. 54 da Lei 9.784/1999 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos viciados, realizados antes do advento do referido diploma legal. Em síntese, caso o ato acoimado de ilegalidade tenha sido praticado antes da promulgação da Lei 9.784/1999, a Administração

tem o prazo de cinco anos a contar da vigência da aludida norma para anulá-lo; caso tenha sido praticado após a edição da mencionada Lei, o prazo quinquenal da Administração contar-se-á da prática do ato tido por ilegal, sob pena de decadência, nos termos do art. 54 da mencionada norma.

(...)

6. Tampouco prospera a alegação de violação ao devido processo legal, consubstanciada na ausência de oportunidade para exercer a ampla defesa e o contraditório, pois, em todas as fases do procedimento para a revisão das anistias concedidas com amparo na Lei 8.878/1994, houve abertura de sucessivos prazos para os interessados apresentarem defesa, e o ato ora impugnado somente foi proferido após a análise das defesas apresentadas.

7. Impende salientar, ainda, que todas as atividades visando à revisão dos processos administrativos de anistia foram fiscalizadas pelo representante do Ministério Público do Trabalho, em observância à norma contida no art. 5º do Decreto 3.363/2000, não tendo sido constatada qualquer irregularidade nos procedimentos adotados pela Comissão Interministerial – Cointer.

8. Sendo assim, não há direito líquido e certo a ser garantido pela via mandamental, pois não restou evidenciado nos autos qualquer ato abusivo ou ilegal praticado pela Administração Pública na apuração das irregularidades na concessão do benefício da anistia aos impetrantes, visto que não houve desrespeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. Precedentes da Primeira Seção: MS 13.160/DF, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJ de 18/08/2008; MS 8614 / DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 1º/09/2008; MS 8957 / DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 10/12/2007.

9. A Primeira Seção desta Corte Superior consolidou o entendimento de que “o Decreto 3.363/2000, que cria a Comissão Interministerial para reexame dos processos de anistia concedida com base na Lei 8.878/1999, revela legítimo exercício do poder de autotutela da Administração, o que, evidentemente, rechaça eventual eiva de nulidade, no que pertine à anulação de seus atos.” (MS 8.833, 1ª Seção, Min. Luiz Fux, DJ de 30/04/07).

10. Segurança denegada. Agravo regimental de iniciativa da União prejudicado.

(MS 8.691/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 07/12/2009 – grifei)

5. Afastada, portanto, a arguição de decadência. Passo à análise do *meritum causae*, conforme comando autorizativo do art. 515, do CPC.

6. A Administração Pública, por meio da Universidade Federal de Minas Gerais, ao proceder à notificação dos impetrantes, apenas deu cumprimento à decisão do Tribunal de Contas da União, que considerou ilegal os impetrantes receberem seus proventos de aposentadoria em conformidade com o

que preconizava o redação original do art. 192, I, da Lei 8.112/1990.

7. Entretanto, apesar de a Súmula Vinculante 3 do STF dispor sobre a desnecessidade da aplicação do devido processo legal no âmbito do TCU, quando este fizer o supracitado controle da legalidade da concessão dos atos de aposentadoria, não se pode olvidar a necessidade de aplicação do devido processo legal aos procedimentos adotados no órgão originário, situação inócurrenente à espécie.

8. Observo, das notificações a fls. 21, 64 e 150, que a Universidade Federal de Minas Gerais apenas comunicou aos impetrantes a decisão do TCU, bem assim a análise feita pela CGU e a informação de que parcelas do benefícios outrora concedidos foram desconstituídas, dizendo, ainda, da possibilidade de repetição do indébito, sem oportunizar aos beneficiários da previdência a oportunidade de ampla defesa e contraditório. Nada é dito, nas citadas notificações, a respeito de prazo para contestação, recursos, impugnações, pedido de reconsideração.

9. Entendo ser plausível a possibilidade de repetição de indébito na hipótese de eventual ilegalidade de benefícios concedidos, uma vez que, nos termos da Súmula 473 do STF, não há que se falar em direito adquirido, desde a origem (*ex tunc*). Mas, a desconstituição das parcelas objurgadas só deverá ser feita após o exaurimento dos procedimentos administrativos, como se vê do seguinte exceto a seguir, *verbis*:

*Constitucional e Previdenciário. Mandado de segurança. Suspensão de benefício sob alegação de existência de irregularidade na concessão. Não instauração do devido processo legal administrativo. Não observância do contraditório e da ampla defesa. Súmula 160/TFR. Parcelas atrasadas. Súmula 271 do STF. Honorários advocatícios. Custas processuais.*

1. A anulação em 2003 do ato administrativo que concedeu à impetrante o benefício de pensão por morte há mais de 10 (dez) anos não está fulminada pela decadência, tendo em vista que o art. 54 da Lei 9.784/1999 não se aplica retroativamente a atos praticados anteriormente à sua edição.

2. Não comprovando a autoridade apontada como coatora a instauração do devido processo administrativo e consequente concessão impetrante da oportunidade de contraditório e ampla defesa, revela-se patente a ilegalidade do ato de suspensão de benefício, nos termos do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal.

3. Existindo irregularidades que impossibilitem legalmente a manutenção do benefício, a Administração pode rever seus atos. Todavia deve fazê-lo mediante procedimento administrativo regular, de modo a garantir o princípio do devido processo legal. Súmula 160/TFR e precedentes deste Tribunal (AC 1998.37.00.002064-5/MA).

4. Sem honorários de advogado (Súmulas STJ 105 e STF 512). Custas pela impetrada.

5. A eficácia mandamental da sentença concessiva de segurança não alcança as prestações vencidas anteriores à impetração do *writ*, razão pela qual, *in casu*, os efeitos patrimoniais da sentença ficam limitados à data da impetração.

6. Apelação da União não provida.

7. Remessa oficial parcialmente provida.

(AMS 2003.34.00.016971-2/DF, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, e-DJF1 p.113 de 02/06/2008 – grifei)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para afastar a decadência e, adentrando ao mérito, por fundamentos diferentes da sentença, manter a concessão da segurança.

É o voto.

## Terceira Turma

Numeração única: 7194-35.2009.4.01.3601

Apelação Criminal 2009.36.01.007206-0/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto  
 Apelante: Juan Carlos Gonzales Vargas (réu preso)  
 Defensor: Defensoria Pública da União  
 Apelante: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Samira Engel Domingues  
 Apelados: Os mesmos  
 Publicação: e-DJF1 de 08/10/2010, p. 124



## Ementa

*Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de drogas. Pena base. Agravante da paga ou recompensa. Causa de aumento do transporte público e do envolvimento de criança. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Quantum da redução.*

I. Preso o acusado, transportando pouco menos de 5 (cinco) quilos de cocaína, escondidos no fundo falso do assoalho do táxi que dirigia, e sendo réu primário e sem antecedentes criminais, não há justificativa para majoração da pena base acima do que já fora estabelecido pela sentença.

II. O acusado que preenche os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 – *ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa* – tem direito subjetivo à redução de pena prevista nesse dispositivo. O *quantum* da redução deve ser fixado pelo juiz, observando-se as circunstâncias do crime e as condições pessoais do acusado, circunstâncias que, no caso, autorizam a redução de pena no patamar máximo.

III. A paga ou a recompensa são inerentes ao comércio proibido de drogas, motivo pelo qual não deve ser aplicada a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, sobre as penas do acusado.

IV. A previsão, no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, de aumento de pena quando a prática do tráfico ocorrer em transporte público visa, nitidamente, a coibir o tráfico em ônibus, trens, metrô, e equiparados, em razão da indiscutível dificuldade do Estado em fiscalizar e coibir o crime em transportes públicos, e *coletivos*. Inaplicável a causa de aumento quando a infração for cometida em um *táxi*, pois este, a teor do inciso II do art. 1º da Lei 8.989/1995, e por suas próprias características, é considerado meio de *transporte individual de passageiros*.

V. A exasperação de pena, prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, só é devida quando o agente, na prática do tráfico, envolve ou visa a atingir criança ou adolescente, pela própria condição de vulnerabilidade dessas pessoas. Não é aplicável quando, como no caso dos autos, não houve nenhum ato do réu tendente a envolver as crianças, passageiras do táxi, no tráfico, ou visando a atingi-las, e, além disso, em razão da tenra idade das crianças, não eram elas corruptíveis psicologicamente.

VI. Apelo do réu provido. Apelo do Ministério Público não provido.

## Acórdão

Decide Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação do réu.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 20/09/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

## Relatório

*O Exmo Sr. Des. Federal Tourinho Neto:* — 1. Trata-se de apelações criminais interpostas por Juan Carlos Gonzales Vargas e pelo Ministério Público Federal contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, da Vara Única da Subseção Judiciária de Cáceres, em Mato Grosso, que julgou procedente a denúncia, para condenar o primeiro apelante às penas de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I e III, todos da Lei 11.343/2006.

2. Narra a denúncia que o réu importou e transportou de San Mathias, na Bolívia, até Cáceres,

no Mato Grosso, 4.920g (quatro mil, novecentos e vinte gramas) de cocaína, sendo preso, em flagrante, no dia 19.09.2009, por policiais militares do Gefron, que abordaram um táxi de origem boliviana, dirigido pelo denunciado, no qual estavam, ainda, mais 04 passageiros.

De acordo com peça inicial, o acusado informou que entregaria a droga, mediante recompensa de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), na rodoviária central da cidade de Cáceres/MT.

3. O MM. juiz *a quo* entendeu estarem provadas nos autos a materialidade e a autoria do crime de tráfico internacional de drogas, uma vez que o acusado foi preso, em flagrante, transportando cocaína no fundo falso do piso do carro por ele dirigido, fato corroborado pelas provas constantes dos autos, especialmente depoimentos de testemunhas.



Julgou ser indubitosa a internacionalidade do tráfico, pois o acusado adquiriu a droga na Bolívia, país de onde provinha, até ser preso na fronteira brasileira com aquele país, e que deve incidir sobre a pena a agravante do cometimento do crime mediante paga, bem como a causa de aumento de pena pelo tráfico em transporte público (fls. 80//83v.).

4. Apela Juan Carlos, por meio da Defensoria Pública, alegando que não deve ser aplicada sobre sua pena a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, porquanto o pagamento é ínsito ao tráfico de drogas.

Alega, ainda, ser descabida a aplicação da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/06, uma vez que o táxi não pode ser considerado transporte coletivo, pois se destina ao transporte individual de passageiros (fls. 96/105).

5. Nas suas contrarrazões, o Ministério Público sustenta ser aplicável a agravante da paga ou recompensa, na hipótese de tráfico de drogas, porque está provado nos autos que o acusado seria remunerado para fazer o transporte.

Diz que basta a utilização do táxi para o transporte, independentemente de atuação ostensiva do agente no sentido da distribuição da droga, para ser aplicada a causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06 (fls. 107/110).

6. Apela o Ministério Público Federal, argumentando ser baixa a pena base aplicada ao acusado, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis a ele, conforme elencado pela própria sentença.

Sustenta que a atenuante da confissão espontânea não poderia ser compensada com a agravante da paga ou recompensa, pois esta prepondera sobre aquela.

Aduz que deve ser aplicada a agravante do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, pois o acusado envolveu criança na prática do delito.

Insurge-se, ainda, contra a parte da sentença que fixou em 2/3 (dois terços) a redução de pena decorrente da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois reduziu a pena a valor muito inferior ao necessário para reprovação e prevenção do crime (fls. 111/117v.).

7. Nas contrarrazões, a Defensoria Pública, em nome do réu, alega estar correto o *quantum* da pena base, mormente porque o réu é primário e sem antecedentes, e que o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve ser concedido no grau máximo, pois o acusado preenche todos os requisitos para tanto.

Afirma que não há fundamento para que a agravante da paga prepondera sobre a da confissão, e que não deve incidir a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, pois a droga apreendida estava em local que não oferecia nenhum risco aos passageiros do táxi (compartimento abaixo do assoalho), e tampouco aos menores (fls.124/135).

8. Nesta instância, a Procuradora Regional da República Rosane Cima Campiotto opina pelo *não provimento* do apelo do réu e pelo *provimento, em parte*, do apelo do Ministério Público (fls. 153/159).

9. É o relatório.

10. À eminente revisora em 16 de agosto de 2010.

### Voto\*

*O Exmo Sr. Des. Federal Tourinho Neto*: — 1. Apelo de Juan Carlos Gonzáles Vargas.

Como se vê dos autos, o réu não questiona, em seu recurso, a autoria delitiva, tanto mais que confessou a prática criminosa, o que está em consonância com as provas dos autos.

Insurge-se, todavia, contra a parte da sentença que aplicou a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, ou seja, cometer o crime *mediante paga ou promessa de recompensa* e a causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, isto é, utilizar de transporte público para realizar o tráfico.

1.1. Agravante da paga ou recompensa.

Esta 3ª Turma já consolidou o entendimento de que, por ser o pagamento inerente ao comércio proibido de drogas, não deve ser aplicada tal agravante.

Confira-se o seguinte julgado:

(...)

3. A paga ou a recompensa são inerentes ao comércio proibido de drogas, motivo pelo qual não deve ser aplicada a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, sobre as penas da acusada.

(...)

(ACR 2008.36.01.002578-4/MT; 28/08/2009 e-DJF1 p.308, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime).

1.2. Causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães e Carlos Olavo.

A sentença aplicou essa causa de aumento porque o acusado se utilizou de um táxi, o qual dirigia, para fazer o transporte da droga.

Preceitua o art. 40, III, da Lei 11.343/2006:

As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

A previsão dessa causa de aumento no texto legal visa, nitidamente, a coibir o tráfico em ônibus, trens, metrô, e equiparados, em razão da indiscutível dificuldade do Estado em fiscalizar e coibir o crime em transportes públicos, e coletivos. Tanto que as demais hipóteses do inciso tratam de lugares com aglomerações de pessoas ou exposição de pessoas vulneráveis.

Creio ter sido justamente a dificuldade em fiscalizar o transporte público, e coletivo, que levou o legislador a penalizar, com maior rigor, o crime praticado nessas condições.

No caso, entendo ser inaplicável a causa de aumento, porque a infração foi cometida em um táxi.

O táxi, embora seja transporte público, equiparase a veículo particular, pois, por suas próprias características, tem por fim o transporte individual de passageiros, tanto que o inciso II do art. 1º da Lei 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, considera o táxi como meio de *transporte individual de passageiros* (...).

Portanto, é inaplicável a causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 sobre as penas do réu.

2. Apelo do Ministério Público Federal.

2.1. Pena base.

Não merece reparo a pena base aplicada ao réu. Como se vê da sentença, às fls. 83, o magistrado considerou como circunstância preponderante, para fixação da pena base, a quantidade e a qualidade da droga apreendida, em observância ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006.

O réu foi preso com pouco *menos de 05 (cinco) quilos de cocaína*. Diante disso, a pena base, fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e

660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, não é baixa, mormente se levarmos em conta, ainda, que o réu é primário e sem antecedentes criminais.

2.2. Agravante do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006.

A acusação pede a aplicação dessa causa de aumento de pena, porque no táxi em que foi apreendida a droga havia três crianças.

Preceitua o referido dispositivo:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

VI – sua prática *envolver* ou *visar a atingir* criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; (grifo nosso).

Tal exasperação de pena só é devida, como bem decidiu a sentença, quando o agente, na prática do tráfico, envolva ou vise a atingir criança ou adolescente, pela própria condição de vulnerabilidade dessas pessoas.

Não é aplicável no presente caso, pois as três crianças eram apenas passageiras do táxi, e não houve nenhum ato do réu tendente a envolvê-las no tráfico ou visando a atingi-las.

