

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 9 Ano 22 Setembro/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

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

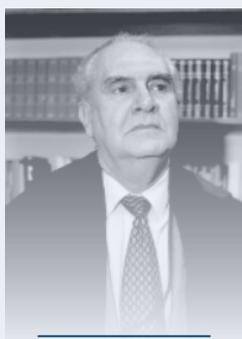
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

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

Editorial	15
Juramento	17
Epígrafe	19
Ponto de Vista	21
Uma análise crítica sobre o garantismo penal no Brasil 21 Jorge Hage Sobrinho	
Artigos Doutrinários	27
O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de <i>copyright</i> , 27 Leonardo Estevam de Assis Zanini	
Causas legais e supraleais de exclusão da culpabilidade, 39 Diego Carmo de Sousa	
Tópicos Jurídicos	49
O abusivo controle administrativo de decisões judiciais pelo Conselho da Justiça Federal – grave atentado à segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, 49 Souza Prudente	
A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria, 52 Durval Carneiro Neto	
Inovações Legislativas	61
Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, 61 Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.	
Lei 12.313, de 19 de agosto de 2010, 71 Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.	
Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, 73 Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.	
Lei 12.322, de 9 de setembro de 2010, 75 Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.	

Corte Especial — Indeferimento do pedido de suspensão. Agravo regimental. Ausência de previsão legal. Princípio da singularidade, 77

Agravo Regimental Na Suspensão de Liminar 2008.01.00.067664-0/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Primeira Seção — Revisão de aposentadoria. IRSM de fevereiro de 1994. Constitucionalidade dos arts. 29, § 2º, e 33, da Lei 8.213/1991. Possibilidade de aplicação do teto previdenciário. Entendimento adotado pelo STF, pelo STJ e por este Tribunal, 79

Numeração única: 0018937-54.2004.4.01.0000

Ação Rescisória 2004.01.00.026870-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Segunda Seção — Delito do art. 312 do Código Penal. Dosimetria da pena. Pena-base aplicada acima do mínimo legal. Réu que responde a outra ação penal. Circunstâncias desfavoráveis ínsitas ao tipo penal. Prescrição. Acórdão que confirma condenação à pena privativa de liberdade: inoccorrência de causa interruptiva da prescrição. Retroatividade da Lei 11.596/2007: impossibilidade. Reconhecimento de ofício da prescrição, 84

Numeração única: 0001986-61.1999.4.01.3200

Embargos Infringentes e de Nulidade 1999.32.00.001988-4/AM

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Terceira Seção — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Impetração contra decisão que deferiu a expedição de alvará de levantamento proferida por juiz de direito. Competência do Tribunal Regional Federal para o julgamento. Saque autorizado a pessoa distinta do titular da conta. Hipótese não prevista na Lei 8.036/1990, 89

Numeração única: 0043553-20.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.044461-8/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Quarta Seção — Repetição de indébito. Ação ajuizada perante o Juizado Especial Federal instalado na capital do Estado. Superveniente implantação do juizado especial federal em subseção judiciária. Redistribuição de processos anteriormente ajuizados. Provimento Coger 19, de 15/08/2005. Lei 10.259/2001, 93

Numeração única: 0059984-32.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.061040-7/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Primeira Turma — Acidente de trabalho. Verbas securitárias. Art. 120 da Lei 8.213/1991. Constitucionalidade, em tese. Culpa do empregador. Descaracterização. Afastamento da obrigação de ressarcimento ao INSS, 96

Numeração única: 0006665-16.2000.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2000.38.00.006722-5/MG

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado)

Segunda Turma — Execução contra a Fazenda Pública. Rito processual. Inaplicabilidade do art. 475-B e 475-J do CPC. Lei 10.232/2005. Citação pelo art. 730 do CPC, 98

Numeração única: 0043264-87.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.044726-0/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Terceira Turma — Autorização para trabalho *intramurus*. Remição. Lei de Execuções Penais, arts. 31 e 41, II. Contagem de dias não trabalhados. Remição ficta. Impossibilidade. LEP, art. 130, 100

Agravo em Execução Penal 0005805-36.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Quarta Turma — Inquérito policial. Art. 337-A do Código Penal. Arquivamento pelo juízo monocrático. Competência do Tribunal Regional Federal. Conclusão do procedimento administrativo fiscal. Condição de procedibilidade, 103

Numeração única: 0008995-66.2007.4.01.3500

Recurso em Sentido Estrito 2007.35.00.009010-0/GO

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Quinta Turma — Licitação. Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública imposta pelo Estado da Bahia. Registro no Sicaf. Legitimidade. Art. 87, IV, da Lei 8.666, de 1993, 108

Numeração única: 0034710-27.2004.4.01.3400

Reexame Necessário 2004.34.00.043802-3/DF

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)

Sexta Turma — Operadora de plano de assistência à saúde. Recusa em autorizar procedimento cirúrgico não vedado pelo regulamento. Obtenção de autorização por meio de decisão judicial. Dano moral. Caracterização, 110

Numeração única: 0025366-94.2005.4.01.3300

Apelação Cível 2005.33.00.025380-0/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma — Imposto de Renda retido na fonte. Licenças-prêmio. Servidor público estadual. Legitimidade passiva *ad causam* exclusiva do Estado-Membro. Resolução STJ 8/2008, no Recurso Especial 989.419/RS Competência da Justiça Estadual, 113

Numeração única: 0001384-71.2003.4.01.3801

Apelação Cível 2003.38.01.001157-0/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Oitava Turma — Contribuição previdenciária. Bolsas de estudo pagas a dependente de empregado. Salário indireto: não configuração. Base material. Ausência. Criança e adolescente. Direito à educação. Constituição. Dever do Estado. Colaboração da sociedade. Cobrança indevida, 115

Numeração única: 0000961-08.2002.4.01.3200

Apelação Cível 200232000009610/AM

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Decisões Monocráticas

119

Pedido de suspensão de execução de tutela antecipada para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente ao IR decorrente de obrigação tributária que tenha como fato gerador a aquisição do abono permanência de que trata o art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, 119

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 29132-88.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Suspensão dos efeitos da liminar requerido pelo Município de Maceió, contra decisão da 1ª Vara Federal/RR, que estendeu para o exercício financeiro de 2010 e subsequentes os efeitos da decisão interlocutória que antecipou os efeitos da tutela, determinando-se a imediata suspensão dos efeitos da Decisão Normativa 101/2009 do TCU, readequando o índice de repasse Fundo de Participação de Município, 120

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 46571-15.2010.4.01.0000/RR

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Execução por título judicial. Determinação para que a autarquia expedisse, no prazo de 10 (dez) dias, os Títulos da Dívida Agrária complementares a que foi condenada, sob pena de multa diária, a incidir a partir do 11º dia, até o efetivo cumprimento da obrigação, **123**

Agravo de Instrumento 0049023-95.2010.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Marcus Vinicius Bastos (convocado)

JEFs em Revista

127

Militar. Marinha. Critérios de promoção no quadro de fuzileiros músicos. Incompetência do juizado especial federal cível para anular atos administrativos, art. 3º, § 1º, III, Lei 10.259/2001, **127**

Numeração única: 0060321-79.2004.4.01.3400

Recurso Contra Sentença Cível 2004.34.00.909218-0/DF

Relator: Juiz Federal Alysson Maia Fontenele

Indenização por danos morais. Escrivão da Polícia Civil do Estado de Goiás. Bloqueio indevido de saldo em conta-corrente. Decisão proferida por juízo do Distrito Federal. Pessoa homônima. Danos morais caracterizados, **128**

Numeração única: 0046953-52.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.914151-8/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros

Responsabilidade civil. ECT. Sedex. Atraso na entrega. Danos materiais e morais. Falha do serviço postal. Concurso. Perda de uma chance. Indenização devida, **129**

Numeração única: 0019877-44.2008.4.01.3600

Recurso Inominado 2008.36.00.900405-7/MT

Relator: Juiz Federal Paulo Cesar Lopes

Incompetência do Juizado Especial Federal da capital. Parte autora domiciliada em município que está sob a jurisdição da subseção judiciária do interior, onde funciona o Juizado Especial Federal, **132**

Numeração única: 39458-90.2009.4.01.3800

Recurso Inominado 2009.38.00.708702-7/MG

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho

Breviário

135

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br).

Precatório. Data de apresentação do valor a ser inscrito. Data a ser considerada para inscrição no regime de precatórios.

Conflito negativo de competência. Existência de identidade entre a causa de pedir remota. Conexão caracterizada. Art. 103 do Código de Processo Civil. Critério de modificação de competência.

Crime ambiental. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Circunstâncias do caso concreto. Assentamento irregular promovido pelo Governo do Distrito Federal. Questão social.

Conteúdo econômico do título exequendo já apurado. Ação rescisória. O valor da causa deve corresponder ao atribuído à demanda, devidamente atualizado monetariamente.

Bem imóvel da União. Cobrança de laudêmio por parte da Secretaria de Patrimônio da União. Competência da vara federal comum porque matéria expressamente excepcionada do juizado especial federal cível (JEF) pelo inciso II do § 1º do art. 3º da Lei 10.259/2001.

Portaria da Seccional da OAB. Assistência judiciária gratuita. Limitação do número de causas por ano que podem

ser ajuizadas requerendo o benefício. Impossibilidade.

Expedição de RPV para pagamento de honorários sucumbenciais. Fracionamento da execução. Impossibilidade.

Violação aos termos do art. 100, § 4º, da Constituição Federal.

Tráfico internacional de drogas. Ações penais e inquéritos policiais em curso. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Causa de dimunição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Regime de cumprimento de pena.

Furto qualificado. Interceptações telefônicas. Autorização. Juízo competente. Legalidade. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria.

Contratação de menor aprendiz. Obrigatoriedade de cumprimento do disposto no art. 429 da CLT. Lei 10.097/2000 (Lei do Menor Aprendiz). Empresas com venda de bebidas alcoólicas. Inaplicabilidade. Arts. 405, II, da CLT e 67, III, do ECA.

Responsabilidade civil. Inscrição do nome do autor na Serasa. Inadimplência. Embargos em ação monitória. Decisão determinando a exclusão. Nova inscrição. Desobediência à decisão judicial. Dano moral configurado.

Base cálculo crédito prêmio IPI. Valor FOB. Frete, seguro e comissão de agente. Quando o frete integra o valor do produto (compra CIF) deve ser incluído na base de cálculo do IPI.

Contribuição previdenciária. Ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração e cargo temporário. Art. 40, § 13, da Constituição Federal. Emenda Constitucional 20/1998. Lei 9.717/1998 e portarias MPAS. Constitucionalidade. Regime de previdência próprio comprovado.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

141

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista

143

A Revista deste mês entrevista Jorge Hage Sobrinho sobre temas relacionados à sua experiência na Controladoria-Geral da União e no Poder Judiciário do Distrito Federal, abordando questões atinentes à persecução criminal, ao combate aos crimes financeiros e ao garantismo penal no Brasil.

A Seção Artigos Doutrinários apresenta uma investigação histórica a respeito do Estatuto da Rainha Ana, em comemoração aos 300 anos da primeira lei de *copyright*. Na mesma seção, a Revista oferece um artigo que analisa as causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade.

O controle administrativo de decisões judiciais pelo Conselho da Justiça Federal é tratado criticamente na Seção Tópicos Jurídicos, a qual tem por assunto, ainda, as questões afetas à atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria.

Veja, também, as mais recentes decisões desta Corte expressas em decisões monocráticas e acórdãos.

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".



"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto."

Rui Barbosa.

Uma análise crítica sobre o garantismo penal no Brasil

Jorge Hage Sobrinho*



Roberto Barroso/ABR

“(....) mesmo comparando o nosso sistema com outros da mesma família romano-germânica, não há país no mundo que ofereça ao réu tantas possibilidades de protelação e de eternização de um processo como no Brasil.”

Revista: Ministro, no site da Controladoria-Geral da União consta um artigo de sua autoria sobre a prisão do financista americano Bernard Madoff, em que o senhor ressalta que o Brasil precisa ajustar o passo na luta contra a impunidade. Como o senhor avalia o desempenho das nossas instituições no combate aos crimes financeiros?

Jorge Hage Sobrinho: Em primeiro lugar, a minha experiência na magistratura me ensinou que o problema da morosidade da Justiça, uma reclamação de toda a sociedade brasileira, – não apenas minha –, não é da responsabilidade dos juízes, nem dos tribunais, mas, sim, do Poder Legislativo brasileiro, o qual até hoje mantém uma legislação processual que impede, na verdade, um processo efetivo e eficaz. Nós não temos cumprido aquele princípio, hoje, já positivado, que é o princípio da duração razoável do processo e da celeridade, que são condições, a meu ver, da efetividade. E isso não ocorre no Brasil por

conta, basicamente, da legislação processual brasileira, tanto na área penal como na área civil. A quantidade de possibilidades de protelação de um processo no Brasil não tem paralelo no mundo; não é assim nos Estados Unidos, cujo sistema é o do *common law*, e mesmo comparando o nosso com outros sistemas da mesma família romano-germânica, não há país no mundo que ofereça ao réu tantas possibilidades de protelação e de eternização de um processo como no Brasil. E eu me refiro tanto aos recursos propriamente ditos como às possibilidades de criação dos mais diversos incidentes protelatórios, independentemente dos recursos. Na área dos recursos, basta lembrar do meu artigo sobre o caso Madoff, no qual mencionei, numa publicação da imprensa leiga, direcionada ao cidadão comum, em tom didático, apenas a enumeração dos recursos existentes na nossa legislação. Para o público desta Revista, que é um público especializado, é muito mais fácil perceber que a coisa vai muito além do elenco de recursos que enumerei, porque, somente as possibilidades de embargos declaratórios em agravos regimentais, de agravos de instrumento em embargos declaratórios e nessa repetição aterrorizante e entediante, da repetição de recursos, esse público compreenderá que a coisa tem uma dimensão até muito maior que aquela que o leigo percebe no meu artigo.

*Ministro de Estado. Chefe da Controladoria-Geral da União. Mestre em Administração Pública pela University of Southern California – Los Angeles (1963) e em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB (1998). Magistrado aposentado do Poder Judiciário do Distrito Federal.

Os bandidos do colarinho branco, que cometem crimes financeiros, crimes contra a Administração Pública, basicamente, juntamente com o crime organizado, o tráfico, que tem o poder econômico, são os que podem contratar os melhores escritórios de advocacia existentes no país e, com esses escritórios funcionando na defesa, um processo não chega ao fim, no Brasil, em menos de duas décadas. Essa impunidade exaspera a mim e a toda a sociedade brasileira, com exceção, evidentemente, dos que se beneficiam dela e dos seus patronos, pois ganham dinheiro com isso.

Revista: O que deveria ser mudado inicialmente?

Jorge Hage Sobrinho: Para mim, a coisa é absolutamente clara: enquanto não se alterarem essas normas processuais e constitucionais e, o que é mais sério, enquanto não houver uma mudança na interpretação dos princípios constitucionais, das chamadas garantias processuais, não há a menor possibilidade de mudança do quadro de impunidade no Brasil. Veja que aqui, na Controladoria, nós já estamos caminhando por outra linha, diante da ausência de qualquer perspectiva de se reverter a cultura de impunidade para os crimes com os quais nós lidamos aqui, corrupção *lato sensu*, corrupção no sentido leigo, abrangendo todos os tipos penais relativos ao prejuízo ao patrimônio público: peculato, corrupção ativa, passiva, todo aquele conjunto. Não há a menor esperança de se reverter a impunidade pela via judicial. Então, o que estamos fazendo? Estamos fazendo aquilo que está ao nosso alcance, que é intensificar e maximizar as possibilidades oferecidas pela legislação de sancionamento pela via administrativa. Por essa via nós já excluímos dos quadros da Administração Pública Federal, no período do governo do Presidente Lula, mais de 2.600 agentes públicos, que praticaram atos relacionados com a corrupção e com a improbidade, em sentido amplo, desde o chamado valimento do cargo em benefício próprio ou de terceiro, na linguagem da Lei 8.112, até a improbidade administrativa propriamente tipificada, incluindo a corrupção e o peculato, e tudo mais, na sua tradução para as sanções administrativas, da Lei 8.112, e também da CLT, para os empregados públicos. Em mais de 60% desses casos, o fundamento da demissão, da penalidade expulsiva, estava relacionado com esses tipos do ilícito. Do lado empresarial, que é o lado do corruptor, do fraudador de licitação, que oferece a propina ao agente público, que é dirigente de uma empresa que, em conluio com outras, frustra o caráter competitivo, nesse lado também estamos explorando as possibilidades da legislação que permite as sanções

administrativas, que, infelizmente, hoje, resumem-se praticamente à suspensão do direito de participar de licitações e à declaração de inidoneidade. O nosso cadastro nacional de empresas inidôneas e suspensas, exposto no *site* da Controladoria, já conta com perto de duas mil empresas, não todas punidas diretamente pela Controladoria; aí há um universo muito maior, porque a ideia é reunir nesse cadastro todas as sanções aplicadas por quaisquer órgãos públicos, de modo a dar efetividade à Lei 8.666, a qual estabelece que uma empresa punida por um órgão público não pode prestar serviços, nem participar de licitações em nenhum outro. Para isso se tornar efetivo, é preciso que um fique sabendo das punições aplicadas pelo outro. Por isso nós estamos concentrando tudo em um cadastro nacional, ao qual já aderiram cerca de doze Estados brasileiros, além dos órgãos federais. Mas eu lhe dizia com isso que nós estamos caminhando pela via administrativa para extrair o máximo de possibilidades de punição para ver se rompemos a sensação de impunidade, uma vez que, pela via judicial, isso hoje é praticamente impossível. Também não adianta apenas mudar o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, porque o Supremo Tribunal Federal dá uma interpretação aos princípios e garantias constitucionais do processo de tal natureza que não adianta tornarmos o processo mais ágil, menos emperrado pelas possibilidades de protelação, se a Corte Superior irá, em um momento ou em outro, considerar inconstitucionais as disposições da lei, da norma infraconstitucional, ao entender, por exemplo, que a supressão de um determinado recurso abusivo signifique um cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, e aí vai derrubar a decisão judicial baseada no Código de Processo, com fundamento no princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, ou do devido processo legal. Do mesmo modo, se continuar o STF entendendo que a chamada *presunção de inocência* deve continuar prevalecendo, mesmo depois de duas instâncias do Poder Judiciário, inclusive uma instância colegiada, considerar o cidadão culpado, realmente aí não tem jeito, porque esse cidadão nunca irá para a cadeia, nunca a sociedade deixará de achar que vivemos no país da impunidade. O que queremos é ver os corruptos na cadeia, e nunca se vê, no Brasil, um corrupto na cadeia, a não ser eventualmente por uma prisão cautelar, provisória; prisão por condenação de criminoso de colarinho branco nós vamos continuar esperando.

Revista: O senhor considera que, em razão da nossa legislação penal e processual, o princípio da presunção de inocência está sendo superdimensionado?

Jorge Hage Sobrinho: Não tenho a menor dúvida, primeiro, de que o princípio da presunção da inocência tem tido, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma interpretação exacerbada e, a meu ver, distorcida; não me parece plausível entender que se deve presumir a inocência do réu mesmo após terem-se reunido provas suficientes para autorizar a abertura de um inquérito, a abertura da ação penal, e essa ação penal não ter sido considerada abusiva (porque, se tivesse sido considerada abusiva, ela teria caído diante do primeiro *habeas corpus*, por falta de justa causa); se ela não caiu e prosseguiu, é porque se entendeu existir justa causa para a ação penal. Isso, para mim, já caracteriza uma fundada suspeita (hipótese verossímil) de culpabilidade. Mas admito que isso ainda não caracteriza uma *presunção de culpabilidade*. Prossequindo, suponhamos que esta ação penal percorra todo o procedimento, com a ampla defesa, o contraditório, todas as garantias e chegue à sentença condenatória, pela 1ª instância do Poder Judiciário, que existe para isso. Nesse estágio, para mim, surge a presunção de culpabilidade. Mas vamos admitir ainda, não basta isso para afastar a presunção da inocência, que é, ao que penso, o seu oposto (embora haja quem diferencie entre *presunção de inocência* e *presunção de não-culpabilidade*). Vamos esperar até que a condenação se dê por um órgão colegiado, um tribunal. Feito isso, ainda vamos admitir o mais absurdo dos recursos, ainda tolerado, que são os embargos infringentes, aquela coisa ridícula que só existe no Brasil. Com ou sem os infringentes, com ou sem as dezenas de agravos regimentais, de embargos declaratórios e de tudo mais, suponhamos que ultrapassamos, então, o final do segundo julgamento, do 2º grau, ainda aí prevalece a presunção de inocência? Não faz sentido. Como pode prevalecer a presunção de inocência a essa altura, quando para esse réu, restam apenas recursos que não permitem sequer a revisão da matéria fática; são apenas recursos de fundamentação vinculada, estreitíssima, o RE e o REsp, sem efeito suspensivo, porque o legislador sabiamente nunca lhes deu efeito suspensivo a não ser quando, por razões específicas do caso, esse efeito lhe é conferido em sede de medida cautelar? Ou seja, a essa altura do jogo, tem presunção de inocência ainda? E tudo o que aconteceu até agora não representa uma presunção de culpabilidade? Então, duas manifestações formais do Poder Judiciário valem menos do que a palavra do réu? É isso é presunção de

inocência da forma que está sendo interpretada pelo Supremo. Um princípio entrar em choque com outro é normal, teremos que fazer sempre a ponderação dos princípios e ver qual prevalece no caso. Nesse caso ele entra em choque com os princípios da razoável duração do processo, da efetividade da Justiça e do próprio acesso à Justiça, porque o que se impede assim que a Justiça se efetive, funcione, ela aconteça, tenha consequências. Mas não é preciso nem recorrer a isso. Para mim, basta que se analise o princípio da presunção da inocência isoladamente para se enxergar a forma absolutamente distorcida pela qual ele vem sendo interpretado nessas decisões, que não permitem o recolhimento do réu à prisão a não ser depois do trânsito em julgado.

Revista: Como o senhor avalia a tese do *Direito Penal do inimigo*, enunciada pelo doutrinador alemão Günther Jakobs?

Jorge Hage Sobrinho: Eu preferiria não entrar nessa discussão doutrinária. Mas a minha visão não tem nada a ver com o *Direito Penal do inimigo*. Eu não proponho normas penais diferentes para terroristas ou para o crime organizado, por vê-los como autoexcluídos da sociedade. O que me parece essencial é o reconhecimento de diferentes espécies de criminalidades e que não faz sentido pretender dar igual tratamento processual a todas elas. Tem-se um nível de criminalidade, a criminalidade comum, a criminalidade leve e média, daqueles que cometem aqueles crimes como o furto, por exemplo. Essa é uma coisa, a criminalidade grave é outra história, e deve, sim, a meu ver, ter um tratamento processual muito mais rigoroso: é a criminalidade do colarinho branco e do crime hediondo. É fundamental perceber que são espécies tão distintas de situações que o Direito Penal (material) já lhes dá tratamento inteiramente diferente. Basta ver as penas. Então, não faz sentido pretender aplicar, no processo, as mesmas medidas garantísticas para todas elas; não faz sentido permitir a manipulação das garantias processuais, digamos assim, pelos grandes escritórios, em defesa do grande crime organizado, do criminoso do colarinho branco, do crime financeiro, do crime contra a administração pública, do crime de corrupção (em sentido amplo). Isso não pode ter o mesmo tratamento da pequena criminalidade comum, por quê? Porque as armas não são as mesmas. Então, o Estado tem que enfrentar o pobre coitado que comete um furto num supermercado com as mesmas armas com que vai encarar o banqueiro que comete crimes contra o sistema financeiro, lesando milhares de pessoas que confiaram nele, ou o político corrupto que

embolsa o dinheiro que falta na Educação, na Saúde, na Segurança, para milhões de pessoas? Então, tem muita gente que continua raciocinando hoje com um raciocínio do século XVII, do século XVIII, quando foram criadas, foram pensadas, pela primeira vez, as garantias do cidadão contra o Estado leviatã, porque o Estado era o grande inimigo, a grande ameaça ao pobre cidadão, do minúsculo cidadão, diante daquele Golias que era o Estado. Quer-se utilizar essa mesma imagem e essa mesma concepção, quando o Estado é obrigado a enfrentar esse grande poder econômico que está por trás do crime organizado, do crime financeiro e do crime contra o patrimônio público, é absolutamente ridículo. Isso é o que, na verdade, está na cabeça dos defensores, ainda hoje, de um garantismo a meu ver inteiramente distorcido e degenerado, que, como eu costumo dizer, o hipergarantismo, que é a doença degenerativa do garantismo. Ou seja, que quer pensar hoje naquelas garantias que foram concebidas, como disse, na época em que a grande questão era defender um minúsculo indivíduo contra o poder absoluto do Estado, numa situação hoje em que o Estado está inegavelmente em posição de inferioridade, não consegue enfrentar o grande crime organizado e o grande crime de colarinho branco. Não conseguiremos vencer essa batalha enquanto permanecer essa concepção de garantismo distorcido e deformado a que me refiro, que interpreta as garantias com base ainda nos padrões de uma sociedade do século XVII ou XVIII. E o que acontece hoje no Judiciário não é por culpa do juiz. Eu fui juiz durante doze anos e sei onde é que o problema está.

Revista: Ministro, vou girar o foco da entrevista para as eleições. Sabemos que a Lei da Ficha Limpa prevê inelegibilidade de candidatos condenados em segunda instância. Muitos, no entanto, consideram que uma condenação em primeira instância já seria o suficiente. Qual a sua posição sobre esse tema?

Jorge Hage Sobrinho: Se nós conseguirmos fazer valer a Lei da Ficha Limpa com uma condenação em segunda instância já será uma grande vitória, porque o meu receio hoje é que até isso venha a cair diante de certas tendências que a gente conhece. Se nós conseguirmos fazer com que a Lei da Ficha Limpa realmente seja efetiva já para esta eleição, e que seja superada essa discussão absurda de pretender-se aplicar o *princípio da presunção da inocência* para uma questão que é de *condições de elegibilidade*, já está de bom tamanho. Nós ficamos, diante do assunto sobre o qual estávamos conversando há pouco, digamos, com inveja da Lei da Ficha Limpa, porque, se nós conseguíssemos colocar os

corruptos na cadeia, com a condenação em segunda instância, já seria uma maravilha. Como disse muito bem o Min. Ricardo Lewandowski, presidente do TSE, no julgamento do caso Roriz: diante da ponderação entre os princípios de prevalência do interesse público, moralidade administrativa, probidade administrativa, como direito de toda a sociedade brasileira, de um lado, e um possível direito de um indivíduo, do outro, fico com o primeiro (foram mais ou menos estas as palavras do Min. Lewandowski nesse julgamento).

Revista: Como o senhor analisa a disposição que diz que os juízes só devem falar nos autos? A Lei Orgânica da Magistratura Nacional ainda é atual?

Jorge Hage Sobrinho: A Loman já está pedindo reforma há muito tempo. Não tenho dúvida nenhuma de que a Loman precisa se atualizar. Quanto à pergunta sobre a disposição que diz que o juiz só deve falar nos autos, entendo, por exemplo, que o presidente do TSE, Min. Lewandowski, a meu ver, não está impedido de, ao final de um julgamento, dar uma declaração como essa à imprensa, não é isso. O que entendo que o juiz deve estar adstrito a falar nos autos é sobre o caso que ele vai julgar. Aí, sim, ele só deve falar sobre o caso que está em processo de instrução, nos autos. A meu ver, esse é o espírito da norma. Não significa que o juiz não possa, após um julgamento, explicitar para a população leiga, por meio dos órgãos da imprensa comum, as razões do seu julgamento, traduzir aquilo, no que eu chamo linguagem cidadã, que não é a linguagem jurídica nossa. Acho isso do maior proveito para a democracia. O juiz não deve, no meu entendimento, durante o curso de um processo, manifestar-se sobre aquele processo fora dos autos.

Revista: O senhor poderia nos falar sobre o projeto de lei de iniciativa da CGU que veda a ação dos chamados *anfíbios*?

Jorge Hage Sobrinho: Esse projeto de lei é mais amplo, é um projeto de lei sobre o conflito de interesses; nós elaboramos esse projeto, foi discutido dentro do Governo, com vários órgãos, inclusive com a AGU, e o Presidente Lula o encaminhou ao Congresso em 2006, há quatro anos. Esse projeto trata de vários aspectos da questão do conflito de interesses público-privado, que é uma questão colocada para o gestor público, seja durante o exercício do cargo público, seja após ele deixar o cargo. Esse projeto trata, por exemplo, das condutas que devem ser vedadas durante o exercício do cargo ao administrador público, nos diferentes níveis, e das condutas que devem ser vedadas por um

determinado período, depois de ele deixar o cargo, a chamada quarentena, que, sobre isso, o Judiciário já tem até boas regras. O Executivo não, há uma medida provisória antiga, ainda da época do governo passado, mas que é muito limitada sobre as regras de quarentena; ela tem um período muito curto, quatro ou cinco meses de quarentena, e as autoridades que ficam submetidas à quarentena não chegam a uma centena; é muito pouca gente que fica obrigada a respeitar a quarentena. Então, esse projeto propõe ampliar em ambos os sentidos a legislação de quarentena, abrangendo mais de duas mil autoridades e ampliar o tempo de quarentena, que vai a um ano e, não só a quatro meses. De outro lado, ele regula também situações, vedações, digamos assim, durante o exercício do cargo, e aí é que entra a questão dos *anfíbios* a que você se referiu. Qual é a questão dos *anfíbios*? É a seguinte: em determinadas carreiras, sobretudo carreiras ligadas à fiscalização, como a Receita Federal, tornou-se, não diria comum, porque a grande maioria dos auditores não faz isso, vemos alguns auditores ou analistas da Receita tomando licença a título de interesse particular, portanto, sem vencimento, e, durante esse período, prestando assessoria a empresas em matéria tributária e depois voltando ao desempenho de suas funções. A isso se passou a denominar, no jargão administrativo, prática *anfíbia*. A questão, para nós, não precisaria sequer de nova lei para punir esse tipo de conduta, porque nós entendemos, aqui, na Controladoria, que, durante o período de licença sem vencimento o cidadão não deixa de ser funcionário público, ele continua sendo funcionário. Então, tem que respeitar as mesmas limitações, ele não pode prestar assessoria a empresa nenhuma só pelo fato de estar em licença sem vencimento.

Revista: Ministro, o senhor poderia fazer uma avaliação sobre as irregularidades existentes na Administração Pública antes e depois da criação da Controladoria-Geral da União?

Jorge Hage Sobrinho: Em primeiro lugar, eu lhe diria que a grande diferença se deve à radicalização da transparência. Em 2004, logo no segundo ano deste governo, lançamos o Portal da Transparência, hoje referência mundial; o Brasil hoje é considerado líder, em matéria de transparência pública, porque o Governo Federal brasileiro divulga hoje, em bases diárias, com todos os detalhes, as despesas de todos os itens de despesa que ele realiza; em outras palavras, todos os gastos feitos pelo Governo até hoje à noite estarão no Portal, na internet, amanhã de manhã, para que qualquer pessoa, no mundo inteiro, veja, fiscalize,

acesse, controle, denuncie qualquer irregularidade. Cada empenho, cada liquidação e cada pagamento, seja a compra de uma caneta, de um gravador, de papel de impressora ou de veículos, ou pagamento de uma grande obra a uma empreiteira ou o pagamento de uma diária para um servidor que viaja ou a compra de uma passagem ou a compra com um cartão de pagamento eletrônico, tudo no dia seguinte, nos mínimos detalhes, com a descrição do gasto, da sua finalidade, a qual programa e a qual ação de governo se refere, se houve licitação, se houve dispensa de licitação, qual a justificativa; está tudo na internet, no dia seguinte. Isso, desde maio deste ano. Esse portal tem tido um número de acessos crescente, bastando que, sem contar 2004, ano de lançamento, em 2005 tivemos cerca de 280.000 acessos no ano; hoje nós temos essa média por mês, ou seja, o número de acessos por ano está na casa de dois milhões e meio, significando que a população aprendeu realmente a fiscalizar e a acompanhar os gastos do Governo Federal. No início, os números podiam indicar que somente quem estava realmente usando o Portal eram os jornalistas investigativos, os membros de ONGs que fiscalizam o poder público, os parlamentares de oposição; mas hoje, com um número de dois milhões e meio de acessos, seguramente, essas pessoas apenas não dariam conta de tanto acesso, ou seja, é o cidadão comum, que está acessando o nosso portal. Pois bem, a partir de medidas de transparência como essas e outras, de divulgação dos relatórios de auditoria, no nosso *site*, ou no *site* dos órgãos auditados, e com as publicações dos extratos de cada edital de licitação, de cada processo de compra, todo esse conjunto de aberturas e informações sobre gastos públicos e ações administrativas relacionadas com a despesa criou um grau de visibilidade, de exposição, tão grande para o gestor público que, na minha opinião, esse foi o principal fator que fez reduzir enormemente o número de irregularidades. Então, hoje, encontramos nas nossas auditorias sobre os órgãos federais um índice muito menor de irregularidades do que encontrávamos no início. Hoje nós não ouvimos mais falar em uma denúncia sobre irregularidade com o cartão de pagamento.

Revista: Os chamados cartões corporativos.

Jorge Hage Sobrinho: Que na verdade é o Cartão de Pagamento do Governo Federal, nunca mais se viu uma denúncia na imprensa, por quê? Porque colocamos na internet. Então, veja o que é a transparência, é o melhor preventivo contra a corrupção, a melhor vacina contra a corrupção, não há nada igual. Aliás, a frase é

antiga, daquele juiz norte americano, Louis Brandeis, quando dizia: “Não há desinfetante melhor do que a luz do sol”. Então, isso é, a meu ver, o principal fator da mudança; mas há outro fator: o fortalecimento e a liberdade que o Presidente Lula deu de atuação à Polícia Federal, à Controladoria e ao Ministério Público. Você dirá: “Bom, mas o Ministério Público não é subordinado ao Presidente”. Claro que não é, mas é o Presidente que escolhe o Procurador-Geral da República, e isso faz toda a diferença. Quando o Presidente Lula passou a nomear o Procurador-Geral da República, a indicar para o Senado o nome escolhido pelos membros do Ministério Público, a situação mudou completamente em relação ao que era antes. É evidente que o grau de independência dessa pessoa é completamente diferente. Então, nós tivemos procuradores da República, como Cláudio Fonteles, Antônio Fernando e, agora, Roberto Gurgel com absoluta independência, desenvoltura total nas suas ações, na sua atuação, inclusive contra o Governo, quando é o caso, isso a meu ver fez uma enorme diferença. Um grande número de ações vem sendo ajuizadas pelo Ministério Público, e, contudo, quando chega na Justiça ficam emperradas por conta de tudo aquilo que falamos antes, de legislação processual e interpretação dos tribunais superiores; repito, não é culpa dos juizes, nem dos desembargadores dos tribunais. Há um problema ao qual estamos nos referindo repetidamente: é que a investigação e o ajuizamento de ações avançaram muito e nós sabemos também que isso tem o *outro lado da medalha*: quando se aumenta a transparência e se aumenta a investigação, aumenta-se a visibilidade e o noticiário sobre corrupção, o que pode dar a alguns menos avisados a sensação de que a corrupção está aumentando, quando o que está aumentando é a investigação, a descoberta dos casos e a divulgação dos casos. Então, cria-se, para algumas pessoas, a ideia de que não houve diminuição, porque a imprensa todo dia divulga, mas divulga exatamente porque está sendo denunciado e investigado. Essa é uma parte da questão, a outra parte da questão, que quero também acrescentar, é que todo o esforço que foi feito durante o governo Lula atingiu apenas o Poder Executivo

federal, que é o que compete a nós, nós não podemos fazer nada em relação às outras esferas federativas, Estados e Municípios, nem muito menos em relação aos outros Poderes. Quanto a Estados e Municípios, nós só podemos atuar no que se refere aos recursos federais repassados para eles, esses nós procuramos acompanhar.

Revista: Qual o balanço que o senhor faz da sua gestão na CGU?

Jorge Hage Sobrinho: Eu confio é que o trabalho que nós fizemos aqui, nesses oito anos, tenha deixado as coisas num ponto de irreversibilidade, ou seja, quero crer que, qualquer que seja o governo que venha, depois do governo Lula, não haverá retrocessos nessa luta de combate à corrupção no Brasil, pelo menos no que se refere ao Governo Federal. Por que eu acredito que não haverá retrocesso? Porque acredito que a opinião pública, a sociedade civil, não vai deixar que haja retrocessos, não perdoará; qualquer que seja o governo que venha, a sociedade brasileira não permitirá que haja retrocessos nessa luta contra a corrupção. Mas ela precisa é ser ampliada, não tenho nenhuma dúvida. Acho que ainda há um caminho longo pela frente no combate à corrupção e que é preciso também avançarmos nas demais esferas de governo, porque o Brasil, no exterior, é visto como um todo; ninguém está prestando muita atenção para a diferença, por sermos um sistema federativo, entre a esfera federal, estadual e municipal. O sujeito, no exterior, ouve falar em corrupção no Brasil e, para ele, não importa se é no Estado, no Município, no Congresso, no Brasil, e isso conta ponto negativo para o País do ponto de vista de se consolidar como um ator global que é hoje e que vai continuar sendo cada vez mais e, para ser um ator global, ombreado aos países do primeiro mundo. Precisamos crescer não só economicamente, mas também institucionalmente, para que sejamos respeitados como um país onde há segurança jurídica, onde não há impunidade, onde os corruptos são punidos, tudo isso é da maior importância para o futuro do nosso País.

O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de *copyright*

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Sumário

Introdução; 2. Breves apontamentos acerca da Antiguidade clássica; 3. A invenção da imprensa; 4. Os primeiros privilégios de que se tem notícia; 5. O regime dos privilégios e a censura; 6. *A company of stationers of London*; 7. O *licensing act* de 1662; 8. O Estatuto da Rainha Ana; 9. A disputa entre livreiros da Escócia e da Inglaterra; Considerações finais. Bibliografia

Introdução

O Direito Autoral é uma disciplina muito recente, cujo desenvolvimento está intimamente relacionado com a invenção da imprensa, que revolucionou o mercado de livros e demandou uma regulamentação da matéria pelo Direito.

Em um primeiro momento, o comércio de livros foi organizado por meio da concessão de privilégios, outorgados aos livreiros para a publicação de obras literárias e escritos em geral. Esse regime surgiu, inicialmente, como uma relação simbiótica entre a Coroa e a burguesia.

Posteriormente, o regime de monopólio de impressão e a forte censura acabaram por exigir a renovação do sistema de proteção das obras, nascendo, assim, as leis de proteção aos autores, que não se confundem com os privilégios de impressão.

É corrente na doutrina a indicação do Estatuto da Rainha Ana de 1710 como a primeira lei que realmente deu proteção aos direitos autorais, no entanto, tal afirmação não está isenta de questionamentos.

Dessa feita, procuraremos realizar no presente trabalho uma investigação histórica sobre o Estatuto da Rainha Ana, a qual contemplará o período anterior e posterior à sua promulgação, o que se faz necessário para compreendermos os motivos de sua adoção, bem como para que possamos verificar se a real intenção do Estatuto era a proteção dos autores ou se tal tutela acabou sendo admitida como decorrência de decisões judiciais.

2. Breves apontamentos acerca da Antiguidade clássica

A previsão jurídica sistematizada da proteção do autor é algo bastante recente na civilização. A despeito disso, não se pode dizer que na história do Direito a proteção do autor foi simplesmente ignorada, passando a ser regulamentada apenas a partir da Idade Moderna.

Na verdade, sempre foram reconhecidos alguns direitos aos autores. Apesar disso, tais direitos não ingressaram desde suas origens no ordenamento positivo. E isso ocorreu pelo fato de que as necessidades sociais nem sempre demandaram que a proteção do autor viesse prevista na legislação¹, bastando, no mais das vezes, a utilização de uma das fontes primordiais do Direito, ou seja, os costumes.

É que inicialmente os livros eram reproduzidos em forma manuscrita, o que em muito limitava tal atividade, já que seu custo era altíssimo e o montante produzido bastante reduzido. Além disso, é relevante destacar a problemática da escassez de pessoas alfabetizadas em condições de adquirir esses livros. Tudo isso conduzia à inexistência de um interesse jurídico específico a proteger².

Entrementes, ainda que de forma incipiente, se compararmos com nossa realidade hodierna, há inúmeros registros históricos da proteção do autor em épocas bastante remotas.

Na Grécia Antiga podemos citar uma lei ateniense do ano de 330 a.C., que ordenou o depósito de cópias exatas das obras dos três grandes clássicos nos arquivos do Estado, de maneira que os atores e copistas deveriam respeitar o texto depositado, já que, até então, havia pouco respeito em relação ao texto original³. Vê-se aí, portanto, a proteção da integridade da obra.

Ainda no mundo helênico, por volta de 650 a.C., sabe-se que muitos pintores de vasos, como

*Juiz Federal Substituto em São Paulo, Doutorando em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito Civil pela PUC/SP e Bacharel em Direito pela USP.

¹ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993, p. 29.

² *Ibid.*, p. 29.

³ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 28.

Aristonotos, Exekias, Eutimedes, Euphiletos e outros, garantiam o reconhecimento de sua autoria com a aposição de sua assinatura na obra⁴, preservando-se, assim, o direito de paternidade.

Procedimento semelhante foi adotado pelo renomado poeta Teógnis de Mégara, que criou um sinal identificativo de suas obras, com o objetivo de evitar a sua utilização sem indicação de sua autoria, bem como para garantir a integridade do texto, o que poderia ser considerado um predecessor da chamada *menção de reserva*, que somente surgiu vinte e cinco séculos depois⁵.

Em Roma, a ausência de disposição legal específica acerca das criações intelectuais também não significou que os escritores e artistas em geral não fossem amparados pelo Direito Romano⁶. Ao contrário, pode-se notar entre os romanos tanto a proteção do direito moral como do direito patrimonial de autor.

No que toca ao direito moral, Delia Lipzyc, apoiada nas lições de Dock, assinala que os romanos estavam cientes do fato de que a publicação e a exploração da obra guardava íntima ligação com interesses espirituais e morais, já que era “o autor quem tinha a faculdade para decidir a divulgação de sua obra e os plagiadores eram mal vistos pela opinião pública”⁷.

Aliás, no que toca ao plágio, há um interessante episódio em Roma, no século V a.C., em que “vários participantes de um concurso de poesia foram acusados de ‘ladrões’ por terem apresentado como suas obras pertencentes à Biblioteca de Alexandria”⁸.

E seria até mesmo possível que o direito moral de autor fosse amparado, no Direito Romano, pela *actio iniuriarum*⁹. Nesse sentido, esclarece Katharina Schickert que a publicação sem autorização de um trabalho literário de outrem poderia ser subsumida no tipo da *ne quid infamandi*¹⁰, aplicando-se então a *actio iniuriarum* para proteger a personalidade do autor projetada sobre a obra.

Igualmente, não se pode descurar, entre os romanos, da existência de interesse econômico na produção do autor, sendo que nesse sentido é notório o *benefício pecuniário que desfrutavam* os poetas Horácio, Virgílio e Propertius, junto a Caius Maecenas, estadista romano cujo nome simboliza atualmente o patronato das artes¹¹.

Aliás, fica evidente a existência do interesse econômico em uma carta de Cícero, dirigida ao seu amigo e editor Atticus, onde Cícero elogia o excelente trabalho do editor na *venda* do seu discurso *Pro Ligario*, afirmando o autor que no futuro entregaria a Atticus para publicação o que viesse a escrever¹².

Entretanto, é interessante lembrar que em Roma a criação intelectual era regida pelo direito de propriedade comum, já que o autor, ao criar uma obra literária ou artística, produzia uma coisa, a qual poderia alienar como qualquer outro bem material¹³.