Demais, em razão da tenra idade das crianças, como afirmou o magistrado *a quo*, nem mesmo eram elas corruptíveis psicologicamente, no que também concordou o Ministério Público Federal perante este Tribunal, em seu parecer.

2.3. Correta a sentença ao fixar em 2/3 (dois terços) a redução de pena decorrente da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que o acusado, além de preencher todos os requisitos para obter o benefício, ou seja, ser primário, sem antecedentes, não integrar organização criminosa ou se dedicar a atividades criminosas, é considerado *mula*, e a quantidade de droga com ele apreendida não é elevada.

2.4. Afastada a aplicação da agravante da paga ou recompensa, não há que se questionar sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

3. Recálculo da pena.

O MM. juiz *a quo* fixou a pena base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

Compensou a agravante da execução mediante paga com a atenuante da confissão espontânea. Afastada a agravante, como dito anteriormente, reduz

a pena do réu em 06 (seis) meses e 60 (cinquenta) dias-multa, em razão da confissão, passando-a para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Observo que, equivocadamente, a sentença aplicou primeiro a causa de aumento de pena e depois a de diminuição, com afronta ao art. 68 do Código Penal.

Assim, aplico, primeiramente, a causa de causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena em 2/3 (dois terços), a qual passa para 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

Em razão das causas de aumento de pena decorrentes da internacionalidade (40, I) e do transporte público (40, III), a sentença aumentou a pena em 1/5 (um quinto). Afastada a segunda causa de aumento, majoro a pena em 1/6 (um sexto), pela internacionalidade, tornando-a *definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa*.

2. Em face do exposto, *dou provimento* ao apelo de Juan Carlos Gonzales Vargas, para, afastando a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, e a causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06, reduzir suas penas *de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Nego provimento* ao apelo do Ministério Público Federal.

3. É o voto.

## Voto Revisor

*A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:* — Como se viu do relatório, lançado aos autos pelo eminente Des. Federal Tourinho Neto, trata-se de apelações, interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo réu Juan Carlos Gonzáles Vargas, contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Cáceres/MT, que julgou parcialmente procedente a denúncia, para condenar o aludido réu às penas dos arts. 33, *caput*, c/c art. 40, I e III, todos da Lei 11.343/2006 c/c art. 62, IV, do Código Penal, a 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa, cada dia-multa fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, por ter sido preso em flagrante, trazendo consigo aproximadamente 4.920 g (quatro mil novecentos e vinte gramas) de cocaína, proveniente da Bolívia. (fls. 80/83v)

Acompanho, integralmente, o eminente Relator, pelos mesmos fundamentos expendidos no voto proferido por Sua Excelência.

Com efeito, no que tange à agravante do art. 62, IV, do Código Penal, é entendimento desta Terceira Turma que a paga ou promessa de recompensa integra o tipo do tráfico de drogas (ACR 2006.36.01.001759-8/MT, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, DJU de 12/12/2007, p. 30; ACR 2005.01.00.015573-9/AC, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma, DJU de 05/05/2006, p. 30).

Por sua vez, também concordo que, no caso de utilização de um táxi para o cometimento do delito de tráfico de drogas, não se aplica a causa de aumento, prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, eis que o objetivo da referida causa de aumento é punir com maior rigor aquele que, aproveitando-se da maior aglomeração de pessoas, nos transportes públicos, tem facilitada a prática do tráfico de drogas.

Com estas considerações, entendo que merece provimento o recurso do réu, para que sejam excluídos, da pena a ele aplicada, os acréscimos decorrentes da circunstância agravante da paga ou promessa de recompensa, prevista no art. 62, IV, do Código Penal, e a causa especial de aumento de pena, prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (transporte público).

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer quanto ao recurso do Ministério Público Federal.

De fato, no que diz respeito à dosimetria da pena aplicada, verifica-se que a sentença, considerando a natureza e a quantidade da droga apreendida em poder do réu e as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, fixou, adequadamente, a pena base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 660 (seiscentos) dias-multa (fl. 83).

Não há que se falar em compensação da agravante de paga ou promessa de recompensa com a atenuante da confissão espontânea, eis que como já mencionado, deve ser afastada a agravante da paga ou promessa de recompensa aplicada à pena do réu, pelo ilustre Juízo *a quo*, a qual foi compensada com a atenuante da confissão espontânea, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea a que faz jus o acusado, conforme já reconhecido pela sentença. Assim, concordo com a redução da pena base em 6 (seis) meses e 60 (sessenta) dias-multa, em razão da atenuante da confissão espontânea.

O apelante enquadra-se nos requisitos estabelecidos na Lei 11.343/2006, em seu art. 33, § 4º, razão pela qual deve ser ele beneficiado com a diminuição da pena em 2/3 (dois terços), na forma da

sentença, eis que o percentual de diminuição encontra-se justificado, uma vez que devem ser consideradas as circunstâncias que envolvem o delito, a quantidade e a natureza da droga apreendida.

Concordo com o eminente relator no sentido de que não há elementos suficientes e concretos, a demonstrar o envolvimento de crianças na prática do crime de tráfico de drogas imputado ao réu, não se justificando, pois a aplicação da causa de aumento de pena, prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006.

Por sua vez, afastado o aumento de pena, decorrente do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (transporte público), a pena deve ser majorada em 1/6 (um sexto),

relativo à internacionalidade, com base no art. 40, I, do referido diploma legal.

Por todo o exposto, acompanho o eminente relator, para *negar provimento* ao recurso do Ministério Público Federal e *dar provimento* à apelação do réu Juan Carlos Gonzáles Vargas, para afastar a agravante da paga ou promessa de recompensa do art. 62, IV, do Código Penal, e a causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, e, em consequência, reduzir as penas a ele impostas, na sentença recorrida, nos termos da dosimetria fixada por Sua Excelência.

É o voto-revisor.

## Quarta Turma

### *Habeas Corpus 27772-21.2010.4.01.0000/RR*

Relator:	Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Impetrante:	Defensoria Pública da União
Defensor:	Defensoria Pública da União
Impetrado:	Juízo Federal da 1ª Vara/RR
Paciente:	Leonardo Costa Freitas (réu preso)
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 04/10/2010, p. 168

## Ementa

*Processual Penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Associação. Porte ilegal de arma de fogo. Prisão em flagrante. CPP, art. 312. Materialidade delitiva. Indícios de autoria. Garantia da ordem pública. Elementos concretos. Liberdade provisória. Lei de drogas. Vedação expressa. Princípio da presunção de inocência e prisão cautelar. Compatibilidade. Primariedade. Bons antecedentes. Residência fixa. Irrelevância. Decisão fundamentada. Ordem denegada.*

I. A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória embasada na reiteração do mesmo crime de tráfico de entorpecentes, encontra-se devidamente fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos.

II. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, § 1º, e 34 a 37, da Lei 11.343/2006, a teor de seu art. 44, são *inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito.*

III. A Lei 11.343/2006 é especial, não se mostrando plausível a tese de que foi derogada pela Lei 11.464/2007. Precedentes do STJ e do STF.

IV. Inexiste incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e o instituto da prisão cautelar, quando presentes, concreta e fundamentadamente, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Exceção à regra que se contrapõe ao direito do acusado de aguardar o julgamento em liberdade. Precedentes do STF.

V. As circunstâncias relativas à primariedade, bons antecedentes criminais, residência fixa ou atividade laboral lícita, não se prestam, isoladamente, para ensejar a concessão de liberdade provisória.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 03/08/2010.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro*: — A Defensoria Pública da União impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao paciente *Leonardo Costa Freitas*, preso em flagrante delito no dia 23/04/2010, por ter sido flagrado transportando 8,3 Kg de cocaína, *adquirida na Venezuela e trazida para o Brasil por meio terrestre*, bem como, no momento da prisão, portava ainda *uma pistola 380 sem os devidos registros*, sendo autuado como incurso na prática, em tese, do crime previsto no art. 33 c/c os arts. 35 e 40, inciso V, da Lei 11.346, de 15/09/2006, além do art. 14 da Lei 10.826/2003, visando *expedição de Alvará de Soltura* (fls. 10).

Sustenta, em síntese a ocorrência de constrangimento ilegal por falta de motivação quanto a *denegação do pedido formulado pela defesa* (fls. 03); ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e violação ao princípio da presunção de inocência.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 81/82), após prestadas as informações (fls. 78/79).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 88/93).

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro*: — Pretende o impetrante a concessão de liberdade provisória a *Leonardo Costa Freitas*, preso em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no art. 33 c/c o art. 35 e art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 e art. 14 da Lei 10.826/2003.

A decisão impugnada está vazada nos seguintes termos:

Cuida-se de pedido de liberdade provisória formulado por *Leonardo Costa Freitas*, preso em 23/04/2010 por *flagrante de tráfico internacional de drogas*.

Sustenta, em síntese, que o acusado colaborou com o esclarecimento dos fatos, é primário, tem residência fixa e que não estão presentes os requisitos da prisão cautelar.

OMP opinou contrariamente ao deferimento do pedido.

É o relatório.

Não há vícios no *flagrante* lavrado contra o requerente.

*A cocaína – cerca de oito quilos e trezentas gramas (8,3Kg) – foi adquirida na Venezuela e trazida para o Brasil por meio terrestre.*

No momento da prisão o requerente *portava uma pistola 380 sem os devidos registros*.

Seus *antecedentes criminais indicam a existência de um processo na Justiça Estadual por tráfico e associação cuja denúncia foi oferecida em 30/11/2009*. Muito provavelmente o requerente encontrava-se em liberdade provisória quando *reincidiu no mesmo delito*.

Neste contexto é *impraticável o deferimento do pedido* (...).

Diante do exposto, *indefiro* o pedido de liberdade provisória formulado por *Leonardo Costa Freitas*. (grifei – fls. 66/69).

E, das informações, destaco:

Tramitou neste Juízo o pedido de Liberdade Provisória 3259-96.2010.4.01.4200 formulado por *Leonardo Costa Freitas*, preso em flagrante no dia 23/04/2010 por tráfico e associação para o tráfico internacional de 8,3 Kg de cocaína e porte ilegal de arma de fogo.

Portanto, *não é correto afirmar que o paciente esteja preso preventivamente*.

A decisão que negou o pedido de liberdade é auto-explicativa, tendo o cuidado, inclusive, de destacar *que o paciente respondia a processo por tráfico de drogas e associação para o tráfico na Justiça Estadual, cuja denúncia foi oferecida em 30/11/2009, razão pela qual presumiu-se que no momento da prisão em flagrante o paciente já se encontrava em liberdade provisória*. A dedução é simples e objetiva: pelos antecedentes a liberdade do paciente parece ser *dedicada à reiteração dos crimes pelos quais está preso*.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcos Vinicius Bastos e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados).



De outro ângulo, penso que seja prematuro revolver o conjunto probatório e afirmar, ou infirmar, a responsabilidade do paciente, o que me reservo fazer após a instrução criminal. (fls. 78/79 – grifei).

Pois bem, à luz da legislação da espécie, desponta incontroverso que o tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, estando sujeito à *legislação especial que coibe a concessão de liberdade provisória* àqueles que o cometem. É o que dispõe, *peremptoriamente*, o *caput* do art. 44 da Lei 11.363, de 23/08/2006, *verbis*:

Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e *liberdade provisória*, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (grifei).

Esse entendimento encontra-se em harmonia com recente precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *a superveniência da modificação trazida pela Lei 11.464/2007* não possibilitou a concessão da liberdade provisória aos réus que respondem ação penal pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (grifei), por isso que, em se tratando de *lei especial*, não se mostra plausível a tese da derrogação tácita do art. 44, Lei 11.343/2006, pela Lei 11.464/2007; (HC 83.010-MG, DJ 06/08/2007). Nesse contexto, ainda: HC 86.569/GO, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 05/11/2007; HC 65.720/BA, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 05/11/2007.

Nesse sentido é, também, a seguinte decisão proferida pelo eminente Min. Sepúlveda Pertence, nos autos do HC 91.550/SP:

(...) É certo que a Lei 11.464/2007 – em vigor desde 29/03/2007 – deu nova redação ao art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, para excluir do dispositivo a expressão *e liberdade provisória*.

Ocorre que – sem prejuízo, em outra oportunidade, do exame mais detido que a questão requer –, essa alteração legal não resulta, necessariamente, na virada da jurisprudência predominante do Tribunal, firme em que *da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos (...) não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva* (v.g., HHCC 83.468, 1ª T., 11/09/2003, Pertence, DJ 27/02/2004; 82.695, 2ª T., 13/05/2003, Velloso, DJ 06/06/2003; 79.386, 2ª T., 05/10/1999, Marco Aurélio, DJ 04/08/2000; 78.086, 1ª T., 11/12/1998, Pertence, DJ 09/04/1999).

Nos precedentes, com efeito, há ressalva expressa no sentido de que *a proibição de liberdade provisória decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição* (CF, art. 5º, XLIII).

De qualquer modo, tratando-se de imputação de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, c.c. o art. 40, III), *a princípio incidiria lei especial, qual seja, a Lei 11.343/2006, que dispõe em seu art. 44, verbis: (omissis)*

(...)

Ademais, *justamente por ser tratar de norma especial, não vejo plausibilidade jurídica na tese de que o art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 teria sido derogado tacitamente pela Lei 11.464/2007.*

Esse o quadro, nego seguimento à impetração (RISTF, art. 21, §1º). (DJ 06/06/2007 – grifei)

Quanto ao alegado *princípio da presunção de inocência* ou da não-culpabilidade, é certo que o Supremo Tribunal Federal, por seu *Tribunal Pleno*, decidiu que, em regra, tem o acusado o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade. Tal orientação, contudo, *excepciona as prisões cautelares quando presentes, concreta e fundamentadamente*, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, ainda: HC 96.095/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/03/2009 – HC 94.156-7/SP, 1ª Turma, rel. Min. Menezes Direito, DJ 02/04/2009 – HC 91.676-7/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Levandowski, DJ 24/04/2009 – HC 98.166/6/MG, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/06/2009.

Ora, consoante decidiu o egrégio STF:

(...) a impossibilidade de concessão da liberdade provisória do paciente decorre de óbice legal específico (art. 44 da Lei 11.343/2006). Óbice legal que dispensa a fundamentação da custódia cautelar do paciente, conforme pacífica jurisprudência desta colenda Corte. A título de amostagem, o HC 93.302, da relatoria da ministra Carmem Lúcia – (HC 97.820/MG, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ 30/06/2009).

E do colendo Superior Tribunal de Justiça destaco o seguinte precedente:

Habeas corpus. *Direito de apelar em liberdade*. (...). *Pressupostos para a segregação cautelar que se mostram presentes no caso. Inexistência de constrangimento ilegal.*

(...)

II. *Não fere o princípio da presunção de inocência a vedação do direito de apelar em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a segregação da paciente, consistente, principalmente, na garantia da ordem pública, haja vista a sua periculosidade e a gravidade concreta do delito, ambos com suporte especialmente com relação ao modus operandi em que se deu o ilícito.*

(...)

(HC 108.057/SP, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 23/03/2009 - grifei)



Assim sendo, estando a decisão impugnada suficientemente fundamentada, não há que se cogitar de incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e o instituto da prisão cautelar.

Cabe salientar, finalmente, que a circunstância de o paciente ser tecnicamente primário e possuir bons antecedentes criminais ou ter residência fixa,

isoladamente, não se presta para ensejar a sua libertação, *especialmente quando o ato atacado mostra-se suficientemente fundamentado*. Nesse sentido: STF, RHC 64.997/PB, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 05/06/1987.

Isto posto, em face das razões e fundamentos explicitados, *denego* a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

## Quinta Turma

Numeração única: 0063611-44.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.066268-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida  
 Agravante: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Agravado: Porto Seco Centro Oeste S/A  
 Advogados: Dr. Alessander da Mota Mendes e outro  
 Publicação: e-DJF1 de 08/10/2010, p. 168

## Ementa

*Agravo de instrumento. Porto seco. Anápolis/GO. Assinatura do 5º termo aditivo. Terminal totalmente alfandegado. Mandado de segurança para permitir utilização mista. Liminar concedida. Impugnação da Fazenda Nacional ao argumento de que a admissão de utilização mista é ato discricionário. Provimento do agravo. Preliminar de intempestividade do agravo.*

I. A tempestividade do agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública em mandado de segurança é aferida da intimação pessoal do representante judicial da Fazenda nos termos do art. 3º da Lei 4.348/1964 e do inciso II do art. 7º da Lei 12.016/2009, e não da intimação da liminar dirigida à autoridade apontada como coatora.

II. A utilização de áreas de porto seco de forma mista, com áreas alfandegadas e áreas para mercado interno, dependem de segregação prévia por meio de cercas e muros e da concordância expressa da Administração Fazendária por ato discricionário no interesse da Administração e não da máxima lucratividade possível do permissionário operador do complexo alfandegário.

III. Indemonstrado o interesse público na operação do complexo de forma mista, não deve haver ingerência judicial sem prova técnica que justifique o deferimento de drástica intervenção na Administração Pública, o que não se afigura viável na via mandamental.

IV. Liminar revogada.

V. Agravo de instrumento provido.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 27/10/2010.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:* — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança 2009.34.00.021714-0, deferiu liminar autorizando a agravada a operar o terminal alfandegado, no modo pretendido, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias.

Sustenta que a matéria objeto do mandado de segurança versa sobre exclusivo mérito administrativo, posto que só a Receita Federal do Brasil possui competência para, a partir da análise do interesse público, decidir sobre a viabilidade de realização de atividades de mercado interno e de mercado externo em uma mesma área, sem que isso comprometa a soberania nacional, configurada no prejuízo da Administração Fiscal, especialmente aduaneira.

Informa que foi proferido inicialmente o Parecer PGFN 984/2007, em seguida alterado pelo Parecer PGFN/CJU/CLC/ 1.722/2007, que concluiu que a prática de atividades de mercado interno e de mercado externo em uma mesma área apenas se justifica se houver a efetiva separação física das áreas, inclusive com entradas independentes, e que a autorização para o comércio desses dois mercados configura uma decisão de mérito administrativo, que deve ser tomada a partir da análise do interesse público.

Informa, ainda, que o objeto do contrato em tela é a permissão para a prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias, exclusivamente sob controle aduaneiro, na Estação Aduaneira de Interior – Eadi, na cidade de Anápolis/GO. É esse objeto que a impetrante/agravada pretende ver modificado com a presente discussão judicial.

Alega que desde a sua assinatura, no ano de 1998, tal contrato de permissão de serviços públicos foi aditado cinco vezes. Por meio de terceiro termo aditivo, datado de maio/2005, a Administração Pública resolveu permitir, a título precário, o uso compartilhado de equipamentos e instalações do Porto Seco de Anápolis para o trato concomitante de mercadorias em comércio internacional (sob controle aduaneiro) e aquelas ditas de mercado interno.

Relata que com o passar do tempo, a fiscalização aduaneira deparou-se com uma série de ocorrências danosas ao perfeito controle do recinto alfandegado do Porto Seco de Anápolis, relacionadas ao descontrole do fluxo compartilhado de pessoas, veículos e mercadorias. Ou seja, tal compartilhamento trouxe consigo insuperáveis dificuldades à boa execução do

objeto do contrato, a movimentação, armazenagem e despacho de mercadorias de importação e exportação. Ficou demonstrado, na prática cotidiana, a inviabilidade, para a fiscalização da Receita Federal, do compartilhamento permitido à título precário.

Sustenta que, agravando a situação de descontrole, a empresa Porto Seco Centro Oeste S/A promoveu a construção de um complexo armazenador/transportador de minérios, em área alfandegada, utilizando-se de um contrato entre particulares, ludibriando a fiscalização federal do recinto.

Alega que como conseqüência lógica e legalista, e considerando todo o imbróglio ocasionado pelas ações da permissionária, além da manifestação da PGFN a respeito do assunto, a União resolveu por realfandegar todas as áreas, equipamentos e instalações liberadas para o uso compartilhado e ainda pelo alfandegamento do complexo de minérios recém construído. Para tal mister, foi assinado pelas partes o quarto termo aditivo, em janeiro de 2008. Este mesmo aditamento contratual teve o condão de sustar, definitivamente, o fluxo de pessoas, veículos e mercadorias em operações de mercado interno, em todas as instalações do Porto Seco de Anápolis/GO, ocasionando a retomada do indispensável controle aduaneiro sobre a totalidade dos procedimentos realizados no recinto.

Informa que no início do ano de 2008, foi assinado o quinto termo aditivo ao contrato de permissão, onde se conformou a prorrogação do prazo da permissão para a prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, ou seja, exclusivamente destinadas ao comércio internacional.

Sustenta que a decisão judicial ora agravada, que reformou a inicial denegatória, traz em seu texto uma série de incongruências e entendimentos equivocados que merecem ser melhor explicados, para aclarar a real situação dos atos.

Afirma que a empresa foi autorizada a iniciar a prestação de serviços públicos de armazenagem e movimentação de mercadorias sob controle aduaneiros no recinto do Porto Seco de Anápolis, nas condições contratadas, por meio da publicação do Ato Declaratório Executivo SRRF01 20/1999, no *Diário Oficial da União* de 02/09/1999.

Que não existia, à época, um complexo de movimentação de mercadorias de propriedade da empresa impetrante, que tenha sido parcialmente adaptado para instalação do recinto alfandegado contratado com a União, apenas como um apêndice. O recinto passou a existir de forma isolada, executando

os serviços públicos exclusivamente relacionados ao comércio exterior.

O complexo de movimentação/armazenagem de minérios foi construído posteriormente, já nos anos de 2006 e 2007, em área interna ao recinto alfandegado do Porto Seco para melhoria dos serviços públicos ali executados, segundo ofício OF.SUP – 06/07/2006, de 19/07/2006, assinado pelo diretor superintendente da empresa Porto Seco Centro Oeste S/A.

Somente a partir da aprovação do terceiro termo aditivo, em maio/2005, a Administração Pública decidiu autorizar o compartilhamento de equipamentos. Em caráter precário e condicionado à construção de separação física entre as áreas de movimentação e armazenagem de mercadorias em comércio exterior e mercadorias ditas de mercado interno. Esta condição nunca foi cumprida pela agravada, o que foi apenas um dos fatores que levaram a Administração Pública a proibir as operações com mercadorias de mercado interno. Ou seja, retornou-se às condições contratadas em 1998, que vigoraram até meados de 2005.

Informa que a agravada, mesmo não sendo proprietária das instalações, nesta época, permitiu a instalação de outras empresas no interior do recinto alfandegado, o que é terminantemente proibido pelas normas legais regentes.

Esclarece que a agravada protocolou dois pedidos diversos nas esferas judicial e administrativa. À Justiça pleiteou decisão que desobrigue a Administração Pública a deixar de proibir o compartilhamento de equipamentos e instalações alfandegadas e, ao mesmo tempo, requereu à Administração Pública permitente que exclua do contrato de permissão, em caráter definitivo: a totalidade das instalações do complexo de armazenagem e movimentação de minérios; a totalidade das instalações do complexo de armazenagem e movimentações de grãos; toda a estrutura de operação da balança ferroviária.

Ressalta que a Administração Pública permitente autorizou a construção de cercas metálicas separadas entre as áreas alfandegadas e desalfandegadas somente à época de vigência do terceiro termo aditivo ao contrato de permissão, o que a permissionária efetivamente não fez. Desde a aprovação do quarto termo aditivo pelo sr. secretário da Receita Federal, em fevereiro de 2008, não há qualquer sugestão, ou mesmo interesse, da permitente para edificação de tais cercas. Muito pelo contrário, uma vez que tal construção atrapalharia o bom fluxo dos veículos e mercadorias em comércio internacional que transitam pela área do recinto. Se houvesse ocorrido tal construção àquele tempo, teria sido necessária a sua demolição, após a

retomada da proibição dos compartilhamentos com a assinatura do quarto termo aditivo.

Informa que, analisando as plantas arquitetônicas apresentadas pela agravada em cada um de seus pedidos, constata-se que a locação da cerca metálica proposta nos autos da ação judicial é diversa daquela proposta no processo administrativo.

Alega a ausência dos pressupostos ensejadores para a sua concessão da liminar.

Posterguei a apreciação do efeito suspensivo para após a resposta do agravado.

Informações do MM juiz *a quo* às fls. 484/486.

Contra-razões às fls. 487/619.

Em decisão proferida em 23 de junho de 2010, deferi efeito suspensivo ao agravo de instrumento da Fazenda.

Contra a decisão, Porto Seco Centro Oeste S/A interpõe agravo regimental argumentando que a construção do alambrado de segregação é fato consumado e que a vedação à utilização compartilhada dos equipamentos em operações de mercado interno e externo nega aplicação ao art. 9º, § 2º, da Instrução Normativa SRF 055/2000, constituindo típico abuso de direito e arbitrariedade por parte do Estado.

Inicialmente, aponta que o recurso seria intempestivo, pois o prazo recursal deveria ser contado a partir do momento em que a autoridade coatora foi intimada para o cumprimento da liminar e não do momento em que a Procuradoria da Fazenda foi intimada pessoalmente sobre a impetração.

Quanto ao mérito, sustenta que não há nenhuma demonstração de prejuízo para a Administração na utilização compartilhada do espaço alfandegado, sendo perfeitamente viável a utilização do espaço para o comércio interno e externo, pois o controle de fluxo de pessoas, veículos e mercadorias, assim como a segregação de espaços com pontos de controle está devidamente definida, com passagem e controle pelas respectivas portarias.

Argumenta, ainda, que a decisão liminar deve ser mantida pelos seguintes fundamentos:

a) as fotografias, relatórios do fiscal do contrato e pareceres PGFN constantes dos autos demonstram o rigor no controle do acesso ao recinto alfandegado. Tanto é verdade, que desde 1998 não foi registrada nenhuma ocorrência grave, relativa à violação da segurança, descaminho de mercadorias, ou fato similar. Apenas foram feitas sugestões de controle pela permitente, as quais foram imediatamente adotadas.

b) A impetrante/agravada nunca autorizou nenhum terceiro a operar o terminal alfandegado.

A execução e responsabilidade das obras de construção do terminal de minério cabem exclusivamente à impetrante. A autoridade coatora afirmou ter havido cessão de uso de área alfandegada a terceiro, com base em minuta de contrato exatamente não assinada pelo terceiro (Mineração Maracá Indústria e Comércio S/A) – fls. 306/310. Restou demonstrado nos autos que, à época, em razão do terceiro termo aditivo ao contrato de permissão (doc. nos autos), a referida área encontrava-se desalfandegada. E a minuta do contrato foi submetida ao fiscal do contrato como consulta sobre eventual irregularidade indireta sobre a área alfandegada, demonstrando a boa-fé da impetrante. A autoridade coatora, porém, vem forçando, dando outra conotação aos fatos, para sustentar sua estéril e burocrática cruzada. Afinal, quais os prejuízos do uso compartilhado legalmente previsto, com a segregação das áreas? Do outro lado, emperram-se as economias regional e nacional, sem argumento razoável.

c) A separação das áreas por alambrado já foi determinada em todos os pareceres da PGFN, como única condição para o uso compartilhado do complexo de armazenagem, mas sua construção nunca foi autorizada pela própria autoridade coatora, sendo este ato abusivo um dos fundamentos da impetração. Contudo, cumpre ressaltar que operações com minério, grãos e produtos importados são, por lei, considerados materialmente imiscíveis (art. 5º, §2º, III, da Portaria SRF 969, de 22 de setembro de 2006)

d) Atos administrativos caracterizados pela conveniência e oportunidade estão, sim, sujeitos ao controle do Poder Judiciário, quando, abusivos, afrontam os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, como demonstrado no presente caso.

Fundado, em síntese, em tal argumentação, requer seja reconsiderada a decisão agravada ou, no mérito, que seja negado provimento ao agravo de instrumento.

É o relatório.

### Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: —

### Preliminar – Intempestividade

A agravada pretende que a intimação da liminar dirigida à autoridade coatora seja contada como *dies a quo* para a interposição do agravo de instrumento.

Contudo, como previa o art. 3º da Lei 4.348/1964 e atualmente preconiza o inciso II do art. 7º da Lei 12.016/2009, a intimação do representante judicial da União em tais casos é obrigatória para possibilitar a eventual interposição de recurso, passando o prazo a contar a partir de tal providência.

A intimação do representante judicial da União é determinação prevista no art. 3º da Lei 4.348/1964, com a redação fornecida pelo art. 19 da Lei 10.910/2004, a qual foi, em essência, mantida pela atual legislação de regência do mandado de segurança, prevendo a norma que os representantes judiciais da União, Estados, DF, Municípios e respectivas autarquias e fundações devem ser intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 horas, de decisões judiciais em que suas autoridades figurem coatoras.

A intimação que permitiu a interposição deste recurso ocorreu em 15 de outubro de 2009, tendo o agravo sido interposto em 29 de outubro de 2009, sendo, assim tempestivo, consoante se infere dos seguintes precedentes deste Pretório e do STJ, destacados no que mais interessa:

*Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Prazo recursal. Termo a quo. Intimação pessoal do representante judicial da União Federal. Tempestividade do recurso. Convênio do município de Ibiá/MG com o ministério da integração nacional. Irregularidades na prestação de contas do ex-gestor. Exclusão da inscrição do nome do município no cadastro do Siafi e do Cadin.*

I. Em se tratando de mandado de segurança, afigura-se imprescindível a intimação pessoal do representante judicial da União Federal para ciência da sentença, a partir de quando se inicia o prazo para interposição de recurso, sendo, no caso, tempestiva a apelação por ela interposta.

II. Afigura-se legítima a exclusão da inscrição do nome do município no cadastro do Siafi, até que seja efetivada a Tomada de Contas Especial, referente a convênio celebrado, na Administração anterior.

III. Ademais, a inscrição da entidade municipal, em cadastro de inadimplentes, contraria o disposto no art. 4º, IX, da Instrução Normativa 35/2000, do colendo Tribunal de Contas da União, no sentido de que apenas o nome do responsável pelas contas municipais é que deve ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito, no intuito de preservar-se o interesse público e não se penalizar toda a população local.

IV. Apelação e remessa desprovidas. Sentença confirmada.

(AMS 2005.34.00.028542-9/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJ de 18/02/2008, p. 303)

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado).

*Processual Civil. Agravo regimental. Mandado de segurança originário no primeiro grau. Atuação da autoridade coatora. Entendimento do relator pela desnecessidade de intimação pessoal do representante judicial do órgão correspondente (procurador da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal). Nova posição desta corte superior, no sentido da necessidade de intimação do representante judicial.*

I. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos à origem, a fim de que a Fazenda Nacional seja devidamente intimada.

II. Acórdão *a quo* segundo o qual, em ação mandamental, a intimação da sentença deve ser feita à autoridade coatora e não ao representante jurídico da entidade pública atingida.

III. Entendimento deste relator, com suporte em diversos precedentes das 1ª, 2ª, 5ª e 6ª Turmas e da 1ª Seção, desta Corte Superior, de ser desnecessária a intimação do representante judicial do órgão correspondente de sentença proferida em ação mandamental, devendo, apenas, a autoridade coatora ser devidamente intimada.