No entanto, a questão é bem mais complexa do que poderia parecer em um primeiro momento, não sendo possível considerar a afirmação supra sem as devidas ressalvas.

Nos casos de acessão de coisa móvel a coisa móvel,

quanto à scriptura, sempre se julgou, no direito romano, que o escrito acede ao material sobre o qual se escreve; assim, se alguém escrevesse em material alheio, o escrito passava, materialmente (e não literalmente)¹⁴ [ao dono da matéria].

A despeito disso, vale observar que o próprio Moreira Alves deixa claro, ao destacar *em não literalmente*, que o caso cuida, em realidade, da materialidade do exemplar, e não do escrito em si.

E isso parece ficar mais evidente no caso da *pictura*, que segundo Moreira Alves “é a representação de figuras, mediante o emprego de tintas, sobre tela alheia”. O romanista destaca que no Direito clássico havia divergência no que toca à solução do problema, de maneira que alguns entendiam que

as tintas acediam à tela, e, assim, o proprietário dela se tornava proprietário do quadro; outros eram de opinião contrária – o quadro passava à propriedade do pintor.

⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: Da Antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 58.

⁵ *Ibid.*, pp. 56/57.

⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 52.

⁷ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 28. Tradução livre do original: *Era el autor quem tenía la facultad para decidir la divulgación de su obra y los plagarios eran mal vistos por la opinión pública*.

⁸ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 59.

⁹ COSTA NETTO, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰ SCHICKERT, Katharina. *Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

¹¹ COSTA NETTO, *loc. cit.*

¹² FRAGOSO, *op. cit.*, p. 61.

¹³ LIPSZYC, *loc. cit.*

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 299.

No entanto, ao final prevaleceu a tese de que o quadro passava à propriedade do pintor, opinião seguida por Justiniano¹⁵.

Assim, a partir dessas premissas, é possível se constatar que o Direito da Antiguidade não conhecia o direito de autor tal qual se conhece hodiernamente, porém, isso não impediu que houvesse proteção, ainda que não sistematizada, às obras, proteção essa que atendia às necessidades sociais daquela época.

3. A invenção da imprensa

Com o fim do Império Romano do Ocidente houve um declínio no comércio de livros, mesmo porque muitos escritos antigos foram perdidos em razão das invasões bárbaras, enquanto que outros caíram no esquecimento. Ao mesmo tempo, com o crescimento do Cristianismo, os escribas, estudiosos e leitores passaram a se dedicar cada vez mais aos temas cristãos¹⁶.

Tudo isso contribuiu para que a reprodução das obras passasse a ser concentrada em mosteiros, os quais objetivavam especialmente a disseminação de temas religiosos. Como *a elaboração e reprodução da obra era executada dentro do mosteiro*, não se revelava a autoria, ficando bastante difícil ou até impossível a individualização da autoria¹⁷. Assim, ausente a individualização, ficou prejudicado o surgimento e desenvolvimento do direito de autor, mesmo porque, no período, a proteção jurídica estava ligada tão somente à propriedade do original.

A situação, entretanto, começou a se modificar no final da Idade Média. O florescimento das cidades, a criação das universidades e o aumento populacional conduziram ao aumento do número de pessoas alfabetizadas em condições de adquirir livros, ampliando a demanda pelo trabalho dos reprodutores de livros¹⁸.

O que revolucionou mesmo esse mercado de livros em crescimento foi a imprensa de tipos móveis, inventada por Hans Gutenberg em meados do século XV¹⁹.

Essa nova tecnologia deixou para trás a produção e a reprodução de livros pelo método manuscrito, que foi utilizado durante vinte séculos (do século V a.C. ao XV d.C.), permitindo “a produção e reprodução de livros em grandes quantidades e a baixos custos”²⁰.

Para se ter uma ideia da revolução trazida pela imprensa, estima-se que antes de sua invenção existiam cerca de 30 mil livros na Europa²¹, enquanto que em 1500 já circulavam na Europa 13 milhões de livros, sendo que cerca de 2 milhões desses livros teriam sido produzidos somente em Veneza²².

Todavia, se por um lado a invenção da imprensa possibilitou a reprodução de livros em escala infinitamente superior àquela alcançada pelo método manuscrito, por outro lado era necessário um grande investimento de capital nessa nova indústria, que demandava equipamentos de impressão e materiais muito caros, o que era bastante arriscado, já que a recuperação dos gastos com a venda de livros era lenta e aleatória. Além disso, a inexistência de regulamentação deu espaço ao surgimento de edições abusivas²³.

O controle sobre a reprodução da obra, que até então se dava pela posse do manuscrito original, foi perdido, “uma vez que cada possuidor de uma cópia impressa podia, com toda facilidade, reproduzi-la”²⁴.

Com isso, perdia o impressor original o dinheiro investido na criação e processamento do texto, montante esse que não era despendido na reimpressão do trabalho, o que tornava bastante lucrativa a atividade daquele que simplesmente pegava o texto já trabalhado e o reimprimia²⁵.

Os impressores reclamaram então medidas para garantir seus investimentos contra a concorrência de edições abusivas, pedindo ao monarca a concessão de privilégios de impressão²⁶.

Daí o reconhecimento, no final do século XV, da necessidade da proteção dos trabalhos escritos

¹⁵ ALVES, *loc. cit.*

¹⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais: primeira parte*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em 22 maio 2010.

¹⁷ SOUZA, *loc. cit.*

¹⁸ SOUZA, *loc. cit.*

¹⁹ COSTA NETTO, *op. cit.*, p. 53.

²⁰ LIPSZYC, *loc. cit.*, p. 29.

²¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 3.

²² BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *A social history of the media: from Gutenberg to the Internet*. 2ª ed. Cambridge, 2005, p. 13.

²³ COSTA NETTO, *op. cit.*, p. 54.

²⁴ COSTA NETTO, *loc. cit.*

²⁵ GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 1.

²⁶ *Ibid.*, p. 2.

publicados, o que inicialmente se deu pelo regime dos privilégios²⁷.

4. Os primeiros privilégios de que se tem notícia

O primeiro privilégio de impressão foi concedido pela República Sereníssima de Veneza, em 1469, a um alemão de nome Johannes von Speyer, pelo prazo de cinco anos, para a edição das cartas de Cícero. Esse privilégio foi extinto, entretanto, depois de um ano, com a morte prematura de Speyer, não tendo sido renovado a outro impressor²⁸.

Há, todavia, autores que consideram que o primeiro privilégio foi concedido também em Veneza, mas para o editor Aldo Manunzio²⁹.

Seja como for, é indiscutível que os primeiros privilégios concedidos em Veneza tinham como objetivo a proteção dos editores. Em 1486, porém, um precedente permitiu Marc' Antonio Sabellico a escolher o editor e, mais tarde, em 1493, "um outro precedente autorizou o irmão de um autor, em razão desta condição, a publicação exclusiva da obra por dez anos"³⁰.

Na França, o primeiro privilégio real foi concedido por Luis XII, no ano de 1507, para a edição das epístolas de São Paulo, sendo que nos anos seguintes foram concedidos diversos outros privilégios, contando Paris, em 1510, com mais de cinquenta impressores ou livreiros³¹.

No território da atual Alemanha o primeiro privilégio se deu no ano de 1501, a um impressor de nome Conrad Celtes³².

Na Espanha, em 1502, proibiu-se a impressão, divulgação e venda de livros sem a necessária licença real³³.

Portanto, vê-se que rapidamente se consolidou a exigência da concessão de privilégio para a impressão de livros na Europa, regime esse que somente foi

abandonado muito tempo depois, no século XVIII, com o surgimento do direito de autor nos moldes existentes até hoje.

5. O regime dos privilégios e a censura

A necessidade de regular o direito de reprodução das obras primeiro apareceu sob a forma dos privilégios. Os privilégios estabeleciam um monopólio de exploração em favor de livreiros e impressores, normalmente por tempo determinado. Eram concedidos pelo governante e, ao lado do aspecto econômico ligado aos livreiros e impressores, também funcionavam como recurso político para o controle da difusão das doutrinas consideradas perigosas³⁴.

Os privilégios continham muitos dos elementos característicos do direito de autor, entre eles a outorga de direitos exclusivos por determinado prazo, a autorização para imprimir cópias das obras e vendê-las, a possibilidade de obter a reparação dos danos causados, bem como o direito de perseguir os infratores mediante medidas coativas³⁵, como a apreensão de cópias.

Outra característica do regime dos privilégios que merece ser mencionada era a sua proteção concedida normalmente por cidades, para um determinado território, o que permitia, em outra cidade, a impressão da mesma obra por outro impressor³⁶.

No território da atual Alemanha, por exemplo, os privilégios eram concedidos pelas cidades, no entanto, também havia a possibilidade de a obra impressa ser protegida em todo o território alemão, o que se dava com a concessão de privilégio pelo Kaiser (*Kaiserprivileg*). Contudo, os privilégios do Kaiser foram respeitados por todos os Estados alemães apenas no período que vai do fim do século XVI até o começo do século XVII³⁷, o que demonstra que mesmo com a concessão de privilégios, muitas vezes a proteção dos impressores continuava atomizada, limitada territorialmente.

De qualquer forma, nesse regime a proteção não era direcionada ao autor da obra, mas, sim, tinha como objetivo a proteção da atividade dos impressores e livreiros, o que justificava a concessão estatal de um

²⁷ *Ibid.*, p. 1.

²⁸ *Ibid.*, p. 2.

²⁹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 47.

³⁰ SOUZA, *loc. cit.*

³¹ FRAGOSO, *loc. cit.*

³² GERMAN, *loc. cit.*

³³ FRAGOSO, *loc. cit.*

³⁴ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 30.

³⁵ LIPSZYC, *loc. cit.*

³⁶ GERMAN, *loc. cit.*

³⁷ GERMAN, *loc. cit.*

privilégio e a consequente penalização daqueles que desrespeitassem tal outorga³⁸.

Por conseguinte, os privilégios concediam um direito de natureza econômica aos editores, destinado tão somente a salvaguardar a atividade dos riscos comerciais a ela inerentes, nada tendo a ver com os direitos autorais como os conhecemos hoje³⁹.

A concessão de privilégios, porém, não atendia apenas aos interesses dos livreiros e impressores, uma vez que o Estado também estava interessado no controle da atividade editorial, especialmente no que toca ao conteúdo do que seria publicado. Assim, o Estado, muito mais que proteger a atividade editorial, pretendia controlar as publicações, evitando a disseminação de ideias que pudessem trazer prejuízos políticos, bem como que pudessem ameaçar a sociedade como um todo, incluindo aí a religião⁴⁰. E nesse ponto deve-se notar a ação da Igreja Católica, “sob cujo crivo deveriam passar as obras, em sua atividade censória, antes de receber o timbre do *imprimatur*”⁴¹.

Deu-se, então, no regime dos privilégios, a simbiose perfeita entre os interesses do Estado e dos impressores, sendo certo que “a *ratio* da tutela não foi proteger a criação intelectual mas sim, desde o início, proteger os investimentos”⁴², bem como os interesses diretos e indiretos do Estado.

Destarte, somente com a derrogação do sistema dos privilégios é que vai nascer o direito autoral como o conhecemos na atualidade, o que se iniciou na Inglaterra, como veremos no decorrer dos nossos estudos. No entanto, não se deve deixar de observar que os autores nunca ficaram totalmente alijados do universo editorial ou da impressão e comercialização de livros, não obstante a prevalência, nesse período, dos interesses dos editores e do Estado ou do monarca⁴³.

6. A *Company of Stationers of London*

Passamos agora à análise do sistema dos privilégios na Inglaterra, uma vez que o estudo da formação do *copyright* certamente passa pela compreensão dos antecedentes históricos que levaram à formação desse primeiro sistema que acabou protegendo o autor.

Em 1476, William Caxton introduziu a imprensa na Inglaterra, iniciando a história do ofício de impressor em solo inglês⁴⁴. A partir daí, o comércio de livros foi ganhando força, surgindo uma categoria organizada de comerciantes de obras escritas, ou seja, os impressores e vendedores de livros.

A Coroa inglesa, todavia, era a titular do direito de impressão, de maneira que ninguém poderia imprimir sem a concessão de um privilégio especial, que era de atribuição da *Star Chamber*⁴⁵.

Em 1557, foi concedida uma *Royal Charter* aos comerciantes de livros, que se transformaram na *Company of Stationers of London*, a qual passou a ser a detentora do monopólio de impressão na Inglaterra⁴⁶. Iniciou-se, assim, uma duradoura parceria entre a Coroa e a *Stationers' Company*, sendo que esta assegurava o cumprimento das políticas oficiais de censura, enquanto que a Coroa garantia aos membros da *Stationers' Company* a “exclusividade na atividade de imprimir, além de poderes nacionais de regulação”⁴⁷.

Assim, o direito de impressão passou a ser perpétuo e somente os membros da corporação podiam exercê-lo, incluindo aí a transferência, que também se dava entre integrantes da *Stationers' Company*. No caso de falecimento do membro, o direito voltava para a corporação, que podia novamente concedê-lo⁴⁸ ou até outorgá-lo à viúva do membro, mas somente pelo período de sua vida.

³⁸ COSTA NETTO, *loc. cit.*

³⁹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁰ Na Alemanha, desde o século XVI a censura estatal tinha a tarefa de proibir obras cujo conteúdo não estivesse de acordo com a religião Cristã ou com uma das confissões autorizadas, bem como a proibição de obras contrárias aos costumes e moral da sociedade (GERMAN, *loc. cit.*, p. 3).

⁴¹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 67.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

⁴³ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/1988*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, mestrado, 2007, p. 252.

⁴⁵ PIEVATOLO, Maria Chiara. *L'età della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/ar01s02.html#anne>>. Acesso em 25 maio 2010.

⁴⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 4.

⁴⁷ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁴⁸ SCHACHT, Sascha T. *Die Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis*. Göttingen: V&R unipress, 2004, pp. 98/99.

Os impressores que não faziam parte da *Stationers' Company* acabaram sendo incorporados e submetidos à autoridade de seu corpo legiferante e judicante⁴⁹.

A esse regime se excepcionaram somente aqueles que obtiveram uma licença de impressão direta, como ocorreu com a Universidade de Oxford, cujo privilégio foi confirmado por um decreto da *Star Chamber* de 1586⁵⁰.

Dessa maneira, a *Stationers' Company*, sustentando-se em normas de censura, manteve seu monopólio sobre o comércio do livro durante muito tempo, sendo relevante aqui mencionar que os Decretos de 1586 e 1637, as Ordenanças de 1643 e 1647 e o *Licensing Act* de 1662, que são fundamentalmente leis de censura⁵¹, serviram ao monopólio mencionado.

De fato, durante quase todo o período de 1557 a 1709 a censura foi a maior política do governo inglês, política essa que tornou conveniente para o governo a entrega de grandes poderes à *Stationers' Company*, a qual passou a atuar como verdadeira polícia da impressão⁵². E não é outro o ponto de vista de Claire Dietz, ao afirmar que o “governo usou a corporação como uma espécie de polícia”, que tinha a tarefa de vigiar e regular a impressão e a venda de livros⁵³.

Outrossim, é de se destacar que “o Judiciário não interferia nas políticas públicas de censura”, o que acabou por consolidar “uma enorme medida de poder nas mãos dos *stationers*”⁵⁴.

Com o monopólio garantido pela Coroa, restava a regulação das relações entre os integrantes da corporação,⁵⁵ desenvolvendo-se, assim, um sistema corporativo conhecido como *stationer's copyright*, que “provavelmente teria se desenvolvido mesmo sem a existência de normas de censura, mas apenas pôde ganhar força em razão dessas normas”⁵⁶.

E neste ponto é bom ressaltar que falamos em desenvolvimento do *stationer's copyright* e não no seu surgimento, já que, conforme Patterson, há evidência no sentido de que na época em que a *Stationers' Company* recebeu seu privilégio (1557), o *stationer's copyright* já existia⁵⁷.

Seja como for, tendo em vista que o monopólio em favor da *Stationers' Company* já estava consolidado, a necessidade básica de seus membros passou a ser a regulação do comércio do livro entre seus próprios integrantes, ou seja, regular a concorrência entre os membros da *Stationers' Company*, o que deu origem ao *stationer's copyright*, com âmbito *interna corporis*⁵⁸.

Pelo *stationer's copyright* a companhia outorgava um direito de cópia (*copyright*⁵⁹), o qual acabou sendo desenvolvido e limitado de acordo com os interesses dos próprios membros da companhia⁶⁰.

O *stationer's copyright* não previa um direito de autor, ao contrário, era bastante restrito, compreendendo apenas o direito de copiar (reproduzir) um manuscrito. Logo, não era possível atribuir a autores os direitos previstos no âmbito da corporação, exceto se o autor fosse membro da corporação, mas aí tinha direitos em razão de participar da *Stationers' Company* e não pelo fato de ser autor⁶¹.

Entretanto, mesmo não sendo reconhecido um direito de autor, havia no *stationer's copyright*, até por conveniência da própria corporação na forma de condução do comércio do livro, o reconhecimento implícito de direitos morais e patrimoniais de autor⁶².

No que toca ao reconhecimento de direitos patrimoniais, podemos mencionar o fato de que sempre era necessário o pagamento ao autor pelo original. Já no que diz respeito aos direitos morais, apesar de ser uma questão mais complicada, seu reconhecimento existia, pois era conveniente aos editores a manutenção da paternidade e da integridade da obra⁶³, que garantiam justamente o lucro por eles almejado.

⁴⁹ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁵⁰ PIEVATOLO, *loc. cit.*

⁵¹ PATTERSON, *op. cit.*, p. 143.

⁵² *Ibid.*, p. 6.

⁵³ DIETZ, Claire. *Werkintegritätsschutz im Deutschen und US-amerikanischen recht*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009, p. 187.

⁵⁴ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁵⁵ De acordo com Pedro Nicoletti Mizukami, a “corporação abrigava três ofícios relacionados ao comércio do livro: os *bookbinders* (encadernadores), os *printers* (impressores) e os *booksellers* (livreiros), concentrando estes últimos as funções de edição e venda de livros” (MIZUKAMI, *loc. cit.*)

⁵⁶ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁵⁷ PATTERSON, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁸ MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁹ Relata Patterson que o termo “*copy right*” não era usado nos registros da *Stationers' Company* até 1701, já que até então o termo “*copy*” era utilizado pelos *stationers* para significar o que hoje chamamos de “*copyright*” (PATTERSON, *op. cit.*, p. 4).

⁶⁰ PATTERSON, *op. cit.*, p. 5.

⁶¹ MIZUKAMI, *op. cit.*, pp. 254/255.

⁶² MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁶³ MIZUKAMI, *loc. cit.*

Nesse mesmo sentido ensina Claire Dietz que a “corporação reconhecia o direito do autor a uma gratificação e à integridade de seu trabalho”⁶⁴.

O registro interno do *copyright* na *Stationers’ Company* era usual e o membro registrava a obra em seu nome, entretanto, o *Star Chamber Decree* de 1637 tornou obrigatório o registro do *copyright*, além do licenciamento⁶⁵.

E o regime baseado no monopólio e na censura resistiu ao enfraquecimento do poder monárquico determinado pelas revoluções inglesas, quando em 1641 foi abolida a *Star Chamber*, a qual assegurava as licenças de impressão e o monopólio da *Stationers’ Company*. Tanto é que em 1643 foi reintroduzido pelo *Licensing Order* um regime de monopólio e de censura análogo àquele em vigor anteriormente⁶⁶.

7. O Licensing Act de 1662

Com a reestruturação do poder monárquico foi editado em 1662 o *Licensing Act*, fortemente baseada no *Star Chamber Decree* de 1637, que confirmou a disciplina precedente e ampliou os poderes da *Stationers’ Company*, “tornando uma ofensa a impressão sem o registro, tanto quanto já o era se o material fosse impresso sem o *imprimatur*”⁶⁷.

Foi adotada no *Licensing Act* a estratégia utilizada na Ordenança de 1649. Assim, a vigência das leis de censura era limitada, porém, renovações periódicas eram admitidas, o que acabou ocorrendo até 1694, “quando o ato não foi renovado por decisão da *House of Commons*”⁶⁸.

Inúmeras críticas foram opostas ao *Licensing Act*, sendo que entre os críticos estava John Locke, o qual argumentava que: o privilégio comportava um regime de censura preventiva; a censura preventiva tornava sem efeito a liberdade de expressão; o caráter perpétuo do privilégio levava os membros da *Company*

de *Stationers* a produzir edições caras e de péssima qualidade; o ato autorizava a Coroa a inspecionar a casa daqueles que eram suspeitos de possuir livros em situação irregular, o que fomentava perseguições; e o monopólio sacrificava a liberdade de imprensa, de comércio e de cultura⁶⁹.

E John Locke, por ocasião da discussão sobre os privilégios e o *Licensing Act*, chegou a apresentar um *Memorandum*, “unindo os argumentos anti-monopolistas com a preocupação iluminista da circulação do conhecimento”⁷⁰.

Em face da resistência ao *Licensing Act*, encerrou-se em 1694 a série de renovações periódicas, o que se deveu, como foi possível notar, “à enorme influência que na formação da ideologia liberal exerceram tanto a teoria e a filosofia geral de John Locke, como sua ética e sua doutrina política”⁷¹.

A *Stationers Company* chegou a tentar obter novas leis de censura, já que seus membros “tinham plena consciência da importância da censura para o monopólio”⁷², no entanto, não lograram êxito na empreitada. Assim, com o fim do *Licensing Act*, instalou-se um verdadeiro caos no comércio de livros, em muito devido à cópia indiscriminada e à impressão somente de livros rentáveis.

Daí que era necessária uma nova legislação para cuidar desse comércio e prevenir a continuação do monopólio dos livreiros. Então os *stationers* se viram obrigados a demandar uma nova normatização, que resultou na promulgação, em 1710, do Estatuto da Rainha Ana.

8. O Estatuto da Rainha Ana

Os impressores e livreiros, após o fim do *Licensing Act*, sabiam que o comércio de livros não podia permanecer como estava. Apesar disso, apresentaram forte resistência ao projeto apresentado na Câmara dos Comuns em 1709, que previa o fim do regime de privilégios e da censura, reconhecendo, ainda que incidentalmente, direitos aos autores. Tal projeto, entretanto, acabou sendo convertido em lei em 1710⁷³,

⁶⁴ DIETZ, Claire, *Werkintegritätsschutz im Deutschen und US-amerikanischen recht*, p. 186. Tradução livre do original: “Die Zunft erkannte das Recht des Autors auf ein Honorar und auf die Integrität seines Werkes an”.

⁶⁵ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁶⁶ PIEVATOLO, *loc. cit.*

⁶⁷ SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais: primeira parte*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acessado em 22/05/2010.

⁶⁸ MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁹ PIEVATOLO, *loc. cit.*

⁷⁰ SOUZA, *loc. cit.*

⁷¹ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 31.

⁷² MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁷³ Há várias monografias que apontam a data do Estatuto da Rainha Ana como sendo o ano de 1709, com fundamento no calendário

a qual passou a ser conhecida como Estatuto da Rainha Ana⁷⁴.

Com a aprovação do Estatuto da Rainha Ana teria surgido o primeiro sistema de *direitos autorais*, extinguindo-se o regime de privilégios e o sistema *interna corporis* do *stationer's copyright*. Reconheceram-se, assim, direitos aos autores, os quais poderiam ser transferidos ao editor, estabelecendo-se uma nova forma de regulação do comércio de livros⁷⁵.

Em verdade, melhor esclarecendo, a mudança radical encontrada no Estatuto não se devia ao fato da outorga ao autor do direito de *copyright*, até então uma prerrogativa limitada aos membros da *Stationers' Company*, mas, sim, à concessão do referido direito a todas as pessoas⁷⁶.

Seja como for, o objetivo precípua do novo sistema não era a proteção dos autores, mas, sim, a regulação do comércio de livros na ausência de monopólio e censura, haja vista o caos instaurado pelo fim do *Licensing Act* de 1662⁷⁷.

De fato, o Estatuto, em seu preâmbulo, destaca que se tratava de um “ato para o encorajamento do aprendizado, investindo as cópias de livros impressos nos autores e compradores de tais cópias, durante o tempo aqui mencionado”⁷⁸, o que demonstra que o objetivo, com o término do monopólio e da censura, era o encorajamento do aprendizado, sendo que quaisquer benefícios outorgados aos autores foram incidentais.

E logo no início do Estatuto pode-se notar novamente que a intenção não era a proteção dos autores, já que nele são mencionadas práticas abusivas dos editores, impressores e livreiros e, em seguida, é destacado que a legislação estaria sendo promulgada “para prevenir então tais práticas para o futuro, e para

em vigor na Inglaterra naquela época. Todavia, desde 1752 a Inglaterra segue o calendário Gregoriano, de maneira que o ano não se inicia mais em 25 de março, mas, sim, em 1º de janeiro. Por isso, no calendário Gregoriano o ano correto de promulgação do Estatuto é 1710 (FÖRSTER, Achim. *Fair Use: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 10/11).

⁷⁴ LIPSZYC, *loc. cit.*

⁷⁵ MIZUKAMI, *loc. cit.*

⁷⁶ PATTERSON, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁷ PATTERSON, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁸ Tradução livre do original: “An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned”.

o encorajamento dos homens instruídos a compor e a escrever livros úteis”⁷⁹.

Assim, para a consecução do objetivado, o Estatuto previa que qualquer

impressor ou livreiro, membro ou não da *Stationers Company*, podia adquirir do autor, por meio de uma cessão de direito civil, o direito exclusivo de publicar o livro⁸⁰.

Concedeu-se, então, a todos os autores o monopólio limitado de utilização da obra por 14 anos⁸¹, contados do dia de sua primeira publicação, sendo também oferecida a possibilidade de renovação do direito por outros 14 anos, desde que o autor, decorridos os primeiros 14 anos, ainda vivesse e pedisse a renovação⁸². Caso contrário, ficaria livre a publicação da obra após o decurso do prazo de 14 anos⁸³.

Entretanto, após uma leitura atenta do dispositivo, percebe-se que a proteção era outorgada ao autor ou à pessoa que comprasse a obra. Por isso, o único benefício realmente conferido ao autor e não disponível para as pessoas que comprassem a obra era o direito de renovação do *copyright*⁸⁴, previsto no final do Estatuto⁸⁵, que permitia a proteção do autor por um período máximo de 28 anos⁸⁶.

⁷⁹ Tradução livre do original: “for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books”.

⁸⁰ LIPSZYC, *loc. cit.*

⁸¹ No que toca ao referido prazo de 14 anos, vale lembrar que o mesmo foi tirado das patentes de invenção, conforme estabelecido pelo *Statute of Monopolies* de 1623 (PIEVATOLO, *loc. cit.*)

⁸² Dispunha o Estatuto que o “autor de qualquer livro (ou livros) já composto, e não impresso e publicado, ou que será depois composto, e seu cessionário (ou cessionários), terão a liberdade exclusiva de imprimir e reimprimir tal livro (ou livros) pelo prazo de quatorze anos, começando do dia da primeira publicação do mesmo, e não mais”. Vejamos a redação do dispositivo no original: “That the author of any book or books already composed, and not printed and published, or that shall hereafter be composed, and his assignee or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years, to commence from the day of the first publishing the same, and no longer”.

⁸³ GERMAN, *op. cit.*, pp. 31/32.

⁸⁴ PATTERSON, *op. cit.*, p. 146.

⁸⁵ Tradução livre: “após a expiração do dito prazo de quatorze anos, o direito exclusivo de impressão ou disposição das cópias retornará aos seus autores, se eles estiverem vivos, por outro prazo de quatorze anos”. Vejamos o original: “after the expiration of the said term of fourteen years, the sole right of printing or disposing of copies shall return to the authors thereof, if they are living, for another term of fourteen years”.

⁸⁶ E no que toca ao prazo máximo de proteção, vale aqui mencionarmos as considerações de Valerio de Sanctis, para quem

Deve-se notar, entretanto, que a proteção pelo prazo de 14 anos se dava em relação aos livros ainda não publicados na data do Estatuto. No que toca aos livros já publicados em 10 de abril de 1710, a previsão do Estatuto era outra, concedendo-se um prazo único de proteção de 21 anos⁸⁷, sem extensão ou prorrogação⁸⁸, o que conduzia a obra, após o decurso do mencionado prazo, ao domínio público.

Abolia-se, com isso, o *copyright* perpétuo, base do monopólio, transformando-o em um *copyright* de 21 anos. E a razão para a concessão desse *copyright* limitado a 21 anos está nas grandes somas de dinheiro que os impressores tinham investido nos livros antigos, de maneira que esse prazo preveniria a destruição desses investimentos⁸⁹.

Porém, ao mesmo tempo em que garantiu os investimentos dos impressores, o prazo de 21 anos acabou por atrasar a interpretação judicial do Estatuto, o qual somente foi questionado judicialmente após o referido prazo⁹⁰.

Por conseguinte, essa duplicidade de prazos indicava, na realidade, a existência de dois *copyrights*, o primeiro denominado estatutário, para todos os livros publicados a partir do Estatuto, e o segundo, conhecido por *stationer's copyright*, relativo às obras já publicadas⁹¹.

A proteção, outrossim, derivava da publicação e não da criação da obra, o que, mais uma vez, dá destaque ao trabalho do editor⁹², sendo mais um argumento favorável à tese que não vê no Estatuto uma lei de proteção dos autores.

as leis revolucionárias da França, ao consagrar a “propriedade” literária, situaram o criador da obra no centro da proteção, o que pode ser notado pelo fato da duração da proteção estar relacionada com a vida do autor, enquanto que no sistema anglo-saxão da época a proteção legal se originava da publicação e começava a correr a partir de tal data (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 35).

⁸⁷ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁸ E a previsão fica clara da leitura do trecho em questão, que estabelecia: “(...) terá o direito exclusivo e a liberdade de imprimir tal livro (e livros) pelo prazo de 21 anos, começando do dito 10 de abril, e não mais”. Vejamos o trecho no original: “(...) shall have the sole right and liberty of printing such book and books for the term of one and twenty years, to commence from the said tenth day of April, and no longer”.

⁸⁹ PATTERSON, *op. cit.*, pp. 147/148.

⁹⁰ MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 259.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² SCHACHT, *op. cit.*, p. 99.

De qualquer maneira, em caso de desrespeito às previsões acima mencionadas, estabelecia o Estatuto a punição dos ofensores com a perda dos livros encontrados em seu poder, bem como com o pagamento de uma multa de um *penny* para cada folha encontrada, sendo que metade desse valor seria destinado à Coroa e a outra metade ao autor da ação.

Todavia, a proteção estava subordinada ao cumprimento de determinadas formalidades. Era necessária a inscrição do título da obra nos registros da *Stationers Company*, o que anteriormente devia ser feito em nome do membro da corporação. Com referido registro ocorria a aquisição do direito, constituindo-se uma presunção de propriedade⁹³.

Se houvesse recusa do oficial da *Stationers Company* na realização do registro de um *copyright* que estivesse de acordo com o Estatuto, poderia o autor ou o proprietário da cópia, como meio alternativo, realizar uma publicação na *Gazette*, assegurando o *copyright*⁹⁴. E o oficial da *Stationers Company* seria, por tal ato, penalizado com o montante de vinte libras.

Também era exigido o depósito de nove exemplares da obra em certas bibliotecas e universidades, que no caso eram a Biblioteca Real, as bibliotecas das Universidades de Oxford e Cambridge, as bibliotecas das quatro universidades da Escócia, a Biblioteca do Sion College de Londres e a Biblioteca da Faculdade de Advogados de Edinburgo⁹⁵. Caso os exemplares não fossem entregues, o Estatuto previa uma penalidade no valor de cinco libras para cada cópia não entregue, bem como o valor da própria cópia⁹⁶.

E o referido depósito das obras assegurava que haveria acesso ao público, justamente o que objetivava o Estatuto, ou seja, o “encorajamento do aprendizado”.

Outra previsão interessante, mas provavelmente impraticável, era a queixa dirigida a certas autoridades pela venda de livros a preços considerados por qualquer

⁹³ LIPSZYC, *loc. cit.*

⁹⁴ PATTERSON, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁵ Transcrevemos o original: “(...) That nine copies of each book or books, upon the best paper (...) for the use of the royal library, the libraries of the universities of Oxford and Cambridge, the libraries of the four universities in Scotland, the library of Sion College in London, and the library commonly called the library belonging to the faculty of advocates at Edinburgh (...)”.

⁹⁶ Transcrevemos o original: “(...) shall forfeit, besides the value of the said printed copies, the sum of five pounds for every copy not so delivered (...)”.

peessoa como muito altos ou não razoáveis⁹⁷, o que já denotava, de forma bastante incipiente, uma proteção consumerista.

Já as obras não publicadas não encontravam proteção no Estatuto, continuando a ser protegidas pela *common law*⁹⁸.

O mesmo ocorreu com os direitos de caráter pessoal, ou seja, os direitos morais de autor não foram objeto de normatização pelo Estatuto da Rainha Ana e acabaram, devido a uma interpretação errônea da decisão do caso *Donaldson v. Beckett*, nem mesmo sendo protegidos pela *common law*, o que só muito recentemente vem mudando nos países de direito anglo-saxão.

Em relação ao âmbito de aplicação do Estatuto, deve-se recordar que em 1707 os parlamentos da Inglaterra e da Escócia foram unidos, sendo que o novo parlamento era capaz de mudar leis em ambos os territórios. Daí que as regras do Estatuto valiam tanto na Inglaterra como na Escócia. Nas colônias americanas o Estatuto valeu até a declaração de independência, que se deu pelo Congresso Continental de 4 de julho de 1776⁹⁹. Na Irlanda, porém, o Estatuto não encontrou força normativa.

Destarte, de nossa modesta análise, podemos concluir que o Estatuto da Rainha Ana não pretendia, primariamente, beneficiar os autores, mesmo porque sequer fornecia um coerente entendimento acerca da autoria e dos direitos de autor. Não era, não obstante muitas vezes se referir ao autor, uma lei de proteção autoral, já que buscava, em realidade, a regulação do comércio de livros em um ambiente desprovido de monopólio e censura. Todavia, a despeito de não ter sido concebido como uma lei de direito de autor, o Estatuto viria a se transformar nisso quando se iniciaram disputas relacionadas ao término do período de graça de 21 anos, concedido aos livros já publicados em 10 de abril de 1710.

9. A disputa entre livreiros da Escócia e da Inglaterra

Realmente, com o decurso do período de graça de 21 anos, outorgado ao *stationer's copyright*, livreiros ingleses monopolistas passaram a defender a existência

de um *copyright* perpétuo, fundado na *common law*, à moda do antigo *stationer's copyright*¹⁰⁰, contrapondo-se aos livreiros escoceses, que começaram a publicar os livros já em domínio público, que eram editados pelos ingleses, por preços inferiores¹⁰¹. Esse episódio ficou conhecido como a Batalha dos Livreiros (*Battle of the Booksellers*).

Os ingleses, em um primeiro momento, tentaram, sem sucesso, pressionar o legislativo para a obtenção de uma nova normatização da matéria. A seguir, transferiram as disputas para os tribunais.

Veja-se que as disputas não tinham como partes litigantes os autores, mas sim os livreiros, os quais, de um lado, estavam interessados na perpetuidade do *copyright*, e, de outro, pretendiam publicar obras não mais protegidas pelo Estatuto¹⁰².

Não podemos deixar de mencionar, entretanto, que antes da Batalha dos Livreiros houve algumas poucas disputas em juízo entre autores, cujo objeto era a publicação não autorizada de manuscritos. Nesses casos os autores saíram vitoriosos, tendo sido reconhecido um direito de propriedade sobre os manuscritos¹⁰³. Porém, tais litígios nem de longe alcançaram a relevância da Batalha dos Livreiros, sendo certo que as principais disputas judiciais após o Estatuto envolviam livreiros.

Os livreiros monopolistas obtiveram êxito em alguns casos, nos quais foram proferidas decisões que contrariavam diretamente o Estatuto da Rainha Ana.

A discussão se fundava na divergência de posicionamento entre os ingleses e os escoceses no que toca ao *copyright*. Para os ingleses, o *copyright* deveria ser entendido como uma forma de propriedade da *common law* e, portanto, não temporária, mas, sim, perpétua, uma verdadeira decorrência de um direito natural. Os escoceses, por sua vez, posicionavam-se no sentido de que a propriedade era um direito sobre uma coisa corpórea (*ius in re*), o que o *copyright* não poderia ser considerado, pois se trata de uma coisa imaterial. Assim, o *copyright* seria uma concessão estritamente legal e não um direito natural. Os tribunais escoceses aplicavam o Direito Romano, dando ganho de causa

⁹⁷ PATTERSON, *loc. cit.*

⁹⁸ LIPSZYC, *loc. cit.*

⁹⁹ GERMAN, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁰ MIZUKAMI, *loc. cit.*

¹⁰¹ PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹⁰² MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰³ MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 261.

aos livreiros escoceses. Já os tribunais ingleses, ao contrário, davam razão aos ingleses¹⁰⁴.

O quadro começou a se modificar na década de 1750, quando no caso *Tonson v. Walker* (1752), não obstante a vitória dos livreiros monopolistas, o tribunal sinalizou no sentido de que o Estatuto seria realmente aplicado. E a preocupação era tão grande, que no caso *Tonson v. Collins* (1758) chegou-se a recorrer até mesmo à colusão, tendo sido exposta a fraude processual, permanecendo o caso sem decisão¹⁰⁵.

Em 1769, no caso *Millar v. Taylor*, julgado pelo King's Bench, presidido pelo Lord Mansfield, os livreiros monopolistas conseguiram a vitória almejada, que, entretanto, não duraria muito tempo. No litígio, o tribunal estabeleceu que o *copyright* deveria ser considerado como uma propriedade de *common law*, sustentando-se que o autor tinha direito àquilo que tinha feito com o próprio trabalho, independentemente da circunstância de que o produto era imaterial. Contra tal tese, na Corte, houve somente a *dissenting opinion* do juiz Yates, para quem a teoria de Locke sobre a propriedade podia ser aplicada tão-somente ao manuscrito, já que se tratava de objeto material, mas não seria aplicável às ideias contidas no manuscrito¹⁰⁶.

Em razão dessas várias decisões contraditórias, estabeleceu-se o seguinte quadro: na Inglaterra o *copyright* era visto como perpétuo, enquanto que na Escócia era tratado como temporário, conforme os termos do Estatuto da Rainha Ana¹⁰⁷.

As disputas somente iriam ter termo em 1774, com o caso *Donaldson v. Beckett*, quando a *House of Lords*, a mais alta Corte britânica, deu uma interpretação definitiva ao Estatuto da Rainha Ana. Foi dado ganho de causa aos escoceses, já que, pela natureza do objeto, conforme a decisão, não se poderia pensar a propriedade literária como uma propriedade de *common law*, valendo exclusivamente os termos estabelecidos pelo Estatuto da Rainha Ana¹⁰⁸, incluindo-se aí o período limitado de proteção legal ao *copyright*, bem como a inexistência de um *copyright* de *common law* pós-publicação¹⁰⁹.

Por conseguinte, a decisão do caso *Donaldson v. Beckett* estabeleceu que o *copyright* seria uma instituição de direito positivo, conexa ao trabalho do autor e temporária. Também foi confirmado pelo julgado que com a publicação da obra o *copyright* fundamentado na *common law* se extinguiu, dando lugar à proteção pelo Estatuto¹¹⁰.

E as palavras do Lord Camden muito bem ilustram o posicionamento da *House of Lords*: “a ciência e a instrução são por sua natureza *publici iuris* e deveriam ser tão livres e universais quanto o ar e a água”; “O conhecimento não tem valor ou utilidade para o possuidor solitário: para ser usufruído deve ser comunicado”¹¹¹.

Todavia, no caso *Donaldson v. Beckett* não se pressupôs que o *copyright* englobasse a totalidade dos interesses do autor, não obstante tenha sido entendido que o *copyright*, em conformidade com o Estatuto da Rainha Ana, teria um sentido limitado de um direito de imprimir para publicação¹¹². Melhor esclarecendo, na verdade, a decisão entendeu que o *copyright* desenhado pelo Estatuto era limitado ao direito de imprimir para publicação, mas isso não impedia o reconhecimento de outros direitos pela *common law*.

A despeito do mencionado acima, ou seja, que no caso *Donaldson v. Beckett* não se decidiu que os “autores não teriam outros direitos de *common law* que não o de *copyright*”, interpretações equivocadas do julgado acabaram por estabelecer que a totalidade dos interesses do autor estaria contida no *copyright* estatutário, de maneira que depois de publicada a obra, não existiriam quaisquer direitos de *common law*¹¹³.

É justamente como consequência dessa interpretação equivocada do caso que o sistema autoral de tradição inglesa não desenvolveu os direitos morais de autor, sendo certo que somente muito recentemente os sistemas de tradição inglesa, até mesmo por pressão interna e internacional, começaram a garantir, ainda que de maneira bastante tímida, a tutela de direitos morais de autor.

Mais tarde, o Estatuto da Rainha Ana serviria de modelo para as primeiras legislações estaduais de *copyright* norte-americanas, bem como para a primeira lei federal, o *Copyright Act* de 1790.

¹⁰⁴PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹⁰⁵MIZUKAMI, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁶PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹⁰⁷PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹⁰⁸PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹⁰⁹MIZUKAMI, *loc. cit.*

¹¹⁰SCHACHT, *op. cit.*, 100/101.

¹¹¹PIEVATOLO, *loc. cit.*

¹¹²MIZUKAMI, *loc. cit.*

¹¹³MIZUKAMI, *loc. cit.*

Destarte, diante de todo esse panorama, entendemos que a transformação do *copyright*, nascido em 1710, em direito de autor, apenas ocorreu em razão das disputas conhecidas como *Battle of the Booksellers*, já que ao final, no julgamento do caso Donaldson v. Beckett, reconheceu-se a existência de um *copyright* estatutário bastante diverso daquele de 1710.

Considerações finais

Como vimos, o Estatuto da Rainha Ana não era propriamente uma lei de direito autoral, já que seu objetivo era tão somente a regulação do comércio de livros na ausência de monopólio e de censura, bem como estimular o acesso ao conhecimento.

Para tanto, o Estatuto estendeu o direito de *copyright* a qualquer pessoa, no que se incluía o autor. Apesar disso, não era propriamente uma lei de direito de autor, que somente viria a surgir em 1791 e 1793 na França, onde foi consagrado o direito de autor como uma criação do espírito.

Na verdade, em nossa leitura, o Estatuto da Rainha Ana poderia ser considerado uma legislação de transição entre o regime dos privilégios e as modernas leis de direitos autorais, uma vez que possui elementos que remontam aos privilégios, bem como disposições que fazem parte das modernas leis autorais. Assim, poderíamos chamá-lo de *elo perdido* do direito autoral.

De qualquer forma, é indiscutível que o Estatuto é o arquétipo de todo o sistema autoral anglo-americano, seja ele ou não a primeira lei de direito autoral. É nele que se radica a concepção anglo-americana do *copyright*, baseada na materialidade do exemplar e no direito exclusivo de reprodução deste.

Portanto, entendemos que as leis revolucionárias da França, ao situarem o criador da obra no centro da proteção, é que realmente consagraram o direito de autor pela primeira vez, diferentemente do que aconteceu no Estatuto da Rainha Ana, onde a proteção concedida ao autor foi meramente incidental e tão somente concretizada após uma longa batalha judicial entre livreiros.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *A social history of the media: from Gutenberg to the Internet*. 2ª ed. Cambridge, 2005.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008.

DIETZ, Claire. *Werkintegritätsschutz im Deutschen und US-amerikanischen recht*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009.

FÖRSTER, Achim. *Fair Use: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: Grin Verlag, 2009.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/1988*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, mestrado, 2007.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PIEVATOLO, Maria Chiara. *Letà della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/ar01s02.html#anne>>. Acesso: 25 maio 2010.