IV. No entanto, a jurisprudência do STJ, recentemente, tem enveredado no sentido de que é obrigatória a intimação pessoal do representante judicial da União após a prolação da sentença em sede de mandado de segurança. Há aparente prejuízo suportado pela Fazenda Pública, ao não lhe ser oportunizada a ampla defesa e o contraditório por intermédio da intimação para fins de oposição do recurso cabível ou de contra-razões.

V. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 986.316/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 1º/04/2008, DJ 16/04/2008 p. 1)

*Processual Civil. Mandado de segurança. Sentença concessiva da ordem. Intimação da pessoa jurídica de direito público para a interposição de recurso. Necessidade. Nulidade da intimação. Trânsito em julgado. Não-ocorrência. Ausência de contrariedade aos arts. 535 e 458 do Código de Processo Civil.*

I. A alegada ofensa aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil não subsiste, pois o acórdão hostilizado solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.

II. Embora a pessoa jurídica de Direito Público a que está vinculada a autoridade coatora não seja parte inicial no *mandamus*, a ela caberá suportar os efeitos patrimoniais da decisão final e, consequentemente, faz-se necessária a intimação pessoal do seu representante judicial, legitimado para recorrer da decisão concessiva da ordem. Precedentes.

III. Uma vez reconhecida a nulidade absoluta da intimação, não se verifica a ocorrência do trânsito em julgado. Precedentes.

IV. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 704.713/PE,

rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 13/10/2008)

*Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Necessidade de intimação pessoal do representante judicial da União acerca da concessão da ordem.*

I. No caso concreto, por entender que o prazo para a interposição de recurso contar-se-ia da intimação da autoridade impetrada, e também por aplicar na espécie o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não conheceu tanto da apelação em mandado de segurança quanto do reexame necessário a que a sentença fora submetida.

II. Conforme dispõe o art. 3º da Lei 4.348/1964, com a redação dada pela Lei 10.910/2004, os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. Aliás, desde a edição da Medida Provisória 1.984-15/2000, já havia sido acrescentado o § 4º ao art. 1º da Lei 8.432/92, atualmente em vigor por força da Medida Provisória 2.180-35/2001, cujo texto é do seguinte teor: “§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.” Mesmo antes da vigência da supracitada Lei 10.910/2004, impunha-se a intimação pessoal do representante judicial da União acerca das decisões proferidas no mandado de segurança (arts. 38, da Lei Complementar 73/93, e 6º da Lei 9.028/1995).

III. “É inaplicável ao mandado de segurança o § 2º do art. 475 do CPC, inserido pela Lei 10.352/01, pois a regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil (art. 2º, § 2º, da LICC).” (REsp 788.847/MT, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05/06/2006, p. 279)

IV. Recurso especial provido para decretar a nulidade do acórdão impugnado, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento da apelação e proceda ao reexame da sentença, também submetida ao duplo grau de jurisdição.” (REsp 833.394/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20/03/2007, DJ 23/04/2007 p. 235)

Pelo exposto, rejeito a preliminar de intempestividade suscitada pela agravada.

## Mérito

O ato que a agravada pretende fazer prevalecer, que ressalte-se, foi obtido em provimento liminar, consiste em cercar área localizada dentro do complexo



denominado Porto Seco Centro Oeste localizado na cidade de Anápolis – GO, destacando silos e armazéns que no projeto original eram destinados ao armazenamento de cereais e outros produtos agrícolas ou minérios destinados à exportação, o que com o tempo foi se demonstrando de nenhum interesse para a exploração com tal finalidade.

A empresa operadora do porto seco, então, observando uma possibilidade na legislação de utilização da área tanto para o aproveitamento para o mercado de importação e exportação, finalidade efetiva do terminal como para o mercado meramente interno, doméstico, passando a ser observado no terminal alfandegado o que se denomina uso compartilhado de recinto alfandegado.

A Fazenda Nacional em suas razões recursais sustenta que o indeferimento da pretensão está calcada fundamentalmente no que contém o parecer PGFN/CJU/CLC/ 1.722/2007 (Anexo V), especialmente, o seguinte trecho:

(...) a prática de atividades de mercado interno e de mercado externo em uma mesma área apenas se justifica se houver a efetiva separação física das áreas, inclusive com entradas independentes, e que a autorização para o comércio desses dois mercados configura uma decisão de mérito administrativo, que deve ser tomada a partir da análise do interesse público.(...)

A Administração reconhece que na assinatura do terceiro termo aditivo ao contrato de permissão foi admitida a atividade mista de uso compartilhado, o que não se revelou seguro, o que conduziu à necessidade da Receita Federal ser obrigada a optar entre a manutenção de um recinto totalmente alfandegado ou um complexo armazenador onde pudesse funcionar um misto de áreas de armazenamento de mercadorias destinadas ao mercado interno e externo, segundo a legislação aduaneira.

Resta patente que a opção a ser adotada é um ato flagrantemente discricionário. Não há nenhuma justificativa para que se imponha à Administração Pública a repartição de compartimentos dentro do complexo alfandegado, especialmente quando não há nenhuma previsão legal para a concessão/permissão segundo o interesse do particular que pretende executar/explorar o serviço.

O serviço a ser explorado é de interesse público.

O particular adere se for de seu interesse e puder proporcionar-lhe lucratividade que seja compatível com o investimento que é exigido.

Contudo, na hipótese, o que se observa é que o particular pretende impor seu entendimento sobre a

melhor forma de explorar o complexo como obrigação para a Administração Pública de forma vinculativa e de direito líquido e certo, o que não resta demonstrado.

Não existe violação ao princípio da razoabilidade e da isonomia, pois, o que a impetrante/agravada pretende é a exploração do complexo segundo a máxima lucratividade que possa obter.

Pretendendo que a segregação seja estabelecida no terminal alfandegado, mediante o cercamento do perímetro que indica que a despeito de estar localizado na parte central do terminal alfandegado, a seu juízo, pode ser perfeitamente delimitado e separado por cerca, que afirma atender às exigências da Receita Federal, ainda que não atenda ao interesse da Administração na condução no negócio público, eis que a seu juízo há a possibilidade de desvios dada a cerca e os meios de controle no local existentes.

Se o entendimento da agravada correspondesse à realidade, não haveria justificativa para a irrisignação apresentada pela agravante, que indica neste agravo de instrumento de forma expressa ter sido a opção da Administração a manutenção do terminal como alfandegado exclusivo.

Não se afigura justificável intervir judicialmente de forma liminar para anular a vontade das partes expressa no 5º termo aditivo firmado de forma expressa, onde está estipulada a exclusividade de manejo de mercadorias para comercialização sob controle aduaneiro.

O interesse e a concordância dessa construção de cercas ou muros devem ser manifestamente expressos pela Administração, pois trata-se de providência a seu alvedrio discricionário, e não se está tratando na hipótese, como pretende fazer crer a agravada, de ato abusivo ou arbitrário.

À sua míngua, não resta presente a plausibilidade jurídica do direito invocado, não restando preenchido um dos requisitos para o deferimento da medida liminar vindicada, qual seja, o *fumus boni juris*.

Não se afigura justificável que a empresa firme contrato de permissão com a Administração Pública e pretenda posteriormente anular cláusulas em seu exclusivo benefício, sem qualquer demonstração de ilegalidade, impondo à Administração a maneira pela qual o terminal alfandegado por ela operado deve funcionar.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.



## Sexta Turma

Numeração única: 0000308-32.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.000326-9/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
 Apelante: Jesus Tereza Borges  
 Advogado: Dr. Cícero Belchior Carneiro  
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: e-DJF1 de 27/09/2010, p.78

### Ementa

*Civil. Administrativo. Responsabilidade civil. Dano moral. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Apuração de eventual irregularidade na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Instauração de inquérito policial. Denúncia caluniosa não configurada. Inexistência de ofensa à honra do autor. Indenização descabida.*

I. É legítima a atitude da Administração que, diante de indícios de fraude na concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, solicita a instauração de inquérito policial para apuração, agindo o administrador, nesse caso, no estrito cumprimento do dever legal.

II. Hipótese em que a conduta da autarquia não se subsume ao tipo descrito no art. 339 do Código Penal, por falta de demonstração de dolo específico do agente administrativo vinculado ao INSS, inexistindo, em consequência, o dever de reparação por dano moral.

III. Sentença confirmada.

IV. Apelação desprovida.

### Acórdão

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

6ª Turma do TRF 1ª Região – 10/09/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Trata-se de ação de indenização ajuizada por Jesus Tereza Borges contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pleiteando indenização a título de danos morais, no valor de 110.000,00 (cento e dez mil reais).

Esclarece, para tanto, que, em 13 de outubro de 1994, requereu aposentadoria por tempo de contribuição, a qual foi concedida com base nos registros constantes na própria autarquia ré. A partir de então, passou a ser alvo de investigação por parte do INSS, que suspeitava da existência de irregularidades na contagem do tempo de serviço em que o beneficiário manteve vínculo laboral com o Banco do Estado de Goiás S.A. (BEG), entidade financeira incorporada pelo Banco Itaú S.A.

Assegura que apresentou esclarecimentos à demandada, entregando os documentos solicitados e, ainda assim, em virtude de ofício enviado pelo Banco Itaú S.A. negando a existência de relação de emprego com o demandante, veio a lume relatório emitido pela Assessoria de Pesquisas Estratégicas de Riscos (APE–GR), dando conta de suposta irregularidade na concessão da aposentadoria.

A informação errônea, contudo, resultou na instauração de inquérito pela Polícia Federal, no qual ficou esclarecido o equívoco cometido pela referida instituição bancária, razão por que foi enviada certidão ao INSS, desta feita esclarecendo que o indiciado, na verdade, havia trabalhado no BEG entre 17/05/1962 e 11/05/1973.

Aduz que, ainda assim, continua a responder processo criminal pelo suposto cometimento de crime previsto no art. 171 do Código Penal, o que, em seu entender, configura denúncia caluniosa, violando sua honra e dignidade, a caracterizar o dever de indenizar pelo dano moral sofrido.

A sentença (fls. 82-87), proferida pelo ilustre Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Juliano Taveira Bernardes, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Os embargos de declaração opostos pelo autor, ao argumento de que o magistrado deixou de apreciar provas juntadas aos autos (fls. 90-94), não foram conhecidos, à consideração de que o embargante pretende, na verdade, rediscutir o mérito da causa (fls. 96-97).

Inconformado, o autor interpõe apelação, com razões às fls. 100-108, imputando ao INSS o equívoco ocorrido, visto que em nenhum momento afirmou haver trabalhado no Banco Itaú.

Anota que o fato já havia sido esclarecido na via administrativa desde 29 de janeiro de 2007, e, ainda assim, em 15 de fevereiro de 2007 o recorrido enviou ofício ao delegado da Polícia Federal dando conta da existência de irregularidades nas informações apresentadas pelo beneficiário da aposentadoria, deixando de levar em conta, ainda, que em 19/03/2007 o Banco Itaú S.A. informou a existência de vínculo empregatício entre o autor e o BEG.

Assegura que nenhuma das providências adotadas impediu que a autarquia promovesse a instauração de inquérito junto à Polícia Federal, dando ensejo, com essa conduta, à denúncia caluniosa, pois era conhecedora da inocência do recorrido.

O INSS deixou fluir *in albis* o prazo para contrarrazões (fls. 117).

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Ao que consta dos autos, pretende o autor obter do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a reparação de dano moral que alega haver sofrido, por suposta falha na prestação do serviço, que configurou, em seu

entender, fato típico previsto no art. 339 do Código Penal.

Para julgar improcedente o pedido, o magistrado de primeiro grau expendeu a seguinte fundamentação, *verbis* (fls. 83-86):

No caso, encontra-se devidamente demonstrado nos autos que o servidor do INSS relatou à autoridade competente a prática ilícitos penais supostamente praticados pelo autor (*sic*).

Ocorre que o simples relato de conduta aparentemente criminosa, à autoridade competente para apurá-la, consiste em mero ato praticado no estrito cumprimento do dever legal. É que o próprio Estatuto dos Servidores da União impõe aos funcionários federais o dever de levar à autoridade as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. Pelo art. 116 da Lei 8.112/90, são deveres do servidor público, entre outros:

(...)

VI – levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo.

(...)

XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representado ampla defesa.

De outro lado, a configuração de denúncia caluniosa pressupõe atitude dolosa do servidor, *i.e.*, a imputação a outrem de crime sabidamente falso. Nesse sentido, dispõe o tipo penal da denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal):

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos de multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Ou seja, a subsunção ao tipo penal exige o dolo direto, que vem a ser a certeza de que o denunciado é inocente.

Sobre o tema, confirmam-se as lições de Rui Stocco:

A denúncia caluniosa está tipificada na lei penal como crime contra a Administração da Justiça. Portanto, se caracteriza crime, empenha, em tese, o dever de indenizar por parte daquele

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rodrigo Navarro de Oliveira e Francisco Neves da Cunha (convocados).

que levemente deu causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime *de que o sabe inocente*, segundo a dicção do artigo 339 do Código Penal.

Mas, cabe advertir que a acusação deve ser objetiva e subjetivamente falsa, isto é, deve referir-se a fato inexistente ou que não foi praticado pela pessoa acusada ou deve estar em contradição com a verdade dos fatos, estando o denunciante plenamente ciente de tal contradição.

Logo se vê, o crime de denunciação caluniosa somente se configura se aquele que deu causa à instauração do inquérito policial tem conhecimento prévio (elemento subjetivo do tipo) de que o sujeito ao qual foi imputado o delito é inocente. Mas, na espécie, não consta nenhuma prova de que o agente público do INSS soubesse que o autor era inocente.

Em resumo, não se comprovou a denúncia caluniosa. Quando da solicitação de investigação pela Deleprev, havia forte indício de fraude, pois o ofício do Itaú, datado de 17/12/2006, informava o autor não laborara naquela instituição financeira (fls. 34). Somente por meio de outra informação dada pelo Itaú, agora em 19/03/2007, em resposta ao Ofício de 128 APE-GR/GO/MPS (fls. 43), é que se apurou que autor realmente laborara no Banco do Estado de Goiás no período de 17/05/1962 a 11/05/1973 (fls. 42).

Daí que, diante dos documentos até então disponíveis, não configura dano indenizável a simples instauração de inquérito policial para apurar uma possível fraude.

Aliás, a jurisprudência orienta-se no sentido de que a instauração de inquérito policial, sem prova do prévio conhecimento da inocência do imputado por parte daquele que noticia o fato (agente público), não constitui dano moral a ensejar indenização, uma vez que não caracteriza denunciação caluniosa (CP, art. 339), porquanto, ao noticiar em tese a prática de crime, o agente público age no cumprimento de dever de ofício (Lei 8.666/93, art. 101; e CP, art. 142, III, parágrafo único). Confira-se:

*Causa de pedir. Teoria da substanciação. Responsabilidade civil. Instauração de inquérito policial a partir de documentação encaminhada à polícia federal por agente público. Inexistência de injúria e de denunciação caluniosa. Inocorrência de dano moral.*

I. No que concerne às alegações de que depois da inabilitação da empresa dirigida pelo autor, teria havido transação (Código Civil antigo, art. 1.030) por terem as demais licitantes e também a empresa em causa aceitado o resultado da inabilitação e renunciado expressamente ao prazo recursal, bem

como teria havido coisa julgada administrativa, não podem elas ser examinadas em apelação, uma vez que, tendo o Código de Processo Civil adotado a teoria da substanciação, não foram tais causas de pedir suscitadas na petição inicial (CPC, arts. 128, 282, 460 e 515). Precedentes desta Corte.