SCHACHT, Sascha T. *Die Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis*. Göttingen: V&R unipress, 2004.

SCHICKERT, Katharina. *Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais: primeira parte*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso: 22 maio 2010.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade

Diego Carmo de Sousa*

Sumário

Introdução; 2. Conceito de Crime; 3. Conceito material de culpabilidade; 4. Potencial consciência da ilicitude; 5. Exigibilidade de conduta diversa 5.1. Causas de exclusão; 5.1.1. Coação moral irresistível; 5.1.2. Obediência hierárquica; 5.1.3. Estado de necessidade exculpante; 5.1.4. Excesso exculpante na legítima defesa; 6. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade; Conclusão; Referências bibliográficas

Introdução

O presente artigo visa mostrar a complexa problemática em torno da culpabilidade e suas causas de exclusão. *Ab initio*, esclarece que a doutrina não é unânime em aceitá-la como parte da estrutura do crime, mas carecedora de fundamentação plausível. Enumeram-se os elementos da culpabilidade sob a ótica finalista e suas principais causas de exclusão para finalmente adentrar na controvertida exigência de outra conduta como um de seus elementos, passando por um resumo histórico das decisões alemãs que embasaram sua concepção e como os principais órgãos judiciários do Brasil analisam essa questão no Tribunal do Júri. Tentou-se fazer um paralelo das principais doutrinas brasileira e estrangeira sobre o tema e colação de julgados dos principais tribunais nacionais. O presente artigo filia-se à teoria normativa pura para explicar os elementos constitutivos da culpabilidade.

2. Conceito de crime

Antes de adentrar a matéria propriamente dita, necessário se faz uma azafamada, mas não de atropelo, passagem pela teoria do delito a fim de uma melhor percepção do que seja a culpabilidade. Segundo preleciona Zaffaroni, duas teorias se têm erigido para

a conceituação do crime: a teoria unitária e a teoria estratificada.¹

Para os asseclas daquela teoria, o crime será sempre uma conduta humana infratora da lei. Não descendo à caracterização do delito, são as teorias mais aceitas pelos jusfilósofos – como os kelsenianos – que pelos penalistas.² Para os que se filiam à teoria estratificada, o crime deve possuir algumas características que o diferenciem de outras condutas humanas. Para o estudo ora apresentado filiamo-nos a esta última teoria.

Não se poderá conceituar o que seja um delito sem antes atentar-se ao que dita a norma penal, esta como fonte do Direito Penal deve ser consultada antes da conceituação do delito. Desse modo, tem-se uma primeira conceituação do crime: deve este ser típico. Nas palavras de Maurach

tipo é a terminante descrição de uma determinada conduta humana antijurídica. O tipo é, por tanto, em primeiro lugar, ação tipificada pela lei em uma figura legal.³

Entretanto, não basta que a ação humana seja prevista na lei penal, necessário é que a norma penal não excetue alguma conduta reportando-a como permitida. São as chamadas causas de justificação.

O Estado, por vezes, não pode proteger o cidadão todo o tempo, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária a lei, mas conforme o Direito. Necessário é que se faça um juízo de valoração. Quando se constata que *A* matou *B* e que, portanto, tipificada está a conduta como incurso no art. 121 do CP, quando reza *matar alguém*, o que se está a fazer é apenas um silogismo, uma comparação. Pois nem todo matar se configura em crime. Destarte, necessário que se observe se a conduta em tela apenas infringiu um tipo isoladamente ou o direito como um conjunto harmônico e sistêmico. Quando a ação típica não se configura justificada, diz-se que é antijurídica ou

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: RT, v. 1, 2008, p. 335.

² *Ibidem*, p. 335.

³ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Riel, v. 1, 1962, p. 267.

*Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e membro do grupo de estudo NACC (Núcleo Acadêmico de Ciências Criminais). Estagiário da Justiça Federal, Seção Judiciária da Bahia/Subseção Judiciária de Ilhéus.

injusta. Têm-se, portanto, duas características do delito: uma ação típica e uma antijurídica.⁴

Entretanto, não basta que se observem só esses elementos objetivos do crime, mas há que se ater ao seu elemento subjetivo, qual seja, a culpabilidade. Para que seja efetivamente considerado um delito, a vontade do agente tem que ser voltada para a realização do tipo penal ou da sua não devida cautela. Portanto, nas palavras de Noronha “há de ser-lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa.”⁵ Alguns doutrinadores, poucos, diga-se, filiam-se ao conceito bipartido do delito tendo-o como fato típico e antijurídico, renegando a culpabilidade a um estranho pressuposto da pena.⁶ Mas grande parte da doutrina curva-se a aceitar o conceito tripartido do delito, inserindo a culpabilidade em sua análise estratificada.⁷

3. Conceito material de culpabilidade

Como suso mencionado, vicejou por longo tempo no seio da doutrina indígena discussão sobre onde se insere a culpabilidade, se como um dos estratos do conceito do delito ou como simples pressuposto da pena. Insta salientar que não se discutirá nesse artigo sobre esse tema, a fim de se ater ao assunto proposto no introito deste.

Três teorias surgiram para explicar a culpabilidade: a teoria psicológica, a psicológica-normativa e a normativa pura. Naquela, a culpabilidade consiste em uma relação subjetiva entre o autor e o fato, sendo o dolo e a culpa suas únicas espécies e a imputabilidade apenas um seu pressuposto. Já para os normativistas, o dolo e a culpa transmutam-se em elementos da culpabilidade e a imputabilidade acaba por se configurar como também um elemento da culpabilidade e não apenas seu pressuposto, além da inclusão da exigibilidade de conduta diversa em seu

bojo.⁸ Quanto à normativa pura, de maneira contrária à psicológico-normativa, acaba por deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo, e, em seu lugar, encaixando-se a chamada exigibilidade de conduta conforme o Direito. Essas teorias, no entanto, mais se completam que se repelem, pois não há que se falar em culpabilidade sem dolo ou culpa, bem assim como a teoria normativa nos aclara que a ação com a qual o agente obrou é contrária a que a norma exigia, devendo este ter agido de maneira diversa.

Segundo Welzel, o maior precursor das ideias do finalismo, a culpabilidade “em seu mais próprio sentido, é somente a censurabilidade como valoração da vontade de ação”.⁹ Em outras palavras, a culpabilidade consiste na capacidade de o agente agir conforme Direito, agir de outra forma da que obrou. Para os funcionalistas como Roxin a culpabilidade carece de fundamentação, haja vista não ser constatada cientificamente. Para o autor alemão, não se pode auferir empiricamente se um dado delinquentes que age desconforme o Direito podia naquelas condições agir de outra maneira¹⁰, devendo a culpabilidade ser vista como um limite da medida da pena.

Ao criticar tal ponto de vista, questiona-se Prado se a ciência penal deve descer a tais filigranas, ou em suas palavras, “chegar a tal empirismo para solucionar a contento os casos concretos que se lhe apresentam.”¹¹ Para Conde, tal conceito material de culpabilidade deve ser abandonado, pois se apresenta impregnado da ideologia individualista que marcava o cenário político da época de sua elaboração¹², argumentando de maneira similar a Roxin, já refutado por Prado. A teoria normativa pura é a mais aceita e utilizada no País, e será a usada como paradigma no presente artigo.

4. Potencial consciência da ilicitude

O adágio latino de teor garantista *nulla poena sine culpa* é um externalização deste elemento da culpabilidade. O art. 34, I, do Código Penal argentino exige como uma caracterização do crime o agente

⁴ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. V. 1, Buenos Aires: Tea, 1992, pp. 391 e 392.

⁵ NORONHA, Magalhães Edgar. *Direito Penal*. V.1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

⁶ JESUS, Damásio E. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2008, p. 454; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2008, pp. 83 e 84; COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2ª ed., 1998, p. 37.

⁷ BITTENCOURT, Cezar R. *Teoria Geral do Delito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 62; PRADO, Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: RT, 8ª ed, 2008, p. 232; GRECO, Rogério. *Niterói: Impetus*, 10ª ed., 2008, p. 143

⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, pp. 299/308.

⁹ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. São Paulo: Romana, 2004, p. 216.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 41.

¹¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: RT, v.1, 2008, 374.

¹² CONDE, Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 121.

compreender a criminalidade do ato. A consciência da ilicitude do fato é uma presunção da lei de que o agente deve saber que age fora do Direito. No entanto, em seu art. 21, o Código Penal brasileiro estatui que o *desconhecimento da lei é inescusável*, ou seja, haveria uma presunção de que todos possuem a consciência da ilicitude do ato.

Certas regras jurídicas se impregnam de um mínimo ético, como por exemplo, a penalização do homicídio, do roubo etc. Nesses tipos penais a alegação de inconsciência do caráter ilícito da ação é inadmissível, exceto em casos de impropriedade do objeto que caracterizaria o fato como crime impossível, *e. g.*, roubar um bem móvel pertencente ao próprio agente, ou então quando agir em defesa do bem da vida. Mas fatos há que pela sua peculiaridade, ou sanha legiferante do legislador, não se pode exigir de todos o seu conhecimento, como vender bebida alcoólica para quem já se encontra bêbado (art. 63, II, da Lei de Contravenções Penais), brigar em público (art. 21 da LCP) etc.

Desse modo, necessário é que haja essa consciência para que se forme o juízo de reprovabilidade. Não age culpavelmente quem pratica um fato pensando estar em conformidade com o Direito. A consciência do ilícito não precisa ser no momento atual do cometimento do fato, mas basta que seja potencial para configurar o delito.

Ensina-nos Bacigalupo que “o conhecimento da desaprovação jurídico-penal não deve ser atual, ou seja, dar-se realmente no momento da ação; é suficiente com que seja potencial, isto é, atualizável.”¹³

Assim sendo é imprescindível que se verifique se o agente agiu conhecendo da ilicitude de seu ato ou tenha pelo menos podido conhecer. Pois, na esteira do que prescreve Maurach, no primeiro caso age em afronta ao direito e no segundo, com reprovável indiferença.¹⁴

A doutrina erige basicamente três causas de exclusão da consciência do ilícito: o erro de tipo, o erro de proibição e as discriminantes putativas.

5. Exigibilidade de conduta diversa

Fatos há que exigem do agente uma ação *in continenti*, uma inopina reação à quadra a qual se encontra, onde por vezes, deverá atuar fora dos arquétipos fixados pelo ordenamento jurídico. O direito não exige do homem condutas heroicas ou sacrifícios sobrehumanos, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária à lei. Mas, frise-se, a permissão para trilhar caminhos díspares ao ordenamento deve ser limitada a determinadas situações excepcionais, sob pena de lançar ao atascadeiro e à zombaria todo o sistema jurídico.

A possibilidade de agir diversamente é um elemento da reprovabilidade, onde se podia exigir do agente que se atesse ao Direito, no entanto, o agente mesmo sendo imputável e conhecedor do ilícito não podia agarrar-se ao Direito. A culpabilidade, assim, é um juízo de valoração.

Cita Soler que

a reprovabilidade estará apoiada em situações e fatos do sujeito (...), mas está determinada por uma exigência, cujos variáveis alcances são fixados em concreto pelo juiz¹⁵.

Wezel separa o que ele chama de censurabilidade da ação censurável, sendo aquela a valoração da vontade de ação, ou seja, a incidência de um juízo de reprovabilidade na ação valorada, e esta é a vontade de ação incidida por esse juízo.¹⁶

5.1 Causas de exclusão

5.1.1. Coação moral irresistível

A coação como exclusão da culpabilidade está inserta no art. 22 do CP que estatui que “se o fato é cometido sob coação irresistível (...), só é punível o autor da coação (...)”. Há dois tipos de coação: a coação física, ou *vis absoluta* e a coação moral, ou *vis compulsiva*. Nesta há a vontade manifesta do agente de infringir a norma, *i.e.*, o agente atua com dolo. Naquela, no entanto, não há ação, pois não há vontade. O agente quando realiza um fato típico sob coação moral irresistível não atua em sua vontade livre e espontânea, mas influenciado por um terror psicológico, fruto de ameaças ou intimidação.

¹³ BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Hammurabi: Buenos Aires. 3ª ed.1994. p.139.

¹⁴ MAURACH *Apud* FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. Nova Parte Geral. Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 211.

¹⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. V. 2, Buenos Aires: Tea, 1992, p. 27.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, pp. 215/216.

Assim, não se podendo exigir do agente conduta diversa da que tomou, será isentado de quaisquer sanções. Sendo a *vis compulsiva* resistível, será causa de atenuante da pena, consoante a inteligência do art. 65, III, c.

Para Welzel, como o coagido atua sem vontade livre, o coator será considerado autor mediato, pois a ação praticada sob coação é antijurídica, mas o autor coagido está justificado pela exclusão da culpabilidade.¹⁷ Nesse sentido, leia-se o seguinte julgado:

Processual Penal. Habeas corpus. Tribunal do Júri. Absolvição. Anulação. Julgamento. Apelação. Erro. Formulação. Quesito. Coação moral irresistível. Falta de correspondência. Conceito jurídico. Nulidade configurada. I – Na coação moral, o coator exige que o coato pratique um fato ilícito com a ameaça de impor-lhe, ou a alguém que lhe seja próximo, uma espécie de gravame caso não seja praticada a ação pretendida. Se, para suportar a ameaça perpetrada, for necessário o desprendimento de força extraordinária (Brasil – STJ – *Habeas Corpus*: HC 27619 GO 2003/0045246-6, rel. Min. Felix Fischer, julgamento: 04/02/2004, Órgão julgador: T5 – Quinta Turma, publicação: DJU 08/03/2004, p. 298).

5.1.2. Obediência hierárquica

Dispõe o art. 22 do Código Penal que “se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem.”

Trata-se de autoria mediata, onde só responde pelo fato punível o autor da ordem e não quem a executa. Para a caracterização da excludente em espécie é necessário que haja: a) uma relação de subordinação hierárquica¹⁸. Veja-se:

Penal. Processual Penal. Diligências requeridas pela defesa. Esgotamento da instância administrativa. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. Autoria e materialidade comprovadas. Obediência hierárquica. Não caracterização. Dolo. Pena Pecuniária. (...) V. A excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal não pode ser invocada no âmbito do direito privado, uma vez que a configuração da obediência hierárquica pressupõe relação de subordinação entre o mandante e o executor do ato, com previsão, para este último, de

consequências graves no caso de descumprimento da ordem, possível, apenas, no direito público. (Brasil – TRF3 – Apelação Criminal – 17475: ACR 7188 SP 2001.61.20.007188-3 – rel. Juiz André Nekatschalow, julgamento: 27/06/2005 – Publicação: DJU Data:16/01/2007, p. 378.)

No entanto, julgando um caso entre a Grande Oriente do Brasil e uma Loja Maçônica a ela subordinada, o STF em voto da lavra do Min. Victor Nunes Leal, considerou que ali se configuraria também uma espécie de obediência hierárquica, assim afirmando:

as lojas maçônicas são hierarquicamente subordinadas ao Grande Oriente do Brasil e são reguladas por um Estatuto denominado Constituição Maçônica, a cujos mandamentos devem obediência, pelo que lhes compete acatar o pronunciamento dos órgãos superiores. (Brasil – STF – RE 37661/PE – rel. Min. Victor Nunes, julgamento: 22/04/1966, órgão julgador: Primeira Turma.)¹⁹

b) a ordem não deve ser manifestamente ilegal. É o pressuposto extrínseco da ordem, devendo se observar a competência daquele de quem se emana a ordem, se esta não se enquadra nas funções do subordinado, quando, enfim, não é patentemente criminosa. Assim se manifestou o STJ sobre este ponto:

Processual Penal. Habeas corpus. Tortura. Modalidade omissiva. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Obediência hierárquica. Circunstância não demonstrada. Legalidade da ordem não evidenciada. Estreita via do writ. Ausência de dolo. Impossibilidade de agir. Questões que demandam o profundo exame de provas. Existência de justa causa para a perseguição penal do paciente em juízo. Precedentes. Ordem denegada. Inviável o reconhecimento da excludente de culpabilidade de obediência hierárquica para o delito de tortura, em sua modalidade omissiva, na estreita via do *habeas corpus*, desprovida de dilação probatória, quando não evidenciada a legalidade da ordem (...) (Brasil – STJ. *Habeas corpus*: HC 93533 GO 2007/0255315-1 rel. Min. Jane Silva (Des. convocada TJ/MG), julgamento: 24/02/2008, órgão julgador: T6 – Sexta Turma, publicação: DJ 10/03/2008, p. 1).

c) e o ato executório deve limitar-se ao *estrito* cumprimento da ordem. O subordinado a quem a ordem ilegal é dirigida deve ater-se ao que demandado, onde agindo assim não será apenado, mas excedendo na execução responderá por esse excesso, já que o dolo subsiste. No entanto se for afastado o dolo, não responderá por culpa, conforme já decidiu o STF:

¹⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹⁸ Aqui a doutrina assenta que a subordinação deve ser de direito público sendo estranhas às relações de direito privado. Cf. FRAGOSO. *op. cit.*, p. 221.

¹⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=137844>>. Acesso: 28 maio 2010.

Atos não criminosos em si mesmos, praticados em cumprimento de ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal (tendo sido afastada a hipótese de dolo pela própria decisão condenatória), não podem configurar crime culposos. *Habeas corpus* concedido. (Brasil, STF, HC 38728/DF *Habeas corpus*. Rel. Min. Victor Nunes, julgamento: 29/11/1961, órgão julgador: Tribunal Pleno)²⁰. *Penal e Processual Penal* (art. 312, caput, do CP). *Peculato Desvio. Obediência Hierárquica*. Art. 22, 2ª Parte, do CP. *Aplicabilidade. Recurso provido*. II. Estão presentes todos os requisitos básicos que pressupõem a obediência hierárquica, quais sejam: “ que haja relação de direito público entre superior e subordinado; “ que a ordem não seja manifestamente ilegal; “ que a ordem preencha os requisitos formais; “ que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior e; “ que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior. (Brasil – TRF1 – Apelação Criminal: ACR 4872 PA 2001.39.00.004872-4 – Rel. Des. Federal Hilton Querioz – Julgamento: 05/11/2007 – Órgão julgador: Quarta Turma – Publicação: 28/11/2007 DJ p. 46.)

5.1.3. Estado de necessidade exculpante

Não é remansosa na doutrina a inclusão do estado de necessidade como exclusão da ilicitude. Autores clássicos, como Carrara, preferem inseri-la na exclusão da imputabilidade, pois se age sob medo ou coação de um perigo/dano iminente, minando assim a vontade livre a qual embasa a imputabilidade.²¹ Distinguem-se assim dois tipos de estado de necessidade: o exculpante e o justificante. Neste, o bem sacrificado é de menor valor que o protegido, onde o fato restaria justificado e considerado uma exclusão da antijuridicidade. Já na exculpante há intensa discussão.

Surgiram na Alemanha duas teorias para tentar contornar a querela: a teoria diferenciadora e a unitária. Para esta todo estado de necessidade exclui o injusto, não havendo imperativo do sopesamento dos bens em conflito. Para aquela, havia uma diferença na consequência jurídica do fato quando o bem defendido for mais ou menos importante que o bem agredido.

Com efeito, os doutrinadores alemães diferenciavam ambas as teorias prevalecendo-se a teoria diferenciadora no âmbito do Direito Civil – pois a defesa de um bem maior é aprovada pelo Direito e

exclui o ilícito – e a unitária no âmbito do Direito Penal – porque um comportamento que excede o tolerável é antijurídico, mas pode isentar de culpabilidade.²²

Uma corrente há ainda que transporta a problemática da antijuridicidade para a culpabilidade, pois atua a agente sem dele exigir-se outra conduta, faltando-lhe a reprovabilidade. Exemplifica Welzel com um caso de um empregado de ferrovia que solta a agulha de um vagão de carga com iminência de chocar-se em um trem repleto de passageiros. Nesse caso, afirma o autor, agiu o ferroviário sem alternativa e eticamente irrepreensível.²³ Exemplos são os julgados abaixo colacionados:

Revisão criminal. Tráfico de drogas. Alegação de estado de necessidade exculpante. Tal instituição não poderá ser reconhecida, pois, na forma culposa, impõe-se a inexigibilidade de outra conduta do réu, o que não ficou caracterizada. Ação julgada improcedente. Maioria. (Brasil. TJDF. Revisão criminal: RVCR 200330020094602 DF Rel.: Des. João Timóteo, julgamento: 06/04/2005, órgão julgador: Câmara Criminal, publicação: DJU 16/08/2005, p. 1.398)

Penal. Processo Penal. Estado de necessidade. Inocorrência. Multa e custas. Isenção. Impossibilidade. I. Inexistência de causa justificante do estado de necessidade, nem tão pouco de exculpante da inexigibilidade de conduta diversa. Aliás, só sustentadas em apelação, forte na total ausência de provas a respaldar as alegações (Brasil. TRF5. Apelação Criminal: ACR3426PE2003.05.00.025737-3, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento: 05/04/2004, órgão julgador: Segunda Turma, Publicação: Fonte: DJ – Data: 07/05/2004, p. 1.131).

5.1.4. Excesso exculpante na legítima defesa

O instituto da legítima defesa está previsto nos arts. 23, II, e 25 do Código Penal. Todos os ordenamentos jurídicos pátrios previram tal instituto, dada a sua relevância no âmbito social e penal: o Código de 1830 o prescrevia em seu art. 14 e o de 1890 nos arts. 32, § 2º e 34. Tem como escabelo dois fundamentos: a proteção dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento e o próprio resguardo do ordenamento. Nas lições da professora Maron

de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão e, de outro lado, a

²⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56286>>. Acesso: 28 maio 2010.

²¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Saraiva: São Paulo, v. 1. 1956. § 285 e ss.

²² BRUNO, *op. cit.*, p. 391

²³ WELZEL, *op. cit.*, p. 262/263

defesa do próprio ordenamento jurídico que se vê diante de uma agressão legítima.²⁴

Um dos requisitos para a configuração da legítima defesa é o uso moderado dos meios necessários ao afastamento ou cessação da injusta agressão. Quando o agente fixa-se nessa exigência e dela não extrapola, não haverá cometido crime. Todos os atos impetrados pelo agredido que excedam esses meios necessários fará com que de vítima transmute-se em agressor, respondendo este pelo excesso na defesa. Se doloso o excesso, o resultado da agressão será punido como crime doloso. Se culposo, o agressor responderá pelo crime culposo, se previsto em lei.

Casos há, no entanto, que obra o agente sem dolo nem culpa, sendo consequência de um fortuito, onde não responderá pelo excesso. Veja-se:

Júri. Quesitos. Legítima defesa. Excessos culposo e doloso. A simples resposta negativa ao quesito referente ao excesso culposo não torna dispensável o alusivo ao doloso. A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso escusável (Assis Toledo, Damásio e Alberto Silva Franco). No campo de processo-crime, a busca incessante da verdade real afasta o exercício intelectual da presunção; cabe indagar se o réu excedera dolosamente os limites da legítima defesa. O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão. *Habeas corpus* deferido para anular o julgamento e determinar que outro seja realizado, formulando-se os quesitos com atenção às circunstâncias em que o crime ocorreu. (Brasil – STF – HC 72341/RS – Órgão julgador: Segunda Turma – rel. Min. Maurício Corrêa – Publicação: DJ data: 20/03/1998; p. 5; Ement v.1903-02; pp-202; julgamento: 13/06/1995.)

Apelação crime. Júri. Legítima defesa. Prosseguimento da quesitação após a negativa do sexto quesito relativo ao uso dos meios necessários. Obrigatoriedade. Excesso accidental não caracterizado. Decisão contrária à prova dos autos. Julgamento anulado. (...) II. Não ocorre excesso accidental ou exculpante, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente, mormente quando a vítima j. estava baleada e, portanto, rendida. III. Recurso provido. (Brasil – TJRR – Apelação Criminal: ACR 10040026121 RR 0010.04.002612-1 – Relator(a): Des. Tânia Vasconcelos (Juíza convocada)

– Julgamento: 10/04/2000. Publicação: DPJ 3.011 de 23/11/2004, p. 2)

Por fim, pode-se dar a extrapolação dos meios necessários por erro inescusável ou escusável. Quando inescusável, o resultado será considerado como culposo e assim será incriminado o agente, se a lei previr o fato como culposo. Sendo escusável, estar-se-á diante de uma excludente de culpabilidade, onde não se responderá pelo excesso.

Para Von Liszt, quando se encontrar o autor do fato antijurídico cometido por perturbação, medo ou terror e exceder os limites da legítima defesa

dá-se, na verdade, uma ação em si punível, mas dá-se também ao mesmo tempo uma causa ou circunstância pessoal de exclusão de pena.²⁵

Na legítima defesa putativa o raciocínio dar-se-á de igual forma, se o autor agiu convicto de que se encontrava em um estado de legítima defesa real, onde se exclue o dolo, ou nas admoestações de Hungria: “O que exclue o dolo é tão somente a certeza subjetiva de que não se age *contra jus*.”²⁶

Nesse sentido é o aresto abaixo colacionado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ementa. Apelação criminal. Recurso do Ministério Público visando a anulação do júri sob o fundamento de contradição nas respostas aos quesitos. Decisão absolutória contrária à prova dos autos. Quesitação sob o enfoque do dolo e da culpa. Se não houve excesso culposo ou doloso, significa que houve falta de moderação ou desnecessidade dos meios, porém, causados por caso fortuito, medo, erro ou perturbação do agente! Assim rejeita-se a preliminar de nulidade de julgamento por contradição nas respostas dos quesitos. (...) Evidentemente, o elemento subjetivo ou a reação por medo de que a vítima consumasse as ameaças podem ser deduzidos das circunstâncias do fato. (...) Recurso desprovido. Maioria. (Brasil – TJRJ – Apelação Criminal 2006.050.01663. Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. j. 10/10/2006. Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal – DJE: 02/03/2007, p. 30)

25VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. V. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, p. 232

26HUNGRIA, Nelson. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1936, p. 114.

24 MARON, Sônia Carvalho de Almeida. *A legítima defesa no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 34.

6. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

A inexigibilidade de conduta diversa foi um elemento da exclusão da culpabilidade desenvolvida pela jurisprudência tedesca do início do século passado. O doutrinador alemão Frank já havia introduzido esse elemento na culpabilidade, fundando assim a teoria psicológico-normativa onde a culpabilidade também se consistiria na imputabilidade e na culpa *lato sensu*. Dois episódios julgados pelo então Tribunal do Reich (Reichgericht) serviram de paradigma à elaboração da fundamentação da não exigibilidade de outra conduta: o caso *Leinenfänger* e o *Klapperstorch*.²⁷

O primeiro caso, chamado também de Caso do Cavalo Indócil, foi o primeiro julgado em tribunais no mundo a aceitar esse elemento como causa de excludente do crime. O proprietário de um cavalo indomável e recalcitrante exigiu, sob pena de demissão, a um de seus empregados para que passeasse com esse cavalo pelas ruas da cidade, onde acabou por atropelar um pedestre. Ao julgar esse peculiar caso, decidiram os magistrados em negar a culpabilidade ao empregado, sob o argumento de que dele não se poderia exigir outra conduta, *i.e.*, não se poderia exigir que perdesse seu emprego.

Essa tese também foi utilizada na fundamentação do caso dos mineiros, ou Caso *Klapperstorch*, primeiro emprego dessa tese em casos dolosos. Um grupo de mineiros havia combinado que ao nascer o filho de um deles, este não iria trabalhar, mas colheria o salário do dia. Desse modo, impuseram à obstetra da região, sob pena de não requisitarem seus serviços, para que se alguma criança nascesse em dia de domingo, esta deveria declarar ter nascido em dia útil, o que a obrigou a declarar vários registros falsos. Também os magistrados negaram a culpabilidade à obstetra com a fundamentação de que dela não se poderia impor outra conduta, pois perderia seu único meio de sustento.

Há outro caso relatado por Freudenthal, citado por Bruno, de uma jovem siciliana obrigada a vir morar em Nova York pelo tio, de quem se tornou amante com a ciência da tia, após ser abandonada pelo marido ao saber do relacionamento ilícito, acabou por matar o tio e a tia. O tribunal opinou pela mesma tese e Freudenthal justifica que em virtude das ideias dominantes no meio em que fora educada a jovem, não

se poderia exigir outra conduta.²⁸ Certo que se possa utilizar-se desse elemento para excluir a culpabilidade em casos dolosos, mas há que se ter cautela ao lançar-se mão dessa fundamentação. Pois no dolo há uma ação voltada para a infração da lei, deliberada, onde se poderia exigir outra conduta. Diferentemente da culpa, onde apenas o resultado é provável, o que faz com que não se exija outra conduta.²⁹

É certo que a exigibilidade de poder-agir de modo diverso está jungida à ideia de reprovabilidade ou censurabilidade. Mas se ressalte que também dependerá do que a sociedade da época do cometimento do fato aceita como conduta irreprochável.

Rossi já no início do século XIX argumentava que seria justificável uma ação, na aparência criminosa, mas de uma moralidade intrínseca. Exemplificava o renomado autor com o de um marido que mata a mulher em flagrante adultério, onde se excluiria toda a imputabilidade penal, sendo escusável a conduta.³⁰

Conde cita dois tipos de exigibilidade: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira se refere às condutas que a lei exige a todos de forma igual e genérica, onde para o autor, é o limite do que a lei possa impor para o cumprimento de seus mandados. Assim, prossegue o autor, existe em parelha a essa exigibilidade, outra subjetiva ou individual, o qual se refere às situações extremas onde

não se pode exigir ao autor concreto de um fato típico e antijurídico que se abstenha de cometê-lo, porque isso comportaria um excessivo sacrifício para ele.³¹

Esta última seria a inexigibilidade supralegal de exclusão da culpabilidade, pois não está explicitamente prevista em lei.

De modo diametralmente oposto se posiciona Jescheck para quem a inexigibilidade como causa supralegal deve ser alijada do pensamento jurídico-penal, pois

²⁸ BRUNO, *op. cit.*, p. 105

²⁹ Nas palavras de Noronha *na culpa tem-se um resultado reprovável, porém, possível apenas, ao passo que no dolo o evento é certo, o que faz, portanto, que mais facilmente lá não se exija outra conduta. In: Do Crime Culposo*. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 113

³⁰ ROSSI, Pellegrino. *Traité de Droit Penal*. t. II, Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1.872. p. 7.

³¹ CONDE, *op. cit.* p. 149.

²⁷ NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposo*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed., 1966, pp. 112/113.

ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício.³²

Roxin não aceita a ideia de poder agir diversamente ou do pressuposto do livre-arbítrio como fundamentos empíricos da culpabilidade, pois serem de difíceis constatações. Para ele, a base da culpabilidade consiste em o autor ter “idoneidade para ser destinatário de normas”, ou seja, a possibilidade de ser destinatário de alguma mensagem, no caso, a própria lei. Rechaça, assim, o conceito de exigibilidade de outra conduta e da vontade livre, onde para ele são cientificamente inverificáveis, substituindo-os por essa idoneidade a que ele crer ser de mais fácil constatação.³³

Creio estar com a razão o supracitado autor, posto que a noção de previsibilidade de um resultado, bem como o agir conforme ao Direito, deve ser analisado em relação a cada agente individualmente, não merecendo prosperar a ideia do *homo medius*, ou homem ideal, observando-se cada indivíduo como microcosmo que é.

Assim, a inexigibilidade está jungida à ideia de reprovabilidade. O estado de necessidade exculpante é um exemplo previsto por lei. Quando se está diante de um caso onde não se enquadre em nenhuma das causas de excludente jurídica erigida pelo ordenamento pátrio, mas ao se realizar um juízo de reprovação não se poder exigir do agente fixar-se aos termos da lei, se estará diante da inexigibilidade supralegal, figurando-se os exemplos acima expendidos. Veja-se:

Apelação criminal. Cárcere privado. Manutenção de paciente em nosocômio como garantia de quitação dos débitos hospitalares. Obediência hierárquica. Ordem que para o réu não se apresentava manifestamente ilegal. Inexigibilidade de conduta diversa do executor do ato. Princípio geral do Direito Penal. Causa de exclusão da culpabilidade. Recurso desprovido. (...) IV. É certo também que um dos elementos da obediência hierárquica é uma relação de subordinação entre o mandante e o executor, em direito público, circunstância que não ficou sobejamente demonstrada nos autos. Contudo, mesmo que se admita que a relação existente entre o réu e o seu superior seja apenas a empregatícia regulada pelo direito privado, diante da ordem

recebida, não se poderia exigir outra conduta do acusado, situação que também é causa de exclusão da culpabilidade quando se aceita a inexigibilidade de conduta diversa como princípio geral do Direito Penal e independente das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, a fim de evitar a punição dezarrazoada e injustificada do executor da ordem. V. No caso em análise, além da ordem não ter sido manifestamente ilegal, não se pode negar que o réu atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, diante do temor de perder o emprego, no caso de não cumprir com a ordem recebida. (Brasil – TJPR – Apelação Crime – ACR 5818591 PR 0581859-1 – rel. Des. Macedo Pacheco Julgamento: 1º/10/2009 Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Publicação: DJ: 249, 16/10/2009.)

A jurisprudência começava a aceitar a inexigibilidade de conduta diversa quando supralegal na formulação de quesito no júri. Havia certa resistência em se valer dessa tese com o fundamento de que o antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal permitia tão só a formulação de quesitos se o réu apresentasse no júri um fato ou circunstância prevista por lei como excludente do crime. Exemplo é o seguinte voto:

Júri – Quesitos – Vício do questionário – Ocorrência – Inexigibilidade de conduta diversa – Quesito não autorizado por lei – Inexigibilidade que só exclui a culpabilidade quando se identifica com a coação irresistível ou com a obediência hierárquica, sendo que essas dirimentes é que devem ser questionadas – Nulidade absoluta – Recurso provido (Brasil – TJSP, AC 76.681-3, rel. Des. Dante Busana – j. 06/08/1990 – RJTJSP 129/494).

No entanto, pelo princípio da ampla defesa constituída como garantia fundamental a todos os cidadãos, a jurisprudência se inclinou a aceitar essa causa de exclusão do crime no Tribunal do Júri. Veja-se:

Apelação criminal. Homicídio. Tribunal do Júri. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Inexigibilidade de conduta diversa. Causa supralegal de exculpação. Admissão frente às provas. Soberania da decisão popular.

Em atenção à soberania dos veredictos, prevista constitucionalmente, atento à orientação da Súmula 28, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, a determinação de novo júri somente é cabível se restar demonstrado que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente dissociada do contexto probatório, o que não ocorre quando os jurados optam, em sua maioria, por uma das versões da defesa, manifestada em plenário, que tem respaldo em fatos e circunstâncias descritos. Consoante respeitáveis doutrina e jurisprudência,

³² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1993, p. 457

³³ ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal In: Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2008, pp. 144/149.

admite-se a inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, não se limitando sua aplicação às hipóteses legais. Assim, é possível sua quesitação, desde que desmembrada em fatos e circunstâncias. (Brasil – TJMG: 100240262019540011 MG 1.0024.02.620195-4/001(1), rel. Des. Armando Freire, julgamento: 11/04/2006, publicação: 28/04/2006.)³⁴

Penal e Processual Penal. Homicídio duplamente qualificado por motivo torpe e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Júri popular. Absolvição. Recurso apelatório. Art. 593, inciso III, alíneas a e d do Código de Processo Penal. Preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelo apelado. Rejeição. Apresentação intempestiva das razões recursais. Mera irregularidade. Aventada nulidade posterior à pronúncia. Quesitação com fulcro em tese sem previsão legal. Inexigibilidade de conduta diversa. Excludente suprallegal de culpabilidade acolhida pela jurisprudência. Imperiosa apreciação da tese pelos jurados. Observância ao art. 484, inciso III do Código de Processo Penal. Precedentes. Decisão contrária à prova dos autos. Procedência. Versão que diverge do contexto probatório. Recurso conhecido e provido. (Brasil – TJRN – Apelação Criminal: APR 10593 RN 2009.010593-6, parte: Apelante: Ministério Público, parte: Apelado: Francisco Alex Bandeira Alves, rel. Des. Caio Alencar, julgamento: 18/12/2009, órgão julgador: Câmara Criminal)³⁵

Em 2008, a Lei 11.689, que modificou o processo do júri, revogou o retro mencionado artigo, incluindo-se em seu art. 483, III, uma redação mais ampla a qual incluiria toda forma de excludente de crime ao incluir como quesito para indagação aos jurados se o acusado deve ser absolvido. Como a inexigibilidade de outra conduta é forma de exclusão de culpabilidade, primeiro o jurado tem que constatar a materialidade do fato e se o acusado é autor deste. Onde respondendo afirmativamente, mas convicto de que não se podia exigir outra conduta do agente, responderá o jurado ex vi do art. 483, § 2º, se o absolve. Desse modo, a reforma do procedimento do júri trouxe essa tese para dentro do ordenamento jurídico-penal, máxime no Tribunal do Júri.

Conclusão

De tudo quanto se depreende da fundamentação exposta acima, infere-se a imensa discussão travada

no seio doutrinário quanto à culpabilidade. Muitos doutrinadores veem-na como um elemento da estrutura do crime, há outros que creem ser tão só um seu pressuposto e ainda há aqueles que, atestando sua carência de fundamentação, alegam sê-la um limite da pena.

Adotando-se a teoria normativa pura, constata-se que a culpabilidade assenta-se em um tripé, quais sejam a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.

Viu-se que a imputabilidade tem como causas de exclusão a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e retardado e a embriaguez fortuita.

Ao passar-se ao potencial conhecimento do ilícito, perpassou-se pela teoria do erro.

Finalmente chegou-se à exigibilidade de conduta diversa e adentrou-se na controvérsia do excesso exculpante na legítima defesa, do estado de necessidade exculpante e na inexigibilidade suprallegal. Nesta, apesar da jurisprudência ter resistido a aceitá-la por causa de uma interpretação restritiva do antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal, viu-se que urgia abarcar esse elemento no júri por previsão constitucional e assim a jurisprudência paulatinamente aceitou essa tese e mais tarde o retro mencionado artigo foi modificado permitindo-se a adoção desse elemento como quesito no Tribunal do Júri.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1956.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CONDE, Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991.

³⁴ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5884955/100240262019540011-mg-1002402620195-4-001-1-tjmg>>. Acesso: 28 maio 2010.

³⁵ Disponível em: <<http://www2.tjrn.jus.br/cposg/index.jsp?tpClasse=J>>. Acesso: 4 jun 2010.

- FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal. Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 10ª ed., Niterói: Impetus, p. 421, 2008.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. t.2, Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1958.
- _____. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1936.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Geral*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1993.
- MARON, Sônia Carvalho de Almeida. *A legítima defesa no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Riel, v. 1, 1962.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 24ª ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2008.
- NORONHA, Magalhães Edgar. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995.
- _____. *Do crime culposo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: RT, v. 1, 2008.
- ROSSI, Pellegrino. *Traité de Droit Penal*. Tomo II, Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde, Madri: Reos, S.A., 1981.
- _____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2008.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tea, vv. 1 e 2, 1992.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, v. 1, 1899.
- WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: RT, v. 1, 2008.

O abusivo controle administrativo de decisões judiciais pelo Conselho da Justiça Federal – grave atentado à segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Souza Prudente

Com a redação da Emenda Constitucional 45, de 2004, o Conselho da Justiça Federal, que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, tem *competência para exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante* (CF, art. 105, parágrafo único, inciso II).

A Lei 11.798, de 29 de outubro de 2008, cumprindo a determinação constitucional, dispõe sobre a composição e a *competência do Conselho da Justiça Federal, no sentido de atribuir-lhe, tão somente, a supervisão orçamentária e administrativa da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema* (art. 5º, incisos I a XII), com poder correicional, tendo as suas decisões caráter vinculante, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo grau (art. 5º, parágrafo único).

Na atenta observação de Uadi Lammêgo Bulos, as funções do Conselho da Justiça Federal mantêm significativa correspondência com aquelas desempenhadas pelos Conselhos Superiores da Magistratura de Portugal (Constituição da República Portuguesa, arts. 219º e 220º). Tais Conselhos não logram, portanto, competência para interferir na independência interna da magistratura. Não lhes cabe obstacularizar, por via direta ou oblíqua, o livre exercício das atividades funcionais e institucionais da judicatura, sob pena de desvirtuar o seu desiderato constitucional (*in Curso de Direito Constitucional – Uadi Lammêgo Bulos – Editora Saraiva – 5ª ed. – 2010, p. 1330*).

Nessa exegese constitucional, tudo que a Suprema Corte já proclamou sobre *a natureza jurídica e a competência exclusivamente administrativa do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Contas da União aplica-se em plenitude ao Conselho da Justiça Federal*, nos tópicos seguintes:

As decisões dos magistrados no âmbito do processo não são passíveis de revisão pelo CNJ, cuja competência, como bem ressaltaram os requerentes, cinge-se à esfera administrativa, envolvendo também a fiscalização da atuação funcional do juiz.

Nesse sentido foi a fundamentação da decisão do juiz auxiliar da Presidência, atuando com fundamento na Portaria 23, emitida pela Ministra Presidente do CNJ:

Com efeito, a competência fixada para este Conselho é restrita ao âmbito administrativo do Poder Judiciário, pelo que não pode intervir em conteúdo de decisão judicial, seja para corrigir eventual vício de ilegalidade ou nulidade, seja para inibir o exercício regular dos órgãos investidos de jurisdição. Para reverter eventuais provimentos que considera incorretos, ilegais ou desfavoráveis aos seus interesses, deve a parte valer-se dos meios processuais adequados.

(...)

Não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça – embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário – qualifica-se como órgão de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais.

Esse entendimento – que põe em destaque o perfil estritamente administrativo do Conselho Nacional de Justiça e que não lhe reconhece competência constitucional para intervir, legitimamente, em matéria de índole jurisdicional (Sérgio Bermudes, *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45*, pp. 19/20, item 2, 2005, Forense) – foi bem sintetizada na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, p. 302, item 2, 2006, RT):

Conselho Nacional de Justiça. Natureza Jurídica. O CNJ é órgão do Poder Judiciário (...), mas sem jurisdição, vale dizer, é órgão judicial, mas não jurisdicional. Órgão administrativo de controle externo do Poder Judiciário e da atividade da Magistratura (...), o CNJ não tem função jurisdicional, cabendo-lhe fiscalizar a gestão financeira e administrativa do Poder Judiciário e o cumprimento do dever funcional dos juízes (...). Ao CNJ não cabe

*Desembargador Federal – TRF 1ª Região. Graduado em Direito pelas Arcadas do Largo São Francisco (USP/SP). Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Decano do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB).

controlar a função jurisdicional do Poder Judiciário e de seus membros, razão por que não pode rever nem modificar decisão judicial, isto é, não tem competência recursal.

(....)

Vale registrar, por relevante, que essa mesma percepção em torno da matéria – no sentido de que a competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça não compreende a revisão de atos jurisdicionais – foi igualmente revelada, por esta Suprema Corte, quando do julgamento da ADI 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, como o evidencia o acórdão do Plenário que, no ponto ora em análise, está assim ementado:

(....)

2. *Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e Disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, §4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.*

Mostra-se importante destacar, em face da absoluta pertinência que guarda com o caso em exame, fragmento do voto que o eminente Min. Eros Grau proferiu no já referido julgamento da ADI 3.367/DF:

De resto – e este ponto é de fundamental importância – ao Conselho Nacional de Justiça não é atribuída competência nenhuma que permita a sua interferência na independência funcional do magistrado. Cabe a ele, exclusivamente, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, no modelo brasileiro de harmonia e equilíbrio entre os poderes, não conformará nem informará nem mesmo afetar – o dever-poder de decidir conforme a Constituição e as leis que vincula os membros da magistratura. O controle que exercerá está adstrito ao plano da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Embora órgão integrante do Poder Judiciário – razão pela qual desempenha autêntico controle interno – não exerce função jurisdicional. (Mandado de segurança 27.148 – Distrito Federal. STF. Rel. Min. Celso de Melo. Decisão de 20/05/2010.)