II. A instauração de inquérito policial, sem prova do prévio conhecimento da inocência do imputado por parte daquele que noticia o fato (agente público), não constitui dano moral a ensejar indenização, uma vez que não caracteriza denunciação caluniosa (CP, art. 339), bem como porque não configura injúria (CP, art. 140), porquanto ao noticiar em tese a prática de crime o agente público agiu no cumprimento de dever de ofício (Lei 8.666/93, art. 101; e CP, art. 142, III, parágrafo único). Precedentes desta Corte e do TRF 5ª Região.

III. Apelação não provida. (TRF 1ª Região, AC 1999.32.00.002948-7/AM, 5ª Turma, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), DJ de 23/05/2003, p.195).

*Civil. Dano moral. Denunciação caluniosa. Ausência de dolo direto. Inocorrência. Improvimento do apelo.*

I. Ação movida no intuito de ver condenada a União ao pagamento de indenização por danos morais, em função de suposta denunciação da caluniosa.

II. O Ministério Público Federal agiu dentro dos lindes das suas atribuições, ao buscar investigar possíveis crimes de contrabando e descaminho em função de captura de armas por indígenas.

III. A remessa dos autos a esta Corte para apuração do eventual crime de esbulho de terras da União em razão da presença no inquérito de juiz federal não configura denunciação caluniosa, ainda que tenha sido o procedimento arquivado em razão da não comprovação da sua participação em tal delito, tendo em vista não estar presente o dolo direto de denunciar mesmo tendo a certeza da inocência do denunciado.

IV. Inexistência de dano moral a ser indenizado.

V. Improvimento do apelo. (TRF 5ª Região, AC 2000.81.00.030503-7/CE, Segunda Turma, rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJ de 06/01/2009, p. 12)

Vale ressaltar que a garantia constitucional da indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, V) e a garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X) não conferem ao indivíduo, porque indiciado em inquérito policial, qualquer direito à indenização. Não implica violação à intimidade ou à vida privada a simples investigação movida com base em indícios,

mesmo que estes posteriormente não se confirmem como elementos de convicção.

É bem verdade, mesmo que não houvesse denunciação caluniosa, mas se existisse *culpa grave* no pedido de instauração de inquérito, emergiria dano moral indenizável. Nesse sentido:

*Recurso especial. Danos morais. Instauração de inquérito policial. Súmula 7/STJ. Quantum. Valor razoável. Controle do STJ afastado. Dissídio jurisprudencial não comprovado.*

I - Em princípio, o pedido feito à autoridade policial para que apure a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa indiciada em inquérito venha a ser inocentada. *Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, fundado na abertura de inquérito policial, faz-se necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento, posteriormente arquivado, se deu por má-fé, ou culpa grave, refletindo na vida pessoal dos autores, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais, dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares.*

(...) (STJ, REsp 866725/MT, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, DJU de 04/12/2006, p. 315)

No caso, todavia, não houve culpa grave do INSS. O primeiro ofício enviado pela autarquia – e cuja resposta ensejou o imbróglio – havia sido endereçado ao Banco do Estado de Goiás S.A – Itaú (fls. 33). Assim, se foi respondido sem analisar as antigas anotações do extinto BEG, hoje sucedido pelo Itaú, a negligência partiu deste banco. E a interpretação dada a tal resposta pelos servidores do INSS, se não era a única possível, está longe de configurar algum absurdo.

Enfim, é indevida a indenização a título de dano moral, até porque não restou comprovado qualquer outro prejuízo causado ao autor em decorrência da instauração do inquérito policial (CPC, arts. 332 e 333, I)

Penso que a sentença não está a merecer reforma.

Como exaustivamente afirmado, a simples instauração de inquérito policial para apurar a ocorrência de suposta fraude na concessão de aposentadoria ao recorrente não configura nenhuma ilegalidade que dê ensejo à reparação por danos morais, porquanto, nesses casos, age a Administração Pública no estrito cumprimento de dever legal.

Aliás, a apuração levada a efeito pelo administrador tem por objetivo não só a possível punição do investigado, mas, também, a declaração de sua inocência, desde que tenha procedido corretamente. Logo, o procedimento investigatório não pode ser tomado por alguma forma de ofensa à honra do investigado porque constitui mera coleta de informação.

Ademais, a decisão guerreada encontra ressonância na jurisprudência deste Tribunal, como se colhe do seguinte julgado:

*Constitucional e Administrativo. Responsabilidade objetiva. Indenização por danos morais. Apuração e comunicação para instauração de inquérito policial. Ação penal condenatória. Prescrição. Dano moral não caracterizado. Exercício regular de direito.*

I. Responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco administrativo, dentro da qual basta a prova da ação, do dano e de um nexo de causa e efeito entre ambos, sendo, porém, possível excluir a responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou ainda em caso fortuito e força maior.

II. Hipótese em que o CRO/MG notificou o Ministério Público sobre possível exercício ilegal da profissão pelo autor, resultando na abertura de inquérito policial e subsequente ação penal, na qual houve condenação, cuja punibilidade restou extinta pelo advento da prescrição.

III. Diante dos fortes indícios de fraude à legislação que rege o exercício profissional, correta a conduta do órgão fiscalizador em noticiar à autoridade policial a situação fática para a competente apuração de eventual ilícito penal.

IV. Por outro lado, a abertura de inquérito policial, com subsequente ação penal não temerária, não constitui dano moral a ensejar indenização, porquanto o agente público agiu no cumprimento de dever de ofício que lhe é imposto pela legislação de regência (CP, art. 142, III, parágrafo único), sem qualquer evidência de que tivesse conhecimento anterior da inocência do imputado.

V. Apelação do autor não provida.

(AC 2004.38.00.013189-2/MG – rel. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado) – e-DJF1 de 11/12/2009, p. 413)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

## Sétima Turma

### Agravo de Instrumento 0038127-90.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral  
 Agravante: Arteca Vitória Importação e Exportação Ltda.  
 Advogados: Dra. Onízia de Miranda Aguiar, Dra. Cláudia Cristina Resende Viana, Dra. Ilana Fried Benjo e Dr. Carlos Eugênio de Lossio e Seiblitz Filho  
 Agravada: Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
 Publicação: e-DJF1 de 08/10/2010, p.239

### Ementa

*Tributário e Administrativo. Ação ordinária. Antecipação de tutela. Mercadoria importada. Classificação errônea. Indícios de fraude. Ausência da verossimilhança. Agravo não provido.*

I. O desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas com classificação fiscal errônea, a sugerir indícios de fraude, não encontra sede no art. 273 do CPC por ausência da verossimilhança da alegação.

II. Agravo não provido.

III. Peças liberadas pelo Relator, em 28/09/2010, para publicação do acórdão.

### Acórdão

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

7ª Turma do TRF 1ª Região – 28/09/2010.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tolentino Amaral*:  
 — Por agravo protocolizado em 24/05/2010, a agravante pede, com efeito suspensivo ativo, a reforma do indeferimento da antecipação de tutela (fls. 13/4) datado de 11/06/2010, pela MMª. Juíza Federal Substituta *Emília Maria Velano*, da 4ª Vara/DF, nos autos da AO 25135-82.2010.4.01.3400, que ajuizou em 20/05/2010 contra a Fazenda Nacional objetivando, mediante caução, o prosseguimento do despacho aduaneiro de *tecidos em malha* que importou (DI 10/0625073-7), interrompido há mais de 30 dias na espera do resultado de análise laboratorial.

S. Exa. entendeu que,

ao contrário do que alega a autora, as mercadorias não foram retidas para verificação de análise laboratorial, e sim para atendimento de exigência legal do controle administrativo de importações.

A agravante insiste em que o despacho foi interrompido *única e exclusivamente por pedido de*

*análise laboratorial formulado pelo Fiscal da agravada.* Aduz, ainda, que o art. 48, §4º, da IN/SRF 680/2006 permite o desembaraço de mercadorias importadas quando a conclusão da conferência depender unicamente do resultado de análise laboratorial; que, em caso semelhante, ela conseguiu a liberação de mesmo tipo de mercadoria com o mesmo problema (diferença de elastano no tecido).

Em resposta (fls. 111/8), a Fazenda Nacional sustenta que o art. 1º da Lei 2.770/1956 veda a liberação de mercadoria estrangeira por medida preventiva ou liminar; o despacho foi interrompido por erro na classificação fiscal da mercadoria, pois *tecido com mais de 5% de elastano tem classificação fiscal diferente daquele com menos de 5%*; que a retenção da mercadoria tem justa causa no art. 511 do Decreto 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro) e art. 49 da IN/SRF 206/2002, não sendo cabível a caução, porque

*é medida vantajosa àqueles que cometem ilícitos, visto que é mais interessante para a empresa efetuar a garantia e obter a liberação das mercadorias do que, ao final do procedimento, perdê-las em favor da*

*fiscalização, visto que os atos acobertados por fraude geram benefícios em muito superiores aos valores garantidos administrativamente ou judicialmente, conforme anteriormente destacado.*

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Em resposta à consulta da Fazenda Nacional (fls. 57/9), o inspetor da Alfândega da Receita Federal do Brasil do Porto de Vitória manifestou-se nestes termos:*

ADI 10/0408687-5 sofreu interrupção por exigência de reclassificação fiscal para a NCM 6006.34.00, pois ficou constatado, em laudo pericial, que a mercadoria que diz respeito é tecido em malha, peso de 96,4% de poliéster e 3,6% de elastano.

2. A autora declarou o bem como tecido em malha estampado, contendo em peso 94% de poliéster e 6% de elastano, classificando-a na NCM 6004.10.34, que é própria para tecido em malha com 5% ou mais de elastano.

3. Em 2010, o produto classificado na NCM 6004.10.34 deixou de ter restrição administrativa e o mesmo não ocorreu com a NCM 6006.34.00, que continua com a exigência de licenciamento junto à SECEX.

4. Com base no histórico das admissões aduaneiras da autora, a fiscalização concluiu que o

expediente usado na DI configura tentativa de fuga ao controle administrativo da NCM 6006.34.00.

Vê-se, portanto, que a perícia já foi realizada e não é o motivo da interrupção do despacho aduaneiro, não se aplicando o art. 48, §4º, da IN/SRF 680/2006, pois norma específica para os casos em que o desembaraço depende apenas de análise laboratorial.

O inspetor da Receita alerta sobre possível fraude na importação, o que afasta qualquer verossimilhança da alegação da agravante.

No mais, ainda que oferecida a fiança bancária, diz a Lei 12.016, de 07 AGO 2009:

Art. 7º (...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei 5.869, de 11 janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

(...) (Grifei)

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Eduardo José Corrêa (convocado).

## Oitava Turma

Numeração única: 0046396-70.2000.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2000.01.00.056967-7/BA

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)  
Apelante: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho  
Apelado: José Pedro Klein de Menezes de Lemos  
Advogado: Dr. Caio Druso de Castro Penalva Vita  
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/BA  
Publicação: e-DJF1 de 15/10/2010, p. 485



## Ementa

*Tributário. Mandado de segurança. Bagagem desacompanhada. Bens móveis. Herança. Não incidência do Imposto de Importação.*

I. O impetrante, português residente no Brasil, demonstrou que os bens que pretende trazer de sua terra natal são decorrentes de herança, sendo ele herdeiro universal de sua mãe.

II. Para que seja descaracterizada bagagem, deve-se observar a quantidade, a natureza e a variedade dos bens. Se configurar importação com fim comercial ou industrial, incidem os tributos devidos.

III. Caracteriza-se como bagagem desacompanhada os bens móveis de uso doméstico enviados ao Brasil, por estrangeiro aqui residente, bens estes frutos de herança.

IV. Considerando que o impetrante não é comerciante e não deseja se valer da situação para deixar de cumprir sua obrigação tributária, há de se manter a sentença.

V. Apelação e remessa oficial improvidas.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 21/09/2010.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha:* — José Pedro Klein de Menezes de Lemos impetrou o presente mandado de segurança contra ato da autoridade coatora, consistente na retenção da mercadoria – bagagem que trouxe de Portugal em face do falecimento de sua genitora. Aduz que não conseguiu proceder ao desembaraço aduaneiro da mercadoria, porque a autoridade coatora exigia uma providência judicial, homologada pelo STF, que reconhecesse o interessado como herdeiro dos bens listados como bagagem.

A segurança foi concedida para

determinar que a autoridade impetrada se abstenha de praticar quaisquer atos punitivos ou repressivos contra o impetrante, em face do desembaraço aduaneiro da mercadoria descrita no rol de fls. 38/40, sem o pagamento do litigado imposto de importação.

Apela a Fazenda Nacional a alegar que a documentação acostada não permite seja verificada a titularidade dos bens em favor do *de cujos*, mas apenas uma relação ao impetrante, além disso, não há qualquer evidência de que tal domínio derivasse da herança deixada, nem tampouco qual seria a composição desta. Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 121/124.

Parecer do MPF pelo improvido do recurso.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha:* — A apelação não merece ser provida.

O impetrante, português residente no Brasil, demonstrou que os bens que pretende trazer de sua terra natal são decorrentes de herança, tendo restado provado o falecimento de sua mãe, além de ele ser o herdeiro universal.

Bagagem, segundo a Receita Federal (IN SRF 117, de 6 de outubro de 1998, IN SRF 120, de 15 de outubro de 1998, e IN SRF 140, de 26 de novembro de 1998), são os bens novos ou usados destinados a uso ou a consumo pessoal do viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem. *Bagagem acompanhada* é a que o viajante portar consigo no mesmo meio de transporte em que viaje, desde que não amparada por conhecimento de carga, e *bagagem desacompanhada* é a que chegar ao País, ou dele sair, amparada por conhecimento de carga ou documento equivalente.

Estão excluídos do conceito de bagagem os bens cuja quantidade, natureza ou variedade configure importação ou exportação com fim comercial ou industrial e estão isentos os bens que constituam

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatthy Fonseca (convocado).

bagagem do viajante procedente do exterior da incidência do Imposto de Importação e do IPI.

Embora a Fazenda Nacional diga não ser possível verificar a titularidade dos bens em favor do *de cujus*, certo é que normalmente só se abre sucessão dos bens imóveis.

Observo que restou comprovado nos autos (fls. 59/60) que, pela legislação portuguesa, foi feita habilitação notorial, que possui os mesmos efeitos da judicial.

Mostra-se, dessa forma, extremamente formalista o procedimento da autoridade fazendária ao requerer providência judicial que reconheça o interessado como herdeiro dos bens que estão listados no processo como bagagem (fls. 53).

De outro lado, conforme disciplinado no art. 1º do Decreto 2.120/1984 e no art. 228 do Regulamento Aduaneiro, o viajante procedente do exterior possui isenção de tributos de importação em relação a bens que traga consigo na bagagem, observados os limites. O art. 9º, II, dispôs serem isentos os bens móveis de uso doméstico componentes da bagagem desacompanhada.

Esta é a situação dos autos.

A aduana tem como finalidade evitar a importação realizada com objetivos comerciais camuflados. A jurisprudência tem mantido como válida a entrada no país de bens usados que guarnecem imóvel residencial, pela ausência de qualquer intuito comercial ou mercantil (AMS 200102010415221, Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF2 – Sexta Turma Especializada, 25/09/2009), além de considerar plenamente correta a atuação da Receita Federal quando os bens possuem nítido caráter de bens comerciais, como na situação em que embora classificado como bagagem, um terço do total da bagagem era bebida alcoólica, o que denota sua intenção comercial (AC200470000380722, Wilson Darós, TRF4 – Primeira Turma, 19/05/2009)

Assim, considerando que o impetrante não é comerciante, mas químico (fls. 16), nem deseja se valer da situação para deixar de cumprir sua obrigação tributária, há de se manter a sentença.