Nesse contexto, merece destaque, ainda, a lição clássica de M. Seabra Fagundes, na inteligência de que

o procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista, ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-lo são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional. Mas o momento em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o modo e a finalidade, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-los, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese. São, assim, três os seus elementos específicos: a) como momento do seu exercício – uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito; b) como modo de alcançar a sua finalidade – a interpretação definitiva do direito controvertido; c) como finalidade do seu exercício – o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada. (...) Neste modo de intervir, isto é, na interpretação definitiva do direito controvertido, é que está o conteúdo do ato jurisdicional, segundo Duguit. Este se nos afigura ser o autor que mais nitidamente consegue caracterizar a função jurisdicional, vinculando-a à operação interpretativa do direito, como necessidade e modo de remover os atentados à ordem jurídica (Traité, cit., v. 2, p. 422). Com efeito, enquanto atuando simplesmente como função de individualização da regra legal, ela se identifica com a função administrativa pela natureza e pela repercussão dos seus atos. Quando atuante com o objetivo de fixar a interpretação do direito, com aplicação às situações contenciosas, trancando desse modo, as contendas perturbadoras do equilíbrio jurídico, ela se destaca da função administrativa. (In Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário – M. Seabra Fagundes – Editora Saraiva – 6ª ed. – 1984, pp. 10/11.)

Registre-se, por oportuna, neste tema, a magnífica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que esclarece, com precisão, os caracteres distintivos das funções administrativa e jurisdicional, bem assim a possibilidade de modificação dos atos praticados no âmbito de cada uma dessas atividades estatais, nas letras seguintes:

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de coisa julgada, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado

por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. (In Curso de Direito Administrativo – Celso Antônio Bandeira de Mello. Malheiros, 19ª ed., p. 32.)

Com a mesma compreensão, colhe-se da sólida doutrina de Lucas Rocha Furtado o ensinamento aqui proposto:

distingue-se a decisão administrativa da judicial na medida em que a primeira pode ser revista pela própria Administração, por meio de seu poder de autotutela e pelo Poder Judiciário, ao passo que a decisão judicial somente pode ser revista pelo próprio Poder Judiciário. (In Curso de Direito Administrativo – Lucas Furtado. Editora Fórum, 1ª ed., p. 47.)

Nesse visor exegético é que o legislador constituinte estabeleceu, na Carta Política Federal de 1988, o monopólio judiciário do controle jurisdicional, com a determinação de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), abolindo, assim, o contencioso administrativo, que estava previsto na Constituição revogada, a preservar o princípio sensível da harmonia e independência dos Poderes da República Federativa do Brasil (CF, art. 2º).

Juízes e tribunais, integrantes do Poder Judiciário, são chamados, assim, constitucionalmente, a compor os conflitos de interesses, com observância do devido processo legal, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são inerentes, devendo realizar a solução das lides, em tempo razoável, com a garantia fundamental da segurança jurídica, resultante da coisa julgada material (CF, art. 5º, LIV, LV, LXXVIII e XXXVI), para a tutela definitiva dos direitos judicialmente proclamados.

Nesse sistema de garantias constitucionais, expressamente estabelecidas, não há como admitir-se o abusivo controle administrativo de decisões judiciais pelo Conselho da Justiça Federal, visando rever e rescindir acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, já transitados em julgado, nos autos do RMS 15.294/

DF e da Reclamação 2.052-DF (2005/0199253-5), que garantiram, definitivamente, o direito à incorporação de vantagem pecuniária dos quintos a magistrados federais, nos termos da legislação ordinária, observado o teto remuneratório correspondente ao subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, sem que houvesse, oportunamente, no prazo legal, o ajuizamento de ação rescisória das referidas decisões judiciais.

O egrégio Conselho da Justiça Federal, criado pela Constituição da República, como órgão meramente administrativo, para exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, com poderes correicionais para tanto, não dispõe de competência nem de atribuições institucionais que lhe permitam exercer a fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e tribunais federais, revendo e rescindindo decisões judiciais, até mesmo com trânsito em julgado, a subverter gravemente, a ordem jurídica, constitucionalmente estabelecida, em violento atentado ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, prestigiando a garantia fundamental da coisa julgada e da segurança jurídica que dela resulta, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, vem decidindo, na inteligência de que

o egrégio Tribunal de Constas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (RTJ 193/556-587, rel. Min. Carlos Velloso), nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença impregnada da autoridade da coisa julgada (AI 471-430 – AgR/DF, rel. Min. Eros Grau), ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois a res judicata em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória (MS 27.506 – DF. Rel. Min. Celso de Mello. STF. Decisão de 07/04/2010).

Diante da constatação desse abusivo controle administrativo de decisões judiciais pelo Conselho da Justiça Federal, deve o Conselho Nacional de Justiça adotar, até mesmo de ofício, urgentes providências para rever e desconstituir esses atos abusivos, atentatórios às garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 103-B, §4º, II), a não se permitir o retorno, neste País, do arbitrário e odioso estado de exceção.

A atipicidade do descaminho quando há perdimento de mercadoria

Durval Carneiro Neto*

Sumário

Introdução; 2. Insuficiência do argumento legal-topográfico; 3. Identidade de bens jurídicos protegidos nos crimes contra a ordem tributária; 4. Descaminho como um crime fiscal material; 5. Necessidade de prévio processo administrativo fiscal nas hipóteses de descaminho; 6. Perdimento de bens como obstáculo à incidência do tipo penal do descaminho; 7. Ressalva em relação ao contrabando; Conclusões.

Introdução

Considerando a política criminal adotada no Brasil, buscamos aqui defender que o delito de descaminho deve ser incluído na categoria dos crimes contra a ordem tributária, ocorrendo atipicidade nos casos em que tenha havido decretação administrativa de perdimento de mercadoria, por ausência de lançamento definitivo do tributo.

O *caput* do art. 334 do Código Penal descreve a conduta proibida nos seguintes termos:

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou *iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.*

A segunda parte do dispositivo (com grifo) refere-se ao tipo legal do descaminho, enquanto a primeira parte tipifica o contrabando.

Especificamente quanto ao descaminho, reconhecemos que a jurisprudência é ainda conflitante no que concerne a sua natureza jurídica, a começar pelo fato de estar tipificado em capítulo do Código Penal que trata dos *crimes contra a Administração Pública*, razão pela qual, entendem alguns, não seria propriamente um *crime contra ordem tributária* de que trata a Lei 8.137/1990.

Diverge-se ainda sob o argumento de que o delito de descaminho visaria à proteção de outros bens jurídicos que não a mera arrecadação de tributos.

Essas divergências têm implicações na incidência ou não do regime jurídico já reconhecido aos crimes fiscais, basicamente sob dois aspectos:

I) necessidade de lançamento definitivo (prévio esgotamento da via administrativo-fiscal) como elemento objetivo do tipo penal, consoante decidiu o STF em 10/12/2003 (HC 81.611-8/DF), entendimento que deu origem à Súmula Vinculante 24.

II) extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou suspensão da pretensão punitiva em caso de parcelamento de tributo (art. 9º da Lei 10.684/2003).

O cerne da questão, por conseguinte, está em saber se uma pessoa acusada de descaminho (que geralmente teve toda a sua mercadoria sumariamente apreendida e confiscada pela Receita Federal, sem opção de pagamento de tributos correspondentes) deve de logo responder a um processo criminal, enquanto grandes sonegadores (que muitas vezes se valem de complexos esquemas fraudulentos para esquivar-se das obrigações fiscais, inclusive com emprego de *laranjas*) somente venham a responder criminalmente após o lançamento definitivo do tributo e ainda assim tenham a oportunidade de efetuar o pagamento da dívida tributária, livrando-se a qualquer tempo da responsabilidade criminal.

Esse último argumento, pautado na busca por justiça e equidade, conforme os ditames constitucionais, já seria suficiente a justificar um tratamento isonômico em relação ao descaminho. Não bastasse isso, consoante veremos, a solução aqui defendida encontra fundamento jurídico na própria legislação tributária, bem como nos parâmetros traçados pela jurisprudência no tocante à criminalidade fiscal.

2. Insuficiência do argumento legal-topográfico

O argumento legal-topográfico – o fato de o descaminho estar tipificado no Código Penal, em capítulo dos *crimes contra a administração pública* – obviamente não é suficiente a concluir que devesse merecer tratamento jurídico diferenciado dos demais crimes contra a ordem tributária.

Primeiro por uma razão histórica, porque à época da edição do Código Penal de 1940 ainda não havia tipificação geral dos crimes contra a ordem tributária, existindo apenas o tipo do art. 334 referente

*Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor Assistente na UFBA. Juiz Federal Substituto na 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia/TRF1.

ao contrabando e descaminho. Naquele contexto, as demais condutas violadoras da ordem tributária somente poderiam mesmo ser enquadradas como crimes contra a Administração ou ainda como estelionato ou falsidade. Com o advento da Lei 4.729/1965, e depois com a Lei 8.137/1990, a matéria passou a ser tratada em legislação penal específica, porém ainda assim o legislador optou por manter a tipificação do descaminho no art. 334 do CP, alterando apenas a redação da norma original.

Em segundo lugar, o referido argumento cai por terra diante do fato de que outros delitos vieram a ser também inseridos na redação do Código Penal, não obstante lhes tenha sido conferido o tratamento jurídico comum a todos os crimes fiscais. É o que ocorre, *v.g.*, com o crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP, introduzido pela Lei 9.983/2000, no mesmo capítulo dos crimes contra administração pública). Saliente-se que, antes da introdução deste dispositivo no Código Penal, a tipicidade da conduta se dava nos termos da referida legislação penal especial (art. 1º, I, da Lei 8.137/1990 *c/c* art. 95 da Lei 8.212/1991). O mesmo se deu com o tipo penal de apropriação indébita previdenciária, que também veio a ser posteriormente introduzido no Código Penal (art.168-A).

3. Identidade de bens jurídicos protegidos nos crimes contra a ordem tributária

O que se disse bem demonstra que todos os crimes fiscais inserem-se no contexto de proteção aos amplos interesses da Administração Pública, estejam eles tipificados no Código Penal ou em legislação esparsa.

E não poderia ser diferente, porque ao se buscar classificar a norma criminal com base no bem jurídico por ela tutelado, sobretudo nos chamados crimes complexos ou pluriativos¹, deve-se observar os elementos subjetivos do tipo penal (teoria finalista da ação).²

Sendo assim, ao se examinar o tipo penal do art. 334 do CP (*caput*, 2ª parte), vê-se que o bem jurídico tutelado é prioritariamente o mesmo dos demais crimes fiscais, ou seja, a *ordem tributária em seu sentido amplo*, consubstanciada no interesse da Administração Pública numa regular arrecadação de tributos para fazer frente às necessidades coletivas, bem como em aspectos extrafiscais.

Essa discussão sobre a natureza tributária do crime de descaminho é antiga no Brasil.

Ainda durante a vigência do Decreto-Lei 157/1967, que previa regras de extinção de punibilidade em relação a todos os crimes envolvendo dívidas tributárias³, o STF editou a Súmula 560⁴ reconhecendo que o benefício haveria de ser aplicado também ao crime de descaminho, situação que só veio a ser modificada quando a Lei 6.910/1981 revogou genericamente o benefício.

Isso demonstra que a política criminal vigente ao tempo do DL 157/1967 levou em conta a identidade de bens jurídicos protegidos tanto na imputação de descaminho quanto nos crimes de sonegação tratados na Lei 4.729/1965.

É certo que com a edição da Lei 8.137/1990 (art.14), seguida depois pela Lei 9.249/1995 (art. 34) e finalmente pela Lei 10.684/2003 (art. 9º), restabeleceu-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo objeto do crime fiscal, tendo essa nova legislação se limitado a conceder o benefício aos acusados por crimes definidos na Lei 8.137/1990 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, sem nada mencionar quanto ao tipo penal do art. 334.

Não obstante, parece-me que a mesma razão de tratamento isonômico que justificou a edição da antiga Súmula 560 do STF deve agora prevalecer, mormente em vista dos ditames igualitários da Carta Magna de 1988, não havendo razão jurídica para se diferenciar o descaminho e os demais crimes de natureza fiscal.

vem sendo considerado como da competência do Tribunal do Júri (Súmula 603 do STF).

¹ Conforme leciona Francisco de Assis Toledo, “os crimes complexos são em geral crimes pluriativos por lesarem ou exporem a perigo de lesão mais de um bem jurídico tutelado”. *In Princípios básicos de Direito Penal*, 5ª. ed., Saraiva, p.145.

² O latrocínio, por exemplo, apesar de ser um crime hediondo que atinge também a vida, encontra-se tipificado no Código Penal no capítulo dos crimes contra o patrimônio (art.157, §3º, 2ª parte), com destaque para o elemento subjetivo do tipo, razão pela qual não

³ Além de se referir aos crimes fiscais previstos na Lei 4729/1965, o art.18, §2º do DL 157/1967 também determinava a extinção da punibilidade quando a imputação penal estivesse relacionada a falta de pagamento de tributo.

⁴ “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art.18, §2º, do Decreto-Lei 157/1967”.

Ora, o descaminho nada mais é do que uma modalidade de sonegação fiscal especificamente relacionada a operações aduaneiras. O núcleo do tipo do art. 334 (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto”⁵) é exatamente o mesmo da sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990 (“suprimir ou reduzir tributo”).

Não se diga simplesmente que o descaminho teria um ingrediente diferencial consistente na proteção do comércio e da indústria nacional, porque o mesmo se verifica em outras situações configuradoras dos delitos tipificados na Lei 8.137/1990, mormente quando estejam envolvidos impostos de importação e exportação, sem olvidar que a correlativa proteção de interesses *extrafiscais* é uma marca característica de toda legislação tributária, existindo ainda, ao lado disso, legislações penais que tratam especificamente dos crimes contra a ordem econômica (Lei 8.176/1990) e contra a ordem financeira (Lei 7.492/1986).

Sendo (a proteção do comércio e da indústria nacional) um ingrediente comum a diversos crimes de natureza econômica, não deve servir racionalmente como elemento diferenciador do regime jurídico, inexistindo, por conseguinte, uma razão lógico-jurídica para se tratar o descaminho de modo diferente dos demais crimes contra a ordem tributária.

No julgamento do HC 48.805-SP (STJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura), deixou-se assentado que “o crime de descaminho é intrinsecamente tributário, ou seja, tutela-se o direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições”.

Apesar de não se tratar ainda de matéria pacificada, já há outros precedentes do STJ caminhando nessa mesma linha, como se infere no teor da seguinte ementa:

Penal. Habeas corpus. Descaminho. Trancamento da ação penal. Ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa. Natureza Tributária do delito. Ordem concedida.

I. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

II. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente.

III. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

(HC 109205/PR, rel.: Min. Jane Silva, DJ de 09/12/2008.)

Reforçando essa tese, podemos ainda mencionar as decisões do STF considerando que o tipo penal do art. 334 (*caput*, 2ª parte) não incide nas situações em que o valor tributário envolvido não conduziria à cobrança fiscal, aplicando-se, por conseguinte, o princípio da insignificância.⁶ São os casos em que o valor estimado dos tributos respectivos não ultrapassaria R\$ 10 mil (valor fixado pela Lei 11.033/2004), porquanto o art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais.

Essa aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses de descaminho faz sobressair bem a natureza patrimonial do bem juridicamente protegido, quando se sabe que a jurisprudência não tem acolhido a aplicação deste princípio nos casos em que a lei penal protege valores não patrimoniais⁷.

4. Descaminho como um crime fiscal material

Tal qual acontece com as modalidades de sonegação fiscal tratadas no art. 1º da Lei 8.137/1990, o descaminho há de ser considerado um crime material, porque exige, para a sua consumação, a ilusão no pagamento integral ou parcial do direito ou imposto.

A simples leitura do tipo (art. 334, *caput*, 2ª parte) deixa transparecer que não se trata de crime meramente formal. A lei fala em *iludir o pagamento*, e não apenas em adotar medidas materiais com essa finalidade.

Serve aqui o mesmo raciocínio utilizado pela doutrina para distinguir os crimes materiais e formais tipificados na Lei 8.137/1990. Ao diferenciar os crimes

⁶ Confira-se, v.g. os julgados no HC 99.594 e no HC 94.058.

⁷ Não fosse o descaminho essencialmente um crime contra a ordem tributária, não se poderia sequer aplicar esse vetor, já que a jurisprudência tem afastado a incidência do princípio da insignificância nos casos em que, mesmo sendo irrisório o dano patrimonial experimentado, o tipo penal busque proteger valores não patrimoniais, tais como a fé pública. Nesse sentido, v.g. o posicionamento do STF no HC 9.3251/DF.

⁵ A doutrina considera que a expressão “pagamento de direito”, no art. 334, está “no seu sentido histórico, como apelido dos antigos gravames que pesavam sobre importação (‘direitos de importação’, ‘direitos aduaneiros’ e ‘direitos alfandegários’)”. Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer. *Código Penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 633.

previstos nos arts. 1º e 2º desta Lei, José Paulo Baltazar Júnior leciona que os tipos penais nos crimes formais costumam ser construídos com expressões tais como *para, com o fim de, a fim de* etc.:

A diferenciação mais aceita é no sentido de que o art. 1º é um crime material por exigir a efetiva supressão ou redução do tributo, contribuição ou qualquer acessório para sua consumação. Já no art. 2º inexistente essa referência no *caput*, estando mencionada a supressão ou redução do tributo no próprio inciso I, antecedido da proposição *para*. Ora, sempre que o tipo for construído com expressões tais como *para, com o fim de, a fim de* etc., a elementar que se seguir constitui elemento subjetivo do tipo. Basta que o agente tenha aquela finalidade, ou seja, não é preciso que o que está descrito depois da preposição efetivamente se concretize para consumir o crime. Desse modo, se o contribuinte é atuado pela fiscalização tributária após ter cometido a falsidade tendente a reduzir o valor do tributo, estará consumado o delito do art. 2º, I, ainda que não tenha vencido o prazo para o recolhimento (Seixas Filho: 426).

Daí resulta que o inciso I do art. 2º é a forma tentada do art. 1º. Assim, em vez de utilizar o art. 14 do CP, para fazer a adequação típica da tentativa, utiliza-se o inciso I do art. 2º.⁸

Destarte, a consumação de descaminho exige que tenha havido entrada ou saída de mercadoria do País e que a autoridade competente constitua o crédito tributário que deixou de ser declarado nessa operação, caracterizando com isso ter havido imposto ou direito cujo pagamento foi iludido, consoante veremos no tópico a seguir.

5. Necessidade de prévio processo administrativo fiscal nas hipóteses de descaminho

Sendo um crime material de natureza tributária, cujo núcleo do tipo está em iludir o pagamento de direito ou imposto, o descaminho pressupõe que a autoridade fiscal competente determine e exija o crédito tributário por meio de um processo administrativo fiscal em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Não vamos aqui nos estender num debate em torno do conceito de *tributo* na ciência jurídica, nem sobre a distinção entre *obrigação tributária* e *crédito tributário*, ou outros institutos estudados pelo Direito

Tributário tais como *hipótese de incidência, fato gerador, lançamento* ou *crédito tributário*.

Ao menos para fins penais, esta questão foi superada pela jurisprudência do STF ao tratar dos crimes fiscais materiais. Pacíficou-se que o prévio e definitivo lançamento tributário é requisito para se constatar a existência do *tributo* suprimido ou reduzido, de modo que antes disso o tipo penal simplesmente não se configura. Isto é, a existência do tributo é elemento objetivo do tipo⁹ nos crimes materiais fiscais, tal como consta na Súmula Vinculante 24 do STF:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo (destaquei).

Esse preceito não decorre da suposta existência de um grau de comunicação entre as instâncias administrativa e criminal, nem tampouco do estabelecimento de uma regra de dependência decisória daquela em relação a esta. Ao que parece, o STF considerou simplesmente que a constituição formal do crédito tributário, por meio do lançamento definitivo, é pressuposto para a própria ocorrência do crime.

Há bons argumentos para se criticar esse posicionamento do Supremo¹⁰. Porém, havendo Súmula sobre o tema, discordar deste preceito vinculante soa como exercício de argumentação puramente dialético em torno da melhor política criminal a ser adotada na definição dos elementos de

⁹ Registre-se que houve divergências entre os ministros do STF sobre a natureza jurídica do lançamento definitivo em relação ao crime contra ordem tributária, notadamente se seria condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo. Do que restou consignado na ementa do HC 81.611-SP (rel. Min. Sepúlveda Pertence), uma ou outra solução em nada alteraria o resultado ali proclamado, pois “embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo”. Não obstante, ao que parece a Súmula Vinculante 24, ao falar que *não se tipifica*, seguiu o entendimento de que seria elemento objetivo do tipo.

¹⁰ Cite-se, por exemplo, o excelente texto de Douglas Fischer (Procurador Regional da República na 4ª Região), intitulado *A impunidade: sonogação fiscal e exaurimento da esfera administrativa – ainda sobre os problemas derivados do precedente do STF no HC 81.611- SP e seu confronto com o que decidido no HC 90.795- PE*. Disponível em: <www.anpr.org.br/portal/.../Artigo_Sonogacao_DouglasFischer.doc>. Acesso em: maio 2010.

⁸ *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 360.

tipicidade nos delitos fiscais¹¹, tal como poder-se-ia também sustentar em relação à expressa previsão legal de extinção da punibilidade pelo pagamento¹². Apesar de não considerarmos adequada esta política criminal que vem sendo adotada no Brasil, não é o que aqui se discute.

Vale dizer, o presente texto não se ocupa em questionar o mérito da decisão do STF retratada na Súmula 24. Toma-a simplesmente como premissa e, a partir daí, busca prolongar o debate jurídico apontando argumentos que, numa lógica sistemática, tornam forçosa a aplicação do mesmo entendimento às hipóteses de descaminho.

Ressalte-se que apesar de a Súmula Vinculante 24 fazer menção à modalidade de sonegação fiscal prevista no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, a mesma razão justifica idêntico tratamento jurídico em relação aos demais crimes fiscais materiais.

De mais a mais, homenageia-se o princípio constitucional da isonomia – uma vez que a política criminal na área fiscal tem notadamente se voltado à arrecadação como fator preponderante¹³ – bem como aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, porquanto, nos casos de descaminho que já comportem a mais pesada das sanções administrativas, o confisco, tal já se revela suficiente a inibir a prática de novos delitos, bastando para isso que haja a devida fiscalização pela polícia administrativa.

6. Perdimento de bens como obstáculo à incidência do tipo penal do descaminho

Ao lado das situações em se procede ao desembaraço aduaneiro, mediante lançamento fiscal definitivo do tributo incidente sobre os bens importados ou exportados, com aplicação de multa se detectada alguma irregularidade, há situações em que o Fisco dá início a um procedimento confiscatório.

São os casos em que a autoridade fiscal, após apreender a mercadoria, vem a aplicar a pena de perdimento, uma sanção administrativa prevista em norma legal (art. 105 do DL 37/1966) e em regulamento aduaneiro (art. 689 do Decreto 6.759/2009), mas que acaba por impedir o próprio lançamento fiscal. Vale dizer, ao invés de simplesmente liberar a mercadoria e proceder regularmente à constituição do crédito tributário sonogado, acrescido de penalidades pecuniárias, a Receita Federal instaura de logo um outro processo administrativo para legitimar o confisco dos bens.

Ao assim proceder, o órgão fiscal não pode lançar o tributo, haja vista que a lei prevê a expropriação de bens, os quais inclusive poderão ser objeto de alienação ou incorporação¹⁴, ressarcindo ao erário o que deixou de ser recolhido. Tributar, nessa situação, configuraria até mesmo um enriquecimento sem causa por parte do Estado.

De fato, a importação de mercadorias, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, é qualificada como *dano ao erário* punido com a pena de perdimento, consoante previsto no art. 23, I e §1º, do Decreto 1.455/1976, com a redação dada pela Lei 10.637/2002, bem como no art. 689 do Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro). E o *dano ao erário*, por si só, não pode servir como hipótese de incidência tributária.

Se a mercadoria importada ilegalmente vem a ser confiscada pela Administração, não cabe cobrança de tributo a ela referente. Aliás, a mesma razão pela qual não se deve utilizar tributo com efeito de confisco (CF/1988, art. 150, IV) justifica que não se deva fazer incidir tributo sobre bem confiscado.

Saliente-se que não se fala aí propriamente em *tributo*, porquanto não houve sequer prévio lançamento tributário, muito menos definitivo¹⁵. O que há, nesses casos, é uma mera estimativa do valor que poderia ter sido lançado caso tivesse havido o regular desembaraço aduaneiro, ou seja, do dano que seria experimentado pelo erário e que é compensado pelo perdimento. É assim que o art. 776 do Regulamento Aduaneiro estabelece que na formalização do processo administrativo fiscal, para aplicação da pena de perdimento, a autoridade poderá indicar um

¹¹ O próprio Douglas Fischer, ao afirmar ser equivocado o entendimento do STF em termos de consistência lógico-sistêmica, reconhece que o debate naquele artigo é eminentemente dialético. *Idem*.

¹² Nesse caso, consideramos razoável a posição de Douglas Fischer quanto sustenta que a benesse da extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos, prevista no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684, seria materialmente inconstitucional, por violação da Proibição de Proteção Deficiente (*Unterrmaßverbot*). *Idem*.

¹³ O que é bastante discutível sob o prisma de uma adequada política criminal, porém, como dito anteriormente, não é o objeto deste ensaio.

¹⁴ O art. 803 do Regulamento Aduaneiro prevê três destinações para os bens confiscados, a depender do caso: 1) alienação; 2) incorporação; 3) destruição ou inutilização.

¹⁵ Na referida linha de entendimento seguida pelo STF.

montante correspondente àquele que *seria devido* na importação regular¹⁶. E essa locução *seria devido*, no texto do regulamento, denota bem a idéia de que, com o confisco, nada pode ser cobrado a título de tributo.

Tanto isso é verdade que, se porventura tiver havido declaração de importação, a posterior decretação de perdimento do bem dá ao antigo proprietário até mesmo o direito de pedir de volta o tributo que eventualmente tenha adiantado ao fazer a declaração. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho de julgado:

A pena de perdimento dos bens é conseqüência lógica da situação ora desfavorável aos agravantes, em face da reforma da sentença concessiva do mandado de segurança, segundo orientação do Excelso Pretório. Os tributos pagos, por ocasião da internação dos automóveis no País, não têm o condão de tornar legal a importação e podem ser recuperados pelos agravantes mediante ação de repetição de indébito. Precedentes¹⁷ – destaquei.

Na verdade, como dito, o confisco de bens é incompatível com a tributação. Se houver decretação de perdimento, tem-se uma espécie de extinção antecipada da potencial obrigação tributária que sequer vem a ser constituída, pois a pena administrativa impede a incidência do tributo ou, como se queira, a ocorrência do fato gerador do imposto aduaneiro, obstando o próprio desembaraço.

Isso se extrai inclusive da redação do art. 71, III, do Regulamento Aduaneiro, ao tratar do imposto de importação:

Art.71. O imposto não incide sobre:

(....)

III – mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida (Decreto-Lei 37, de 1966, art. 1º, § 4º, inciso III, com a redação dada pela Lei 10.833, de 2003, art. 77).

A interpretação desse dispositivo revela que os bens apreendidos pela Administração Fiscal e

submetidos a processo administrativo de perdimento de mercadoria¹⁸ não sofrem a incidência do Imposto de Importação. A tributação só seria cabível se, na hipótese de perdimento, não houvesse meios para se apreender a mercadoria e concretizar o confisco.

O mesmo se diga do Imposto de produtos Industrializados (IPI), cujo fato gerador na importação somente ocorre com a conclusão do desembaraço aduaneiro¹⁹, assim como a contribuição para o PIS/Pasep — importação e a Cofins — importação.²⁰

Ora, não sendo hipótese de incidência tributária, sequer se poderia falar em ilusão do pagamento de imposto ou direito. Logo, o núcleo do tipo penal do art. 334 não ocorre.

Registre-se não se tratar de situação de extinção da punibilidade por aplicação analógica do art. 9º da Lei 10.684/2003.²¹ Cuida-se, sim, de impedimento à própria formação do crédito tributário que constituiria o elemento objetivo do tipo penal de descaminho.

7. Ressalva em relação ao contrabando

Cabe, por derradeiro, ressaltar que a identidade de bens jurídicos ora defendida somente há de se aplicar ao crime de descaminho, não ocorrendo no caso de contrabando, apesar de ambos estarem tipificados no mesmo dispositivo do art. 334 do CP.

No dizer de Mirabete,

embora, pela disjuntiva ou tenha a lei tratado os termos como sinônimos, contrabando, em

¹⁶ “Na formalização do processo administrativo fiscal para aplicação da pena de perdimento, na representação fiscal para fins penais e para efeitos de controle patrimonial e elaboração de estatísticas, a Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá: (...) II – aplicar a alíquota de cinquenta por cento sobre o valor arbitrado das mercadorias apreendidas para determinar o montante correspondente à soma do imposto de importação e do imposto sobre produtos industrializados que seriam devidos na importação”.

¹⁷ TRF 1ª Região, AI 01000231438, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 11/11/1997.

¹⁸ O art. 689 do Regulamento Aduaneiro prevê a pena de perdimento em várias hipóteses, dentre elas quando a mercadoria estrangeira for “encontrada ao abandono, desacompanhada de prova de pagamento dos tributos aduaneiros” ou ainda quando “exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular”.

¹⁹ Conforme o art. 238 do Regulamento Aduaneiro: “O fato gerador do imposto, na importação, é o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira”. Ao lado disso, o art. 571 estabelece que “desembaraço aduaneiro na importação é o ato pela qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira”. Saliente-se ainda que, nos termos do art. 570, §1º, II, a não apresentação de documentos exigidos pela autoridade aduaneira faz com que se interrompa a conferência aduaneira, impedindo o prosseguimento do despacho aduaneiro.

²⁰ O art. 250 do Regulamento Aduaneiro prevê expressamente a não incidência dessas contribuições no tocante aos bens objeto de perdimento tratados no referido art. 71, III.

²¹ Até porque um argumento nesse sentido encontraria um forte obstáculo no direito positivo brasileiro, porquanto as hipóteses de extinção do crédito tributário são aquelas taxativamente previstas em lei, *ex vi* do art. 97, VI, do CTN.

sentido estrito, designa a importação ou exportação fraudulenta da mercadoria, e descaminho o ato fraudulento destinado a evitar o pagamento de direitos e impostos.²²

Com efeito, a análise dos elementos do tipo do contrabando (*importar ou exportar mercadoria proibida*) revela claramente que não se trata de proteger a ordem tributária consubstanciada prioritariamente na arrecadação de tributos, mas, sobretudo, impedir a entrada no País de produtos considerados nocivos sob vários aspectos.

No descaminho, a simples entrada ou saída do produto, por si só, não é crime, se o agente não ilude o pagamento do imposto; enquanto, no contrabando, o crime se consuma com a simples entrada ou saída do produto proibido, sem se falar em incidência de tributos. Ambos são crimes materiais, porém no descaminho o núcleo do tipo está na ilusão do pagamento.

Daí porque o descaminho é um crime de natureza tributária, diferentemente do contrabando, conforme explica Luiz Régis Prado:

num enfoque moderno, contrabando passou a denotar a importação e exportação de mercadoria proibida por lei, enquanto que descaminho significa a fraude ao pagamento de tributos aduaneiros. Diferenciam-se, pois, porque enquanto este constitui um crime de natureza tributária, clarificando uma relação fisco-contribuinte, o contrabando expressa a importação e exportação de mercadoria proibida, não se inserindo, portanto, no âmbito dos delitos de natureza tributária. Assim, ao serem vedadas a importação ou exportação de determinada mercadoria, a violação legal do preceito estatal constitui um fato ilícito e não um fato gerador de tributos.²³

O contrabando, portanto, segue sendo punível independentemente de constituição de crédito tributário.

Conclusões

Do que acima se expôs, podemos traçar as seguintes etapas para o raciocínio conclusivo:

8.1. O fato de o descaminho estar tipificado no Código Penal, em capítulo dos *crimes contra a administração pública* não obsta que tenha o mesmo tratamento jurídico conferido aos demais *crimes contra a ordem tributária* previstos na Lei 8.137/1990. Todos os crimes fiscais inserem-se no contexto de proteção aos

amplios interesses da Administração Pública, estejam eles tipificados no Código Penal ou em legislação esparsa.

8.2. O descaminho nada mais é do que uma modalidade de sonegação fiscal especificamente relacionada a operações aduaneiras. O núcleo do tipo do art. 334 (*iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto*) é exatamente o mesmo da sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990 (*suprimir ou reduzir tributo*).

8.3. Havendo decisões do STF aplicando o princípio da insignificância em hipóteses de descaminho, fica evidente a natureza patrimonial do bem juridicamente protegido, já que a jurisprudência tem afastado a aplicação deste princípio nos casos em que se busca proteger valores não patrimoniais, tais como a fé pública.

8.4. O descaminho é um crime material, porque exige, para a sua consumação, a ilusão no pagamento integral ou parcial do direito ou imposto. A simples leitura do tipo (art. 334, *caput*, 2ª parte) deixa transparecer que não se trata de crime meramente formal. A lei fala em *iludir o pagamento*, e não apenas em adotar medidas materiais com essa finalidade.

8.5. A consumação de descaminho exige que tenha havido entrada ou saída de mercadoria do País e que a autoridade competente apure e exija o crédito tributário que deixou de ser declarado nessa operação, configurando a ilusão do pagamento.

8.6. O STF considerou o prévio e definitivo lançamento tributário como elemento objetivo do tipo penal nos crimes fiscais materiais (Súmula Vinculante 24). Esse preceito não decorre da existência de um grau de comunicação entre as instâncias administrativa e criminal, nem tampouco do estabelecimento de uma regra de dependência decisória daquela em relação a esta. Considerou-se simplesmente que a constituição formal do crédito tributário, por meio do lançamento definitivo, é pressuposto para a própria ocorrência do crime.

8.7. Apesar de a Súmula Vinculante 24 apenas fazer menção à modalidade de sonegação fiscal prevista no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, a mesma razão justifica idêntico tratamento jurídico em relação aos demais crimes fiscais materiais, como é o caso do descaminho.

8.8. A importação de mercadorias, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, é qualificada como *dano ao erário* punido com a pena de perdimento, consoante previsto no art. 23, I e §1º, do Decreto 1.455/1976, com a redação dada

²² *Manual de Direito Penal*, Atlas v. 3, p. 368.

²³ *Curso de Direito Penal brasileiro*, RT, v. 4, 2001, p. 558.

pela Lei 10.637/2002, bem como no art. 689 do Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro).

8.9. Se a mercadoria importada ou exportada ilegalmente vem a ser confiscada pela Administração, não cabe cobrança de tributo a ela referente. E se porventura tiver havido declaração de importação, a posterior decretação de perdimento do bem dá ao antigo proprietário o direito de pedir de volta o tributo que eventualmente tenha adiantado ao fazer a declaração.

8.10. O confisco de bens é incompatível com a tributação. Se houver decretação de perdimento, tem-se uma espécie de extinção antecipada da potencial obrigação tributária que sequer vem a ser constituída, pois a pena administrativa impede a incidência do tributo ou a ocorrência do fato gerador do imposto aduaneiro, obstando o próprio desembaraço.

8.11. O Regulamento Aduaneiro, ao tratar do Imposto de Importação (art. 71, III), diz expressamente que não incide o imposto sobre mercadoria estrangeira que tenha sido objeto de pena de perdimento. O mesmo ocorre em relação ao imposto sobre Produtos Industrializados (arts. 238 c/c 570, §1º, II c/c 571, do Regulamento Aduaneiro), assim como a contribuição

para o PIS/Pasep – importação e a Cofins – importação (art. 250 c/c 71, III).

8.12. Não sendo hipótese de incidência tributária, sequer se poderia falar em ilusão do pagamento de imposto ou direito. Logo, o núcleo do tipo penal do art. 334 não ocorre.

8.13. Ao contrário do tipo penal do descaminho (CP, art. 334, 2ª parte), que busca proteger a ordem tributária consubstanciada na arrecadação de tributos, o tipo penal do art. 334, *caput*, 1ª parte, visa impedir a entrada no país de produtos considerados nocivos sob vários aspectos, daí porque o contrabando segue sendo punível independentemente de constituição de crédito tributário.

Em suma, para a configuração do crime de descaminho, tal como tipificado no ordenamento jurídico brasileiro (art. 334, *caput*, 2ª parte), faz-se necessário que tenha havido o lançamento definitivo do crédito tributário, de modo a se identificar o tributo objeto de ilusão. Não constituído o tributo ou tendo havido a decretação de perdimento de bens, não há justa causa para a persecução criminal.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.288, de 20 de julho de 2010

Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

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

Título I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Art. 5º Para a consecução dos objetivos desta Lei, é instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), conforme estabelecido no Título III.

TÍTULO II
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I
DO DIREITO À SAÚDE

Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.

§ 1º O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS) para promoção, proteção e recuperação da saúde da população negra será de responsabilidade dos órgãos e instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, da administração direta e indireta.

§ 2º O poder público garantirá que o segmento da população negra vinculado aos seguros privados de saúde seja tratado sem discriminação.

Art. 7º O conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, organizada de acordo com as diretrizes abaixo especificadas:

I - ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS;

II - produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;

III - desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra.

Art. 8º Constituem objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:

I - a promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS;

II - a melhoria da qualidade dos sistemas de informação do SUS no que tange à coleta, ao processamento e à análise dos dados desagregados por cor, etnia e gênero;

III - o fomento à realização de estudos e pesquisas sobre racismo e saúde da população negra;

IV - a inclusão do conteúdo da saúde da população negra nos processos de formação e educação permanente dos trabalhadores da saúde;

V - a inclusão da temática saúde da população negra nos processos de formação política das lideranças de movimentos sociais para o exercício da participação e controle social no SUS.

Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.

CAPÍTULO II

DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:

I - promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer;

II - apoio à iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social e cultural da população negra;

III - desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade;

IV - implementação de políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra brasileira.

SEÇÃO II

DA EDUCAÇÃO

Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, observado o disposto na Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

§ 2º O órgão competente do Poder Executivo fomentará a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto no caput deste artigo.

§ 3º Nas datas comemorativas de caráter cívico, os órgãos responsáveis pela educação incentivarão a participação de intelectuais e representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração.

Art. 12. Os órgãos federais, distritais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação poderão criar incentivos a pesquisas e a programas de estudo voltados para temas referentes às relações étnicas, aos quilombos e às questões pertinentes à população negra.

Art. 13. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, incentivará as instituições de ensino superior públicas e privadas, sem prejuízo da legislação em vigor, a:

I - resguardar os princípios da ética em pesquisa e apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação que desenvolvam temáticas de interesse da população negra;

II - incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira;

III - desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários;

IV - estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas.

Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.

Art. 15. O poder público adotará programas de ação afirmativa.

Art. 16. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação, acompanhará e avaliará os programas de que trata esta Seção.

SEÇÃO III

DA CULTURA

Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal.

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

Art. 19. O poder público incentivará a celebração das personalidades e das datas comemorativas relacionadas à trajetória do samba e de outras manifestações culturais de matriz africana, bem como sua comemoração nas instituições de ensino públicas e privadas.

Art. 20. O poder público garantirá o registro e a proteção da capoeira, em todas as suas modalidades, como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira, nos termos do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O poder público buscará garantir, por meio dos atos normativos necessários, a preservação dos elementos formadores tradicionais da capoeira nas suas relações internacionais.

SEÇÃO IV

DO ESPORTE E LAZER

Art. 21. O poder público fomentará o pleno acesso da população negra às práticas desportivas, consolidando o esporte e o lazer como direitos sociais.

Art. 22. A capoeira é reconhecida como desporto de criação nacional, nos termos do art. 217 da Constituição Federal.

§ 1º A atividade de capoeirista será reconhecida em todas as modalidades em que a capoeira se manifesta, seja como esporte, luta, dança ou música, sendo livre o exercício em todo o território nacional.

§ 2º É facultado o ensino da capoeira nas instituições públicas e privadas pelos capoeiristas e mestres tradicionais, pública e formalmente reconhecidos.

CAPÍTULO III

DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS

Art. 23. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins;

II - a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões;

III - a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas;

IV - a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica;

V - a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana;

VI - a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões;

VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;

VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

Art. 25. É assegurada a assistência religiosa aos praticantes de religiões de matrizes africanas internados em hospitais ou em outras instituições de internação coletiva, inclusive àqueles submetidos a pena privativa de liberdade.

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

II - inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas;

III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público.

CAPÍTULO IV

DO ACESSO À TERRA E À MORADIA ADEQUADA

SEÇÃO I

DO ACESSO À TERRA

Art. 27. O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo.

Art. 28. Para incentivar o desenvolvimento das atividades produtivas da população negra no campo, o poder público promoverá ações para viabilizar e ampliar o seu acesso ao financiamento agrícola.

Art. 29. Serão assegurados à população negra a assistência técnica rural, a simplificação do acesso ao crédito agrícola e o fortalecimento da infraestrutura de logística para a comercialização da produção.

Art. 30. O poder público promoverá a educação e a orientação profissional agrícola para os trabalhadores negros e as comunidades negras rurais.

Art. 31. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Art. 32. O Poder Executivo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento sustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos, respeitando as tradições de proteção ambiental das comunidades.

Art. 33. Para fins de política agrícola, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 34. Os remanescentes das comunidades dos quilombos se beneficiarão de todas as iniciativas previstas nesta e em outras leis para a promoção da igualdade étnica.

SEÇÃO II

DA MORADIA

Art. 35. O poder público garantirá a implementação de políticas públicas para assegurar o direito à moradia adequada da população negra que vive em favelas, cortiços, áreas urbanas subutilizadas, degradadas ou em processo de degradação, a fim de reintegrá-las à dinâmica urbana e promover melhorias no ambiente e na qualidade de vida.

Parágrafo único. O direito à moradia adequada, para os efeitos desta Lei, inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função

habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

Art. 36. Os programas, projetos e outras ações governamentais realizadas no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), regulado pela Lei 11.124, de 16 de junho de 2005, devem considerar as peculiaridades sociais, econômicas e culturais da população negra.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estimularão e facilitarão a participação de organizações e movimentos representativos da população negra na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

Art. 37. Os agentes financeiros, públicos ou privados, promoverão ações para viabilizar o acesso da população negra aos financiamentos habitacionais.

CAPÍTULO V DO TRABALHO

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

I - o instituído neste Estatuto;

II - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção no 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da discriminação no emprego e na profissão;

IV - os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

Art. 40. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) formulará políticas, programas e projetos voltados para a inclusão da população negra no mercado de trabalho e orientará a destinação de recursos para seu financiamento.

Art. 41. As ações de emprego e renda, promovidas por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, contemplarão o estímulo à promoção de empresários negros.

Parágrafo único. O poder público estimulará as atividades voltadas ao turismo étnico com enfoque nos locais, monumentos e cidades que retratem a cultura, os usos e os costumes da população negra.

Art. 42. O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

CAPÍTULO VI
DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Art. 43. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do País.

Art. 44. Na produção de filmes e programas destinados à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, deverá ser adotada a prática de conferir oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, sendo vedada toda e qualquer discriminação de natureza política, ideológica, étnica ou artística.

Parágrafo único. A exigência disposta no caput não se aplica aos filmes e programas que abordem especificidades de grupos étnicos determinados.

Art. 45. Aplica-se à produção de peças publicitárias destinadas à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas o disposto no art. 44.

Art. 46. Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário.

§ 1º Os órgãos e entidades de que trata este artigo incluirão, nas especificações para contratação de serviços de consultoria, conceituação, produção e realização de filmes, programas ou peças publicitárias, a obrigatoriedade da prática de iguais oportunidades de emprego para as pessoas relacionadas com o projeto ou serviço contratado.

§ 2º Entende-se por prática de iguais oportunidades de emprego o conjunto de medidas sistemáticas executadas com a finalidade de garantir a diversidade étnica, de sexo e de idade na equipe vinculada ao projeto ou serviço contratado.

§ 3º A autoridade contratante poderá, se considerar necessário para garantir a prática de iguais oportunidades de emprego, requerer auditoria por órgão do poder público federal.

§ 4º A exigência disposta no caput não se aplica às produções publicitárias quando abordarem especificidades de grupos étnicos determinados.

TÍTULO III
DO SISTEMA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

(Sinapir)

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.

§ 2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir.

CAPÍTULO II
DOS OBJETIVOS

Art. 48. São objetivos do Sinapir:

I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

CAPÍTULO III

DA ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

Art. 49. O Poder Executivo federal elaborará plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR).

§ 1º A elaboração, implementação, coordenação, avaliação e acompanhamento da PNPIR, bem como a organização, articulação e coordenação do Sinapir, serão efetivados pelo órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica em âmbito nacional.

§ 2º É o Poder Executivo federal autorizado a instituir fórum intergovernamental de promoção da igualdade étnica, a ser coordenado pelo órgão responsável pelas políticas de promoção da igualdade étnica, com o objetivo de implementar estratégias que visem à incorporação da política nacional de promoção da igualdade étnica nas ações governamentais de Estados e Municípios.

§ 3º As diretrizes das políticas nacional e regional de promoção da igualdade étnica serão elaboradas por órgão colegiado que assegure a participação da sociedade civil.

Art. 50. Os Poderes Executivos estaduais, distrital e municipais, no âmbito das respectivas esferas de competência, poderão instituir conselhos de promoção da igualdade étnica, de caráter permanente e consultivo, compostos por igual número de representantes de órgãos e entidades públicas e de organizações da sociedade civil representativas da população negra.

Parágrafo único. O Poder Executivo priorizará o repasse dos recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios que tenham criado conselhos de promoção da igualdade étnica.

CAPÍTULO IV

DAS OUVIDORIAS PERMANENTES E DO ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

Art. 51. O poder público federal instituirá, na forma da lei e no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial, para receber e encaminhar denúncias de preconceito e discriminação com base em etnia ou cor e acompanhar a implementação de medidas para a promoção da igualdade.

Art. 52. É assegurado às vítimas de discriminação étnica o acesso aos órgãos de Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

Parágrafo único. O Estado assegurará atenção às mulheres negras em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica.

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

Art. 54. O Estado adotará medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, observado, no que couber, o disposto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Art. 55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

CAPÍTULO V

DO FINANCIAMENTO DAS INICIATIVAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Art. 56. Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra, especialmente no que tange a:

I - promoção da igualdade de oportunidades em educação, emprego e moradia;

II - financiamento de pesquisas, nas áreas de educação, saúde e emprego, voltadas para a melhoria da qualidade de vida da população negra;

III - incentivo à criação de programas e veículos de comunicação destinados à divulgação de matérias relacionadas aos interesses da população negra;

IV - incentivo à criação e à manutenção de microempresas administradas por pessoas autodeclaradas negras;

V - iniciativas que incrementem o acesso e a permanência das pessoas negras na educação fundamental, média, técnica e superior;

VI - apoio a programas e projetos dos governos estaduais, distrital e municipais e de entidades da sociedade civil voltados para a promoção da igualdade de oportunidades para a população negra;

VII - apoio a iniciativas em defesa da cultura, da memória e das tradições africanas e brasileiras.

§ 1º O Poder Executivo federal é autorizado a adotar medidas que garantam, em cada exercício, a transparência na alocação e na execução dos recursos necessários ao financiamento das ações previstas neste Estatuto, explicitando, entre outros, a proporção dos recursos orçamentários destinados aos programas de promoção da igualdade, especialmente nas áreas de educação, saúde, emprego e renda, desenvolvimento agrário, habitação popular, desenvolvimento regional, cultura, esporte e lazer.

§ 2º Durante os 5 (cinco) primeiros anos, a contar do exercício subsequente à publicação deste Estatuto, os órgãos do Poder Executivo federal que desenvolvem políticas e programas nas áreas referidas no § 1º deste artigo discriminarão em seus orçamentos anuais a participação nos programas de ação afirmativa referidos no inciso VII do art. 4º desta Lei.

§ 3º O Poder Executivo é autorizado a adotar as medidas necessárias para a adequada implementação do disposto neste artigo, podendo estabelecer patamares de participação crescente dos programas de ação afirmativa nos orçamentos anuais a que se refere o § 2º deste artigo.

§ 4º O órgão colegiado do Poder Executivo federal responsável pela promoção da igualdade racial acompanhará e avaliará a programação das ações referidas neste artigo nas propostas orçamentárias da União.

Art. 57. Sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, poderão ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento das ações de que trata o art. 56:

I - transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - doações voluntárias de particulares;

III - doações de empresas privadas e organizações não governamentais, nacionais ou internacionais;

IV - doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais;

V - doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais.

TÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 58. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.

Art. 60. Os arts. 3º e 4º da Lei 7.716, de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.” (NR)

“Art. 4º

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.” (NR)

Art. 61. Os arts. 3º e 4º da Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

.....” (NR)

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

.....” (NR)

Art. 62. O art. 13 da Lei 7.347, de 1985, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 13.

§ 1º

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.” (NR)

Art. 63. O § 1º do art. 1º da Lei 10.778, de 24 de novembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

§ 1º Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado.

.....” (NR)

Art. 64. O § 3º do art. 20 da Lei 7.716, de 1989, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III:

“Art. 20.

.....

§ 3º

.....

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

.....” (NR)

Art. 65. Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 20 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Eloi Ferreira de Araújo

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.313, de 19 de agosto de 2010

Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.

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

Art. 1º Esta Lei altera o art. 16; acrescenta o inciso VIII ao art. 61; dá nova redação ao art. 80; acrescenta o Capítulo IX ao Título III, com os arts. 81-A e 81-B; altera o art. 83, acrescentando-lhe § 3º; e dá nova redação aos arts. 129, 144 e 183 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 2º A Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.” (NR)

“Art. 61.

VIII - a Defensoria Pública.” (NR)

“Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

.....” (NR)

“CAPÍTULO IX

DA DEFENSORIA PÚBLICA

‘Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.’

‘Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

I - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

- c) a declaração de extinção da punibilidade;
 - d) a unificação de penas;
 - e) a detração e remição da pena;
 - f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;
 - g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
 - h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto;
 - i) a autorização de saídas temporárias;
 - j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
 - k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;
 - l) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei;
- II - requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir;
- III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução;
- IV - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal;
- V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;
- VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.”

“Art. 83.

§ 5o Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.” (NR)

“Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará, mensalmente, ao Juízo da execução, ao Ministério Público e à Defensoria Pública cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles.

.....” (NR)

“Art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I do caput do art. 137 desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.” (NR)

“Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.” (NR)

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

Brasília, 19 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.318, de 26 e agosto de 2010

Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

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

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

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

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Paulo de Tarso Vannuchi

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.322, de 9 de setembro de 2010.

Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

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

Art. 1º O inciso II do § 2º e o § 3º do art. 475-O, os arts. 544 e 545 e o parágrafo único do art. 736 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Ar. 475-O.

.....

§2º

.....

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

.....” (NR)

“Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

.....

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei 11.672, de 8 de maio de 2008.

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II - conhecer do agravo para:

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.” (NR)

“Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557.” (NR)

“Art. 736.

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação oficial.

Brasília, 9 de setembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Luís Inácio Lucena Adams

Corte Especial

Numeração única: 0065949-25.2008.4.01.0000

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 2008.01.00.067664-0/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Universidade Federal de Uberlândia – UFU
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requeridos: Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG
Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG
Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária De Uberlândia/MG
Impetrantes: Ana Theresa Soares Vieira e Outros
Agravante: Universidade Federal de Uberlândia – UFU
Publicação: e-DJF1 de 18/08/2010, p. 4

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança. Indeferimento do pedido de suspensão. Agravo regimental. Ausência de previsão legal. Princípio da singularidade.

I. A nova lei do mandado de segurança — editada numa quadra jurisprudencial na qual haviam sido canceladas as Súmulas 506 do STF (“O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26/06/1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a ‘denega’”) e 217 do STJ (“Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança”), para admitir o agravo regimental de decisão indeferitória de suspensão de segurança — manteve o preceito do § 1º do art. 4º da Lei 4.384, de 26/06/1964, dispondo que, indeferido o pedido de suspensão de liminar ou de sentença em mandado de segurança ou provido o agravo interno interposto contra a decisão que deferiu a suspensão, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do STF ou do STJ, a depender de a ação principal tratar de matéria constitucional ou infraconstitucional. (Cf. art. 15, § 1º, da Lei 12.016, de 07/08/2009.)

II. Por opção expressa do legislador, portanto, da decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar ou da sentença em mandado de segurança não cabe agravo regimental. Pelo princípio da singularidade, aqui visto em sentido amplo, para cada ato judicial, há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedado o manejo simultâneo ou cumulativo de mais outro visando à impugnação do mesmo ato judicial.

III. Agravo regimental não admitido.

Acórdão

Decide a Corte Especial, à unanimidade, não admitir o agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 05/08/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Está em julgamento agravo regimental interposto pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU contra decisão da Presidência, que indeferiu pedido de suspensão dos efeitos das liminares concedidas, nos autos dos Mandados de Segurança

2008.38.03.009238-0/MG, 2008.38.03.009731-3/MG, 2008.38.03.009734-4/MG, 2008.38.03.009747-8/MG, 2008.38.03.009835-0/MG, 2008.38.03.009839-4/MG, 2008.38.03.009842-1/MG, 2008.38.03.009875-0/MG, 2008.38.03.009880-5/MG, 2008.38.03.009881-9/MG, 2008.38.03.009911-1/MG, 2008.38.03.009930-3/MG, 2008.38.03.009952-6/MG, 2008.38.03.010000-0/MG, 2008.38.03.010003-0/MG, 2008.38.03.010011-6/MG,

2008.38.03.010031-1/MG, 2008.38.03.010032-5/MG e 2008.38.03.010129-0/MG, pelos Juízos da 1ª, 2ª e 3ª Varas Federais daquela Subseção Judiciária, para autorizar a inscrição e a participação de alunos de escolas particulares no Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior – PAAES. Os magistrados consideram inconstitucional a Resolução 20/2008, do Conselho Universitário da Universidade, que, ao reservar 25% das vagas de cada curso para o PAAES, restringiu a concorrência apenas para os alunos das escolas públicas.

Sustenta a agravante que as citadas decisões liminares acarretam lesão à ordem pública, pois reduzem ao nada a autonomia universitária, prevista na Constituição Federal, e impedem a implementação de uma política pública vocacionada a materializar princípios constitucionais, bem como que causam grave lesão à ordem administrativa, pelo fato de inviabilizar o próprio processo seletivo.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — O Supremo Tribunal Federal, cancelando a Súmula 506¹, entendeu que as alterações trazidas pela Lei 8.437, de 30/06/1992 — a qual trouxe “Completa reformulação da legislação, quanto à suspensão das liminares nos diversos processos” (SS-AgR-AgR-AgR-QO 1945/AL, STF, Tribunal Pleno, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 19/12/2002) — deveriam ser aplicadas à Lei 4.348/1964 — mais antiga. O entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, cancelou a Súmula 217².

A tese de aplicabilidade de todas as alterações trazidas pela Lei 8.437, de 30/06/1992, à suspensão de segurança, prevista na Lei 4.348, de 26/06/1964, se vista com maior aproximação, não constitui em verdade a intenção do legislador. A Medida Provisória 2.180-35, de 04/09/2001, que deu nova redação a ambas as leis, tratou de enumerar expressamente os

dispositivos da Lei 8.437, de 30/06/1992, que deveriam ser aplicados à Lei 4.348, de 26/06/1964. Ao fazê-lo, manteve a previsão de agravo apenas no caso de deferimento da suspensão dos efeitos da liminar deferida em mandado de segurança (cf. art. 4º, § 1º, da Lei 4.348, de 26/06/1964). As Súmulas 506/STF e 217/STJ espelhavam essa opção legislativa.

Na constância dessa visão jurisprudencial, o legislador, na nova Lei do Mandado de Segurança, manteve-se fiel à previsão da lei anterior. Com efeito, a Lei 12.016, de 07/08/2009, que disciplina o mandado de segurança, não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça — quanto à possibilidade de agravo tanto da decisão que defere quanto da decisão que indefere o pedido de suspensão dos efeitos de todos os atos judiciais —, mais uma vez, prevê o cabimento de agravo somente nas hipóteses de deferimento do pedido de suspensão.

É o que dispõe o § 1º do art. 15 da Lei 12.016/2009, ao prever que, indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo interno interposto contra a decisão que deferiu a suspensão, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao do Superior Tribunal de Justiça, a depender de a ação principal tratar de matéria constitucional ou infraconstitucional.

Se cabe novo pedido de suspensão — e a nova Lei do Mandado de Segurança continuou com essa opção expressa —, não faz sentido admitir-se o agravo regimental, até mesmo em face do princípio da singularidade, aqui visto em sentido amplo, segundo o qual “para cada ato judicial há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição de simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial”³.

Esse foi o entendimento majoritário manifestado, em 15/07/2010, pela Corte Especial deste Tribunal ao apreciar o Agravo Regimental interposto contra a decisão proferida no requerimento de Suspensão dos Efeitos da Sentença 0028272-87.2010.4.01.0000/MG⁴

Em face do exposto — não cabe agravo regimental contra decisão que indefere pedido de suspensão de segurança —, não admito o agravo regimental.

É o voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Mário César Ribeiro, Tolentino Amaral, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Selene Almeida, Fagundes de Deus, Maria Isabel Galotti Rodrigues e Leomar Amorim.

¹ O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26/06/1964, cabe somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a ‘denega’.

² Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

³ JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 119.

⁴ No mesmo sentido, foram julgados os Processos 2006.01.00.010620-5 e 2005.01.00.060861-5.

Primeira Seção

Numeração única: 0018937-54.2004.4.01.0000

Ação Rescisória 2004.01.00.026870-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réus: Orlando Oswaldo Silva e outros
 Advogados: Ana Lúcia Gonçalves Rodrigues e outros
 Publicação : e-DJF1 de 25/08/2010, p. 6

Ementa

Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Admissibilidade. Art. 485, inciso V, do CPC. Violação a literal disposição de lei. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade. Matéria de indole constitucional. Art. 202 da CF/1988. Revisão de aposentadoria. IRSM de fevereiro de 1994. 39,67%. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade do art. 29, § 2º, e art. 33, ambos da Lei 8.213/1991. Possibilidade de aplicação do teto previdenciário. Entendimento adotado por ambas as turmas do STF, pelo STJ e por este Tribunal. Julgado rescindendo discordante da jurisprudência pacífica do Plenário do STF e do STJ.

I. Pretende o INSS a realização de um novo julgamento, para adequar o acórdão rescindendo ao comando legal que impõe a incidência do teto ao salário de benefício, sob pena de ofensa à literal disposição do § 2º do art. 29 e ao art. 33 da Lei 8.213/1991.

II. Constitui hipótese de cabimento de ação rescisória que importe em violação a literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do CPC), afastada, na espécie, a aplicação da Súmula 343/STF, por se tratar de matéria de natureza constitucional, disciplinada no art. 202 da Constituição Federal/1988, em sua redação original, que trata do cálculo de benefício previdenciário.

III. *Constitui violação a literal disposição de lei, para fins do inciso V do art. 485 do CPC (ação rescisória), a decisão de mérito (sentença ou acórdão) que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei, que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional.* (AR 1998.01.00.068052-0/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Quarta Seção, e-DJF1 de 03/03/2008, p. 207).

IV. *Nos termos do art. 354 do Regimento Interno desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, deve ser aplicada aos feitos submetidos às Seções, o que ocorreu com o Incidente de arguição de inconstitucionalidade na AC 95.01.17225-2/MG (DJ 04/10/1999, p. 4). No entanto, conforme dispõe seu parágrafo único, essa vinculação se cessa quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, total ou parcialmente.* (AR 0039109-12.2007.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 de 26/02/2010, p.79).

V. O Órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 193.456-5/RS, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que limitavam o valor do salário de benefício e da renda mensal inicial ao teto do salário de contribuição disposto nos arts. 29, § 2º, 33 da Lei 8.213/1991.

VI. A partir do julgamento do RE 193.456-5/RS, as turmas do STF, juntamente com o STJ, referindo-se à decisão plenária da Corte Suprema, passaram a decidir reiteradamente pela imposição do teto previdenciário, conforme disposto nos arts. 29, § 2º, 33 da Lei 8.213/1991 e parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994, entendimento esse que passou a ser adotado pela Primeira Seção deste egrégio Tribunal.

VII. Como o juízo rescindente somente tem efeito *ex nunc*, e em se tratando de pagamento de verba alimentar percebida de boa-fé pelos beneficiários, torna-se incabível a devolução dos valores recebidos a esse título.

VIII. Antecipação de tutela concedida para suspender o curso da execução no que toca aos valores controvertidos.

IX. Ação rescisória julgada procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 10/08/2010.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em desfavor de Oraldo Oswaldo Silva e outros, objetivando desconstituir o acórdão da Segunda Turma desta Corte (fls. 94/107), que negou provimento ao recurso adesivo dos autores e deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para determinar a aplicação do percentual de 39,67% sobre os salários de contribuição recebidos na competência de fevereiro/1994, sem qualquer limitação do benefício ao teto de que cuidam o art. 29, § 2º e o art. 33, da Lei 8.213/1991, bem como “(...) para declarar extinto o processo, sem exame de mérito, em relação ao autor *Júlio da Silva Souza*, por falta de interesse de agir.” (cf. fls. 107).

O acórdão transitou em julgado em 10/12/2003 (fls. 109).

Alega a autarquia previdenciária que o v. acórdão rescindendo violou literalmente os arts. 29, §2º e 33 da Lei 8.213/1991 e art. 202, da Constituição Federal de 1988, uma vez que desconsiderou o fato de que os benefícios dos réus sofreram limitação do teto atendendo-se à legislação previdenciária aplicável à espécie (fls. 2/25).

Sustenta ainda que o eg. Supremo Tribunal Federal já teria reconhecido a constitucionalidade do teto fixado pela legislação infraconstitucional, posição seguida pelo eg. Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgados e também por esta Corte.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela, para suspender a execução judicial até o trânsito em julgado da presente ação rescisória e pugna pela realização de novo julgamento, a fim de adequar o resultado ao comando legal que impõe a incidência do teto ao salário de benefício.

Acórdão rescindendo da Ação Ordinária 2000.38.00.015479-0 a fls. 94/107.

Citados, os réus não ofereceram contestação, conforme certidão de fls. 188. Consta, também, na referida certidão que o autor e os réus não apresentaram as razões finais.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência da ação rescisória (fls. 191-v).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — O acórdão rescindendo transitou em julgado em 10/12/2003 (fls. 109) e a ação rescisória foi ajuizada em 21/06/2004 (fls. 2), dentro do biênio legal, estando caracterizada sua tempestividade.

Com o manejo da presente ação rescisória, busca o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS rescindir o v. acórdão (fls. 94/107) proferido pela eg. Segunda Turma deste Tribunal, que negou provimento ao recurso adesivo dos autores e deu parcialmente provimento à apelação e à remessa oficial, condenando a autarquia à revisão dos critérios de correção dos salários de contribuição dos réus, com a inclusão do índice de 39,67%, afastando a incidência do teto ao salário de benefício disposto no § 2º do art. 29 e art. 33 da Lei 8.213/1991, bem como extinguiu o processo, sem exame de mérito para o réu *Júlio da Silva Souza*, devido à falta de interesse de agir.

As circunstâncias que ensejam a ação rescisória figuram no art. 485, já citado, e são exaustivas, ou seja, devem estar contidas no rol estabelecido pela lei para o seu manejo.

No que diz respeito à inadmissibilidade da ação por inexistência de violação a literal disposição de lei, observo que a hipótese do inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil tem sido vista com reserva

*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Ângela Catão e Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado).

pela jurisprudência dos tribunais, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula 343, que dispõe:

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

Por outro lado, a Suprema Corte tem mitigado o sentido do referido enunciado quando a pretensão envolve matéria de índole constitucional, em homenagem ao princípio da força normativa do Texto Maior.

Verifica-se que a lide inicial teve por objeto o cômputo do IRSM de fevereiro de 1994 sobre os salários de contribuição que foram utilizados para cálculo da renda mensal inicial dos segurados, sem a incidência do teto ao salário de benefício, conforme disposto no § 2º do art. 29 e art. 33 da Lei 8.213/1991.

No caso sob exame, a matéria debatida envolve questão de índole constitucional, que diz respeito ao alcance na norma do art. 202 da Constituição Federal/1988.

Assim, mostra-se cabível a rescisória, afastada a aplicação da Súmula 343 do STF, consoante reiterada jurisprudência desta eg. Corte. Confira-se:

Constitucional, Previdenciário e Processual Civil. Revisão de benefício concedido na vigência da Lei 8.213/1991. Reajuste pela variação do INPC após a edição da Lei 8.542/1992. Impossibilidade. Critérios de reajustamento. Preservação do valor real dos benefícios. Inexistência de violação a literal disposição de lei. Pedido rescisório improcedente.

I. Objetivando o autor a rescisão de julgado referente a revisão de benefício previdenciário, na forma do § 4º do art. 201 da Constituição Federal/1988, a ação rescisória não encontra embaraço no enunciado da Súmula 343 do STF, uma vez que se trata de matéria constitucional, qual seja, a observância ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários. Preliminar rejeitada.

II. (...)

VI. Pedido rescisório que se julga improcedente.

(AR 2006.01.00.012113-6/DF, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Seção, e-DJF1 de 1º/09/2008, p. 7)

Cumpra destacar que, nos termos do art. 485, V, do CPC, a ação rescisória pode ser manejada em face de violação literal a disposição de lei, assim entendido quando a decisão de mérito (sentença ou acórdão) deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional

pelo STF, ou aplica uma lei que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional. A esse respeito, confira-se:

Processual Civil, Constitucional e Tributário. Crédito-prêmio do IPI. Inconstitucionalidade do DL 1.724/1979 e, conseqüentemente, dos DL 1.722/1979 e DL 1.658/1979. Afastada a Súmula 343 do STF. Restauração do estímulo fiscal pelo DL 1.894/1981, calculado na forma da resolução Ciex 2/1979 porque compatível com o DL 491/1969, respeitado o prazo extintivo do art. 41, §1º do ADCT/CF 1988 - ação rescisória: pedido improcedente.

I. Inaplicável a Súmula 343 do STF, eis que a questão é constitucional por essência, tanto que profundamente debatida em sede de recurso extraordinário no Pleno do STF (Vide RE 186.359/RS e RE 186.623/RS).

II. Constitui violação a literal disposição de lei, para fins do inciso V do art. 485 do CPC (ação rescisória), a decisão de mérito (sentença ou acórdão) que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei, que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional.

III. Pacífica e iterativa jurisprudência (STF, STJ e TRF1) aponta que o “Crédito-prêmio do IPI” é estímulo fiscal que, após declarada a inconstitucionalidade do DL 1.724/1979 (pelo STF e ex-TFR), deve ser regulado pelo DL 1.894/1981 (que o reinstituiu, aumentando sua esfera de abrangência).

IV. Pedido rescisório improcedente.

V. Autos recebidos em gabinete, em 08/02/2008, para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo relator, em 08/02/2008, para publicação do acórdão.

(AR 1998.01.00.068052-0/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Quarta Seção, e-DJF1 de 03/03/2008, p. 207).

Assim sendo, conheço da rescisória ajuizada com fulcro no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito.

Acerca da imposição do teto máximo do salário de contribuição na data de início do benefício como limite do salário de benefício da aposentadoria, o Plenário desta Corte decidia por sua incompatibilidade vertical, ao julgar o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC 95.01.17225-2/MG, declarando incidentemente, por maioria, a inconstitucionalidade, quanto à aposentadoria, das disposições inscritas no citado dispositivo. Senão, vejamos:

Constitucional e Previdenciário. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial

da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Arts. 29, § 2º, e 33 da Lei 8.213/1991 e parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994. Inconstitucionalidade à luz do art. 202 da CF/1988.

I. O art. 29, § 2º, da Lei 8.213/1991 contraria o art. 202, *caput*, da CF/1988 – na redação anterior à EC 20/1998 – ao impor, como limite do salário de benefício da aposentadoria, o teto máximo do salário de contribuição na data de início do benefício, desprezando o valor de contribuições regularmente recolhidas a maior pelo segurado, de acordo com o limite máximo do salário de contribuição legal então vigente no período básico de cálculo do salário de benefício da aposentadoria, ou seja, nos 36 (trinta e seis) últimos meses que antecederam a concessão do benefício, como determina o art. 202, *caput*, da CF/1988.

II. Inconstitucional, outrossim, via de consequência, a limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição vigente na data do início do benefício ou em abril de 1994, tal como instituída pela legislação infraconstitucional, no art. 33 da Lei 8.213/1991 e no parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994.

III. Declarada a inconstitucionalidade, apenas quanto à aposentadoria, do § 2º do art. 29 e do art. 33 da Lei 8.213/1991, quanto à expressão “nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição na data do início do benefício”, “nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição”, e do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994.

(INAC 95.01.17225-2/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, rel. p/ o acórdão Des. Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, DJ de 04/10/1999, p. 4).

Em linha com o raciocínio do precedente acima, o presente julgamento não suscitaria maior debate, haja vista que, nos termos do art. 354 do Regimento Interno desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, deve ser aplicada aos feitos submetidos às Seções. Entretanto, o parágrafo único do artigo acima mencionado estabelece uma hipótese de exceção à regra geral, *in verbis*:

Art.354.A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, e a jurisprudência compendiada em súmula serão aplicadas aos feitos submetidos à Corte Especial, às seções ou às turmas, salvo quando aceita a proposta de revisão da súmula.

Parágrafo único. Cessará a vinculação referida neste artigo quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, total ou parcialmente, ou súmula de tribunal superior ou deste Tribunal. (grifo nosso)

Em consonância com o alegado, o julgado rescindendo, no que se refere ao mérito, afrontou literal disposição legal, de vez que o Órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do RE 193.456-5/RS, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que limitavam o valor do salário de benefício e da renda mensal inicial ao teto do salário de contribuição disposto nos arts. 29, § 2º, 33 da Lei 8.213/1991.

Confira-se:

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V e IX, do CPC. Competência. Constitucional. Revisão de benefício previdenciário. Atualização. Art. 201, § 2º, da Constituição. Critério da equivalência salarial. Integração da norma constitucional. Art. 58 do ADCT. Limites. Leis 8.212/1991 e 8.213/1991. Precedentes. Ação rescisória conhecida e provida.

I. A competência do STF para conhecimento e julgamento da ação rescisória fica firmada desde que o Tribunal tenha enfrentado uma das questões de mérito – ainda que para não conhecer do recurso (Súmula STF 249).

II. Reajuste dos benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social na data da Constituição de 1988 de acordo com o salário mínimo. Aplicação do art. 58 do ADCT. Limitação da norma constitucional transitória à edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, que regulamentaram, na forma do art. 201, § 2º, da Constituição Federal, os critérios de revisão dos benefícios previdenciários.

III. Reajuste dos benefícios iniciados no período compreendido entre a promulgação da Constituição e o início da vigência das leis de custeio e benefício, matéria disciplinada no art. 15 da Lei 7.787/1989.

IV. Ação rescisória conhecida e provida.

(AR 1572, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 21/09/2007, RT v. 97, 867, 2008, pp. 93/97.)

Ainda acerca do tema o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Previdenciário. Cálculo do salário de contribuição. Art. 202 da Constituição. Teto-limite. Legalidade. Compatibilidade dos arts. 29 e 136 da Lei 8.213/1991. Agravo regimental improvido.

I. A Terceira Seção deste Sodalício, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1112574/MG, fixou entendimento, já assentado por esta Corte, de que os benefícios concedidos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com renda mensal recalculada com base no art. 144 da Lei 8.213/1991, terão o reajuste inicial do salário de benefício limitado ao valor do respectivo salário de contribuição, em atenção ao disposto nos arts. 29, § 2º, e 33 da Lei 8.213/1991.

II. O salário de benefício poderá ser restringido pelo teto máximo previsto no art. 29, § 2º, da Lei 8.213/1991, inexistindo incompatibilidade deste dispositivo com o art. 136, que versa sobre questão diversa, atinente a critério de cálculo utilizado antes da vigência da referida lei. Precedentes

III. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 905.841/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis, Sexta Turma, DJe 15/03/2010).

Acompanhando o entendimento das cortes superiores, esta Primeira Seção tem assim decidido, *in verbis*:

Previdenciário. Processual Civil. Ação rescisória. Revisão de aposentadoria. Limite teto. Depósito prévio. Inexigibilidade. Súmula 343/STF. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Inconstitucionalidade declarada pelo plenário deste TRF 1ª Região. Regimento interno. Art. 354 e parágrafo único. Vinculação. Cessação pela decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade dos arts. 29, § 2º, e art. 33, ambos da Lei 8.213/1991. Possibilidade de aplicação do teto previdenciário. Entendimento adotado por ambas as turmas do STF, pelo STJ e por este tribunal. Julgado rescindendo. Discordância da jurisprudência pacífica do plenário do STF e do STJ. Ação rescisória procedente.

I. Tratando-se a parte autora de Autarquia Previdenciária Federal, resta dispensada a exigência de depósito prévio de 5% sobre o valor da causa, previsto no art. 488, II, CPC.

(...)

III. Nos termos do art. 354 do Regimento Interno desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, deve ser aplicada aos feitos submetidos às Seções, o que ocorreu com o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC 95.01.17225-2/MG (DJ 04/10/1999, p. 4). No entanto, conforme dispõe seu parágrafo único, essa vinculação se cessa quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, *total ou parcialmente*.

IV. No julgamento do RE 193.456-5/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que o art. 202 da CR/1988 somente adquiriu plena eficácia com a edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991.

V. Ao adotar o posicionamento de que o art. 202 da CR/1988 somente se tornou plenamente eficaz com a edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991 sendo constitucional todo o sistema revisional previsto nessas leis foi considerado compatível com a própria Carta Magna.

VI. A partir do julgamento do RE 193.456-5/RS, as turmas do STF, bem como o STJ, referindo-

se à decisão plenária da Corte Suprema, passaram a decidir reiteradamente pela propriedade da imposição do teto previdenciário previsto nos arts. 29, § 2º, e art. 33 da Lei 8.213/1991, ao qual se refere o art. 26 da Lei 8.870/1994, entendimento esse que igualmente passou a ser adotado pela Primeira Seção deste Tribunal (AR 2004.01.00.047291-7/MG, publicada no e-DJF1 p. 47, de 23/11/2009.

(...)

XI. Ação rescisória procedente.

(AR 0039109-12.2007.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 de 26/02/2010, p. 79).

Do acima descrito, ficou demonstrado que o entendimento sufragado pelo Plenário deste Tribunal, manifestado por ocasião do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 95.01.17225-2/MG, foi superado em razão de posterior decisão do Plenário da Corte Suprema quanto à constitucionalidade dos arts. 29, § 2º, 33 da Lei 8.213/1991 e parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994, que tratam da limitação do teto em benefícios previdenciários.

No tocante à antecipação de tutela, a partir do entendimento adotado neste voto, fica demonstrada a verossimilhança do direito sustentado e o *periculum in mora*, que milita em favor do ente público, de vez que a autarquia encontra-se na iminência de executar uma sentença, proferida em flagrante violação literal a disposição de lei.

Entretanto, os valores já recebidos por força de decisão judicial não serão objeto de devolução, de vez que esta Corte tem se posicionado no sentido do descabimento de sua devolução, em face da natureza alimentar do pleito, na mesma linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V, do Código de Processo Civil. Alegação de ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito, ao art. 195, §5º, da Constituição Federal, e, ao art. 75 da Lei 8.213/1991, vigente à época da concessão do benefício. Pensão por morte. Majoração. Percentual de 100% da aposentadoria do instituidor. Aplicação da Lei 9.032/1995. Pensão concedida anteriormente à vigência da lei instituidora do reajuste. Retroatividade. Não-cabimento. Pedido rescisório procedente em parte. Devolução dos valores auferidos por força da decisão rescindendo. Improcedência. Verba de natureza alimentar, de valor irrisório.

I. É incabível a aplicação do reajuste no percentual de 100% à pensão por morte concedida antes da entrada em vigor da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, instituidora do reajuste. Precedente da 1ª Turma (AC 2002.01.00.037817-1/MG, 1ª Turma, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves).

II. Não havendo disposição expressa acerca do efeito retroativo, a aplicação de lei nova ao benefício concedido anteriormente à sua vigência configura ofensa à garantia do ato jurídico perfeito (RE 108.410/RS, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer).

III. O direito ao benefício previdenciário de pensão por morte inicia-se com o surgimento do respectivo fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor, em cujo momento deverão ser analisadas as condições legais para a concessão, segundo a legislação vigente à época. Precedente (AC 1999.37.00.003939-5/MA, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves).

IV. Os proventos de pensão recebidos pela segurada, verba de natureza alimentar de valor irrisório, não ensejam repetição.

V. Pedido rescisório que se julga procedente em parte para rescindir o acórdão prolatado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento da AC 2004.01.99.051547-7/MG, e, em reexame da demanda, dar provimento à Remessa Oficial e à AC 2004.01.99.051547-7/MG para julgar-se improcedente o pedido inicial de reajuste do benefício de pensão por morte na forma do art. 75, da Lei 8.213/1991.

VI. Requerida na ação rescisória condenada ao pagamento de verba honorária da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa rescisória. Sem custas.

(AR 2007.01.00.019945-6/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 p.144 de 09/06/2008.)

Ação Rescisória. Previdenciário. Conversão do Benefício em URV. Violação literal a disposição de lei. Art. 20 da Lei 8.880/1994. Termo nominal. Restituição de valores pagos. Impossibilidade. Natureza alimentar do benefício. Aplicação do Princípio da Irrepetibilidade dos Alimentos. Precedentes.

I. A Terceira Seção já decidiu que a sistemática de conversão dos valores nominais dos benefícios prevista pelo art. 20 da Lei 8.880/1994 assegura a

irredutibilidade e a preservação do valor real dos benefícios previdenciários.

II. É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar. Valores sujeitos ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Ação rescisória procedente. Pedido de restituição indeferido.

(AR 3038/RS, rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 30/06/2008, 30/06/2008.)

Desse modo, como o juízo rescindente nesta ação somente tem efeito *ex nunc*, não tem cabimento a devolução dos valores já regularmente pagos aos beneficiários, os quais foram recebidos de boa-fé.

Entretanto, verifico presentes os pressupostos para a concessão da medida liminar, de vez que o novo julgamento opõe-se ao resultado do anterior, que já pode estar sendo executado, pelo que suspendo a execução, no que toca aos valores controvertidos.

Em face do exposto, *julgo procedente* a ação rescisória, para desconstituir o v. acórdão proferido na Apelação Cível 2000.38.00.015479-0/MG, apenas na parte em que não estabeleceu a aplicação do teto previdenciário, e, proferindo novo julgamento *dou parcial provimento* para, mantendo a revisão do benefício com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM do mês de fevereiro de 1994, *determinar* que seja aplicada a limitação do teto previdenciário, conforme previsto nos arts. 29, § 2º, 33 da Lei 8.213/1991 e parágrafo único do art. 26 da Lei 8.870/1994.

Sem custas e sem imposição da multa prevista no art. 488, II, do CPC, por isenção legal.

É o voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0001986-61.1999.4.01.3200

Embargos Infringentes e de Nulidade 1999.32.00.001988-4/AM

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
Embargante: Rosano Silva dos Santos
Advogados: Dr. Fausto Mendonça Ventura e outros
Embargada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Isac Barcelos Pereira de Souza
Publicação: e-DJF1 de 02/08/2010, p. 6

Ementa

Penal. Embargos infringentes e de nulidade. Delito do art. 312 do Código Penal. Dosimetria da pena. Pena-base aplicada acima do mínimo legal. Réu que responde a outra ação penal. Circunstâncias desfavoráveis ínsitas ao tipo penal. Prescrição. Acórdão que confirma condenação à pena privativa de liberdade: incoerência de causa interruptiva da prescrição. Retroatividade da Lei 11.596/2007: impossibilidade. Reconhecimento de ofício da prescrição. Embargos infringentes julgados prejudicados.

I. Apesar de a Lei 11.596/2007 ter alterado o preceito do art. 117, IV, do Código Penal para consignar que o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, estou que tal regra há de ser aplicada neste caso, pois a data dos fatos é anterior ao ano de 1999, não podendo a lei penal retroagir de forma a prejudicar o réu.

II. Tendo sido a pena privativa de liberdade fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, com sentença condenatória (fls. 312/321) transitada em julgado para a acusação em 19/11/2001 (certidão às fls. 322-verso), verifica-se que transcorreu um lapso temporal superior a 8 (oito) anos entre a prolação da sentença condenatória e a presente data, de forma a incidir a prescrição retroativa da pretensão punitiva, com base nos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, todos Código Penal, já que o acórdão de fls. 469/491, objeto dos presentes embargos infringentes, confirmou a sentença condenatória com relação à pena privativa de liberdade.

III. Declarada de ofício a extinção da punibilidade da pretensão punitiva do Estado quanto ao réu Rosano Silva dos Santos, em relação ao delito a ele imputado na sentença de fls. 312/321, em razão da prescrição, com base nos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, todos Código Penal.

IV. Prejudicada a análise dos embargos infringentes e de nulidade.

Acórdão

Decide a Seção declarar de ofício a prescrição em relação ao delito imputado ao réu Rosano Silva dos Santos nos presentes autos e julgar prejudicados os embargos infringentes e de nulidade, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 14/07/2010.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — Cuida-se de embargos infringentes opostos por Rosano Silva dos Santos em face da divergência ocorrida no âmbito da egrégia Terceira Turma deste Tribunal, no julgamento da apelação interposta pelo ora recorrente, no qual restou parcialmente provido o seu recurso “*tão somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa calculados à razão diária de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos*” (fls. 491), tendo sido mantida a sentença condenatória nos seus demais pontos. Inclusive a pena privativa de liberdade, aplicada como reprimenda à prática do delito previsto no art. 312 do Código Penal, dosada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, restou mantida pela colenda Turma.

Pretende o embargante que prevaleça o voto vencido do Des. Federal *Tourinho Neto*, que entendeu que, quanto à pena-base aplicada, em 3 (três) anos de reclusão, essa “*em muito se distanciou do mínimo*

legal cominado ao delito, uma vez que a própria sentença demonstra que as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao réu, que é primário e de antecedentes não maculados” (fls. 487).

Nesta instância, a PRR/1ª Região, às fls. 505/507, opinou pelo acolhimento dos embargos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — O Des. Federal *Cândido Ribeiro* consignou, quanto à dosimetria da pena do embargante, no seu voto vencedor, o seguinte entendimento:

Da dosimetria da pena:

O Juízo *a quo* assim procedeu à dosimetria da pena:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais *Tourinho Neto* e *Assusete Magalhães*.

‘O acusado é primário, no entanto, os autos noticiam seu envolvimento em mais uma infração penal em tramitação nesta Seção Judiciária, consoante a certidão de fls. 303.

A conduta do denunciado é reprovável, visto que era seu dever velar pela eficiência e pela segurança das transações bancárias envolvendo seus clientes, conduzindo-se com ética e probidade no exercício de suas atribuições.

Tenho como vis os motivos do crime, por ter o acusado agido com ambição e visando ao locupletamento ilícito.

As consequências do crime, todavia; não foram de grande magnitude, haja vista que houve ‘ressarcimento quanto ao prejuízo sofrido pela Caixa Econômica Federal.

Diante de todas essas circunstâncias, fixo a pena-base do acusado Rosano Silva dos Santos pelo crime de peculato, a teor do art. 312, *caput*, do Código Penal Brasileiro, em 3 (três) anos de reclusão.

Vislumbro para o caso em questão, a atenuante genérica prevista no art. 65, III, alínea *b*, já que, pelas declarações prestadas em Juízo por José Barbosa dos Santos Filho, às fls. 286, o acusado espontaneamente o procurou para que este ressarcisse a CEF, ajustando com o mesmo, a restituição posterior do valor.

Tenho, contudo, que não seria hipótese de arrependimento posterior (art. 16 – CPB), uma vez que o ressarcimento não foi feito em nome do próprio réu, mas pelo cliente da CEF, não atuando este como mandatário ou procurador do mesmo.

Desse modo, diminuo-lhe a pena em 6 (seis) meses, restando, pois, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses.

À míngua de outras atenuantes e agravantes, ou causa de diminuição ou outra de aumento de pena, torno-a definitiva em 2 (dois) anos, e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto. (fls. 318/319.)

O crime de peculato prevê reprimenda de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa. Desse modo, em relação à pena privativa de liberdade, a sentença não merece reparos.

A fixação da pena-base em 3 (três) anos não se mostra exacerbada, embora acima do mínimo legal, tendo em vista que o sentenciante observou devidamente todas as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do CP.

No tocante à alegação da defesa de que a sentença considerou maus antecedentes a existência de ação penal ainda em andamento, verifique-se que o Juízo *a quo* concluiu que o acusado é primário, conquanto conste nos autos certidão dando conta do seu envolvimento em outra infração penal.

Esta Turma entende que, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes, a pena-base poderá ser fixada acima do mínimo legal previsto para o delito, desde que o juiz fundamente

sua decisão e atenda às circunstâncias judiciais estabelecidas pelo art. 59 do CP, como se verifica na decisão acima transcrita:

Penal. Processo Penal. Art. 157 § 2º, I e II do Código Penal. Art. 65, III do Código Penal. Materialidade. Pena base acima do mínimo. Confissão parcial. Antecedentes do réu e autorias comprovadas. Pedido de reconhecimento de prisão domiciliar doença grave. Impossibilidade ausente comprovação do estado de saúde do apelante.

(...)

III. Apesar de o réu possuir bons antecedentes e ser primário, a pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal em consonância com as outras circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

(...)

(ACR 2002.37.00.003028-9/MA, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ p. 32 de 23/06/2006.)

Também não merece guarida a alegação da defesa de que ocorreu *bis in idem*, ao argumento de que o juiz sentenciante teria aumentado a pena-base utilizando circunstâncias que já fazem parte do tipo penal do peculato (art. 12 do CP). Da análise dos autos, vê-se que, em nenhuma parte de sua fundamentação acerca da dosimetria da pena, a sentença se referiu ao núcleo do tipo penal do peculato: ‘Apropriar-se o funcionário de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.’

Tampouco ocorreu o alegado arrependimento posterior, conforme já demonstrou a sentença. Na hipótese dos autos, o prejuízo não foi recomposto pelo agente (o apelante) em seu próprio nome, e sim, por terceiro, o cliente da CEF, José Barbosa dos Santos Filho.

Isso impede a incidência do art. 16 do CP que prevê ‘ato voluntário do agente’. Contudo, *in casu*, corretamente aplicado o art. 65, III, alínea *b*, do CP.

Todavia, a pena de multa deverá ser reduzida, levando em conta o princípio da proporcionalidade, bem como os comandos insertos nos arts. 59 e 68 do CP.

Deverá, portanto, ser fixada inicialmente em 15 (quinze) dias-multa. Reduzida em 1/3 (um sexto), torno-a definitiva em 10 (dez) dias-multa, calculados à razão diária de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, monetariamente corrigidos da data de fato até seu efetivo pagamento, nos termos do art. 49, § 2º, do CP.