Ante ao exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

## Agravo de Instrumento 0054167-50.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Agravante: Polliana Esmeralda Gonçalves Machado  
Advogados: Dra. Taísa Caroline dos Santos Machado e Dr. Paulo Eduardo Sampaio Mendonça  
Agravado: Fundação Universidade de Brasília – FUB  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 10/09/2010, p. 669

### Decisão

Polliana Esmeralda Gonçalves Machado interpõe agravo de instrumento de decisão (cópia – fls. 52-54) que, em ação cautelar inominada, indeferiu o pedido liminar formulado para que fosse autorizada a sua matrícula no curso de Ciências Sociais da Universidade de Brasília (UnB), sob o fundamento de que a discente não concluiu o ensino médio.

A agravante alega que foi aprovada no vestibular da UnB e que está cursando o segundo semestre do último ano do ensino médio, no Colégio Objetivo do Gama (DF).

Aduz que o referido colégio “não apresentou nenhum entrave para a concessão do Certificado de Conclusão antecipado” (fl. 07), mas, por razões burocráticas, não terá tempo hábil de apresentar os documentos necessários à matrícula antes do prazo estipulado pela UnB.

Pede a antecipação da tutela recursal para que não lhe seja vedado o acesso ao nível superior de ensino.

Decido.

É certo que o ingresso em curso de nível superior depende da aprovação em processo seletivo, bem como da conclusão do ensino médio ou equivalente, conforme estabelece a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

O candidato aprovado em concurso vestibular só tem direito à matrícula se, na data estabelecida para realização desta, já houver concluído seus estudos de nível médio ou equivalente, não lhe sendo lícito efetivá-la sem o preenchimento desse requisito, expressamente estabelecido pelo art. 44, inciso II, da Lei 9.394/1996.

A jurisprudência, contudo, tem admitido exceção a essa regra, permitindo a matrícula do candidato aprovado em regular processo seletivo para ingresso no ensino superior, que ainda não concluiu o ensino médio, desde que venha a comprovar essa conclusão antes da data prevista para o início do semestre letivo.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes arestos:

*Administrativo. Ensino superior. Matrícula. Aluno aprovado no vestibular enquanto não concluído o segundo grau. Possibilidade. Apresentação do Certificado de Conclusão antes do início das aulas.*

1. Deve o julgador prestigiar o aluno que, antes de concluído o ensino médio, logra aprovação no vestibular, o que denota, sem sombra de dúvida, a capacidade intelectual para o ingresso na Universidade.
2. Impõe-se seja observada a condição de que o certificado de conclusão do ensino médio deve ser apresentado antes do início do período letivo.
3. Apresentado, no prazo da liminar, o certificado de conclusão do segundo grau, e concedida a segurança tornando definitiva a matrícula, nega-se provimento à remessa oficial.

(REO 2000.35.00.002893-5/GO – rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJ de 10/05/2004, p. 125)

*Administrativo. Ensino superior. Aluno aprovado no vestibular enquanto pendente a conclusão do Ensino Médio. Matrícula. Conclusão do segundo grau antes do início das aulas. Possibilidade. Lei 9.394/1996 (LDB).*

1. Embora a aprovação em concurso vestibular, enquanto não concluído o ensino médio, não assegure ao estudante o direito à matrícula, a qual se dará nos termos do art. 44, II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, indica a existência de maturidade intelectual para o ingresso no ensino superior, o que deve ser prestigiado pelo Judiciário.

2. A apresentação do certificado de conclusão do segundo grau pode, excepcionalmente, ser postergada para data posterior à da matrícula, desde que anterior ao início das aulas, restando, assim, preenchido o requisito do art. 44, II, da Lei 9.394/1996.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.

(REO 2001.34.00.018192-3/DF – rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJ de 31/05/2004, p. 127)

Assim, amparado no poder geral de cautela do juiz, e considerando que a discente demonstrou possuir conhecimentos acadêmicos suficientes para lhe propiciar o acesso ao nível superior de ensino, dou parcial provimento ao agravo de instrumento (§ 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil), para determinar que seja reservada uma vaga para a agravante, condicionando sua matrícula à apresentação do certificado de conclusão do ensino médio que deve ocorrer, no máximo, até o dia do início das aulas do curso para o qual foi aprovada.

Comunique-se, com urgência.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas

Intime-se.

Publique-se.

Brasília, 1º/09/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0052600-81.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes  
Requerente: Defensoria Pública da União  
Procurador: Dr. José Rômulo Plácido Sales  
Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara/AP  
Autor: Ministério Público Federal  
Procuradora: Dra. Andréa Sampaio Viana  
Publicação: e-DJF1 de 15/09/2010, p. 02

### Decisão

A Defensoria Pública da União requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, a suspensão da execução da antecipação da tutela deferida, em 22/07/2010, pelo juízo da 2ª Vara Federal do Amapá, nos autos da Ação Civil Pública 1535-30.2008.4.01.3100 (2008.31.00.001536-0), nos seguintes termos (cf. peça de fls. 13-17):

(...)

Ante o exposto, estendo os efeitos da tutela deferida às fls. 120/125 para determinar à União que sem ofensa à garantia de inamovibilidade ou injusta privação dos hipossuficientes de outras localidades da assistência jurídica integral, lote e distribua, nos termos do art. 29, da Lei Complementar 80/94, mais 3 (três) Defensores Públicos Federais, dentre os candidatos a serem aprovados no 4º concurso público para ingresso na carreira, a fim de atuarem na unidade da Defensoria Pública da União no Estado do Amapá.

Fixo prazo máximo de 90 (noventa) dias para o cumprimento desta decisão, contados a partir da publicação do resultado final do referido concurso.

Para a hipótese de descumprimento das determinações, no prazo assinalado, fixo, desde já, multa diária pessoal ao Defensor Público-Geral da União, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 11 da Lei 7.347/1985.

Relata a requerente que o Ministério Público Federal ajuizou a ação civil pública com o escopo de impor a prestação de serviço da Defensoria Pública de maneira contínua, ininterrupta e adequada no Estado do Amapá, atuando em defesa de todos os necessitados, em processos judiciais, inquéritos policiais, prisões em flagrante, na assistência extrajudicial e perante as instâncias administrativas de órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta. O juízo deferiu parcialmente os efeitos da tutela, determinando que a União lotasse e distribuisse 2 (dois) defensores, entre os aprovados no 3º concurso para ingresso na carreira, para atuar na unidade da Defensoria a

ser implantada, ainda que em caráter provisório, em Macapá. No entanto, entendendo insuficiente a atuação da Defensoria Pública, proferiu decisão estendendo os efeitos da tutela antecipada.

Afirma que a decisão demonstra o reconhecimento da relevância dos serviços prestados pela Defensoria, argumentando, no entanto, que a solução encontrada pelo juízo não equaciona o problema da assistência jurídica gratuita, que deve ser promovida em todo o país; que a Defensoria Pública da União conta, atualmente, com 481 (quatrocentos e oitenta e um) cargos de Defensor Público Federal, criados por lei e providos por meio de concurso público; que o número é insuficiente para atender a integralidade da população carente do Brasil, considerando-se, principalmente que tem atribuição para atuar em todos os ramos da Justiça da União; que cabe à Administração da instituição distribuir os defensores de modo equilibrado, de acordo com o IDH (índice de desenvolvimento humano), população e número de varas federais; que, embora se ignorasse a inamovibilidade, a distribuição dos defensores por todas as subseções judiciárias do país serviria apenas para desfaltar o atendimento prestado nas capitais e cidades de maior porte, que ficariam praticamente desguarnecidas de profissionais; que, com a previsão constitucional da inamovibilidade, os defensores designados extraordinariamente fariam jus a diária, o que aumentaria sobremaneira as despesas da instituição; que, com a posse dos defensores aprovados no 4º concurso, novas unidades serão abertas, dando-se prosseguimento ao processo de interiorização; que o crescimento institucional deve ser contínuo e cuidadoso, já que não há profissionais suficientes; que, apesar de já existir unidade da Defensoria Pública da União em Macapá, o magistrado deseja fixar quantos defensores devem ser lotados na localidade, interferindo na administração da instituição; e que a decisão *incorre em contradição ao estabelecer que não deve haver 'injusta privação dos hipossuficientes de outras localidades da assistência jurídica integral', sem contudo esclarecer, de onde provirão os Defensores a serem lotados em Macapá, visto que não cabe ao Defensor Público-Geral Federal criar novos cargos* (fl. 7).

2. Tratando-se de via excepcional de revisão temporária do ato judicial, seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009), não cabendo, portanto, em regra, o exame das questões de mérito envolvidas no processo principal, relativamente ao acerto ou desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal<sup>1</sup>.

Ao lume desses preceitos legais e pela visão que ora se tem dos fatos, parece estarem presentes, no caso, os pressupostos para o deferimento da medida ora pleiteada, especialmente quanto à ordem pública (*.... a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.*)<sup>2</sup>. A decisão interfere sobremaneira na competência da Administração Pública de lotar e distribuir os defensores públicos de acordo com o seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

Como ressaltou a requerente, o número de defensores públicos é limitado e os cargos somente podem ser criados por lei. Decisões como a que ora se questiona, embora bem intencionadas, longe de resolver a carência de profissionais existentes não só na Defensoria Pública da União, mas em vários outros setores dos Poderes da União, acabam por criar maiores distorções na distribuição dos cargos

<sup>1</sup> STF – SS 846 – AgRg/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ 18/05/2001).

<sup>2</sup> E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

públicos existentes, já que, somente após a realização de estudos técnicos, é possível estabelecer o melhor critério de lotação e distribuição desses cargos.

Em situação semelhante, o Plenário do STF decidiu nesse sentido:

EMENTA: Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada. 2. Alegação de inexistência de grave lesão à ordem pública decorrente de decisão que determina a nomeação de defensores públicos e a implantação, em sessenta dias, de um Núcleo da Defensoria Pública da União da cidade do Rio Grande (RS). 3. Recurso que não traz fundamentos aptos a infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental conhecido e não provido<sup>3</sup>.

Na oportunidade estava em julgamento decisão proferida pela então presidente daquele Tribunal, Ministra Ellen Gracie, de cuja fundamentação transcrevo o seguinte trecho:

(...)

No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a ocorrência da grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porque a decisão em tela interfere na lotação de Defensor Público da União, que é competência do Defensor Público-Geral, nos termos do art. 8º, VII, da Lei Complementar 80/94.

Na hipótese em apreço, a sentença impugnada impõe à Administração a efetivação de lotação de Defensor Público da União em Rio Grande/RS, atribuição que se encontra, em princípio, dentro do seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade, interferindo, dessa forma, diretamente na destinação do limitado número de Defensores Públicos de que dispõe a União<sup>4</sup>.

No contexto – aptidão para causar danos graves à ordem pública e com efeito multiplicador geométrico –, a decisão que interfere na atribuição do Defensor Público-Geral de “estabelecer a lotação e a distribuição dos membros e dos servidores da Defensoria Pública da União” (conforme art. 8º, VII, da Lei Complementar 80, de 12/01/1994) deve ser sustada na sua eficácia.

Pelo exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos da Ação Civil Pública 1535-30.2008.4.01.3100 (2008.31.00.001536-0). Intimem-se. Comunique-se, com urgência, o juízo *a quo*. Sem recurso, arquivem-se.

Brasília, 03/09/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

<sup>3</sup> AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada 183/RS, rel. o presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, Sessão Plenária de 22/04/2010, acórdão publicado no DJE de 21/05/2010, divulgado em 20/05/2010.

<sup>4</sup> Decisão proferida em 14/12/2007, publicada no DJE 18, divulgado em 31/01/2008.

### Numeração única 0037466-48.2009.4.01.0000 /MG Conflito de Competência 2009.01.00.038592-6/MG

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral  
Autora: Marlene do Nascimento Oliveira Ravaiani  
Advogada: Dra. Marinisia Ferreira Machado  
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Suscitante: Desembargador Federal da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Suscitado: Desembargador Federal da 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
Publicação: e-DJF1 de 29/09/2010, p. 10

## Decisão

*Conflito de competência entre Seções do Tribunal. Execução fiscal de benefício previdenciário. Alteração regimental (Emenda 07).*



1. Trata-se de conflito de competência entre Seções deste TRF1 suscitado em AI cuja matéria de fundo é execução fiscal de benefício previdenciário recebido indevidamente.

2. A PRR opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o suscitado (fls. 80/1).

//

2. O Plenário desta Corte em sessão de 26/08/2010 aprovou a Emenda Regimental 07, que, entre outras modificações, alterou a competência da Quarta Seção para nela incluir todas as execuções fiscais, exceto aquelas versando sobre FGTS.

3. Acrescente-se que a jurisprudência da Corte Especial Judicial deste TRF1 já havia assentado ser de competência da Quarta Seção as execuções fiscais em que cobrado o ressarcimento de benefício previdenciário recebido indevidamente:

*Conflito de competência entre Seções do Tribunal. Execução fiscal. Ressarcimento de benefício previdenciário recebido indevidamente ou mediante fraude. Direito Financeiro. Competência da Quarta Seção (art. 6º, IV, e art. 8º, § 4º, IX, do RITRF1)*

1. Embora ações ordinárias e correlatas, enquanto processos de conhecimento, versando sobre pagamento ou devolução, por indevido recebimento, de benefícios previdenciários do regime geral da Previdência Social sejam da competência da 1ª Seção (RITRF1, art. 6º, I, e 8º, § 1º, II), o julgamento dos processos de execução fiscal (Lei 6.830/1980) de cobrança, como dívida ativa (CDA), em ressarcimento, de benefício previdenciário pago indevidamente ou recebido mediante fraude, assim entendida como dívida ativa não tributária (Lei 4.320/1964), é, porque matéria de Direito Financeiro, da competência da Quarta Seção (RITRF1, art. 6º, IV, e art. 8º, § 4º, IX).

2. Compete à Quarta Seção o julgamento das execuções fiscais das dívidas inscritas (CDA) porque ou são de natureza tributária ou financeira.

(...)

(TRF1, CC 0002715-09.2008.4.01.3900, minha relatoria, CEJ, unânime, e-DJF1 de 31/05/2010, p. 02).

//

4. Pelo exposto, diante da alteração regimental, conheço do conflito e declaro competente a suscitada, a Quarta Seção.

5. Publique-se.

Brasília, 13/09/2010.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.



Numeração única: 48668-68.2009.4.01.3800

Recurso: 2009.38.00.717984-8/MG

Relatora: Juíza Federal Cristiane Miranda Botelho

Recorrente: José Rafael da Silva

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social

Publicação: e-DJF1 de 09/09/2010, p. 1104

## Relatório sucinto

Cuidam os autos de recurso interposto contra a sentença que julgou improcedente a demanda na qual o autor buscava a revisão de seu benefício na forma prevista no art. 144 da Lei 8.213/1991.

Aduz que a contestação do INSS estava arquivada em secretaria, o que lhe causou prejuízo, já que não teve conhecimento dos fatos deduzidos pelo réu, sobretudo porque adveio sentença rejeitando a pretensão.

Finaliza alegando que a ausência de contestação nos autos ofende ao contraditório e à ampla defesa.

## Ementa-Voto\*

*Processual Civil. Juizados Especiais Federais. Demandas repetitivas. Milhares de ações revisionais. Simplicidade e agilidade. Contestação arquivada em secretaria. Ausência de violação ao contraditório e à ampla defesa. Benefício situado fora do período abrangido pelo art. 144 da Lei 8.213/1991. Recurso desprovido. Sentença mantida.*

I. O sistema dos Juizados Especiais é orientado pelos princípios da informalidade e da simplicidade, de acordo com o art. 2º da Lei 9.099/1995, aplicável à Justiça Federal por força do art. 1º da Lei 10.259/2001. A informalidade e agilidade que norteiam o desenvolvimento dos feitos de competência do Juizado Especial autorizam adoção de práticas céleres e eficazes, tais como possibilidade de a contestação ser arquivada em secretaria da vara.