No mesmo sentido deste voto é o entendimento do Ministério Público Federal:

‘É incontestável a materialidade e autoria delitivas do crime atribuído ao réu. Depreende-se dos autos, claramente que o apelante, responsável pela folha de pagamento do Instituto Ida Nelson,

ao invés de efetuar o depósito do salário em nome de Célia Aparecida Pereira, lançou o crédito de R\$ 4.788,54 na conta de José Barbosa dos Santos, com a nítida intenção de, posteriormente, apropriar-se dos valores. Tanto é assim que o apelante solicitou ao correntista, duas folhas de cheques, justificando que seriam utilizadas para corrigir o erro; todavia, constatou-se que os valores foram sacados e utilizados em proveito próprio:

Da dosimetria da pena

O juízo *a quo*, ao condenar o réu, revelou as seguintes circunstâncias desfavoráveis: a) seu envolvimento em outra infração penal (fls. 303), b) a reprovabilidade da conduta, visto que era seu dever exercer suas atividades com ética e probidade; e c) o motivo do crime, por ter o réu agido por ambição.

No entanto, não se justifica uma fixação além do mínimo legal sob argumentação de que, pelo dever de probidade, a conduta é mais gravosa, visto ser 'funcionário público na função' é elementar do tipo do peculato:

Do mesmo modo, o fato de o acusado ter agido 'com ambição e visando o locupletamento ilícito' é característica inerente à conduta reprimida.

Por fim, consoante entendimento jurisprudencial no sentido de que 'a existência de outras ações criminais contra os acusados, sem trânsito em julgado, não pode ser considerado como maus antecedentes para o fim de elevação da pena-base.

(TRF1, AP 2000.35.00.0193354/GO, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), dec. 20/05/2008, e-DJF1 17/06/2008, p. 288) e, não havendo outra circunstância judicial desfavorável; a pena-base deve ser fixada no mínimo legal. (fls. 462).

Posto isso, dou parcial provimento ao apelo do acusado, tão somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, calculados à razão diária de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, monetariamente corrigidos da data do fato até seu efetivo pagamento, nos termos do art. 49, § 2º, do CP. Mantida a sentença nos seus demais pontos. (fls. 479/483).

O voto vencido, da lavra do Des. Federal Tourinho Neto, tem o seguinte teor:

I. Cuida-se de apelação interposta por Rosano Silva Santos contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, da 2ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, que o condenou à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pela prática do delito tipificado no art. 312, § 1º, do Código Penal.

Diz a denúncia que o acusado, funcionário da Caixa Econômica Federal, depositou o valor de R\$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais) e mais R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), referentes

ao salário de Ivone Carvalho de Araújo, na conta de José Barbosa Santos e, em sequência, descontou dois cheques deste último, utilizando o dinheiro para pagamento de contas pessoais e depositou em sua própria conta corrente.

II. Comprovam a materialidade delitiva o Grupo de Trabalho que fora designado com o intuito de verificar acertos contábeis na agência da CEF e a Comissão de Apuração Sumária da CEF.

A autoria está igualmente demonstrada. Há nos autos conjunto probatório consistente e incisivo a apontar a responsabilidade criminoso. Embora o acusado não tenha confessado que foi ele quem debitou os dois cheques da conta corrente de José Barbosa dos Santos Filho, verifica-se que, ao haver o débito, em seguida houve o crédito na conta corrente do acusado. A esse fato, o CAS e algumas pessoas, ao depor, chamaram de operação casada (fls. 110/111).

A prova testemunhal concorre no mesmo sentido. A testemunha Manuel Francisco Furtado Souza, empregado da Caixa Econômica Federal, declarou em juízo que, ao comparecer à agência Aleixo, onde iria resolver algumas pendências contábeis, não localizou o documento para regularizar o saldo da conta e, em seguida, identificou as operações casadas que envolviam a conta de José Barbosa e alguns pagamentos de contas pessoais do próprio acusado (fls. 284).

No mesmo sentido declararam as testemunhas Alaesse Araújo da Silva e Luzinete Guedes da Silva Peixoto, ambos empregados da Caixa Econômica Federal (fls. 180/181 e fls. 285).

José Barbosa dos Santos Filho, na polícia, disse que ficou sensibilizado com a versão que o acusado lhe apresentou, de que iria ser punido administrativamente caso não resolvesse o problema do depósito, tendo-lhe entregue dois cheques em branco para que o mesmo regularizasse o problema (fls. 203)

O relatório da Comissão de Apuração Sumária (CAS) concluiu que o empregado Rosano promoveu a digitação incorreta, trocando a conta 1300.001.35000-3 pela conta 1300.001.5142-1. Diz ainda o relatório que o procedimento adotado pelo acusado foi completamente diverso daquele que deveria ter usado ao saber que não foi creditado o salário na conta do cliente. Ao final, afirma que o desaparecimento dos cheques de José Barbosa dos Santos serve para reforçar ainda mais a tese de que foi o acusado quem fez o saque, sem que tivessem titulados em seu nome, ou endossados por este (fls. 103/104).

III. Quanto à dosimetria da pena, não merece prosperar o argumento de que houve *bis in idem*, eis que foram analisadas corretamente todas as circunstâncias judiciais.

Também não merece guarida a alegação de que houve arrependimento posterior, tendo em vista que o prejuízo causado foi ressarcido pelo

cliente da CEF José Barbosa dos Santos Filho e não pelo acusado.

Tenho, entretanto, que a pena-base em muito se distanciou do mínimo legal cominado ao delito, uma vez que a própria sentença demonstra que as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao réu, que é primário e de antecedentes não maculados.

Este processo é fato isolado em sua vida, inexistindo necessidade de impor-lhe a pena-base acima do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão. No mesmo sentido, a pena de multa deverá ser de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/10 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Deixo de aplicar a atenuante prevista no art. 65, III, b, CP, em razão de ter sido a pena aplicada no mínimo legal.

O próprio Ministério Público Federal, em fls. 462, manifestou-se no sentido de que 'não se justifica uma fixação além do mínimo legal sob argumentação de que, pelo dever de probidade, a conduta é mais gravosa, visto que ser funcionário público na função é elementar do tipo de peculato'.

Presentes as condições objetivas e subjetivas para concessão do benefício (art. 44, I, II e III, do Código Penal), deve ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, cujo encargo de fixação e controle do cumprimento serão do Juízo da Execução (art. 66, V, a, da LEP).

A perda do cargo, em razão da violação do dever de conduta para com a Administração Pública, é imposição legal prevista no art. 92, I, a, do Código Penal e medida a ser tomada contra o réu, que, agindo em total desconformidade com as obrigações de funcionário da empresa pública à qual servia, quebrou a relação jurídico-funcional.

IV. Pelo exposto, deve ser parcialmente provido o recurso, para reduzir as penas para 2 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa, mantendo-se a sentença nos demais pontos. (fls. 487/488).

Aprecio o recurso.

Apesar de a Lei 11.596/2007 alterar o preceito do art. 117, IV, do Código Penal para consignar que o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, tenho que tal regra não deve ser aplicada neste caso, pois a data dos fatos é anterior ao ano de 1999, não podendo a lei penal retroagir de forma a prejudicar o réu.

Nesse diapasão, com relação ao embargante, consta dos autos que a denúncia foi recebida em 16/04/1999 (fl. 243) e que a pena privativa de liberdade restou fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, com sentença condenatória (fls. 312/321) transitada em julgado para a acusação em 19/11/2001 (certidão às fls. 322-verso). Dessa forma, considerando que o acórdão

de fls. 469/491, objeto dos presentes embargos infringentes, confirmou a sentença condenatória com relação à pena privativa de liberdade, verifica-se que transcorreu um lapso temporal superior a 8 (oito) anos entre a sentença condenatória e a presente data, de forma a incidir a prescrição retroativa da pretensão punitiva, com base nos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, todos Código Penal.

Isso posto, declaro de ofício a extinção da punibilidade da pretensão punitiva do Estado quanto ao réu Rosano Silva dos Santos, em relação ao delito a ele imputado na sentença de fls. 312/321, em razão da prescrição, com base nos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, todos Código Penal. Julgo prejudicados os presentes embargos infringentes.

É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Mendes: — Data venia de posicionamento contrário, entendo ter ocorrido a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado.

Na hipótese dos autos, trata-se de apelação criminal interposta por Rosano Silva dos Santos (fls. 422/428), em face da v. sentença de fls. 312/321, que o condenou à pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela apontada prática da conduta delitiva descrita no art. 312, *caput*, do Código Penal (fls. 319).

De fato, o caso exige, *data venia*, que seja reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, por aplicação do disposto nos arts. 107, IV, 109, inciso IV, 110, § 1º, do Código Penal.

É que, da análise dos autos, verifica-se que a denúncia foi recebida em 16/04/1999 (fls. 243) e a sentença penal condenatória foi tornada pública em 09/11/2001 (fls. 322), não havendo o Ministério Público Federal interposto recurso (fls. 322 v).

Assim, considerando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, bem como o prazo prescricional para o montante de pena imposto ao réu na sentença; e, considerando, ainda, o resultado do julgamento do recurso de apelação interposto pelo acusado (fls. 483, 489 e 490), verifica-se que a prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena concretizada consumou-se em 09/11/2009, devendo, dessa forma, ser reconhecida como extinta a punibilidade do réu, ora embargante.

Acerca do tema entendendo, *concessa venia*, aplicável à hipótese dos autos a ementa abaixo transcrita proferida pela 4ª Turma desta Corte Regional Federal:

Penal e Processual Penal. Apelação criminal. Embargos de declaração. Prescrição. Ocorrência. Acórdão que confirma condenação. Causa interruptiva. Lei 11.596/2007. Inaplicabilidade a fatos ocorridos antes de sua vigência.

I. Tendo sido a sentença condenatória publicada em 09/10/2000, e sendo certo que a pena aplicada foi de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, resulta evidenciado que entre a publicação da sentença e a presente data decorreu prazo superior a 8 (oito) anos, impondo-se seja pronunciada a prescrição (art. 109, inciso IV, c/c art. 110, *caput* e § 1º, ambos do Código Penal).

II. O acórdão que confirmou a condenação imposta em primeiro grau não pode ser considerado como causa interruptiva do curso do prazo prescricional. A Lei 11.596/2007 não se aplica a fatos ocorridos antes de sua vigência. As normas que versão sobre prescrição da pretensão punitiva estatal têm natureza material, não podendo, portanto, retroagir em desfavor do réu.

III. Se o fato ocorreu antes da vigência da nova norma legal, continua a ele aplicável as normas que regulavam a prescrição da pretensão punitiva àquela época, desde que sejam mais favoráveis ao acusado.

IV. Declarada extinta a punibilidade da acusada Terezinha de Jesus Ferreira Leite, em face da prescrição da pretensão punitiva do estado. Prejudicado o exame dos embargos de declaração.

(EDEACR 1998.33.00.019414-7/BA, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 10/03/2009, publicado no *e-DJF1* de 27/03/2009, p. 311).

Por essa razão, há de ser reconhecida de ofício a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal retroativa, a qual, nos termos do art. 114, II, do Código Penal, alcança a pena de multa, ficando, portanto, prejudicado o julgamento dos embargos infringentes opostos pelo embargante Rosano Silva dos Santos.

Diante disso, com fundamento nos arts. 107, IV; 109, inciso IV; 110, § 1º, todos do Código Penal, de ofício, reconheço extinta, *in casu*, a punibilidade do réu, ora embargante, em face da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado pela pena concretizada, ficando prejudicados os embargos infringentes por ele opostos, com as consequências de lei.

É o voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0043553-20.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.044461-8/MG

Relator:	Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Impetrante:	Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados:	Dra. Sibeli Maria Pinto e outros
Impetrado:	Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Betim/MG
Interessada:	Coabet – Cooperativa dos Caminhoneiros Autônomos de Betim Ltda.
Advogados:	Dr. Márcio Adriano Gomes de Oliveira e outros
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 30/08/2010, p. 7

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Ato judicial. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Impetração contra decisão que deferiu a expedição de alvará de levantamento proferida por juiz de direito. Competência do Tribunal Regional Federal para o julgamento. Saque autorizado a pessoa distinta do titular da conta. Hipótese não prevista na Lei 8.036/1990. Segurança concedida.

I. É competente o Tribunal Regional Federal para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato de juiz de direito, ainda que não esteja investido de jurisdição federal, sempre que figurar, no polo ativo, uma das entidades referidas no art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

II. Havendo resistência da CEF, competente para processar e julgar pedido de alvará judicial para levantamento do FGTS é a Justiça Federal, tendo em vista o disposto no art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

III. Afigura-se manifestamente ilegal o ato emanado de juiz absolutamente incompetente, que autoriza o levantamento, mediante alvará, de recursos do FGTS fora das hipóteses legalmente previstas e a pessoa distinta do titular da conta.

IV. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 17/08/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Caixa Econômica Federal contra ato atribuído ao Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Betim (MG) que deferiu a expedição de Alvará para levantamento de valores relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), autorizando a Cooperativa dos Caminhoneiros Autônomos de Betim (Coabet) a sacar o saldo existente na conta de Geraldo Luiz Rabelo, ex-presidente da referida cooperativa.

A impetrante argui, preliminarmente, a incompetência absoluta do Juízo, ao argumento de que a hipótese é de jurisdição contenciosa, e que a CEF, na qualidade de agente operador do FGTS, possui interesse na lide, que deve ser julgada em uma das varas federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

No mérito, sustenta a ilegalidade do ato impugnado, diante da impossibilidade de expedição de alvará para levantamento de recursos do FGTS fora das hipóteses estabelecidas no art. 20 da Lei 8.036/1990, tendo em vista que se trata de valores recolhidos legitimamente pela Coabet em nome do diretor não empregado, consoante previsto no art. 16 da mencionada lei.

Acrescenta, ainda, que apenas o trabalhador e seus sucessores, no caso de falecimento do titular da conta, têm direito a sacar o saldo existente, nas hipóteses previstas na legislação relativa ao FGTS.

Deferi o pedido de liminar para determinar a suspensão da execução da ordem judicial concernente

aos Alvarás de Autorização (fls. 35/45), até o julgamento final do presente *mandamus* (fls. 90/92).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 99).

O Ministério Público Federal emitiu parecer (fls. 104/107), no qual opina pela concessão da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Como se viu do relatório, insurge-se a impetrante, por meio deste mandado de segurança, contra ato atribuído ao Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Betim (MG) que deferiu a expedição de alvará para levantamento de valores relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), autorizando a Cooperativa dos Caminhoneiros Autônomos de Betim (Coabet) a sacar o saldo existente na conta de Geraldo Luiz Rabelo, ex-presidente da referida cooperativa.

Preliminarmente, entendo ser competente este Tribunal para conhecer do pedido, bem como cabível a impetração pela CEF, conforme consignei na decisão em que deferi o pedido liminar, *verbis*:

Preliminarmente, entendo ser competente este Tribunal para conhecer do pedido, em face do entendimento jurisprudencial firmado nesta Casa no sentido de que, figurando no polo ativo do mandado de segurança entidade que possui foro na Justiça

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Selene de Almeida e os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Neves da Cunha e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados).

Federal, a competência é do Tribunal Regional Federal, ainda quando não esteja o juiz de direito investido de jurisdição federal. A competência, na hipótese, fixa-se em razão da pessoa.

Confira-se o seguinte julgado da Terceira Seção:

Processual Civil. Mandado de segurança. Expedição de alvará de levantamento de FGTS. Incompetência da Justiça Estadual. Súmula 82/STJ. Legitimidade da CEF. Litisconsórcio passivo necessário.

I – O titular da conta vinculada ao FGTS, na condição de beneficiário do levantamento determinado pelo ato impugnado, deve integrar a relação processual em que se discute a legitimidade desse ato, na qualidade de litisconsorte passivo necessário (CPC, art. 47, *caput*).

II – Afigura-se cabível a ação mandamental, para impugnar ato praticado por autoridade judicial incompetente, em procedimento de jurisdição voluntária, do qual não participou a impetrante.

III – Nos termos do enunciado da Súmula 82/STJ, 'compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS', sendo a Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora do Fundo, parte legítima para integrar a lide, nas causas em que se discute a movimentação de contas vinculadas a esse Fundo.

IV – Segurança concedida, em face da nulidade absoluta do ato impugnado.

(MS 2002.01.00.029055-3/MG. – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – DJ de 12/09/2003, p. 78)

O ato contra o qual se insurge a impetrante é a sentença (fls. 32) que determinou a expedição de alvará de levantamento dos recursos do FGTS, contra a qual não consta haver interposto o competente recurso de apelação.

Efetivamente, conforme dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil, tinha a Caixa Econômica Federal, ora impetrante, legítimo interesse, na qualidade de terceira prejudicada, para interpor o recurso de apelação contra a sentença que mandou liberar recursos do FGTS fora das hipóteses legalmente previstas, e, além do mais, proferida por juiz absolutamente incompetente.

Considerando, todavia, que a CEF não foi parte no processo, não tendo, portanto, sido intimada da sentença, entendo cabível a impetração do mandado de segurança, e, tratando-se de ato ilegal, em face da incompetência do Juízo, não incide o óbice à sua impetração, como reiteradamente tem entendido este Tribunal.

Tenho por presentes, outrossim, os requisitos autorizadores para a concessão da medida liminar, pela relevância da fundamentação concernente à

impossibilidade de saque, na hipótese, por se tratar de conta em nome do ex-diretor não empregado da Cooperativa, e pela possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, se for efetuado o saque, e a segurança vier a ser concedida, ao final.

Diante do exposto, defiro a liminar para determinar a suspensão da execução da ordem judicial concernente aos alvarás de autorização (fls. 35 e 45), até o julgamento final do presente *mandamus*.

Conheço, pois, do mandado de segurança e passo ao exame de seu mérito.

O mandado de segurança, como se sabe, é garantia constitucional destinada a

proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIX).

Pressuposto do cabimento do mandado de segurança, pois, a ocorrência de um ato de autoridade, ilegal ou abusivo.

Tratando-se de mandado de segurança contra ato judicial, somente se admite em casos excepcionais, em que a decisão possa causar dano grave e irreparável, seja manifestamente ilegal ou se afigurar teratológica.

Ao que se depreende dos autos, a Coabet requereu a expedição de alvará judicial para levantamento de valores depositados na conta vinculada ao FGTS de titularidade do seu ex-diretor, Geraldo Luiz Rabelo, ao fundamento de que houve deliberação da assembleia geral e expressa concordância do titular da conta, o que a autorizaria a efetuar o saque pleiteado.

Prescreve a Lei 8.036/1990 que:

Art. 16. Para efeito desta lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.

(...)

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I. despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

II. extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho

nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III. aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV. falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V. pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

(....)

VI. liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII. pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

(....)

VIII. quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

IX. extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela;

X. suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI. quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII. aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção.

XIII. quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV. quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV. quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI. necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

(....)

XVII. integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

(....)

§18. É indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim.

Assim, apesar do consentimento do titular da conta, não se amoldando a situação descrita nos autos às hipóteses elencadas no art. 20 da Lei 8.036/1990, a decisão que autoriza o levantamento de saldo existente em conta de FGTS é manifestamente ilegal, mormente quando emanada de juiz absolutamente incompetente.

Ante o exposto, concedo a segurança pleiteada.

É o meu voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0059984-32.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 200901000610407/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Autor: Jaime de Almeida Paiva
 Advogada: Dra. Adriana Pinto Sampaio
 Ré: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Suscitante: Juizado Especial Federal Cível/MG – 2ª Vara
 Suscitado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG
 Publicação: e-DJF1 de 09/08/2010, p. 25

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Conflito de competência. Repetição de indébito. Ação ajuizada perante o Juizado Especial Federal instalado na capital do Estado. Superveniente implantação do juizado especial federal em subseção judiciária. Redistribuição de processos anteriormente ajuizados. Provimento Coger 19, de 15/08/2005. Lei 10.259/2001. Impossibilidade. Competência do Juízo suscitante

I. A instalação de novas varas federais, regularmente criadas por lei, autoriza a redistribuição dos feitos, no âmbito da competência territorial antes fixada, não configurando, na espécie, nenhuma ofensa aos princípios da perpetuação da jurisdição e do juízo natural.

II. Essa redistribuição, contudo, não alcança os processos de competência do juizado especial federal, por expressa vedação dos atos normativos de regência (Lei 10.259/2001, art. 25 e Provimento Coger 19, de 15 de agosto de 2005, art. 1º).

III. Conflito de competência conhecido e provido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais, suscitante.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o juízo suscitante do Juizado Especial da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 21/07/2010

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo douto Juizado Especial Federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, em virtude de decisão proferida pelo Juízo da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, que também funciona como Juizado Especial Federal, ordenando o retorno dos autos principais ao juízo suscitante, sob o fundamento de que, na espécie, aplicar-se-iam as regras do art. 1º do Provimento Coger 19, de 15/08/2005, e do art. 25 da Lei 10.259/2001, segundo as quais, por ocasião

da implantação dos juzados especiais federais nas subseções judiciárias, não seriam objeto de redistribuição os processos anteriormente ajuizados, como no caso.

Notícia o juízo suscitante (2ª Vara do Juizado Especial Federal de Belo Horizonte/MG) que a ação lhe fora inicialmente distribuída, tendo ordenado a remessa dos autos para a Vara Federal Única de Sete Lagoas/MG, ao argumento de que o autor tem domicílio inserido na jurisdição daquele juízo, sobrevindo, contudo, o retorno dos autos, ao argumento de que seria vedada a redistribuição de processos quando ajuizados antes

da implantação dos juizados nas subseções judiciárias, como na hipótese em comento.

Instaurado o conflito negativo de competência, foram os autos submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que determinou o seu encaminhamento a este egrégio Tribunal, por ser o competente para dirimi-lo, nos termos do que restou decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, nos autos do RE 590.409/RJ.

A douta Procuradoria Regional da República opinou pelo conhecimento do conflito, para declarar-se competente o juízo suscitante.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Como visto, o conflito negativo em referência decorre do fato de que, entendendo o Juizado Especial Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, para onde o feito fora originariamente distribuído, que o domicílio do autor da demanda encontrava-se submetido à jurisdição do juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, ora, suscitado, a competência, no caso, seria daquele juízo, que também funciona como Juizado Especial Federal.

Contudo, por entender que, na espécie, não seria o caso de deslocamento da competência, por força do que dispõem o art. 1º do Provimento Coger 19, de 15/08/2005, e do art. 25 da Lei 10.259/2001, o juízo suscitado determinou o retorno dos autos ao juízo de origem, instaurando-se o conflito negativo de competência, por entender o juízo suscitante que as referidas normas não teriam aplicação entre juizados especiais federais, como na hipótese em comento, na medida em que a vedação ali constante referir-se-ia, tão somente, àquelas demandas já ajuizadas perante as varas federais comuns, que, em tese, seriam da competência do juizado especial federal, mas que, tendo sido ajuizadas antes da sua implantação, não seriam redistribuídas.

Como visto, a discussão travada nestes autos gira em torno da competência de juizados especiais federais, para processar e julgar a demanda instaurada nos autos de origem – repetição de indébito relativo aos valores recolhidos ao Fundo de Saúde da

Aeronáutica. Entende o juízo suscitante que, embora o feito lhe tenha sido inicialmente distribuído, a superveniente implantação do Juizado Especial Federal na Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, autorizaria a redistribuição dos autos, eis que o autor da demanda ali mantém domicílio.

Assim posta a questão e em que pesem as razões expendidas pelo juízo suscitante, verifica-se que assiste razão ao juízo suscitado, por força do que dispõe o art. 25 da Lei 10.259/2001, na determinação de que “*não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação*”, não fazendo qualquer ressalva quanto aos feitos já em tramitação em outros juizados especiais federais, como no caso, não se podendo admitir ao intérprete fazer distinção onde o legislador não fez.

Em caso similar, este egrégio Tribunal, por intermédio da sua colenda Primeira Seção, já firmou entendimento, no sentido de estrita observância do dispositivo legal em referência, conforme se vê do seguinte julgado:

Constitucional e Processual Civil. Conflito de competência. Revisão de benefício previdenciário. Ação ajuizada perante a vara federal da Capital do Estado-Membro em data anterior à instalação da Subseção Judiciária. Redistribuição de processos. Provimento Coger 19. Competência territorial relativa. Súmula 689/STF. Declinação de ofício. Impossibilidade. Competência do juízo suscitante

I. O Superior Tribunal de Justiça decidiu nestes autos que a competência para julgar conflitos entre juízo federal e juizado especial federal é desta Corte Regional, em razão da manifestação do Supremo Tribunal Federal no RE 590.409/RJ, Plenário, julgado em 26/08/2009.

II. O art. 1º do Provimento Coger 19, de 15 de agosto de 2005, determinou a redistribuição de todos os processos em tramitação nas varas da seção judiciária abrangidos pela competência territorial fixada, em virtude da implantação das novas varas federais, excluídos da redistribuição tão somente os processos da competência dos juizados especiais federais

III. A competência territorial relativa não pode ser declarada de ofício pelo juiz, tendo em vista a sua prorrogação, se não for arguida pelo réu, nos termos do art. 114 do CPC e Súmula 33/STJ.

IV. O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro (Súmula 689/STF).

V. Conflito de competência conhecido e provido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais, suscitante.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

(CC 0067849-09.2009.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Ângela Maria Catão Alves, Primeira Seção, e-DJF1 2 de 26/02/2010.)

Nessa mesma linha de entendimento, confira-se o pronunciamento ministerial, *in verbis*:

Não assiste razão ao juízo suscitante, devendo o presente conflito ser conhecido a fim de declará-lo competente para processar e julgar a ação ordinária de repetição de indébito, cujo ajuizamento se deu antes da instalação do juizado especial perante o Juízo da Vara Única de Sete Lagoas/MG, o suscitado.

A Lei 10.259/2001, em seu art. 25, assim estabelece:

Art. 25. Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação.

Diante da clareza desta norma, com nítido caráter de transição, é possível concluir que é vedado às Varas Federais, nas quais tramitam causas reguladas pela Lei 10.259/2001, redistribuí-las a juizados especiais federais criados após o seu ajuizamento. Esta imposição, ressalte-se, também é dirigida aos demais juizados especiais federais cuja competência territorial seja modificada por ato normativo ulterior, pois esta espécie de competência é relativa e enseja a aplicação do princípio da perpetuação da jurisdição.

Além disso, o art. 25 da Lei 10.259/2001 não fez qualquer distinção quanto aos destinatários da vedação nele contida, se apenas varas federais ou, também, juizados especiais federais, eis que não cabe ao intérprete criar distinções onde o legislado não o fez. Entendimento diverso poderia ensejar uma situação não desejada, na qual juízes federais sobrestariam o andamento de processos em curso, até a efetiva instalação de novos Juizados Especiais que absorvessem parcela de sua competência, apenas para redistribuí-los aos juízos recém criados.

A propósito, este Superior Tribunal de Justiça tem posição pacífica de que, sendo a data da propositura da ação anterior à data de instalação do juizado especial federal, permanece a competência do juízo que primeiro conheceu da causa, conforme demonstram as seguintes ementas:

Conflito negativo de competência. Justiça comum estadual e juizado especial federal. Ação proposta antes da instalação do juizado especial federal perante a justiça comum estadual. Permanência da justiça delegada pelo art. 109, § 3º, CR/1988. Aplicação do art. 25 da Lei 10.259/2001 como regra de transição.

I. sendo a data da propositura da ação anterior à data de instalação do Juizado Especial Federal em Catanduva/SP, permanece a competência da Justiça delegada pelo art. 109, § 3º, CR/1988, nos termos do art. 25, da Lei 10.259/2001, como regra de transição.

Precedentes do STF.

II. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo suscitante.

(CC 54359/SP, rel. Min. Paulo Medina, Terceira Seção, julgado em 26/10/2005, DJ 06/02/2006 p. 196).

Neste sentido, decidiu o eminente Min. Mauro Campbell Marques, em conflito instaurado entre vara federal e juizado especial federal:

Conflito de Competência 95.719 - RJ
(2008/ 0100497-0)

Relator: Min. Mauro Campbell Marques

Autor: Roberto Gomes da Silva

Advogado: Nelson Pereira da Silva

Ré: Caixa Econômica Federal – CEF

Suscitante: Juízo Federal do 2º Juizado Especial de Nova Iguaçu – SJ/RJ

Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara de São João de Meriti – RJ

Conflito negativo de competência entre a justiça federal e juizado especial cível federal. Ajuizamento da demanda principal anterior a instalação do juizado. Art. 25 da Lei 10.259/2001. Competência da Justiça Federal.

Decisão: Examina-se conflito negativo de competência instaurado entre Juízo Federal do 2º Juizado Especial de Nova Iguaçu – SJ/RJ e o Juízo Federal da 3ª Vara de São João de Meriti – RJ almejando definir a competência para o julgamento de ação ordinária proposta por Roberto Gomes da Silva contra a Caixa Econômica Federal embasada na deficiente correção monetária dos saldos da conta do FGTS, atribuindo-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A ação foi proposta inicialmente na Justiça Federal, que declinou da competência para a uma das varas do juizado especial federal, por entender que o critério legal que define a competência dos juizados especiais federais é o valor da causa, que no caso concreto é inferior a sessenta salários mínimos.

Por sua vez, o juizado especial federal suscitou conflito negativo de competência, ao argumento de que a ação foi ajuizada antes da instalação dos Juizados Especiais Federais em Nova Iguaçu que só ocorreu em 19 de abril de 2006, por força do Ato 196, de 11 de abril de 2006, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O Ministério Público Federal opinou pela competência da justiça federal comum (fls. 39/42).

É o relatório. Passo a decidir.

No presente caso, o juízo suscitado remeteu os autos ao suscitante em razão da sua incompetência pelo valor da causa.

Verifica-se da leitura dos autos que ação foi proposta antes de 19 de abril de 2006, quando foram instalados os juizados especiais federais em Nova Iguaçu.

Desse modo, nos termos do art. 25, da Lei 10.259/2001: 'Art. 25. Não serão remetidos aos

Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação. Assim, uma vez que a data da propositura da ação é anterior à instalação do juizado especial federal em Nova Iguaçu, permanece a competência anterior.

(....)

Ante o acima exposto, conheço do conflito negativo para declarar competente Juízo Federal da 3ª Vara de São João de Meriti – RJ, o suscitado.

Oficie-se. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 9 de setembro de 2008. Min. Mauro Campbell Marques relator (Ministro Mauro Campbell Marques, 30/09/2008) (grifos acrescidos).

Ante o exposto e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo conhecimento do presente conflito de competência para declarar a competência do

Juízo Federal da 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais (fls. 30/33).

O parecer em referência fora lançado pela douda Subprocuradoria-Geral da República, perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo ratificado pela Procuradoria Regional da República (fls. 52/55).

Em sendo assim, conheço do conflito, para declarar a competência do Juizado Especial da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, ora suscitante.

Este é meu voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0006665-16.2000.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2000.38.00.006722-5/MG

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado)
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Consórcio Construtor Andrade Gutierrez/Santa Bárbara
Advogados: Dr. Adriana Mourão Nogueira e outros
Remetente: Juízo Federal da 13ª Vara/MG
Publicação: e-DJF1 de 17/08/2010, p.181

Ementa

Direito Previdenciário. Acidente de trabalho. Verbas securitárias. Art. 120 da Lei 8.213/1991. Constitucionalidade, em tese. Culpa do empregador. Descaracterização. Obrigação de ressarcimento ao INSS. Afastamento, no caso.

I. O Regime Geral da Previdência Social tem natureza securitária, ou seja, faz parte de um sistema que é estruturado considerando-se os riscos da possível morte de seus segurados em qualquer tempo.

II. Dispõe o art. 120 da Lei 8.213/1991 que, “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. Esse o dispositivo que os primeiros apelantes alegam ser inconstitucional.

III. Por mais que o responsável por obra de construção civil tome medidas preventivas contra acidentes, permanecerá sempre uma margem de risco que só pode ser prevenida pela diligência e cautela de cada empregado.

IV. O principal fator (causa imediata) do acidente foi, pois, a falta de cuidado do operário. Poder-se-ia entender que a vítima apenas contribuiu para o acidente, caso em que haveria responsabilidade parcial do empregador, mas não é razoavelmente previsível que um operário vá colocar a cabeça para dentro do poço do elevador da obra sem certificar-se de sua aproximação.

V. Fossem as empresas construtoras responsabilizadas em todas as semelhantes situações, tornar-se-ia economicamente desinteressante a atividade ou os custos, repassados para o produto, elevariam desmedidamente os preços para os consumidores.

VI. Apelação não provida. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 04/08/2010.

Juiz Federal *Francisco Neves da Cunha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha:

— Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido de ressarcimento, de uma só vez de todos os gastos já efetuados com benefício acidentário concedido (pensão por morte), desde 23/01/1996, aos dependentes do falecido Gerado Magela de Souza, em face do Consórcio Construtor Andrade Gutierrez Santa Bárbara.

Sustenta o INSS, que a Lei 8.231/1991 previu, em nosso ordenamento jurídico, a expressa regulamentação da propositura de ações regressivas pelo INSS contra as empresas que, ao deixarem de cumprir seu dever legal de observância das normas de segurança e higiene do trabalho, concorrem, de alguma maneira para a ocorrência de infortúnios. Alega, ainda, que, a infortunistica, por força da lei, é coberta pela Previdência para a segurança do obreiro; mas não se exclui, obviamente, a reversão para haver indenização de quem contribuiu para a ocorrência do infortúnio. E que, a ré é responsável pela ocorrência do acidente que vitimou o obreiro, uma vez que cumpria àquela diligenciar, de todas as formas, para que todos os procedimentos fossem realizados dentro dos padrões de segurança, dentre outros argumentos.

Contrarrazões de fls.121/126.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha:

— Não assiste razão ao apelante.

A r. sentença assim se manifestou, a qual adoto parte como razões de decidir, *in verbis*:

(...)

No particular, assiste razão ao réu quando alega que o direito ao benefício previdenciário de pensão por morte é autônomo em relação às circunstâncias em que essa ocorreu. Vale dizer: independentemente de culpa do réu, o óbito do segurado da Previdência Social gera, para os seus dependentes, o direito à pensão, eis que constitui benefício de natureza previdenciária, disciplinado ao custeio e incidência, pelos arts. 194, 195 e 201 da Constituição Federal, no capítulo que trata, especificamente, da Seguridade Social.

É certo que, na hipótese de ser constatada a culpa (no caso, do empregador) como causa do óbito, surge para os sucessores do falecido o direito à reparação do dano na esfera cível. Entretanto, trata-se de um direito adicional, decorrente da responsabilidade civil engendrada pela culpa, sem qualquer relação com o benefício previdenciário.

É que o dano, na espécie, foi sofrido pelos dependentes da vítima e não pela autarquia, que não faz jus a qualquer reparação, máxime considerando que o Regime Geral de Previdência Social tem natureza securitária, ou seja, faz parte de um sistema que é estruturado considerando-se os riscos da possível morte de segurados em qualquer tempo.

(...)

Dispõe o art. 120 da Lei 8.213/1991 que,

nos casos de negligência quanto a observância às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Esse o dispositivo que os primeiros apelantes alegam ser inconstitucional.

Não há, todavia, a cogitada inconstitucionalidade. A Constituição prevê, de fato, “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII)”.

Não está aí prevista ação regressiva com objetivo de ressarcimento à entidade securitária pelo que houver desembolsado em razão de acidente do trabalho ocorrido por culpa do empregador, mas não há impedimento a que tal ressarcimento seja instituído por lei. É o chamado *espaço de conformação* que se reserva à legislação ordinária.

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado).

Em situação parecida, assim decidiu a Corte Especial deste Tribunal:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão não caracterizada. Efeito modificativo. Excepcionalidade não ocorrente.

I. Objetiva-se suprir suposta omissão no acórdão em que se rejeitou arguição de inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/1998.

II. Alega-se que a questão deve “ser apreciada à luz dos princípios e preceitos constitucionais que norteiam o sistema tributário brasileiro, a partir do que, sem dúvida, será revelada a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/1998, com a procedência da arguição proposta”.

III. Pretende a embargante, na verdade, rediscutir os fundamentos do julgado, não sendo o recurso oposto, via de regra, meio próprio para fazer prevalecer tese jurídica diferente da que foi acolhida no acórdão embargado.

IV. A ausência de pronunciamento expresso sobre determinados dispositivos legais ou pontos indicados pela parte embargante não caracteriza omissão para efeito dos embargos de declaração. A esse respeito, o eg. Superior Tribunal de Justiça decidiu que “inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão” (STJ. 1ª Turma. REsp 501.854/SC. rel.: Min. Luiz Fux. DJ de 24/11/2003, p. 222).

V. Apenas em caráter excepcional são admissíveis embargos declaratórios com efeito modificativo.

VI. Embargos a que se nega provimento.

(EDIICE 2000.38.00.034572-0/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Corte Especial, 07/04/2008 e-DJF1 de 07/04/2008, p.110).

Tenho que assiste razão ao d. juízo. Por mais que o responsável por obra de construção civil tome medidas preventivas contra acidentes, permanecerá sempre uma margem de risco que só pode ser prevenida pela diligência e cautela de cada empregado. O cuidado que o infeliz vítima não teve — parece-me — é semelhante ao cuidado que a pessoa deve ter ao atravessar a rua.

Fossem as empresas construtoras responsabilizadas em todas as semelhantes situações, tornar-se-ia economicamente desinteressante a atividade ou os custos, repassados para o produto, elevariam desmedidamente os preços para os consumidores.

Entendeu o MM. juiz que o *Regime Geral de Previdência Social tem natureza securitária, ou seja, faz parte de um sistema que é estruturado considerando-se os riscos da possível morte de seus segurados em qualquer tempo.*

Em face do exposto, nego provimento à apelação do INSS.

Segunda Turma

Numeração única: 0043264-87.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.044726-0/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
Agravante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Agravados: Lauri Evaristo Beber e outros
Advogados: Dr. Agnaldo Rocha Teixeira da Cruz e outros
Publicação: e-DJF1 21/07/2010, p. 299

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução contra a Fazenda Pública. Rito processual. Inaplicabilidade dos arts. 475-B e 475-J do CPC. Lei 10.232/2005. Citação pelo art. 730 do CPC.

I. Dispõe o art. 475-B do CPC, com a redação introduzida pela Lei 10.232/2005, que, “quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

II. O art. 475-J, por sua vez, estabelece que, “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue, no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

III. Relativamente à execução movida contra a Fazenda Nacional, não foi eliminado o processo autônomo, que possui procedimento específico, por força dos arts. 100 da Constituição e 730 do CPC.

IV. A execução contra a Fazenda Pública possui rito próprio e, em face da prevalência do interesse público, não se pode afastar tal procedimento estabelecido pelo ordenamento jurídico.

V. Agravo de instrumento provido, para que a citação da agravada seja processada na forma do art. 730 do Código de Processo Civil.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 21/07/2010.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:

— 1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou à agravante a apresentação dos cálculos de liquidação do julgado.

2. Alega que a nova sistemática introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/2005 não se aplica às execuções movidas contra a Fazenda Pública.

3. Os agravados apresentaram contraminuta (fls. 145/147).

4. Instada a se manifestar sobre a possibilidade de conciliação, a União se absteve de apresentar proposta de acordo. (fls. 154/156)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:

— 1. Trata-se, como visto, de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra decisão que determinou à agravante a apresentação dos cálculos de liquidação do julgado.

2. Entendo que estão demonstrados, nos autos, os requisitos que autorizam a concessão do efeito suspensivo ao recurso.

3. Com efeito, dispõe o art. 475-B do CPC, com a redação introduzida pela Lei 10.232/2005, que,

quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

4. Por sua vez, o art. 475-J estabelece que,

caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue, no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

5. Entretanto, relativamente à execução movida contra a Fazenda Nacional, não foi eliminado o processo autônomo, que possui procedimento específico, por força dos arts. 100 da Constituição e 730 do CPC.

6. A execução contra a Fazenda Pública possui rito próprio e, em face da prevalência do interesse público, não se pode afastar tal procedimento estabelecido pelo ordenamento jurídico.

7. Nesse sentido, já entendeu o STJ:

Processual civil. Recurso especial. Execução contra a Fazenda Pública. Transação judicial. Descumprimento. Bloqueio de verbas públicas. Inviabilidade da constrição.

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes e a Exma. Sra. Juíza Federal Solange Salgado da Silva (convocada).

I A execução, contra a Fazenda Pública, de obrigação de pagar quantia está sujeita a rito próprio (art. 730 do CPC e art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (*v.g.*, desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de expropriação mediante bloqueio ou seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

II. (...) Não cumprida a obrigação, sua execução judicial deve observar o procedimento comum da execução contra a Fazenda Pública.

III. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 890.215, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22/03/2007, p. 315)

8. Nesse sentido, também é o entendimento desta Corte:

Execução contra a Fazenda Pública. Rito processual. Inaplicabilidade do art. 475-B e 475-J do CPC. Lei 10.232/2005. Citação pelo art. 730 do CPC.

I. A execução contra a Fazenda Pública possui procedimento peculiar ante a prevalência do interesse público e, sob o pálio dessa garantia, não se pode aplicar as disposições dos arts. 475-B e 475-J do CPC, introduzidas pela Lei 10.232/2005, sob pena de subtrair as prerrogativas outorgadas pelo ordenamento jurídico específico, nos termos em que definidas nos arts. 100 da Constituição e 730 do CPC.

II. Agravo de instrumento provido para determinar que a citação da agravante seja processada na forma prevista no art. 730 do CPC.

Ag 200701000133076/DF Oitava Turma, DJ 31/10/2007 p. 162, rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias.

9. Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para que a citação da agravada seja processada na forma do art. 730 do Código de Processo Civil.

É o voto.

Terceira Turma

Agravo em Execução Penal 0005805-36.2010.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
Agravante: Antônio Fernandes Feijó (réu preso)
Defensora: Defensoria Pública da União
Agravada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Heitor Alves Soares
Publicação: e-DJF1 de 06/08/2010, p. 36

Ementa

Penal. Processo Penal. Agravo em execução. Autorização para trabalho intramurus. Remição. Lei de Execuções Penais, arts. 31 e 41, II. Contagem de dias não trabalhados. Remição ficta. Impossibilidade. LEP, art. 130.

I. A Lei de Execução Penal, instituída pela Lei 7.210/1994, garante ao preso que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto o direito de remir, pelo trabalho, parte dela, tendo como objetivo a formação profissional do condenado, de modo a proporcionar-lhe a oportunidade de se integrar e voltar ao convívio social.

II. É obrigatório o trabalho para o preso, conforme dispõe o art. 31, da LEP e, ainda, lhe é garantido, pela redação do art. 41, II, do mesmo diploma legal, o direito de trabalhar. Não pode, portanto, o Estado alegar a impossibilidade de implementação das medidas necessárias para o efetivo labor interno na penitenciária, inviabilizando o exercício do direito-dever pelo preso, pois, assim, estar-se-ia negando a ele o direito de remir sua pena e mais rapidamente gozar de sua liberdade, por motivo alheio à sua vontade.

III. O art. 6º da Constituição Federal coloca o trabalho como um dos direitos sociais e, desse modo, o não oferecimento, pelo Estado, dos meios indispensáveis à sua efetivação no ambiente prisional, não deve obstar o exercício desse direito pelo preso.

IV. Ainda que o preso deixe de trabalhar em face de razões alheias à sua vontade, como na hipótese em que o estabelecimento prisional, onde o recorrente cumpre pena, não disponibiliza meios de realização da atividade laborativa, é proibida a contagem dos dias não laborados para fins de remição, sob alegação de culpa do Estado, pois que, na verdade, não houve trabalho, e, conforme disposto no art. 130 da Lei de Execução Penal: "Constitui o

crime do art. 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição”.

V. Agravo em execução parcialmente provido, para garantir ao agravante o direito ao trabalho no presídio onde cumpre sua pena, no prazo de 90 (noventa) dias.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo em execução.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 27/07/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — I. Trata-se de agravo em execução interposto por Antônio Fernandes Feijó (réu preso) contra decisão proferida pelo Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Porto Velho/RO, Élcio Arruda, que indeferiu seu pedido de remição independentemente de trabalho, sob o fundamento de que a ausência de trabalho no ambiente carcerário impede o seu reconhecimento (fls. 09/10).

II. Relata o agravante que, tendo em vista a inaplicabilidade de terapia laborativa e falta de oportunidade de ensino fundamental, ambos por ingerência do Estado, requereu a remição da pena, o que restou indeferido pelo magistrado, sob o fundamento de que a remição ficta afronta o princípio da isonomia. Alega, ainda, que o trabalho, além de ser dever do preso, cujo descumprimento acarreta a configuração de falta grave, constitui, também, um direito, pois contribui para ressocialização do apenado e possibilita remir os dias trabalhados, de forma que tal direito não lhe pode ser subtraído. No mais, argumenta que

não tendo sido estabelecido trabalho aos detentos da Penitenciária Federal de Porto Velho, muito menos educação formal, por culpa do estado, durante os três primeiros meses de funcionamento, que não bem equipou tal estabelecimento para o recebimento dos presos, é de direito a remição dos dias correspondentes àqueles que deveria ter trabalho, isto é, os dias úteis.

Alega, assim, que a perda da chance de remição por omissão do Estado, legítima, a título indenizatório, a remição ficta. Requer a reforma da decisão para que seja remida a pena, na proporção de três dias encarcerados por um, desde a sua transferência para o estabelecimento prisional até o efetivo oferecimento de terapia laborativa e do curso de instrução escolar (fls. 03/06).

III. Em contrarrazões, o Ministério Público Federal sustenta que não assiste razão ao recorrente, pois não se reconhece a hipótese de remição ficta, haja vista que a remição de parte do tempo de execução da pena pelo trabalho exige o efetivo exercício de atividade laborativa pelo apenado. Argumenta, outrossim, que

eventual omissão, embora seja socialmente condenável e esteja em descompasso com os princípios da Lei 7.210/1984, não pode dar margem a que o Poder Judiciário conceda o benefício fora das hipóteses legais, situação que afrontaria aqueles que, de fato, trabalharam ou estudaram para fazer jus à remição, violando, desse modo, o princípio da isonomia.

Requer, assim, o desprovimento do recurso (fls. 15/22).

IV. Neste Tribunal, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira, opina pelo não provimento do recurso.

V. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — I. Trata-se de agravo em execução interposto por Antônio Fernandes Feijó (réu preso) contra decisão proferida pelo Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Porto Velho/RO, Élcio Arruda, que indeferiu seu pedido de remição independentemente de trabalho, sob o fundamento de que a ausência de trabalho no ambiente carcerário impede o seu reconhecimento.

II. Dispõe a Lei de Execução Penal, instituída pela Lei 7.210, de 11/07/1984, que:

Art. 31 – O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assuete Magalhães e Carlos Olavo.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 32 – Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

(...)

Art. 33 – A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Art. 34 – O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º – Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregasse de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada.

§ 2º – Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

Art. 39 – Constituem deveres do condenado:

(...)

V- execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Art.41 – Constituem direitos do preso:

I – *omissis*.

II – atribuição de trabalho e sua remuneração

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

(...)

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem do tempo para a fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

§ 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Como se vê, a atribuição de trabalho e assistência educacional constitui direitos conferidos ao encarcerado pela Lei de Execução Penal. E, quanto a atividade laborativa, a LEP garante ao preso que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto o

direito de remir, pelo trabalho, parte dela, tendo como objetivo a formação profissional do condenado. Essa formação profissional é que dará a ele a oportunidade de se integrar e voltar ao convívio social.

É obrigatório o trabalho para o preso, conforme dispõe o art. 31, da LEP e, ainda, lhe é garantido, pela redação do art. 41, II, do mesmo diploma legal, o direito de trabalhar. Portanto, não pode o Estado simplesmente alegar que o estabelecimento prisional, onde o preso cumpre pena, não disponibiliza meios de realização da atividade laborativa, impossibilitando o exercício do direito-dever pelo apenado, pois assim estaria se negando a ele o direito de remir sua pena e mais rapidamente gozar de sua liberdade, por motivo alheio à sua vontade.

Além disso, o art. 6º da Constituição Federal coloca o trabalho como um dos direitos sociais e, desse modo, a indisponibilidade de vaga não deve obstar o exercício desse direito pelo preso. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, *in Execução Penal*, 10ª ed., Atlas, São Paulo, p. 88:

(...) se o Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, conforme os termos legais, tem o preso o "direito social" ao trabalho (art. 6º da Constituição Federal de 1988). Como por seu status de condenado em cumprimento de pena privativa de liberdade, ou de objeto de medida de segurança detentiva, não pode exercer esse direito, ao Estado incube o dever de dar-lhe trabalho. Por isso, dispõe-se que é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração (art. 41, II, da LEP).

De outra parte, não merece prosperar o pleito do agravante quanto à contagem dos dias não laborados para fins de remição, pois que, na verdade, ainda que por motivos alheios à sua vontade, não houve trabalho, e, conforme disposto no art. 130 da Lei de Execução Penal:

Art. 30. Constitui o crime do art. 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

Sobre a matéria, o precedente deste Tribunal em caso semelhante, de que fui relator, assim decidiu, *in verbis*:

Penal. Processo Penal. Agravo em execução. Autorização para trabalho intramurus. Remição. Lei de execuções penais, arts. 31 e 41, II. Indisponibilidade de vagas. Contagem de dias não trabalhado. Impossibilidade. LEP, art. 130.

I. A Lei de Execução Penal, instituída pela Lei 7.210/1994, garante ao preso que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto o direito de remir, pelo trabalho, parte dela, tendo como objetivo a

formação profissional do condenado, de modo a proporcionar-lhe a oportunidade de se integrar e voltar ao convívio social.

II. Mesmo não sendo obrigatório o trabalho para o preso provisório, conforme dispõe o parágrafo único do art. 31 da Lei 7.210/1994, foi-lhe garantido, pela redação de seu art. 41, II, o direito de trabalhar. Não pode, portanto, o Estado alegar indisponibilidade de vagas para o trabalho interno na penitenciária, impossibilitando o exercício do direito-dever pelo preso, pois, assim, estar-se-ia negando a ele o direito de remir sua pena e mais rapidamente gozar de sua liberdade, por motivo alheio à sua vontade.

III. O art. 6º da Constituição Federal coloca o trabalho como um dos direitos sociais e, desse modo, a indisponibilidade de vaga não deve obstar o exercício desse direito pelo preso.

IV. Ainda que o preso deixe de trabalhar em face de razões alheias à sua vontade, como é o caso da falta de vagas no estabelecimento prisional onde

cumprir a pena, é proibida a contagem dos dias não laborados para fins de remição, sob alegação de culpa do Estado, pois que, na verdade, não houve trabalho, e, conforme disposto no art. 130 da Lei de Execução Penal: “Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição”.

V. Agravo em execução parcialmente provido.

(AGEPN 2004.01.00.016711-6/AC, rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ p.13 de 25/02/2005.)

III. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para garantir ao agravante o direito ao trabalho no presídio em que cumpre pena, no prazo de 90 (noventa) dias.

IV. É o voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0008995-66.2007.4.01.3500/GO

Recurso em Sentido Estrito 2007.35.00.009010-0/GO

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes
 Recorrente: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Divino Donizette da Silva
 Recorrido: Isaac Lacerda Tannus
 Recorrido: Renato Rodrigues de Faria
 Advogado: Dr. Alexandre de Moraes Kafuri
 Publicação: e-DJF1 de 27/07/2010, p. 164

Ementa

Penal. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Inquérito policial. Art. 337-A do Código Penal. Arquivamento pelo juízo monocrático. Competência do Tribunal Regional Federal. Recurso em sentido estrito provido. Conclusão do procedimento administrativo fiscal. Condição de procedibilidade. Concessão de habeas corpus de ofício.

I. Em face do que dispõe o art. 28, do Código de Processo Penal, o MM. Juízo Federal *a quo* não tem competência para, de ofício, determinar o arquivamento de inquérito policial instaurado por requisição de Procurador da República.

II. A competência para conceder *habeas corpus* determinando o trancamento de inquérito policial instaurado por requisição de procurador da República é do Tribunal Regional Federal.

III. Considerando a impossibilidade do MM. Juízo Federal *a quo* determinar o arquivamento de inquérito policial instaurado mediante requisição do procurador da República, tem-se que a r. decisão recorrida merece ser reformada.

IV. Recurso em sentido estrito provido.

V. Por se tratar *in tese* de crime previsto no art. 337-A, do Código Penal, a conclusão do procedimento administrativo fiscal configura uma condição de procedibilidade, razão pela qual a ausência de constituição definitiva

do crédito tributário pela autoridade administrativa se apresenta como óbice à propositura da ação penal, por falta de justa causa.

VI. Precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e deste Tribunal Regional Federal.

VII. *Habeas corpus* concedido de ofício para trancar o inquérito policial em discussão.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso em sentido estrito e conceder *habeas corpus* de ofício.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 12/07/2010.

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Ítalo Mendes*: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 99/103), em face do r. *decisum* de fls. 95/97, que, em resumo, concedeu,

(...) de ofício, ordem de *habeas corpus*, determinando o trancamento da persecução penal, com o conseqüente arquivamento dos autos, em razão do constrangimento ilegal, remetendo-se os autos ao e. TRF da 1ª Região para apreciação do *decisum*, por força do art. 574, I, do CPP, em competência derivada ou originária, se se entender pela incompetência deste juízo (fls. 97).

Em defesa de sua pretensão, o recorrente asseverou, em suas razões recursais, em síntese, que:

1) “(...) as investigações foram *requisitadas* pelo Ministério Público Federal (fls. 04). Destarte, a competência para trancar inquérito policial *requisitado* pelo Ministério Público Federal é desse Tribunal. O juízo monocrático, ao arquivá-lo de ofício, simplesmente *usurpou a competência constitucionalmente conferida ao TRF* (art. 108, I, a, da CF) (...)” (fls. 101);

2) “(...) a decisão monocrática merece ser cassada por se encontrar eivada de nulidade, em face do vício processual detectado (usurpação de competência do TRF)” (fls. 102);

3) “(...) o acatamento dos autos em secretaria, até que se resolva lançamento tributário na via administrativa, não se traduz em ato coator, suscetível de ser corrigido por *habeas corpus*” (fls. 103);

Ao final, requereu o ora recorrente, Ministério Público Federal, o provimento do presente recurso em sentido estrito, para o fim de “(...) *cassar a decisão de fls. 95/97, por patente usurpação de competência desse Tribunal e, conseqüentemente, seja determinada a suspensão do trâmite do inquérito policial, até que haja o lançamento definitivo* (...)” (fls. 103).

Contrarrazões apresentadas às fls. 115/118.

O MM. Juízo Federal *a quo* manteve a r. decisão recorrida (fls. 124).

Vieram os autos a esta Corte Regional Federal, ocasião em que o d. Ministério Público Federal, na função de fiscal da lei, sugeriu “(...) o *provimento* do recurso para que seja desconstituída a decisão de primeiro grau (...)” (fls. 131), manifestando-se, ainda, “(...) pela *concessão de habeas corpus* de ofício, para que seja determinado o *trancamento do inquérito policial*, enquanto houver processo administrativo questionando a existência do débito, sem prejuízo de que seja reaberto, caso haja a constituição definitiva do crédito previdenciário (...)” (fls. 131).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Ítalo Mendes*: — Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade, deste recurso, dele conheço.

De início, faz-se necessário transcrever a r. decisão recorrida, naquilo que, *concessa venia*, vislumbro como essencial para o deslinde da matéria em julgamento:

(...)

Consoante entendimento consolidado, o crime definido no art. 337-A, do CP, é *material*, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito tributário, ou seja, o fato somente será punível quando apurado o tributo sonegado de forma conclusiva no âmbito administrativo.

Em que pese a instância administrativa e a penal serem independentes, mas levando-se em consideração o entendimento do STJ acerca dos crimes de sonegação fiscal, depreende-se que o ilícito penal acaba por se confundir com o fiscal,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz.

na medida que o primeiro se sujeita aos limites das normas tributárias, ou seja, à constituição definitiva do crédito tributário, sendo esta uma verdadeira condição objetiva de punibilidade para a persecução penal nos débitos previdenciários, *in verbis*:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 337-A, incisos II e III, do Código Penal. Condição de procedibilidade. Condição objetiva de punibilidade.

Não descrevendo a exordial acusatória qualquer manobra fraudulenta, se mostra lícito o entendimento adotado pelo e. Tribunal *a quo* que acolhendo o entendimento da Augusta Corte segundo o qual a *decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade*, determinou a anulação do processo desde a denúncia, inclusive, ficando, no entanto, suspenso o prazo prescricional. (Precedentes do STJ e desta Corte).

Recurso desprovido.

(STJ, REsp 697715, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 10/10/2005.)

Esse raciocínio tanto é verdade que decaindo à administração fiscal o direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exigir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária.

Vale a pena lembrar ainda que o parcelamento ou quitação integral do tributo conduzem ao caminho da suspensão ou extinção da pretensão punitiva, nos moldes da Lei 10.684/2003.

Assim, qualquer decisão que venha desconstituir materialmente o crédito tributário ou suspender a sua exigibilidade, claramente repercute na esfera penal. Ora, se a própria Administração se encontra tolhida em prosseguir em suas atividades, o mesmo se pode dizer quanto à seara penal, mormente em face do caráter fragmentário das normas penais.

Portanto, caso o inquérito policial continue a tramitar sem que tenha sido proferida a decisão definitiva no âmbito administrativo, dar-se-á um constrangimento ilegal. Por oportuno, trago à colação o seguinte arresto:

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Delito contra a ordem tributária. Alegação de inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal. Quantum devido. Procedimento administrativo. Ausência de decisão definitiva. Trancamento de ação penal. Possibilidade. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma objetiva, fato que, em tese, constitui crime. A tipicidade das condutas de sonegação de tributo depende da existência do tributo em concreto, o que não ocorre antes do lançamento definitivo – que, por sua vez, é ato privativo da autoridade fiscal, agindo nessa

condição, e somente após o lançamento definitivo, com a lavratura do auto de infração definitivo, é que o crédito se torna exigível. Sendo o exaurimento do processo administrativo-fiscal de lançamento condição objetiva de punibilidade do delito tributário, a sua falta configura-se barreira intransponível ao para dar-se início à persecução penal, pois além de ensejar constrangimento ilegal, será de todo inútil. Ordem concedida. (STJ, HC 26990/PR, Min. Paulo Medina, 6ª T, DJ 16/05/2005.)

Também, nossa lei processual penal prevê a hipótese de suspensão do processo, em caso de questão prejudicial a ser dirimida em outro processo (seja administrativo ou judicial), apenas quando já esteja em curso a *ação penal*, sendo inadmissível quando se trate de *inquérito policial* ou mesmo *procedimento administrativo* (arts. 92 e 93 do CPP).

Por todas essas considerações, diante da inexistência de previsão legal para a suspensão do procedimento administrativo instaurado, impõe-se o seu trancamento, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal.

Cumprido destacar que a decisão de arquivamento/trancamento é interlocutória mista terminativa e, portanto, não gera coisa julgada material. Por essa razão, pode ser revista a qualquer tempo, inclusive quando surgirem novas provas (v. g. quando o crédito tributário eventualmente se tornar exigível).

Ante o exposto, concedo, de ofício, ordem de habeas corpus, determinando o trancamento da persecução penal, com o consequente arquivamento dos autos, em razão do constrangimento ilegal, remetendo-se os autos ao e. TRF da 1ª Região para apreciação do decurso, por força do art. 574, I, do CPP, em competência derivada ou originária, se se entender pela incompetência deste juízo (fls. 95/97).

A respeito do tema, faz-se necessário também observar que o d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Guilherme Magaldi Netto, manifestou-se no sentido de se dar provimento ao recurso, ocasião em que, naquilo que, *concessa venia*, reputo como essencial para o deslinde da matéria em julgamento, argumentou:

(...)

Com efeito, além de o MM. Juízo *a quo* ter determinado o arquivamento do inquérito policial sem o prévio requerimento do *Parquet federal*, em contrariedade do disposto no art. 28 do C.P.P., ainda usurpou da competência que, no caso, pertence ao *Tribunal Regional Federal*, nos termos do art. 108 da *Constituição Federal*, pelo que o recurso merece ser *provimento* nesse particular.

07 Todavia, verifica-se que, embora sem competência para determinar o arquivamento do

inquérito, o Juízo de primeiro grau decidiu de acordo com a orientação jurisprudencial pátria.

08 Com efeito, conforme recente orientação do colendo *Supremo Tribunal Federal*, o esgotamento da via administrativa, onde se discute a exigibilidade do tributo, é condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial para a apuração de delito contra a ordem tributária. A propósito, confira-se o precedente dessa e. Corte Regional, *verbis*:

'Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Art. 337-A do Código Penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Crime material de resultado. Esgotamento da via administrativa. Condição de procedibilidade para ação penal. Inquérito policial. Trancamento.

I. O crime previsto no art. 337-A do Código Penal é material, consumando-se com a efetiva supressão ou redução da contribuição previdenciária e não apenas com a realização das condutas omissivas descritas nos seus incisos. Imprescindível, portanto, a constituição definitiva do crédito previdenciário para certeza da materialidade da infração penal na espécie.

II. Ordem concedida para trancar Inquérito Policial 1.251/2008, sem prejuízo de que seja reaberto, caso haja a constituição definitiva do crédito previdenciário.'

(TRF 1ª Região, HC 200901000368724/MG, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel, DJF1 23/10/2009, p. 109)

09 Desse modo, o parecer sugere o *provisamento* do recurso para que seja desconstituída a decisão de primeiro grau. Outrossim, manifesta-se pela *concessão de habeas corpus* de ofício, para que seja determinado o *trancamento do inquérito policial*, enquanto houver processo administrativo questionando a existência do débito, sem prejuízo de que seja reaberto, caso haja a constituição definitiva do crédito previdenciário, à luz do precedente oriundo do e. TRF 1ª Região, *verbis*:

'Processual Penal e Penal. Inquérito policial. Crime de calúnia. Arquivamento sem prévia anuência do Ministério Público. Descabimento. Decisão equivalente à concessão de habeas corpus de ofício. Impugnação mediante recurso em sentido estrito. Possibilidade. Recurso provido por usurpação de competência. Concessão de habeas corpus de ofício pelo tribunal.

I. Não pode o Juízo determinar o arquivamento de inquérito policial sem manifestação do Ministério Público nesse sentido, em face do disposto no art. 28 do CPP. Precedentes da Corte.

II. O arquivamento do feito, sem solicitação do Ministério Público, equivale à concessão de *habeas corpus* de ofício, impugnável por meio de recurso em sentido estrito, conforme disposto no art. 581, X, do CPP.

III. Verificada a falta de justa causa para a instauração de inquérito policial, cabível é

a concessão de *habeas corpus*, de ofício, pelo Tribunal, considerando que a requisição foi feita por Procurador da República, para determinar o seu trancamento.

IV. Recurso provido.

V. *Habeas corpus* concedido de ofício.'

(TRF 1ª Região, RSE 2007.35.00.008614-4/GO, rel. Des. Federal Assuste Magalhães. Julgado em 14/08/2008) (fls. 130/132.)

Não merece reparos, *concessa venia*, o parecer do d. Ministério Público Federal.

É que, com a devida *venia* de eventual posicionamento em contrário, em face do que dispõe o art. 28, do Código de Processo Penal, o MM. Juízo Federal *a quo* não tem competência para, de ofício, determinar o arquivamento de inquérito policial instaurado por requisição de procurador da República.

Além do mais, deve ser ressaltado que a competência para conceder *habeas corpus* determinando o trancamento de inquérito policial instaurado por requisição de procurador da República é do Tribunal Regional Federal.

Dessa forma, considerando a impossibilidade de o MM. Juízo Federal *a quo* determinar o arquivamento de inquérito policial instaurado mediante requisição do procurador da República, tem-se que a r. decisão recorrida merece, *data venia*, ser reformada.

Por outro lado, não se pode ignorar que, por se tratar *in tese* de crime previsto no art. 337-A do Código Penal, a conclusão do procedimento administrativo fiscal configura uma condição de procedibilidade, razão pela qual a ausência de constituição definitiva do crédito tributário pela autoridade administrativa se apresenta como óbice à propositura da ação penal, por falta de justa causa.

Nessa linha de entendimento, merecem realce os precedentes jurisprudenciais cujas ementas seguem abaixo transcritas:

Apropriação indébita previdenciária. Crime. Espécie. A apropriação indébita disciplinada no art. 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. *Inquérito. Sonegação fiscal. Processo administrativo.* Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado.

(STF, Inq 2537 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado por unanimidade em 10/03/2008, publicado no DJe-107 de 13/06/2008 p. 113.)

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária. Mudança de entendimento. Delito material. Prévio esgotamento da via administrativa. Imprescindibilidade. Condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial. Trancamento do inquérito policial por falta de justa causa. Precedente do STF.

I. Nos termos do entendimento recente da Suprema Corte, os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência.

II. O prévio esgotamento da via administrativa constitui, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

III. No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos tributários, ainda não havia chegado ao seu termo final, quando da instauração do inquérito policial para apurar a prática do suposto delito.

IV. Ordem concedida para trancar o inquérito policial relativo à NFLD DEBCAD 37.018.027-5, diante da ausência de justa causa para a sua instauração, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, ficando suspenso o prazo prescricional até o julgamento definitivo do processo administrativo.

(STJ – HC 96348/BA, Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 24/06/2008, publicado no DJe de 04/08/2008.)

Penal e Processual Penal. Inquérito policial. Sonegação de contribuição previdenciária. Art. 337-A do Código Penal. Crime material. Constituição definitiva do crédito tributário. Não ocorrência. Condição objetiva de procedibilidade. Concessão do writ. Trancamento do inquérito policial, pelo juízo a quo. Improvimento do recurso de ofício.

I. Consoante o entendimento do colendo STF e do egrégio STJ, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A, do Código Penal, constitui crime material, exigindo, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência Social.

II. O prévio esgotamento da via administrativa constitui, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo

prescricional.’ (STJ, HC 96.348/BA, rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJ-e de 04/08/2008.)

III. No caso dos autos, configura-se o constrangimento ilegal, eis que, quando instaurado o inquérito policial para investigar a prática do delito do art. 337-A, do Código Penal, o processo administrativo tendente a constituir o crédito tributário e apurar a materialidade do delito ainda não chegara ao seu termo final, encontrando-se o crédito com a sua exigibilidade suspensa, consoante informação da autoridade fazendária.

IV. Confirmação da sentença concessiva do writ.

V. Remessa oficial improvida.

(TRF 1ª Região, REOCR 2008.35.00.023836-8/GO, rel. Des. Federal Assuete Magalhães, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 16/02/2009, publicado no e-DJF1 de 13/03/2009, p. 56.)

Processo Penal. Apropriação indébita previdenciária. Trancamento do inquérito policial. Discussão judicial do crédito tributário. Habeas corpus concedido de ofício. Remessa necessária.

I. A constituição definitiva do crédito tributário é condição para a propositura de ação penal ou instauração de inquérito policial em que se apura a prática de apropriação indébita e de sonegação previdenciárias.

II. A decisão judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário também implica ausência de justa causa para a investigação penal, em razão de impedir a demonstração da consumação do crime de sonegação tributária, haja vista a possibilidade de extinção da obrigação tributária.

III. Remessa necessária não provida.

(TRF 1ª Região, REOHC 2002.35.00.003712-6/GO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 12/02/2008, publicado no e-DJF1 de 22/02/2008, p. 91.)

Dessa forma, é de se acolher a manifestação do d. Ministério Público Federal de fls. 128/132, a fim de se conceder *habeas corpus* de ofício, para determinar o trancamento do inquérito policial ora em discussão, “(...) sem prejuízo de que seja reaberto, caso haja a constituição definitiva do crédito previdenciário” (fls. 131).

Diante disso, dou provimento ao presente recurso criminal, e concedo *habeas corpus* de ofício, para determinar o trancamento do inquérito policial em discussão.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0034710-27.2004.4.01.3400

Reexame Necessário 2004.34.00.043802-3/DF

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Autor: Domínio Informática Consultoria e Desenvolvimento de Sistema Ltda.
Advogados: Dr. Hugo Jose Sarubbi Cysneiros de Oliveira e outros
Ré: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 13/08/2010, p.178

Ementa

Administrativo. Licitação. Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública imposta pelo Estado da Bahia. Registro no Sicaf. Legitimidade. Art. 87, IV, da Lei 8.666, de 1993. Remessa provida.

I. Pretende a impetrante impedir que pena “de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta” imposta a si pelo Estado da Bahia surta efeitos no âmbito federal em virtude do registro no SICAF.

II. O inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, de 1993, ao mencionar “inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” não restringe o alcance da pena ao âmbito do ente federativo que a impôs. Seus efeitos se estendem à Administração Pública como um todo, na medida em que o fundamento da pena é o resguardo aos interesses públicos, que não se dividem em federais, estaduais, distritais e municipais.

III. Já decidiu o STJ que “a limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública” (REsp 151.567/RJ, rel. Min. Peçanha Martins).

IV. Remessa oficial a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 28/07/2010.

Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Trata-se de remessa oficial de sentença em que foi julgado procedente pedido formulado em mandado de segurança impetrado por Domínio Informática Consultoria e Desenvolvimento de Sistema Ltda. com o objetivo de

tornar sem efeito o ato administrativo decisório que determinou a extensão da penalidade

de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública do Estado da Bahia ao âmbito da Administração Pública Federal, com a consequente exclusão da referida sanção do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf.

Considerou o juiz que:

a) “a impetrante foi declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública Direta e Indireta através da Portaria 787, de 13 de novembro de 2003”; b) “a referida penalidade,

prevista no art. 87, inciso IV, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, restou registrada pela autoridade indigitada coatora no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, consoante atesta o documento acostado às fls. 31”; c) “a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da empresa, restringe-se, tão somente, ao órgão que infligiu a sanção, não obstante a tradicional diferenciação doutrinária erigida entre o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 – que fala em ‘Administração’ – e o inciso IV do mesmo artigo, que emprega o termo ‘Administração Pública’”.

O Ministério Público Federal, às fls. 209/214, opina pelo provimento da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Pretende a impetrante afastar os efeitos do registro no Sicaf, do qual implicou o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública Federal, direta e indireta, promovida a partir de punição que lhe foi imposta pela Secretaria da Administração do Estado da Bahia.

Consta dos autos portaria, na qual

o Secretário da Administração da Bahia, no uso de suas atribuições, considerando que os fatos relacionados no processo 020010080400, acerca da apresentação de documentos inidôneos ao Detran/SP, ensejam aplicação de sanção, resolve: aplicar a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta, com base no disposto na Lei Federal 8.666/1993, art. 87, IV c/c art. 88, III a partir da data da publicação deste ato, à empresa Domínio Informática Consultoria e Desenvolvimento de Sistemas Ltda., CNPJ 3.372.122/0001-29 (fls. 29).

Argumenta a requerente que a pena infligida deveria se limitar, exclusivamente, ao âmbito da Administração estadual, não se podendo estendê-la aos órgãos federais.

Pois bem.

Estabelece a Lei 8.666/1993, art. 87, IV:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Percebe-se do disposto na norma legal supratranscrita que o legislador não estabeleceu distinções, tampouco traçou restrições ao alcance da pena imposta àquele que foi declarado inidôneo para licitar e contratar. Daí se infere serem amplos seus efeitos, não se limitando ao âmbito da Administração/órgão que a impôs.

Aliás, diferente não poderia ser, pois se a mola mestra quando se trata de licitações e contratos é o resguardo do interesse público, impedir-se aquele que foi declarado inidôneo de licitar e contratar com um determinado ente da federação, mas admiti-lo para os demais implicaria evidente contradição. A empresa é ou não é inidônea para licitar e contratar com a Administração. Impedi-la de licitar e contratar com um ou alguns órgãos ou ente federativo, mas permiti-la para os demais é fazer vista cega aos objetivos maiores fixados pelo legislador da Lei 8.666, de 1993, quando estabeleceu a punição de ora se trata. Há de se ter em mente que a pena imposta com supedâneo na Lei das Licitações e Contratos Administrativos visa proteger o interesse público, que não se divide em federal, estadual, distrital e municipal.

Bem por isso, ao apreciar hipótese semelhante em tudo e por tudo à presente, o STJ no julgamento do REsp 151.567/RJ (DJ 14/04/2003), em acórdão cuja lavra competiu ao em. Min. Peçanha Martins, a propósito, mencionado na sentença recorrida, manifestou o seguinte entendimento:

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Suspensão temporária. Distinção entre Administração e Administração Pública. Inexistência. Impossibilidade de participação de licitação pública. Legalidade. Lei 8.666/1993, art. 87, inc. III.

– É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inciso III) e declaração de inidoneidade (inciso IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

– A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

– A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do Poder Público, pois os efeitos do desvio de

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida e Fagundes de Deus.

conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

– Recurso especial não conhecido.

Por interessante ao desate da quizila posta, veja-se excerto do voto:

(...) a distinção entre os termos Administração Pública e Administração “é irrelevante e juridicamente risível”, como leciona Marçal Justen Filho *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª ed., fls. 106 e 107.

O mesmo autor, comentando as sanções dos incisos III e IV do art. 87, esclarece (fls. 626/627):

“11) A Suspensão Temporária e a Declaração de inidoneidade

As sanções dos incisos III e IV são extremamente graves e pressupõem a prática de condutas igualmente sérias.

11.1) Necessidade de precisar os pressupostos de sancionamento

Como visto acima e como será reafirmado no comentário ao art. 88, a aplicação das sanções dos incisos III e IV depende de discriminação precisa, através de lei, dos pressupostos de sua aplicação. Não se admite escolha discricionária por parte da Administração Pública quanto a tais pressupostos. Enquanto uma lei não dispuser sobre o tema, não caberá aplicar essas sanções.

11.2) Distinção entre as figuras dos incisos III e IV

A lei que regulamentar as figuras deverá distinguir a suspensão temporária de participar em licitação (inciso III) da declaração de inidoneidade (incisos IV).

Ambas as figuras acarretam consequências similares. Nos dois casos, veda-se ao particular a participação em licitações e contratações futuras.

Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inciso IV

abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inciso III utiliza apenas o vocábulo ‘Administração’, enquanto o inciso IV contém ‘Administração Pública’. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspensado’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inciso III essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.”

Nesta linha de raciocínio por mim adotada, não há como o Município, órgão da Administração Pública, aceitar a participação da empresa suspensa, na licitação promovida pela Secretaria Municipal de Administração. (...)

Vale, ainda, destacar do parecer do PRR que nos autos atuou o trecho:

(...) Não assiste razão a impetrante tendo em vista que o art. 87 inciso IV da Lei 8.666/1993 se aplica plenamente ao caso em tela. Nas hipóteses de declaração de inidoneidade mesmo no âmbito estadual. A lei deve ser interpretada de forma mais ampla, em face do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Quando se fala em restrição para proceder a licitação com a Administração Pública, esta compreende todos os entes federados, ou seja, todas as pessoas de direito público interno e não apenas o ente que constatou a irregularidade. (...)

Ante o exposto, há de ser reformada a r. sentença recorrida para se denegar a segurança buscada.

Dou, por isso, provimento à remessa oficial.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0025366-94.2005.4.01.3300

Apelação Cível 2005.33.00.025380-0/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Geraldo Rezende de Almeida e outros
Apelada: Georgete Machado Pereira
Advogados: Dr. Alessandro Ribeiro Couto e outros
Publicação: e-DJF1 de 06/09/2010, p. 41

Ementa

Civil. Processual Civil. Operadora de plano de assistência à saúde. Recusa em autorizar procedimento cirúrgico não vedado pelo regulamento. Obtenção de autorização por meio de decisão judicial. Dano moral. Caracterização.

I. A recusa de operadora de plano de assistência à saúde em autorizar procedimento cirúrgico que não integra rol de procedimentos excluídos, constitui ato capaz de ensejar dano moral ao paciente, em virtude de o mesmo ficar exposto a eventual agravamento do quadro patológico, notadamente, quando se trata de pessoa idosa, como no caso dos autos.

II. Sentença confirmada.

III. Apelação desprovida.

Acórdão

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

6ª Turma do TRF 1ª Região – 23/08/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Geordete Machado Pereira ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação da tutela, contra a Caixa Econômica Federal (CEF), na qualidade de operadora do Plano de Assistência à Saúde (Saúde Caixa), objetivando provimento judicial que determine ao estabelecimento hospitalar efetuar a internação da autora e realizar os procedimentos cirúrgicos necessários a “implantar Distratores Wyllis” (fls. 15).

Alegou a autora, em resumo, que é beneficiária do programa de assistência médica Saúde Caixa, cujo contrato “envolve a transferência onerosa de riscos futuros à saúde do consumidor”, e que, tendo sido “diagnosticada a redução da intensidade de sinal em T2 dos discos intervertebrais” (fls. 04), o médico que a atendeu considerou “como melhor solução para o tratamento da doença e como forma de permitir uma melhor qualidade de vida à autora”, o implante dos mencionados Distratores Wyllis.

Acrescentou que, tendo solicitado pelo Hospital Sagrada Família autorização para internação, não foi atendida, razão do ajuizamento da presente ação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, 54, § 4º).

Afirmou, ainda, a ocorrência de dano moral, ao argumento de que a conduta da ré lesou a sua saúde, “submetendo-a a dor física desnecessária” (fls. 9).

Decisão antecipatória dos efeitos da tutela (fls. 31/33).

A sentença (fls. 114/117), ratificando a antecipação de tutela anteriormente deferida, julgou procedente

o pedido, para autorizar procedimento cirúrgico, e, ainda, condenou a ré ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais que a autora diz ter sofrido.

Apela a CEF, alegando que o plano de assistência à saúde que oferece aos seus funcionários não tem a mesma característica dos oferecidos pelas grandes operadoras e que não há objetivo de lucro em suas operações, já que se trata de programa custeado por pequenas contribuições de seus dependentes.

Sustenta que não há como se inferir a ocorrência de dano moral, tendo em vista que a recusa em autorizar o procedimento pretendido pela autora se deveu à falta de previsão em sua tabela de custeio e que o tratamento se revelou inútil, em face da idade avançada da autora, situação já reconhecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro (relator): Como visto do relatório, a Caixa Econômica Federal pretende reformar a sentença que a condenou ao pagamento de indenização pelos danos morais que a autora Geordete Machado Pereira diz ter sofrido pela

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Francisco Neves da Cunha e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados).

demora da ré em autorizar a realização de procedimento cirúrgico, recomendado pelo profissional médico.

Ao acolher o pedido, a magistrada de primeiro grau expendeu a seguinte fundamentação (fls. 116/117):

Como resta delineado no laudo médico de fls. 23, no momento do ajuizamento da presente demanda a autora apresentava uma redução da intensidade de sinal em T2 dos discos intervertebrais entre D12 e S1, que comprimiam suavemente o saco dural, com extensão para o forame de conjugação direito em L4-L5, provocando a constrição da raiz nervosa de L4, fazendo surgir a possibilidade de uma parapesia em MMII. Pleiteou e obteve, em sede de antecipação de tutela, a autorização para a realização de procedimentos médicos direcionados ao implante de distratores Wallys ao nível L4-L5, técnica mais moderna que reduz o tempo de cirurgia, diminuindo-lhe os altos riscos advindos da anestesia em sua idade avançada.

Os argumentos da Caixa Econômica Federal acerca da inadequação da técnica adotada para a operação da autora não podem ser acolhidas, tendo em vista que não trouxe aos autos nenhuma recomendação da Anvisa acerca do limite de idade para a realização do procedimento.

A par disso, tem-se como indubitável que as restrições contidas no Manual de Instruções de Uso da referida prótese (fls. 64/93) são relativas apenas a pacientes com excesso de peso, que praticam exercícios físicos intensivos, tenham deficiência física ou mental, sofram de infecções locais ou gerais, inflamações locais, patologias imunodepressivas ou do metabolismo ósseo, estejam grávidas ou tenham imaturidade óssea, sendo que situação da autora não pode ser subsumida em nenhuma dessas hipóteses, valendo ressaltar, ademais disso, que nestas, ao contrário do que sustenta a CEF, também não há qualquer referência à idade da paciente.

Nesse contexto, após examinar os fatos narrados pelas partes e as provas trazidas aos autos, firmo a minha convicção no sentido de que a demora da CEF em conceder a autorização – imprescindível à realização do procedimento referido na inicial – fez com o estado de saúde da autora fosse agravado, progressivamente, culminando com a cirurgia que somente foi realizada por força da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada e obtida (fls. 31/33).

Ora, a CEF não poderia ignorar a precariedade do estado de saúde da autora, ante os laudos médicos inseridos nos autos, mas, apesar disso, preferiu recusar a autorização solicitada para tratamento, sem qualquer fundamento fático ou

jurídico plausível, postergando, inclusive, o fato de ser a autora uma pessoa de idade avançada, exigindo urgência no atendimento da sua legítima e justa pretensão. Optando em seguir caminho contrário àquele que teria habilidade para assegurar a dignidade pessoal da autora, a ré conduzi-la ao Judiciário, impondo-lhe sofrimentos físicos e morais que certamente poderia evitar.

Diante disso, entendo que, na qualidade de administradora do Programa de Assistência Médica Supletiva – Saúde Caixa, além de arcar com todos os custos médicos relativos à cirurgia para implante do Distrator Wallis, a Caixa Econômica Federal também deve indenizar a parte autora pelos danos morais que resultaram da demora no cumprimento de sua obrigação contratual relativa ao Benefício 010328285043, porque configurados os pressupostos legais exigidos para tanto.

Entendo que a sentença não merece qualquer reparo, tendo em vista que ficou caracterizada, nos autos, a prática de ato capaz de ensejar os danos morais alegados pela autora.

Não demonstrado que o procedimento integra o rol de procedimentos excluídos da cobertura do plano de assistência à saúde ou que não seja recomendado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não se evidencia a justa causa para a recusa em autorizar o procedimento cirúrgico de que necessitava a autora.

O fato de o procedimento ter custo elevado e de a contribuição da autora ser em valor módico não desnatura a obrigação que a ré tem de prover o atendimento médico de que seus associados necessitam, pois a lógica que permeia o oferecimento de plano de assistência à saúde, pelas operadoras, é a seguinte: um grande número de associados contribui, ainda que com pequenos valores, sendo que muitos deles não fazem uso dos serviços que lhes são oferecidos ou deles se utilizam com menor frequência, restando, assim, um saldo em favor dos que necessitam de procedimentos mais dispendiosos, como no caso da autora. Se a mensalidade que a mesma paga é de valor ínfimo, certamente não foi a mesma quem o determinou. Ao contrário, o valor cobrado é fruto de estudos de viabilidade econômica e de complexos cálculos atuariais, de modo a permitir a manutenção do equilíbrio das finanças da operadora do plano assistencial.

Ante o exposto, confirmo a sentença e nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0001384-71.2003.4.01.3801

Apelação Cível 2003.38.01.001157-0/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
 Apelante: União Federal (Fazenda Nacional)
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Apelada: Marlúcia Campos de Carvalho
 Advogados: Dr. Sandro de Oliveira Pires Bretas e outros
 Publicação: e-DJF1 de 06/08/2010, p. 167

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Ação ordinária. Imposto de Renda retido na fonte. Licenças-prêmio. Servidor público estadual. Legitimidade passiva ad causam exclusiva do Estado-Membro, consoante julgamento proferido, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, no Recurso Especial 989.419/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça. Competência da Justiça Estadual.

- a) Recurso – apelação em ação ordinária.
- b) Decisão de origem – julgado procedente o pedido.

I. A competência para decidir ações em que se discute a devolução de valores pagos a título de Imposto de Renda incidente sobre verbas pagas a servidor público estadual é da Justiça Estadual porque a legitimidade passiva *ad causam* é exclusiva do Estado-Membro respectivo, destinatário da arrecadação.

II. A ilegitimidade passiva *ad causam* será conhecida de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição. (Código de Processo Civil, art. 267, § 3º.)

- III. Ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal declarada de ofício.
- IV. Sentença anulada.
- V. Apelação prejudicada.
- VI. Remessa dos autos à Justiça Estadual determinada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal, anular a sentença e determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual determinada.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 27/07/2010.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: – Vistos, etc.

1 – Marlúcia Campos de Carvalho, qualificada nos autos, moveu ação ordinária de repetição de indébito à União Federal (Fazenda Nacional) e ao Estado de Minas Gerais, pretendendo compeli-los a restituir-lhe valores pagos a título de imposto de renda sobre licenças-prêmio, convertidas em pecúnia, à asserção de que tais valores não estão sujeitos à incidência desse tributo por não terem natureza salarial, nem de acréscimo

patrimonial, mas representarem indenização pela não fruição desses direitos em decorrência de necessidade de serviço, consoante entendimento pacífico do colendo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado em sua Súmula 136.

2 – Feita a citação, contestado, apenas, pela União Federal (Fazenda Nacional) e julgado procedente o pedido, ela, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 – É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1 – Consoante entendimento pacífico da jurisprudência, a competência para decidir ações em que se discute a devolução de valores pagos a título de Imposto de Renda incidente sobre verbas pagas a servidor público estadual é da Justiça Estadual porque a legitimidade passiva *ad causam* é exclusiva do Estado-Membro respectivo, destinatário da arrecadação:

Processual Civil. Mandado de segurança. IPF. Servidor público municipal. Eximir-se e repetir. Legitimidade passiva exclusiva: Estado-Membro. Competência: Justiça Estadual – STJ (AgRg-REsp 914.746/SP) c/c art. 543-C do CPC. Sentença nula: processo extinto.

I. Cotejando a CF/1988 (art. 153, III, c/c art. 157, I) com o entendimento do STJ (AgRg no REsp 914.746/SP), em precedente que tramitou sob o signo do art. 543-C do CPC, donde deriva sua especial eficácia vinculativa, tem-se que, tratando-se de demanda objetivando eximir servidor público não federal (municipal ou estadual) do IRPF sobre parcelas dos seus vencimentos e/ou repetir o eventual indébito, a legitimidade passiva *ad causam* exclusiva é, respectivamente, do Município ou Estado-Membro respectivo, atraindo a competência jurisdicional da Justiça Estadual.

II. De ofício: União excluída da lide por ilegitimidade passiva *ad causam*; sentença anulada; processo extinto por incompetência absoluta da Justiça Federal (art. 267, IV e VI, do CPC), remetido para redistribuição à Vara de Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte/MG.

III. Apelação: prejudicada.

IV. Peças liberadas pelo relator, em 26/01/20010, para publicação do acórdão. (AMS 2005.38.00.022065-2/MG. Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. TRF 1ª Região. Sétima Turma. Unânime. e-DJF1 12/02/2010, p. 181.) (Grifei.)

Tributário. Imposto de Renda. Parcelas indenizatórias. Férias não gozadas. Licença-prêmio convertida em pecúnia. Impossibilidade de incidência. Dispensável a prova de necessidade de serviço. Aplicação taxa Selic e juros de mora.

I. Apenas o Estado-Membro empregador do servidor público é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas que visam a restituição de valores indevidamente retidos a título de imposto de renda, haja vista ser o mesmo Estado-membro o pagador, o arrecadador do tributo, e seu único destinatário.

II. O fato de ser a União a instituidora do tributo não a qualifica a integrar a lide no polo passivo, ante a impossibilidade de lhe impor a condenação à restituição do que não lhe foi entregue.