II. Tal expediente em nenhum momento viola o princípio do contraditório, primeiro porque as defesas versam sobre demandas de massas, repetidas às centenas de milhares nos Juizados, como a presente em que se postula a revisão do benefício na forma do art. 144 da Lei 8.213/1991. Segundo, nos autos há certidão que de o réu se dá por citado e que sua defesa está depositada em secretaria. Com isso, caso seja de interesse da parte, pode ser solicitada uma cópia ao Juízo. Terceiro, a contestação não é obrigação da parte oriunda de um dever jurídico, mas, sim, ônus, já que sua ausência implica – à exceção dos feitos contra a Fazenda Pública – a presunção de veracidade dos fatos alegados. Quarto, ao INSS, por integrar a Fazenda Pública federal, não se lhe aplica a pena de confissão quanto aos fatos, de maneira que o juízo está autorizado a verificar se se configurou fato modificativo ou extintivo da pretensão do autor, bem como se o segurado preenche os requisitos para a revisão pretendida.

III. Os argumentos deduzidos pelo autor, aqui assistido pela Defensoria Pública Federal, acaso acolhidos, conduziram a efeito devastador, em franco prejuízo a milhares de segurados já agraciados com sentenças de procedência, em cujos processos a contestação foi depositada em Juízo e que, pela tese ora aventada, poderiam ter decisões anuladas em grau de recurso. As consequências financeiras e ambientais seriam igualmente impactantes, já que as procuradorias federais teriam de contestar individualmente centenas de milhares de ações repetitivas, juntando em cada uma delas defesa escrita, a qual, em visão macro, não beneficiaria os segurados, mas somente retardaria a agilidade, celeridade, efetividade da prestação jurisdicional.

IV. A simplificação das formas, sobretudo em demandas de massas que se multiplicam exponencialmente nos Juizados de norte a sul do Brasil, é medida urgentíssima que resguarda a retidão processual de um lado e assegura, de outro, a sobrevivência e o próprio funcionamento dos Juizados Especiais, para os quais não se pode transpor o tecnicismo e formalismo do Processo Civil comum, sob pena de total inviabilidade do procedimento.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes e Márcio Barbosa Maia.

V. No que tange à revisão do benefício, verifico que a aposentadoria por invalidez titularizada pela parte recorrente decorre de auxílio doença concedido em 29/07/1988, fora do período de aplicação do reajuste enunciado no art. 144 da Lei 8.213/1991. Portanto, como o benefício atual do autor decorre de outro concedido fora do período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, não procede a vindicada revisão. (STJ/Quinta Turma/REsp 586.530/Processo 200301501705/RJ/Data da decisão: 1º/06/2004/Rel. Min. Jorge Scartezini/DJ data 02/08/2004, p. 525).

VI. Recurso improvido. Sentença mantida.

VII. Condeno o recorrente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Suspensa a execução por força do art. 12 da Lei 1.060/1950, já que o recorrente litiga sob o pálio da justiça gratuita.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Minas Gerais – 14/05/2010.

Juíza Federal *Cristiane Miranda Botelho*, relatora.

**Numeração única: 0061076-30.2009.4.01.3400**

**Agravo: 2009.34.00.914887-9/DF**

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida  
 Recorrente: União Federal – Fazenda Nacional  
 Procurador: Dr. Júlio Cesar Faria  
 Recorrido: Alberto Santos de Castro  
 Advogado: Dr. Sebastião Moraes da Cunha  
 Publicação: e-DJF1 de 10/09/2010, p.1030

## Ementa\*

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Apresentação de documentos para esclarecimento da causa. Art. 11 da Lei 10.259/2001. Dever da entidade pública. Documentos requisitados em poder de terceiro. Descumprimento de determinação judicial não caracterizado. Multa diária. Impossibilidade. Decisão reformada. Agravo provido.*

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou à parte ré a apresentação de documentos, cujo descumprimento culminou com a aplicação de multa.

II. O art. 11 da Lei 10.259/2001 dispõe que a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa.

III. Não obstante a pacífica jurisprudência dos c. STJ e TRF no sentido da possibilidade de fixação de multa diária em face da Fazenda Pública por descumprimento de decisão judicial (AG 2008.01.00.045422 STJ, AG 2003.01.00.004742-3 TRF1, AC 2004.01.00.003658-9 TRF1), na hipótese de autos, os documentos requisitados encontram-se na posse de terceiro (Funcf), sobre o qual a agravante não possui qualquer ingerência para obrigá-lo a fornecer referidos documentos, muito menos dentro do prazo fixado pelo Juízo. Outrossim, tendo em vista o poder geral de cautela conferido ao juiz, a determinação judicial, nesse caso, deveria ser dirigida diretamente à Funcf, detentora dos documentos necessários a realização dos cálculos pela Contadoria Judicial.

IV. Decisão reformada a fim de desconstituir a multa aplicada. Agravo provido. Acórdão proferido nos moldes do art. 46 da Lei 9.099/1995.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rui Costa Gonçalves e Alysson Maia Fontenele.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal – 25/08/2010.

Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida, relator.

Numeração única 0041136-07.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.908327-0/GO

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araujo  
 Recorrente: Antônio Agostinho de Pontes  
 Advogado: Dr. Vinícius Borges Di Ferreira  
 Recorrida: Caixa Econômica Federal  
 Advogado: Dr. Alfredo Ambrósio Neto  
 Publicação: e-DJF1 de 10/9/2010, p. 1.846

## Voto/Ementa

*Civil. Saque indevido. Reclamação do titular da conta próxima à data do ilícito. Ônus da CEF de obter e guardar as gravações de vídeo que possibilitariam identificar o autor dos saques. Inversão do ônus probatório. Presunção de veracidade das afirmações contidas na inicial dada pela não apresentação dessas gravações. Negligência da CEF. Ressarcimento devido. Recurso provido.*

1. Cuida-se de recurso interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de restituição dos valores supostamente sacados de forma indevida de sua conta poupança.

2. A sentença concluiu que “A alegada fraude não foi efetivada de uma só vez. Ao revés, foram realizados, no período de quase 30 (trinta) dias, 27 (vinte e sete) lançamentos de saques que o autor diz terem sido realizados por desconhecido(s), com os seus respectivos valores nominais variando de R\$ 78,08 a R\$ 1.000,00, alguns dos quais realizados abaixo do limite diário de saques. Ora, tal fato não condiz com o que se tem comumente observado nos ilícitos do gênero: nestes casos a deliberada intenção dos marginais é de se locupletarem com o maior valor alcançável, no menor espaço de tempo e com o menor esforço possível. Porém, não é o que se viu por aqui”.

3. O recorrente sustenta que os saques foram efetuados no mesmo mês e que somente após o recebimento do extrato no mês seguinte tomou conhecimento da situação. Aduz que procurou a Agência da CEF e fez reclamações verbais não lhe tendo sido fornecido comprovante das reclamações, ao contrário lhe fora dito para procurar a Justiça.

## Voto\*

4. Em 07/07/2007 havia na conta poupança o montante de R\$ 20.147,70.

5. Os saques ditos como indevidos efetuados foram os seguintes:

Dia Do Saque	Horário	Valor – R\$	Limite Para Saque – R\$	Local
26/07/2007	17h33min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
27/07/2007	11h59min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
28/07/2007 Sábado	09h57min	400,00	500,00	Lotérica

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs Juízes Federais Paulo Ernane Moreira Barros e Fernando Cléber de Araújo Gomes.

Dia Do Saque	Horário	Valor – R\$	Limite Para Saque – R\$	Local
29/07/2007 Domingo	19h04min	400,00	400,00	Agência
30/07/2007	16h34min	500,00	1.000,00	Lotérica
31/07/2007	09h49min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
01/08/2007	15h14min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
02/08/2007	09h18min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
03/08/2007	12h14min	921,92	1.000,00	Lotérica
03/08/2007	12h12min	78,08	1.000,00	Lotérica
04/08/2007 Sábado	09h 40 min	500,00	500,00	Lotérica
05/08/2007 Domingo	16 h 28 min	400,00	400,00	Agência
06/08/2007	10h 03 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
07/08/2007	09 h 58 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
08/08/2007	09 h 18 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
09/08/2007	09 h 55 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
10/08/2007	09h 29 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
11/08/2007 Sábado	08 h 28 min	500,00	500,00	Lotérica
12/08/2007 Domingo	10 h 52 min	400,00	400,00	Agência
13/08/2007	10 h 47 min	1.000,00	1.000,00	Lotérica
14/08/2007		1.000,00	1.000,00	Lotérica
15/08/2007		1.000,00	1.000,00	Lotérica
16/08/2007		1.000,00	1.000,00	Lotérica
17/08/2007		1.000,00	1.000,00	Lotérica
18/08/2007 Sábado	09 h 05 min	500,00	500,00	Lotérica
20/08/2007	08h 12 min	1.000,00	650,00	Lotérica

6. Nota-se que quase todos os saques (exceto o do dia 30/07) foram efetuados até o limite diário previsto, inclusive o do dia 03/08/2007, feito de forma fracionada (R\$ 78,08 e R\$ 921,92), mas que atingiu o limite de R\$1.000,00.

7. Assim, não se sustenta a assertiva contida na sentença de que os saques por terem sido inferiores ao limite legal, não seriam condizentes com as fraudes que costumam acontecer nesses casos, demandando, o deslinde da causa, uma análise sobre a conduta da CEF.

8. Os bancos, como prestadores de serviço, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, § 2º; Súmula 297 do STJ). Por isso respondem, objetivamente, pelos danos causados a seus clientes, bastando, para a respectiva indenização, a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o dano (CDC. art. 14).

Em regra, incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I). Contudo, estamos diante de uma relação de consumo, em que é garantido ao consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (Lei 8.078/1990, art. 6º, VIII).



9. Dessa forma, competiria à CEF fazer prova de ter sido o recorrente o autor dos saques indevidos, pela inversão do ônus probatório, já que tal prova é de fácil produção, bastando que, diante de uma reclamação de saque indevido, guarde-se as gravações de vídeo que são feitas durante as operações bancárias.

10. Mas a CEF em nenhum momento contribuiu para a elucidação dos fatos, não tendo trazido a cópia das filmagens do caixa eletrônico no momento dos saques que se deram por esse meio.

11 Segundo se apurou, o autor, 75 anos, analfabeto, ex-lavrador, ficou sabendo da fraude logo após, em 20/08/2007, data do último saque indevido. Teria então procurado a Agência da CEF, fato do qual não se tem registro, mas que foi informado pela própria CEF em sua atendimento a despacho proferido pelo juízo de 1º Grau.

12. Tal reclamação já seria suficiente para a CEF tomar as medidas necessárias nesses casos, especial e principalmente obter e guardar as gravações referentes aos saques efetuados.

13. É de se perceber que o autor, menos de 01 mês após o último saque, protocolou anterior ação de ressarcimento, em 11/12//2007, com o mesmo objeto da presente. Ação essa que veio a ser extinta por sua ausência em audiência.

14. Diante dessas duas tentativas do autor de buscar o ressarcimento, torna-se obrigatória, por parte da CEF, a guarda e manutenção da gravação que poderia espancar qualquer dúvida acerca de quem teria efetuado os saques indevidos.

15. Ao assim não agir, a CEF atraiu para si a responsabilidade e ônus de provar que o autor teria concorrido com dolo ou culpa para a ocorrência do evento danoso narrado na inicial.

16. Também não prospera a alegação da CEF de que somente seria possível o saque mediante a utilização do cartão e senha pessoal.

17. Ora, a recorrida tem conhecimento de que diversos sistemas fraudulentos foram utilizados por quadrilhas especializadas em subtrair os dados pessoais de clientes, inclusive em Agências da CEF, o que demonstra a viabilidade da ocorrência de saques indevidos sem o fornecimento do cartão e das senhas dos clientes.

18. Esta Turma Recursal já apreciou caso análogo tendo reconhecido a responsabilidade da instituição financeira, nos seguintes termos:

“É dever de qualquer banco zelar pela segurança de seus correntistas nas suas dependências. Faltando a esse dever de diligência, responde o banco pelos danos causados, por defeitos na prestação de seus serviços, sendo objetiva a sua responsabilidade, inclusive por força da teoria do risco criado, no exercício dessas atividades.

Deve-se registrar que os bancos, como prestadores de serviço, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, § 2º).

Por isso respondem, objetivamente, pelos danos causados a seus clientes, bastando, para a respectiva indenização, a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o dano (artigo 14 do CDC).

Nos casos de responsabilidade objetiva, o ônus da prova se inverte, e o banco só se eximirá da responsabilidade pelos danos causados se efetivamente comprovar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (artigo 14, §2º, inciso II, da Lei 8.078/90).

No presente caso, a CEF dispunha de meios para provar os fatos impeditivos do direito do reclamante, dentre os quais a apresentação da fita do circuito interno de televisão onde foram gravadas as imagens do momento em que houve a abordagem da reclamante, bem como a subtração do cartão magnético dela. No entanto, a Recorrente não trouxe aos autos nenhuma prova capaz de elidir a versão dos fatos apresentada pela recorrida”.

(RC 2005.35.00.720967-5, Rel. Juiz Euler de Almeida Silva Júnior, por unanimidade, julgado em 14/12/2005).

19. Comprova-se, assim, no presente caso, a culpa exclusiva da CEF, a qual não se desincumbiu do ônus de comprovar ter sido o recorrente o autor dos saques indevidos, o que enseja a restituição das quantias sacadas de forma fraudulenta.

20. Ante o exposto, *dou provimento ao recurso* para reformar a sentença para condenar a CEF a restituir os valores que foram sacados indevidamente da conta poupança do autor corrigidos monetariamente pelos índices da poupança desde a data de cada saque e acrescidos dos juros de mora de 1% ao mês a partir da citação

## Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, acordam os Juízes da Turma em dar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Goiás – 01/09/2010

Juiz Federal *Warney Paulo Nery Araújo*, relator.

Numeração única: 0023681-92.2009.4.01.3500

Recurso Inominado: 2009.35.00.702276-0

Relator: Juiz Federal Fernando Cléber de Araújo Gomes  
Recorrente: Marizete dos Santos Lima  
Advogados: Dr. Celso Grosskopf Ribas e Dra. Marcia Nascimento  
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procurador: Dr. Carlos Alberto Valentim dos Santos  
Publicação: e-DJF1 de 14/09/2010, p. 612

## Ementa

*Previdenciário. Pensão por morte. Reconhecimento de união estável por decisão com trânsito em julgado. Limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada (art. 472 do CPC). Terceiro juridicamente interessado. Sentença anulada.*

## I - Relatório

Sob análise recurso interposto pela parte autora contra sentença que rejeitou o pedido inaugural, ao argumento de que, concedida a pensão por morte à companheira do falecido, a mãe fatalmente não tem direito a receber tal benefício.

Não houve contrarrazões.

## II - Voto\*

O recurso é de ser conhecido, porquanto tempestivo e formalmente adequado para veicular a finalidade que persegue.

A formação da coisa julgada confere à sentença ou acórdão que vem a obtê-la um atributo especial: o de vedar a retomada de discussão com intuito de modificar a solução de mérito dada à causa. Essa vedação, contudo, é de alcance subjetivamente limitado, haja vista abranger apenas as partes da relação processual em que houve o trânsito em julgado e os respectivos sucessores (a título universal ou singular).

O terceiro com interesse jurídico afetado por julgamento proferido em processo no qual não teve oportunidade de intervir está legitimado a se insurgir contra o comando fixado no ato decisório. Para isso, conta com o respaldo do disposto na primeira parte de norma do Código de Processo Civil assim redigida:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

Destaca-se, por oportuno, trecho de comentário lançado pelo insigne Moacyr Amaral Santos na abordagem dos limites subjetivos da coisa julgada:

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Warney Paulo Nery Araújo e Paulo Ernane Moreira Barros.

“Terceiros, que não participaram da relação processual, não tiveram posição no processo e podem mesmo ignorar a sua existência, estão livres dos efeitos da coisa julgada.” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV, 1994, p. 449)

O exame dos autos revela a formação de coisa julgada em processo desenvolvido sem a participação da mãe do falecido segurado (Marizete dos Santos Lima, autora da presente demanda). Proferiu-se, naquele processo, sentença acolhendo pedido de pensão por morte formulado por Maria da Conceição Rosa Santos, declarada dependente econômica na ocasião mercê do reconhecimento de união estável mantida com o instituidor do benefício.

Estampa o art. 16, §1º, da Lei 8.213 de 1991, que a dependência econômica de cônjuge, companheiro(a) ou filho menor de 21 anos ou inválido acarreta a exclusão do direito a prestações previdenciárias para dependentes de outras classes (pais e irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido). Se assim é, avulta configurada uma situação de flagrante incompatibilidade entre o direito declarado na sentença transitada em julgado (o recebimento de pensão por morte pela companheira) e o direito que a mãe do segurado alega ter (a fruição daquele mesmo benefício previdenciário como *única dependente*). E é exatamente por se ver defronte ao real e imediato prejuízo jurídico de não receber pensão pela morte de seu filho que a mãe, assumindo perfil próprio de terceiro, não está submetida à autoridade da *res judicata* constituída em processo do qual não participou.

Há necessidade, pois, como medida apropriada para análise da situação de terceiro juridicamente interessado, de que Maria da Conceição Rosa Santos, atual beneficiária da pensão previdenciária decorrente do óbito do segurado Roniclei Ferreira de Oliveira, seja citada para integrar o polo passivo da presente ação como litisconsorte necessária (CPC, art. 47), com conseqüente reinício da instrução processual, a fim de ensejar ao douto órgão julgador de primeira instância a definição de qual pessoa era de fato dependente econômica do instituidor do benefício.

*Pelo exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para anular a sentença, determinando, com fulcro no art. 472 do CPC, o retorno dos autos ao juízo de origem para citação, como litisconsorte necessária, da atual beneficiária da pensão e para prolação de novo julgado definindo, com base no livre convencimento motivado, qual pessoa se encontrava em situação de dependência econômica para fins previdenciários.*

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099 de 1995).

## Acórdão

*Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, acordam os Juízes da Turma em dar provimento ao recurso para anular a sentença.*

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Goiás – 22/09/2010.

Juiz Federal *Fernando Cléber de Araújo Gomes*, relator.

---



## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br))

*Constitucional. Administrativo. Concurso público. Preterimento na classificação. Não ocorrência. Aplicação de regras de desempate. Segurança denegada.*

I. A impetrante, aprovada na prova objetiva, foi classificada em 312º (tricentésimo décimo segundo) lugar, empatada com mais 49 (quarenta e nove) candidatos.

II. Aplicados os critérios de desempate (item XII, 4, alínea *a*, do edital), a impetrante ficou ao final classificada em 313º (tricentésimo décimo terceiro) lugar.

III. A perda de um ponto na posição final do concurso não representa preterimento na ordem de classificação e nem violação à regra que afirma ter natureza eliminatória a prova prática de digitação.

IV. Não é ilegal o ato que homologa classificação final de concurso obtido mediante a aplicação de critérios de desempate previstos no edital.

V. Segurança denegada.

Numeração única: 0058915-33.2007.4.01.0000

Mandado de Segurança 2007.01.00.058391-0/DF

Relator: Des. Federal Leomar Amorim – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* 27/09/2010, p. 03

*Processual Civil. Mandado de segurança. Ato judicial passível de recurso ou correição. Súmula 267/STF. Não cabimento. Honorários advocatícios. Ausência de prejuízo patrimonial.*

I. A Corte Especial deste Tribunal já consolidou o entendimento no sentido de que, salvo hipóteses de decisão teratológica suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, não é admissível mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, conforme disposto no art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009, bem como acolhido na pacífica jurisprudência dos demais Tribunais Superiores (enunciado da Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal).

II. A decisão interlocutória que determina a expedição de alvará está sujeita ao recurso de agravo de instrumento, não se admitindo a substituição pelo mandado de segurança, ainda que preventivo.

III. Caso fosse admitido o *writ*, a impetrante não teria sucesso, pois é reconhecida ao advogado a faculdade de juntar aos autos seu contrato de honorários advocatícios, com a finalidade de receber diretamente do credor, mediante destaque, os valores que lhe são devidos pelo constituinte, circunstância esta que afasta qualquer alegação de prejuízo patrimonial.

IV. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito.

Mandado de Segurança 0005959-35.2010.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 11/10/2010, p. 07

*Processual Penal. Sequestro de bens móveis, imóveis e semoventes. Arts. 125 e 132 do Código de Processo Penal. Recurso de apelação. Mandado de segurança. Ato judicial. Cabimento. Parque Indígena do Xingu. Operação Mafumari. Desmatamento. Índícios de prática delitiva. Origem ilícita dos bens. Reparação dos danos.*

I. Consoante orientação jurisprudencial da 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da decisão que decreta a medida assecuratória de sequestro de bens, o recurso cabível é a apelação.

II. A medida penal assecuratória do sequestro pode ser decretada sobre bens imóveis e móveis, de ofício, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento de interessado, desde a data da infração, quando existirem *indícios veementes da proveniência ilícita* desses bens (arts. 125, 126 e 132, do Código de Processo Penal).

III. A Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal dispõe que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

IV. Excepcionalmente tem esta Corte admitido o mandado de segurança contra ato judicial ilegal, abusivo ou teratológico, se houver a possibilidade de dano irreparável. Presentes esses requisitos, torna-se viável o *mandamus*.

V. Infringe os princípios da proporcionalidade e da adequação o decreto construtivo que não individualiza as condutas delituosas de cada um dos indiciados e nem tampouco particulariza os bens que poderiam ter provindo das práticas ilícitas.

VI. Segurança concedida.

Numeração única: 0034368-89.2008.4.01.0000

Mandado de Segurança 2008.01.00.034177-4/MT

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado) – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 27/09/2010, p. 06

### *Processual civil. Mandado de segurança. Impetrante. CREA/MG. Nomeação. Médicos plantonistas. Perito ad hoc.*

I. A nomeação de perito *ad hoc* prevista no art. 159, § 1º do Código de Processo Penal tem natureza excepcional, o que impõe seja feita individualmente, para situação específica, permitindo ao profissional a recusa do encargo quando apresentar justo motivo.

II. Deve ser concedida a segurança na ação mandamental para suspender os efeitos do ato judicial de nomeação genérica de todos os profissionais médicos de unidades médicas hospitalares de um Município para elaborar laudos em exames de corpos de delito, por falta de base legal.

Numeração única: 0049139.38.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.050011-2/MG

Relator: Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira* (convocado) – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 20/09/2010, p.149

### *Tributário. Embargos infringentes. Imposto de Renda. Benefícios de complementação de aposentadoria recebidos de entidade fechada de previdência privada. Aplicação das Leis 7.713/1988 e 9.250/1995.*

I. Afigura-se ilegítima a incidência de Imposto de Renda sobre o resgate ou recebimento do benefício quando as contribuições à previdência privada foram recolhidas na vigência da Lei 7.713/1988, porquanto já descontado o imposto na fonte. A impossibilidade de dedução da referida parcela de contribuição da base de cálculo do tributo caracterizaria *bis in idem*. Matéria já pacificada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos (REsp 1012903/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08/10/2008, *DJe* 13/10/2008).

II. Embargos infringentes providos. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

Embargos Infringentes: 19769-81.2004.4.01.3300/BA

Relator: Des. Federal Souza Prudente – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 08/09/2010, p. 13

### *Administrativo. Servidores do Poder Judiciário da União. Gratificação Judiciária. Decreto-Lei 2.173/1984. Pagamento da vantagem como parcela autônoma. Impossibilidade. Incorporação aos vencimentos. Leis 7.923/1989 e 7.961/1989. Sentença reformada. Pedido improcedente.*

I. Não há direito ao pagamento da Gratificação Judiciária, instituída pelo Decreto-Lei 2.173/1984, como parcela autônoma, aos servidores do Poder Judiciário da União após o advento das Leis 7.923/1989 e 7.961/1989, que promoveram a incorporação da vantagem aos respectivos vencimentos básicos.



II. Precedentes desta Corte e do STJ.

III. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido.

Numeração única: 17814-45.2000.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2000.34.00.017829-2/DF

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/09/2010, p. 349

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução de sentença. Alvará de levantamento. Expedição em nome da parte autora. Possibilidade.*

I. A faculdade do advogado, legalmente constituído e detentor de poderes para receber e dar quitação, não constitui óbice a que o alvará seja expedido em nome da parte exequente, beneficiária direta que é dos valores a serem levantados.

II. Se o advogado foi legalmente constituído e detém poderes específicos de receber e dar quitação pode, munido do respectivo instrumento de mandato, levantar ele próprio a quantia por meio de alvará expedido em nome de seu cliente. Precedentes: (AG 2008.01.00.015688-2/MG, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1, p.250 de 28/08/2008) e (AG 2007.01.00.011577-7/MG, Rel. Des. Federal José Amilcar Machado, Primeira Turma, DJ p.47 de 1º/10/2007)

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Numeração única: 0055084-06.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.057193-0/GO

Relator: Des. Federal Francisco de Assis Betti – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 16/09/2010, p. 85

*Penal. Processo Penal. Imposto de Renda pessoa física. Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/1990. Falsidade ideológica e uso de documento falso. Arts. 171 e 304 CP. Princípio da especialidade. Quitação do débito. Extinção da punibilidade. Lei 10.684/2003, art. 9º, § 2º. Circunstância que não é de caráter exclusivamente pessoal. Benefício extensivo a todos os denunciados.*

I. A Lei 8.137/1990 é especial em relação aos crimes de estelionato e uso de documento falso (CP, arts. 171 e 304), não havendo que se falar em delitos autônomos, tendo em vista a previsão, no art. 1º, das condutas de *elaborar e/ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato* e de *fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal*.

II. A apresentação de recibos falsificados à Receita Federal, para comprovação de despesas com serviços de saúde supostamente realizadas e que foram inseridas nas declarações anuais de ajuste (IRPF), *in casu*, aparece no contexto de possibilitar a redução ou supressão do tributo.

III. *O momento da produção e apresentação dos citados recibos parece ser irrelevante nessa quadra de fatos, porque o pressuposto é o de que, no momento da feitura da declaração ao Fisco, os documentos que ali são mencionados já possuem existência material. Se a fabricação ou apresentação dos mesmos é posterior ou simultânea ao ato de declaração é questão de somenos importância para os fins de adequação típica da conduta* (TRF1, HC 2008.05.00.001895-5/MT).

IV. A extinção da punibilidade, nos termos do § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, estende-se a todos os denunciados pelos crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/1990, tendo em vista tratar-se de efeito do pagamento integral do crédito fiscal, circunstância que não é de caráter exclusivamente pessoal.

V. Recurso em sentido estrito não provido.

Numeração única: 18350-05.2009.4.01.3800

Recurso em Sentido Estrito 2009.38.00.018909-8/MG

Relator: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 30/09/2010, p. 215

*Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Liberdade de locomoção. Ameaça. Não caracterização. Inviabilidade do recurso. Decisão mantida. Agravo improvido.*

I. Não se vislumbra, no caso em tela, a alegada ameaça ao direito de locomoção.

II. A proteção de direito de natureza civil, sem reflexo ou ofensa ao direito de ir e vir, deverá ser tratada em ação própria.

III. Não se expede salvo conduto para assegurar descumprimento de ordem judicial.

IV. Agravo regimental improvido.

Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 0047137-61.2010.4.01.0000/BA  
Relator: Juiz Federal *Marcus Vinícius Reis Bastos* (convocado) – 4ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 1º/10/2010, p. 12

*Concurso público. Delegado da Polícia Federal. Edital que não prevê reserva de vagas para portadores de necessidades especiais. Legalidade.*

I. Reveste-se de razoabilidade a inexistência de vagas atribuídas a portadores de necessidades especiais para o cargo de delegado da Polícia Federal, que exige boas condições físicas para o desenvolvimento das suas atribuições.

II. Apelação da autora improvida.

Numeração única: 0022337-56.2007.4.01.3400  
Apelação Cível 2007.34.00.022443-2/DF  
Relatora: Des. Federal *Selene Almeida* – 5ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 17/09/2010, p.112

*Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Polícia Rodoviária Federal candidato portador de coelítíase. Princípio da vinculação ao edital. Não observância. Falta de previsão na norma disciplinadora do certame. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido e litisconsórcio passivo necessário. Sentença mantida.*

I. Não se verifica a impossibilidade jurídica do pedido, ante a prerrogativa conferida ao Poder Judiciário de examinar a legalidade do ato administrativo.

II. Desnecessária a formação de litisconsórcio passivo, porquanto o exame médico, nos termos do item 8.2 do edital, tem caráter eliminatório, de sorte que o acolhimento do pleito não tem o condão de interferir na esfera jurídica dos demais candidatos, visto que não se analisa, no caso, critério de natureza classificatória.

III. Na hipótese, prevendo o edital do concurso a submissão dos candidatos a exame médico, com observância da Instrução Normativa 3/2002-DPRF, não pode o candidato ser eliminado por ser detectada coelítíase (pedra na vesícula), não prevista na aludida instrução normativa como causa incapacitante. Violação, assim, do princípio da vinculação ao edital.

IV. Sentença mantida.

V. Apelação da União desprovida.

Numeração única: 0030993-75.2002.4.01.3400  
Apelação Cível 2002.34.00.031057-2/DF  
Relator: Des. Federal *Daniel Paes Ribeiro* – 6ª Turma  
Publicação: *e-DJF1* de 06/09/2010, p.32

*Mandado de segurança. Exame de Ordem (OAB/PI). Anulação da prova por identificada: utilização de letra de forma nas respostas. Ilegalidade: inexistência de previsão editalícia ou regulamentar.*

I. Inexistindo previsão expressa no Edital de Abertura do Exame de Ordem 2005.3 OAB/PI nem no Provimento CFOAB 81, de 16 ABR 1996, como elemento de identificação da prova a utilização de *letra de forma* nas respostas, é ilegal a anulação da prova do candidato fundada em tal motivação.

II. Remessa oficial não provida.

Numeração única: 1720-55.2006.4.01.4000

Reexame Necessário 2006.40.00.001720-1/PI

Relator: Des. Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 24/09/2010, p. 216

*Administrativo. Estatuto da OAB. Infração do art. 34, XXI e XXIII, da Lei 8.906/1994. Inadimplência. Suspensão. Legitimidade.*

I. A Constituição da República de 1988 garante o livre exercício da profissão, nos termos do art. 5º, XIII, condicionado, contudo, à sujeição às normas que disciplinam a respectiva profissão.

II. Válida a aplicação da pena de suspensão do exercício das atribuições de advogado no caso de inadimplemento das anuidades devidas à ordem dos advogados, uma vez que o exercício da advocacia está sujeito à regulamentação, representação e fiscalização pela OAB, conforme prevê a Lei 8.906/1994, respaldada pela Constituição da República.

III. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0035839-26.2007.4.01.3800

Apelação Cível 2007.38.00.036570-6/MG

Relatora: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/09/2010, p. 853



- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

\*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.





# Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos 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 nas seções *Artigos Doutrinários* e *Tópicos Jurídicos* 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 e tópicos jurídicos

- 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 preferencialmente ao e-mail [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto: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 15 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 dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos Jurídicos* entre duas e dez 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](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