III. Remessa oficial a que se dá provimento para declinar da competência para a Justiça Estadual.

IV. Nos casos em que o lançamento do tributo se processar por homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, a contagem do prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN somente começa a fluir após o decurso de cinco anos do pagamento antecipado do tributo, ocasião em que se dá a efetiva extinção do crédito tributário vinculado a condição resolutiva. Portanto, torna-se exigível a restituição do tributo indevido, dentro do decêndio anterior à propositura da ação. Especificamente no caso do Imposto de Renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual por parte do contribuinte.

V. O Imposto de Renda somente pode incidir em proventos que configurem aumento de riqueza ou aumento patrimonial, estando isentas as parcelas indenizatórias tais como os abonos assiduidades não utilizados, ou as férias e as licenças-prêmio não gozadas, ainda que a Lei 7.713/1988 restrinja com impropriedade ímpar essas hipóteses, as quais se subsumem a inteligência das Súmulas 125 e 136 do Superior Tribunal de Justiça.

VI. Por constituir fato extintivo de direito, incumbe à União a apresentação dos documentos que atestem ter havido a compensação ou a restituição do montante irregularmente retido na fonte a título de imposto de renda, a teor do art. 333, II, do Código de Processo Civil, bastando aos autores a simples apresentação de documentos que comprovem ter havido a retenção ilegal.

VII. Sobre os valores devidos até a data de 31 de dezembro de 1995, os juros moratórios aplicáveis são de 1% ao mês, a contar da data do trânsito em julgado da ação, conforme os dispositivos do art. 161 c/c 167 do Código Tributário Nacional. Sobre os valores devidos a partir de 1º de janeiro de 1996, aplicável a taxa Selic, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, contados a partir dos recolhimentos indevidos das exações, sendo vedada em razão da natureza da taxa, a cumulação desta com outro índice de juros, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

VIII. Vencida a Fazenda Pública devem os honorários advocatícios ser arbitrados observando-se o disposto no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

IX. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

X. Apelação da União e remessa oficial a que se dá parcial provimento. (AC 2001.38.00.011216-2/MG – Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. TRF 1ª Região. Oitava Turma. Unânime. DJ 29/04/2005, p. 77.)

2 – Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento, proferido pela 1ª Seção, nos termos do art. 543–C do Código de

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado).

Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, no Recurso Especial 989.419/RS – Relator Min. Luiz Fux:

Processo Civil e Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Restituição. Imposto de Renda retido na fonte. Legitimidade passiva do Estado da Federação. Repartição da receita tributária.

I. Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no polo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte. Precedentes: AgRg no REsp 1.045.709/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 818.709/RO, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/03/2009; AgRg no Ag 430.959/PE, rel. Min. Humberto Martins, DJe 15/05/2008; REsp 694.087/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21/08/2007; REsp 874.759/SE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07/11/2006, DJ 23/11/2006; REsp 477.520/MG, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 21/03/2005; REsp 594.689/MG, rel. Min. Castro Meira, DJ de 05/09/2005.

II. “O Imposto de Renda devido pelos servidores públicos da Administração Direta e Indireta, bem como de todos os pagamentos feitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, retidos na fonte, irão para os cofres da unidade arrecadadora, e não para os cofres da União, já que, por determinação constitucional “pertencem aos Estados e ao Distrito Federal.” (José Cretella Júnior, *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, 2ª ed., v. VII, arts. 145 a 169, p. 3.714).

III. Recurso especial desprovido. *Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da*

Resolução STJ 08/2008. (REsp 989.419/RS. Rel. Min. Luiz Fux. STJ. Primeira Seção. Unânime. DJe 18/12/2009.) (Grifei.)

3 – Verifica-se, pelo exame do processo, que a ação foi movida por servidora aposentada do Estado de Minas Gerais, pretendendo a restituição de valores pagos a título de imposto de renda sobre licenças-prêmio. Logo, deveria a ação ter sido movida ao Estado-Membro.

4 – Assim, diante da manifesta e exclusiva legitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais, deve ser julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação à União Federal.

5 – Finalmente, reconhecida a exclusiva legitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais, a sentença proferida, é, portanto, nula por vício de competência.

Pelo exposto, não tendo o juízo de origem apreciado a questão da ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal, pode o juiz conhecer da matéria de ofício em qualquer grau de jurisdição (Código de Processo Civil, art. 267, § 3º). Consequentemente, *dela conheço para, reconhecer a ilegitimidade daquela e julgar, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, extinto o processo sem julgamento do mérito em relação a ela, anular a sentença discutida e determinar a remessa dos autos a uma das varas da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, competente por distribuição, prejudicado o recurso de apelação.*

É o meu voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0000961-08.2002.4.01.3200

Apelação Cível 2002.32.00.000961-0/AM

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelantes: Centro de Educação Integrada Professora Martha Falcão Ltda. e outros
 Advogados: Dra. Auta Gagliardi Madeira de Araújo e outros
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 27/08/2010, p. 413

Ementa

Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Contribuição previdenciária. Bolsas de estudo pagas a dependente de empregado. Salário indireto: não configuração. Base material. Ausência. Criança e adolescente. Direito à educação. Constituição. Dever do Estado. Colaboração da sociedade. Cobrança indevida.

I. Os valores pagos a título de bolsas de estudo, com escopo de custear a educação de dependente de empregado, não se sujeitam à incidência da contribuição previdenciária, por lhes faltar natureza salarial, seja porque não reclamam contraprestação de serviço, seja porque se ressentem do requisito da habitualidade, na medida em que é limitado tal benefício ao lapso temporal de duração do curso.

II. O direito à educação da criança e do adolescente é assegurado na Constituição (art. 6º, *caput*, art. 205 e art. 214, I) que será garantido e promovido pelo Estado com a colaboração da sociedade. No caso, a empregadora – instituição educacional –, colabora com a Administração com vistas a oferecer a educação a um dos dependentes do professor.

III. Apelação da embargante provida. Sentença reformada. Pedido procedente.

IV. Custas em ressarcimento e honorários pela ré fixados em R\$ 1.000,00.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação da embargante, vencido o relator quanto à litigância de má-fé.

8ª Turma do TRF da 1ª Região – 10/08/2010.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — Trata-se de apelação interposta por *Centro de Educação Integrada Professora Martha Falcão Ltda. e outros* contra sentença que, em sede de embargos à execução fiscal, julgou improcedente o pedido, por entender que as bolsas de estudo pagas ao dependente do empregado pela empresa executada consubstancia ajuda financeira decorrente da relação de emprego, integrando, por isso, o conceito de salário indireto.

A apelante insiste na tese de que as bolsas de estudo por ela pagas aos dependentes de seus funcionários (professores) ostentam natureza assistencial, não caracterizando remuneração por serviços prestados.

Contrarrazões da Fazenda Nacional, às fls. 163/166.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — A apelação merece ser provida.

A controvérsia, nos presentes autos, gravita em torno de se saber se as bolsas de estudo pagas pela executada, por força de acordo coletivo, a pelo menos um dos filhos dos professores que lecionam no estabelecimento da executada, consubstanciarão

ou não salário indireto tributável, sob a forma de contribuição previdenciária.

De início, mister se faça um rápido apanhado da legislação de regência.

Dispõe o art. 28, inciso I, da Lei 8.212/1991 sobre o salário de contribuição, dizendo restar abrangidos na base de cálculo os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

Art. 28. Entende-se por salário de contribuição:

I. para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

O mesmo artigo, em seu § 9º, alínea t indica algumas hipóteses de não incidência do tributo:

§ 9º Não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei exclusivamente:

(...)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Souza Prudente.

que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo.

A Constituição da República, a seu turno, estabelece:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

Por outro lado, prevê o §2º, inciso II, da CLT que não são considerados salário os valores vertidos em favor do empregado pelo empregador relativos à educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiro, *in verbis*:

Art. 458 (....)

§2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão considerados como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

(*omissis*)

II. educação em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiro, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (....).

A análise dos dispositivos acima transcritos evidencia que as bolsas de estudo pagas pelo empregador, no intuito de promover incremento intelectual na vida de seus empregados e na dos dependentes destes últimos, não equivalem a remuneração pelo trabalho prestado, razão pela qual também não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, não compreendendo sequer salário *in natura* (salário indireto).

Da mesma forma, falta à bolsa de estudo o requisito de habitualidade na sua forma de pagamento, para que se revista da natureza de verba remuneratória, pois tem sua vigência limitada no tempo, é dizer, o benefício circunscreve-se ao lapso temporal correspondente ao curso. De tal arte que a extinção do benefício não acarreta qualquer redução salarial para o empregado beneficiado com a liberalidade.

Não se trata, portanto, de isenção tributária, mas, sim, de não incidência, dada a natureza não salarial do benefício (bolsa de estudo) concedido pela empregante a *único* dependente dos seus professores, inexistindo base material para incidência da exação tributária.

Neste sentido, confira-se o acórdão a seguir, *verbis*:

Tributário. Contribuição previdenciária. Benefício. Bolsa de estudo. Caráter salarial. Inexistência. Competência da Justiça Federal. Remessa necessária e Recurso de apelação improvidos.

I. Em se tratando de lide que versa sobre incidência ou não de contribuição social, regida pela Lei 8.212/1991, não há que se falar em incompetência da Justiça Federal para processar é julgar o feito.

II. A *questio iuris* posta nos autos cinge-se em saber se o benefício concedido pela autora aos seus empregados e/ou dependentes, consistente em bolsa de estudo, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

III. Assim, os valores eventualmente empregados pela empresa no intuito de estimular a formação intelectual dos trabalhadores e seus dependentes não integram a remuneração pelo trabalho prestado e, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária, não sendo considerados como salário *in natura*.

IV. Portanto, não se trata de isenção tributária, mas sim de não incidência, face à natureza não salarial do benefício regularmente concedido pelo empregador a seus funcionários e/ou dependentes, o que exclui tais benefícios do círculo de abrangência do fato gerador da exação.

V. Recurso de apelação e remessa necessária improvidos. (TRF2, rel. Des. Federal Luiz Antônio Soares, 4ª Turma, e-DJF2R – Data: 29/04/2010, p. 257)

Cabe enfatizar que a redação do citado § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991 somente vincula às atividades da empresa no tocante aos cursos de capacitação e qualificação profissionais. Quanto ao “plano educacional que visa à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996,....” não há vinculação à pessoa do empregado e nem com objetivo às atividade da empresa. Isso pela disjuntiva “e” separando as duas hipóteses. Repetimos o dispositivo por necessário:

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo

Já a Lei 9.394/1996 estabelece:

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II – educação superior.

Finalmente, cabe à empresa fomentar a educação básica com esteio na Constituição Federal:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional 64, de 2010)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional 59, de 2009)

I – erradicação do analfabetismo;

Assim, não cabe diferenciar onde o legislador não o fez para limitar um direito social à educação da criança e adolescente.

Litigância de má-fé

Finalmente, compulsando os autos, identifico, pelo teor do petição de fls. 169/172, que a embargante,

no inequívoco intuito de induzir em erro esse Juízo, adulterou literalidade do REsp 921.851/SP, da relatoria do eminente Min. João Otávio de Noronha, uma vez que o referido aresto não faz qualquer referência à expressão (*ardilosamente introduzida pela embargante*) “ou aos filhos destes”; valendo a transcrição do acórdão, verbis:

Tributário. Salário de contribuição. Valores gastos com a educação do empregado (bolsas de estudo). Caráter salarial. Inexistência. Contribuição previdenciária. Não-incidência.

I. Os valores despendidos pelo empregador a título de bolsas de estudo destinadas a seus empregados não integram a base de cálculo de contribuição previdenciária.

II. Recurso especial provido. (negrito nosso)

Destarte, a embargante atuou em flagrante litigância de má-fé (art. 17, I, do CPC), razão pela qual a condeno no pagamento de multa que fixo em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 18, também do CPC.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da embargante para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido e declarar a inexistência do crédito tributário, extinguindo a EF; e, de ofício, condeno a embargante na multa por litigância de má-fé que fixo em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa).

Custas em reembolso pelo INSS, que pagará honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É o voto.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 29132-88.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Requerido: Juízo Federal da 22ª Vara/DF
Autor: Sindicato Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle – Sinatefic
Advogado: Dr. Luis Gustavo Freitas da Silva
Advogado: Dr. Antonio Torreão Braz Filho
Publicação: e-DJF1 06/08/2010, pp. 4/5

Decisão

1. Trata-se de pedido de suspensão de execução de tutela antecipada formulado pela União (Fazenda Nacional) contra decisão proferida pelo juízo da 22ª Vara Federal – DF, nos autos da Ação Ordiniária 8434-46.210.4.01.3400, “para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente ao Imposto sobre a Renda decorrente de obrigação tributária que tenha como fato gerador a aquisição, pelos filiados do autor, do abono permanência de que trata o art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988”.

A requerente afiança que a decisão possibilita reais e graves prejuízos à economia pública decorrente do efeito multiplicador da medida e consubstancia ofensa inequívoca à ordem jurídica. Sustenta que não há a pretensão de se utilizar o presente instituto como sucedâneo recursal, mas apenas a de demonstrar os prejuízos que advirão da manutenção plena dos efeitos da decisão em questão e, para isso, necessária se faz a abordagem de mérito para “repisar a indubitável vitória final da União” (fls. 2). Assevera que a decisão está em dissonância com a jurisprudência pacífica do STJ, reabre discussão acerca da matéria e incentiva outros contribuintes em situação idêntica a buscar semelhante tutela jurisdicional, postergando o momento de pagar o tributo.

Assevera que a lesão à ordem jurídica decorre da ausência de fundamentos legais ou constitucionais para a supressão da incidência do Imposto de Renda sobre a verba denominada abono de permanência, que não possui caráter indenizatório, pois se trata de uma vantagem de natureza remuneratória oferecida ao servidor público que, já tendo reunido os requisitos para aposentadoria voluntária, opta pela permanência na ativa até que seja atingida a idade da compulsória. Afirma, por fim, que por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário, a parcela configura claramente fato gerador de Imposto de Renda.

2. O pedido de suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em questão está previsto no art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, nos seguintes termos:

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

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 principal¹. A questão da incidência ou não do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, desde que foi criado pela EC 41, de 19/12/2003, vem sendo submetida ao Judiciário. Sob esse aspecto, a decisão impugnada está

¹ 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).

em consonância com inúmeros precedentes deste e dos demais Tribunais Regionais Federais, segundo os quais sobre o aludido benefício não incide Imposto de Renda porque constitui indenização ao servidor que permanece em atividade ainda que apto à aposentadoria². No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sobre a natureza jurídica do abono em questão tem oscilado. A Segunda Turma daquele Tribunal firmou-se no sentido de que a parcela tem caráter remuneratório e, portanto, sobre ela incide Imposto de Renda; já a Primeira Turma entende que não, pois o abono tem caráter indenizatório³.

Ainda a título de delibação, verifico que a Fazenda Nacional interpôs o Agravo de Instrumento 0019422-44.2010.4.01.0000/DF, protocolado em 06/04/2010 para impugnar a mesma decisão ora questionada. No entanto, em 11/05/2010, sob o fundamento de que não ficou demonstrado o perigo de lesão grave e de difícil reparação, o recurso foi convertido em agravo retido.

Quanto aos pressupostos específicos da contracautela, a requerente não se desincumbiu de demonstrar a potencialidade lesiva da decisão questionada. Não trouxe aos autos nenhum levantamento numérico que sustente a alegada repercussão da decisão na economia pública, limitando-se a afirmar, sem nenhum suporte fático probatório, que a manutenção da decisão poderá acarretar graves prejuízos econômicos. Apresenta questões de ordem jurídica, a qual não está entre os requisitos necessários ao deferimento da medida de contracautela pleiteada, trazendo apenas um precedente do STJ que lhe é favorável.

Caso se sagre vencedora, a Fazenda Nacional possui mecanismos legais e eficientes para reaver valores que indevidamente deixaram de ser recolhidos.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada.

Intimem-se. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 30/07/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

²TRF1: AC 0042388-88.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, *e-DJF1* p. 389 de 09/04/2010 e AGA 0033650-58.2009.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 456 de 07/05/2010; TRF2: APELRE 200651010237835, Des. Federal Luiz Antonio Soares, Quarta Turma Especializada, 30/03/2009; TRF3: APELREE 199961080064999, Juiz Márcio Moraes, Terceira Turma, 02/02/2010; TRF4: AC 200671000271634, Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, Segunda Turma, 14/01/2009; e TRF5: AC 200785000043551, Des. Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, 06/05/2010.

³STJ – Segunda Turma: Ag 1279814, rel. Min. Mauro Campbell, *DJe* 20/04/2010; STJ – Primeira Turma: Ag 1262910, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 22/02/2010.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 46571-15.2010.4.01.0000/RR

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Município de Maceió/AL
Procurador: Dr. Tiago Rodrigues Leão de Carvalho Gama
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara/RR
Autor: Município de Boa Vista/RR
Procuradores: Dra. Silvana Borghi Dandur Pigari e outros
Interessada: União (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: *e-DJF1* 12/08/2010, p. 8

Decisão

1. Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos da liminar requerido pelo Município de Maceió, contra decisão da 1ª Vara Federal – RR, que, nos autos da Ação Cautelar Inominada 3158-59.2010.4.01.4200, estendeu “para o exercício financeiro de 2010 e subsequentes os efeitos da decisão interlocutória proferida nos autos da

Ação principal 2008.42.00.002360-4, que antecipou os efeitos da tutela, até que seja proferida decisão final na ação principal, determinando-se a imediata suspensão dos efeitos da Decisão Normativa 101/2009” do TCU (fls. 23), readequando, em consequência, o índice de repasse ao Município de Boa Vista–RR para um coeficiente de 6.557954 e um percentual de participação relativa de 5,454359%.

Segundo o requerente, embora não seja parte nos processos de origem, o Município de Maceió–AL sofreu prejuízo da ordem de R\$ 2.588.452,06 (dois milhões quinhentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e seis centavos), caracterizando-o como legítimo interessado a requerer a suspensão dos efeitos da medida liminar.

Afirma que os danos inerentes à execução da liminar já se tornaram efetivos com o bloqueio/sequestro já ocorrido nas contas-correntes, sem embargo do impacto futuro da medida quanto aos futuros repasses.

Assevera que a decisão, além de contrária à legalidade, causa séria lesão à ordem e à economia públicas, já que desfaz toda a sistemática de distribuição do Fundo de Participação de Município prevista pelo TCU desde o ano de 2009, repercutindo em desfavor não só da União mas também de dezenas de municípios beneficiados pelo repasse.

Sustenta que a decisão impugnada é nula, já que acarretou o sequestro de valores em sua conta bancária, apesar de não integrar o polo passivo da lide na condição de litisconsorte necessário, circunstância essencial para o desenvolvimento válido e regular do processo.

2. O pedido de suspensão de segurança em face de liminar concedida em ação cautelar está previsto no art. 4º da Lei 8.437/1992 nos seguintes termos:

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A legitimidade de terceiros para pleitear a suspensão, prevista no mencionado dispositivo, encontra guarida na doutrina e na jurisprudência. Marcelo Rodrigues Abelha, ao defender a legitimidade dos entes afetados em seus direitos e interesses, afirma:

Vale dizer, ainda, pouco importa se a pessoa jurídica já tenha sido parte no processo. Nada impede que tal incidente seja o primeiro momento de intervenção deste terceiro que até então não participara do feito. Claro que, a partir do momento em que é admitido o seu ingresso, deixa a condição de terceiro interessado e passa a ser mais um sujeito no processo.¹

Segundo Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezini, a legislação dispõe, de maneira geral, que está legitimada, além do Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público interessada e deduz:

O termo interessada leva à ideia de que não necessariamente o requerente do pedido de suspensão deve ser a pessoa jurídica de direito público integrante do polo passivo da demanda principal, bastando apenas que comprove o seu interesse na suspensão da decisão proferida. Assim, é suficiente que se demonstre a grave lesão a ordem, saúde, segurança e/ou economia públicas, bem como que aquela pessoa jurídica de direito público possua atribuição legal para zelar por tais valores.²

O STF, pelo seu Plenário, já reconheceu a legitimidade para agravar, de quem não é parte na suspensão de segurança nem no mandado de segurança, em caso de terceiro prejudicado³. *Mutatis mutandis*, o precedente se aplica ao caso em apreço.

O art. 499, *caput* e § 1º, do CPC, que na hipótese pode ser utilizado subsidiariamente, dispõe que o recurso pode ser interposto pelo terceiro prejudicado demonstrado o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

¹ Marcelo Abelha Rodrigues. *Suspensão de segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. Editora Revista dos Tribunais, p.150.

² Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezini. *Suspensão de segurança “De acordo com a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)*. Editora Revista dos Tribunais, pp.106/107.

³ SS 564 AgR/MG, rel. Min. Paulo Brossar, Plenário, DJ 09/06/1995, p. 17235.

A requerente, pessoa jurídica de direito público, comprova que, embora não seja parte na ação principal, o cumprimento da decisão interferiu na parcela de FPM que fora destinada, com o bloqueio, em sua conta-corrente, no valor de R\$ 2.588.452,06 (dois milhões quinhentos e oitenta e oito mil quatrocentos e cinquenta e dois reais e seis centavos), e continuará interferindo durante todo o exercício de 2010, caso sejam mantidos os seus efeitos (fls. 30/40), motivo que lhe confere legitimidade para requerer a presente suspensão.

3. 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 principal⁴.

Para a entrega dos recursos de que trata o art. 159, I, b, da CF/1988, o Tribunal de Contas da União efetua o cálculo das quotas referentes ao fundo, com base na estatística populacional dos municípios, realizada anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A composição do FPM está previsto na Constituição Federal e os critérios de distribuição e cálculo e pagamento das quotas estão previsto nos arts. 91, 92 e 93 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25/10/1966).

Definida a cota-parte de cada município, a alteração de um desses índices interfere na parcela que caberia aos demais, ou seja, aumentando-se a quota de um município, a cota-parte dos demais terá de ser reduzida. Nesse contexto, decisões como a liminar ora impugnada podem desvirtuar todo o método de cálculo e distribuição do Fundo de Participação de Municípios implementado pelo TCU, inviabilizando a gestão administrativa do aludido fundo, com consequências graves à ordem e à economia públicas.

Questões semelhantes foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal, das quais merece destaque o seguinte trecho da decisão da então presidente daquele Tribunal, Min. Ellen Gracie, na STA 146/PR:

(...)

7. Em juízo mínimo de delibação, conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal (SS 846-AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 08/11/1996; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 18/05/2001), entendo que a decisão impugnada, ao atribuir ao Município de Chopinzinho/PR coeficiente de rateio do Fundo de Participação dos Municípios – FPM diverso daquele inicialmente fixado pelo Tribunal de Contas da União, violou o disposto no art. 161, II e parágrafo único, da Constituição da República. Com efeito, a parcela do Fundo de Participação dos Municípios – FPM a que faz jus cada Município deve ser calculada pelo Tribunal de Contas da União, com base nos dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. É dizer, no presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. Está demonstrada, ainda, a grave lesão à economia e à ordem públicas, essa última considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução da decisão impugnada, em decorrência do possível efeito multiplicador, poderá inviabilizar o regular repasse do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, causando inegável prejuízo econômico aos municípios beneficiários do fundo. Nesse sentido, destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, *verbis*: “10. Por conseguinte, evidencia-se efetivamente a potencialidade de lesão à ordem e à economia públicas, até porque a decisão impugnada pode ensejar, como alegado, efeito multiplicador, na medida em que outros municípios poderão ingressar em juízo alegando erro em relação ao cálculo do FPM realizado pelo TCU com base nas estimativas do IBGE, o que poderá inviabilizar por completo o repasse do FPM aos Municípios, causando grandes transtornos à ordem pública.” (fls. 115) Outro não foi o entendimento adotado por esta Presidência no julgamento das Suspensões de Tutela Antecipada 144/AL, 145/PE e 147/AL, DJ 04/10/2007, casos semelhantes ao ora analisado.

8. Finalmente, assevere-se que a controvérsia acerca do exato contingente populacional do município interessado, da violação ao princípio da isonomia e da existência, ou não, de distorção na aplicação do redutor financeiro incidente no cálculo da parcela do Fundo de Participação dos Municípios – FPM não pode ser aqui sopesada e apreciada, porque diz respeito ao mérito da ação principal. É que não cabe, em pedido de suspensão, “a análise com profundidade e extensão da matéria de mérito analisada na origem” (SS 1.918-AgR/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30/04/2004), domínio reservado ao juízo recursal.

⁴ STF – SS 846 – AgRg/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgRg, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 18/05/2001).

9. Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão da execução da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento 2007.04.00.013321-3 (fls. 46/47), em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 23 de outubro de 2007.

A Corte Especial deste Tribunal também já julgou hipótese semelhante e decidiu:

(....)

3. Na execução de medida liminar ou de tutela antecipada para alterar o coeficiente de participação no Fundo de Participação dos Municípios – FPM, conforme já decidiu o STF em caso semelhante, acarreta grave lesão à ordem pública e à ordem econômica, pois representará séria alteração de todo o quadro distributivo do FPM aos demais municípios, fazendo aumentar a parte que caberia ao Município agravante e, conseqüentemente, diminuindo aquela que tocaria aos demais municípios, evidenciando a possibilidade de ocorrência do chamado efeito multiplicador (SS 1836 – AgR/RJ).

(....)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵

Nesse contexto — aptidão para causar danos graves à ordem⁶ e à economia públicas, e com efeito multiplicador geométrico —, a decisão impugnada deve ser sustada na sua eficácia, pois interfere em todo o sistema de rateio do FPM de todos os municípios brasileiros.

4. Em face do exposto, defiro o pedido e suspendo a eficácia da decisão do juízo da 1ª Vara Federal – RR. Oficie-se, com urgência, ao juízo requerido, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão. Intimem-se. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 05/08/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

⁵ AgRg na SLAT 2009.01.00.000004-5/TO, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva (no exercício da Presidência), julgado em 28/01/2009.

⁶ Por ordem pública “entende-se 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 a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.” (Cf. E SILVA, de Plácido. *Vocabulário Jurídico*, Forense, 2004.) O conceito tem similitude com o de “sociedade bem-organizada” de John Rawls — aquela “em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e cujas instituições sociais básicas satisfazem esses princípios, sendo esse fato publicamente reconhecido.” (Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Martins Fontes, 2002, p. 504.)

Agravo de Instrumento 0049023-95.2010.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos (convocado)
 Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
 Agravado: Ormilando Borges da Rocha
 Agravada: Anélia Luíza Vilela Rocha
 Advogado: Dr. Edmar Teixeira de Paula Júnior
 Publicação: e-DJF1 de 09/09/2010, p. 484

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, da decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que, nos autos da Execução por Título Judicial 2008.35.00.018767-3, determinou que a Autarquia expedisse, no prazo de 10 (dez) dias, os Títulos da Dívida Agrária complementares a que foi condenada, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), a incidir a partir do 11º dia, até o efetivo cumprimento da obrigação.

Sustenta, em síntese, que

já tomou todas as incumbências legais referente ao registro e controle administrativo sobre a proposta de emissão dos TDA's complementares enfocados, através do procedimento administrativo 54150.000659/2010-51, em atendimento à r. decisão (Doc. 4), só não sendo encaminhado à Secretaria do Tesouro Nacional, a solicitação para o lançamento dos TDA's, em favor do Exequente, por falta de cobertura orçamentária e financeira. Tudo dentro do complexo procedimento administrativo de emissão dos TDA's, cujas etapas serão melhores detalhadas mais adiante (fls. 4).

Decido.

O Incra, que não cumpriu a primeira decisão determinando a escrituração de Títulos da Dívida Agrária devidos, agrava contra a aplicação de multa. Não há qualquer ilegalidade na decisão agravada que está em sintonia com a Jurisprudência dominante. Os entendimentos jurisprudenciais transcritos no seu recurso estão superados. Ademais, a quantia fixada pelo juiz é proporcional à insistência por parte do agravante em não obedecer decisão judicial.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

Administrativo. Recurso especial. Ação desapropriatória. Determinação do Juízo Federal de emissão das TDA'S. Art. 14 da Lei Complementar 76/1993. Desatendimento da providência pelo Incra. Imposição de multa com amparo no art. 644 do Código de Processo Civil. Cabimento. Caracterização de dissenso pretoriano. Preservação da efetividade da prestação jurisdicional.

I. Em exame recurso especial apresentado por Sérgio Ugolini e cônjuge, mediante o qual objetiva desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região, que dispôs não ser possível impor ao Incra a multa prevista no artigo 644, do Código de Processo Civil, em razão de descumprimento de sentença que determinou a expedição de TDA's devidas aos recorrentes. O acórdão recorrido utilizou o fundamento de que: a) não se aplica no caso vertente as regras dos artigos 644 e 645 do CPC, uma vez que se trata de sentença proferida em ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, devendo ser empregado o disposto no art. 604 do CPC; b) é incabível a imposição de multa em razão da não-expedição de TDA's no prazo estabelecido pelo juízo da causa, porquanto, além de serem emitidos com cláusula de preservação do valor real, o art. 184, *caput*, da Constituição Federal, não autoriza a criação desses títulos no mesmo exercício em que houve a determinação judicial.

II. Como se evidencia dos autos, a autarquia expropriante não disponibilizou ao juízo da causa as TDA's, tal como estabelecido na LC 76/1993. Vê-se às fls. 2/7, de forma diversa, que se invoca uma série de procedimentos administrativos para justificar o não-atendimento da exação judicial. Não há, no presente caso, o óbice constitucional e processual invocado pelo Incra. Há, em sentido diametralmente oposto, tão-somente, hipótese de descumprimento de decisão judicial, prolatada com amplo fundamento legal, cercada de razoabilidade e dirigida à estrita preservação de princípios de direito basilares, tais como o respeito ao direito à propriedade, à independência e harmonia dos poderes constituídos e, principalmente, o da entrega efetiva da jurisdição ao cidadão.

III. No caso em exame, a decisão emitida pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Bahia, (atacada por agravo regimental do Incra, que restou provido pelo acórdão recorrido), limitou-se a imprimir regular efetividade à jurisdição prestada, aliás, como expressamente dispõe o artigo 14 da LC 76/1993: 'Art. 14. O valor da indenização, estabelecido por sentença, deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e, em Títulos da Dívida Agrária, para a terra nua'.

IV. O pedido de restabelecimento da imposição de *astreintes* ao Incra, apresentado em recurso especial, mesmo alcançando a Fazenda Pública, consoante já reconhecido pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, configura medida processual de inteira adequação, porquanto vinculada à garantia de efetiva e imediata observância da tutela jurisdicional que fora prestada.

V. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta, provido, com a finalidade de que, restabelecido os termos da decisão agravada em primeira instância (fl. 08), seja imposta diariamente ao Incra, em caso de descumprimento da medida judicial que determinou a pronta expedição das TDA's e até que estas sejam regularmente emitidas, a multa estabelecida no art. 644 do CPC, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). (REsp 778.217/BA, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 304)

Agravo de instrumento. Desapropriação. TDA'S. Escrituração. Prazo fixado de 60 dias. Ausência de ilegalidade. Multa pecuniária mantida. Agravo improvido.

I. Não há ilegalidade na fixação do prazo para escrituração das TDA's em 60 (sessenta) dias, porquanto a medida, por si só, não implica qualquer oneração orçamentária imediata, mas, na verdade, viabiliza tempo suficiente a se incluir na definição das despesas do setor público montante correspondente às TDA's escrituradas e lançadas. Precedentes desta Corte Regional Federal.

II. Apresenta-se juridicamente possível a fixação pelo Juízo de multa diária (*astreintes*), de natureza coercitiva, caso não haja o cumprimento da obrigação de fazer, no prazo estipulado.

III. As *astreintes* podem ser fixadas de ofício mesmo contra pessoas jurídica de direito público. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. REsp 246.701/SP, Quinta Turma, DJU de 16/10/2000, p. 327 e desta Corte Regional AG. 2003.01.00.000982-4/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 08/11/2007.

IV. A imposição de multa diária não implica em ofensa aos limites da coisa julgada, pois se trata de meio adicional para impor ao devedor o cumprimento da obrigação. Precedentes do STJ e desta Corte Regional Federal.

V. Agravo improvido. (AG 2007.01.00.023032-0/PA, TRF 1ª Região, 4ª Turma, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, in *DJ* 09/05/2008, p. 46).

Agravo de instrumento. Desapropriação. Presidente do Incra. Legitimidade passiva. TDA'S. Escrituração. Prazo fixado de 30 dias. Ausência de ilegalidade. Multa pecuniária mantida. Agravo improvido.

I. Hipótese em que deve ser afastada a alegação de nulidade da notificação do Presidente do Incra por ilegitimidade passiva, uma vez que é a autoridade competente para dar cumprimento à decisão.

II. Não há ilegalidade na fixação do prazo para escrituração das TDA's em 30 (trinta) dias, porquanto a medida, por si só, não implica qualquer oneração orçamentária imediata, mas, na verdade, viabiliza tempo suficiente a se incluir na definição das despesas do setor público montante correspondente às TDA's escrituradas e lançadas. Precedentes desta Corte Regional Federal.

III. Apresenta-se juridicamente possível a fixação pelo Juízo de multa diária (*astreintes*), de natureza coercitiva, caso não haja o cumprimento da obrigação de fazer, no prazo estipulado.

IV. As *astreintes* podem ser fixadas de ofício mesmo contra pessoas jurídica de direito público. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. REsp 246.701/SP, Quinta Turma, *DJU* de 16/10/2000, p. 327 e desta Corte Regional AG. 2003.01.00.000982-4/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, *DJ* 08/11/2007.

V. A imposição de multa diária não implica em ofensa aos limites da coisa julgada, pois se trata de meio adicional para impor ao devedor o cumprimento da obrigação. Precedentes do STJ e desta Corte Regional Federal. VI. Agravo improvido. (AG 2007.01.00.042253-0/BA, TRF 1ª Região, 4ª Turma, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), in *DJ* 09/05/2008, p. 147).

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC c/c o art. 30, XXV, do RITRF 1ª Região, nego seguimento ao presente recurso por contrariar jurisprudência tanto deste Tribunal como do STJ.

Intime-se.

Brasília, 1º/09/2010.

Juiz Federal *Marcus Vinícius Reis Bastos*, relator convocado.

Numeração única: 0060321-79.2004.4.01.3400
Recurso contra Sentença Cível 2004.34.00.909218-0

Relator: Juiz Federal Alysson Maia Fontenele
Recorrente: União Federal
Advogada: Dra. Danusia Lucinda Farage de Gouveia
Recorrido: Fábio Augusto Bessa
Advogado: Dr. Jorge Ademar da Silva
Publicação: e-DJF1 de 09/08/2010, p. 380

Ementa*

Militar. Marinha. Critérios de promoção no quadro de fuzileiros músicos. Incompetência do juizado especial federal cível para anular atos administrativos, art. 3º, § 1º, III, Lei 10.259/2001.

I. A Lei 10.259/2001, disciplinando o preceito constitucional insculpido no art. 98, I, da Constituição Federal, criou os juzizados especiais federais cíveis com o escopo precípua de imprimir agilidade e eficiência às causas de menor complexidade, consideradas como tais aquelas cuja repercussão econômica obedecem ao paradigma limitativo de sessenta salários-mínimos. Da regra, no entanto, emergem outras exceções. Se, de um lado, essas exceções parecem mitigar o escopo original, de outro tem-se que, entre outras finalidades, buscaram viabilizar a existência e funcionamento dos novos juzizados, vez que, de outra forma, eles tomariam dimensão que os inviabilizaria – sem olvidar que se buscou afastar dos juzizados demandas que reclamariam instrução mais apurada. Assim, nos termos do art. 3º, § 1º, III, da Lei 10.259/2001, não se incluem na competência do juizado especial federal cível as causas que visem a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o lançamento fiscal.

II. Na hipótese, o mérito da demanda requer análise da forma como o recorrente foi promovido e, conseqüentemente, a possível anulação do ato administrativo em que se deu sua promoção. Não é possível satisfazer este pedido sem que se anule o ato administrativo em questão.

III. Processo extinto sem julgamento de mérito.

IV. Honorários pela parte autora, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa – litigando o sucumbente, contudo, sob o pálio da Lei 1.060/1950.

V. Julgamento em consonância com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, *negar provimento* ao recurso.

Turma Recursal do Distrito Federal – 20/07/2010.

Juiz Federal *Alysson Maia Fontenele*, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Náiber Pontes de Almeida e Marcos Silva Rosa.

Numeração única: 0046953-52.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.914151-8

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros
Recorrente: União Federal
Advogados: Dr. Wellington Vilela de Araújo e outro
Recorrido: Edson Barbosa Dourado
Advogados: Dr. Maurício Batista de Melo e outro
Publicação: e-DJF1 de 24/08/2010, p. 565

Voto/Ementa*

Civil e Processual Civil. Indenização por danos morais. Escrivão da Polícia Civil do Estado de Goiás. Bloqueio indevido de saldo em conta-corrente. Decisão proferida por juízo do Distrito Federal. Pessoa homônima. Danos morais caracterizados. Sentença mantida. Recurso improvido.

I. Trata-se de recurso interposto pela União contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inaugural e a condenou ao pagamento da importância de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), a título de danos morais decorrentes de bloqueio indevido em conta-corrente em nome da parte autora. Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva, pois embora legisle sobre a organização judiciária do Distrito Federal, não se responsabiliza pelos atos praticados pelo ente autônomo; no mérito, destaca a ausência de prova da atuação da Receita Federal no fornecimento de informações sigilosas sobre o autor, sendo que ainda que esta tenha expedido ofício, o fez no cumprimento de ordem judicial; aduz que, sendo reconhecida a procedência do pedido, o valor da indenização deve cingir-se ao valor que ficou indisponível no período (R\$ 1.165,00), sob pena de enriquecimento sem causa da parte autora, haja vista que o alegado dano moral sofrido não restou demonstrado.

II. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

III. A sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, conforme previsão do art. 46 da Lei 9.099/1995.

IV. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

V. Condeno a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É o voto.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal de Goiás – 16/08/2010.

Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Fernando Cléber de Araújo Gomes e Warney Paulo Nery Araújo.

Numeração única: 0019877-44.2008.4.01.3600

Recurso Inominado 2008.36.00.900405-7

Relator: Juiz Federal Paulo César Lopes
 Recorrente: Ronai Soares Nava
 Advogado: Dr. Marcos Rogério Lima Pinto e Silva
 Recorrida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
 Advogados: Dr. Pedro Marcelo de Simone e outros
 Publicação: e-DJF1 de 26/08/2010, p. 565

Ementa

Direito Civil. Responsabilidade civil. ECT. Sedex. Atraso na entrega. Danos materiais e morais. Falha do serviço postal. Concurso. Perda de uma chance. Indenização devida.

I. Demonstrada a falha do serviço postal que não fez chegar no prazo convencionado correspondência com inscrição em concurso cultural, é cabível a condenação em danos morais, pela simples possibilidade de êxito no certame, com fundamento na teoria da perda de uma chance.

II. A postagem no último dia de inscrição (27/06/2007) revela uma concorrência dos autores para a produção do evento, na medida em que a correspondência não chegaria antes do prazo final. Com a prorrogação do prazo de inscrição para 04/07/2007, no entanto os autores foram prejudicados pela existência de falha no serviço prestado, com a entrega de Sedex muito além do prazo esperado.

III. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade devem balizar a fixação do *quantum* para punir o agente causador do dano, atendendo ao caráter preventivo da reparação, de forma que não lhe seja vantajoso insistir na prestação defeituosa do serviço, bem como oferecer compensação ao ofendido, sem gerar enriquecimento sem causa.

IV. Se os prêmios variam de R\$ 1.000,00 a R\$ 4.000,00 aos vencedores do concurso, entendo que a fixação de danos morais no valor de R\$ 500,00 atende aos critérios mencionados.

V. Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal de Mato Grosso – 04/08/2010.

Juiz Federal Paulo César Lopes, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Lopes: — Trata-se de recurso interposto por Ronai Soares Nava e Daniel Ferreira de Paula contra a sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da ECT a indenizar supostos danos materiais e morais experimentados pelos recorrentes em razão de atraso na entrega de encomenda Sedex postada com a finalidade de inscrição no Festival de Canção de Porto Nacional/TO. O pedido foi julgado improcedente sob o fundamento de que o material para a inscrição foi

postado na mesma data de encerramento do prazo para sua realização, ou seja, 27/06/2007.

Alegam os recorrentes a existência de documentação nos autos que comprovaria a prorrogação das inscrições para o dia 04/07/2007, ao passo que o material postado para essa finalidade somente chegou ao seu destino em 16/07/2007, muito além da previsão de entrega em 2 (dois) dias úteis da própria ECT.

A recorrida apresentou contrarrazões.

É o relato do necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Lopes: — O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pelo qual o conheço.

Cinge-se a controvérsia dos autos sobre a existência de falha na prestação de serviço pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos consistente no atraso da entrega de Sedex e se este atraso impediu a realização de inscrição no festival de canção de Porto Nacional/TO.

Observo que o prazo limite para a inscrição no referido festival, fixado inicialmente para dia 27/06/2007, foi prorrogado para o dia 04/07/2007, conforme documentação acostada à inicial. Postado o material necessário à inscrição no festival no dia 27/06/2007 e havendo previsão para entrega no dia 29/06/2007, com a prorrogação da inscrição, os autores seriam inscritos naquele concurso, não fosse o atraso na entrega do Sedex por parte da recorrida. Assim, com razão os recorrentes.

Impõe-se analisar se falha na prestação do serviço de entrega via Sedex, não contestada pela ECT, enseja ou não dano moral à pessoa física.

Ressalto que a relação jurídica existente entre a ECT (prestadora de serviços) e os recorrentes (usuários) é de consumo, sujeitando-se, assim, aos ditames da Constituição Federal/1988 e do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a responsabilidade da ECT, como fornecedora do serviço postal, é objetiva, amoldando-se a hipótese ao disposto no art. 14 da Lei 8.078/1990. Entretanto, é indispensável, para a configuração do dever de indenizar, a comprovação do dano e do nexo causal alegados.

Relativamente à existência de falha na execução do serviço de entrega do Sedex (atraso), observo que a recorrida reconheceu o atraso na entrega, que somente foi efetivada 19 dias após a postagem, segundo demonstrado pelo sistema de rastreamento de encomendas oferecido pela própria ECT, que acompanha a documentação inicial.

Considero presente a ocorrência de culpa da recorrida, uma vez que o risco de atraso da correspondência é próprio da atividade por ela desenvolvida, devendo, assim, suportá-lo.

Nesse sentido, o julgado do e. TRF 4ª Região:

Ação Indenizatória. ECT. Atraso na entrega da correspondência. Perda do prazo para participar de processo licitatório. Danos morais e materiais. Sucumbência. Demonstrada a não entrega da correspondência na data aprazada, presente o ilícito a exigir o ressarcimento dos danos a que a ECT deu causa. Se o risco de atraso na entrega dos documentos postados é um risco na atividade desenvolvida pela demandada, é ela quem deve suportar os danos decorrentes. A ausência de declaração acerca do conteúdo da correspondência não é fato suficiente para eximi-la de sua responsabilidade. O valor arbitrado a título de danos morais obedece a parâmetros de razoabilidade. O dano deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa. Inviável a condenação por danos patrimoniais, sob pena de destoar da legislação pertinente, haja vista a demandante ter enviado documentos por sedex simples, sem declarar seu conteúdo e valor. Se houvesse a declaração pela postagem adequada, a indenização seria total. Precedentes. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Prequestionamento delineado pelo exame das disposições legais pertinentes ao deslinde da causa. Precedentes do STJ e do STF. (AC 200470000264084. Rel.: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida (convocada). TRF4. Terceira Turma. D.E. 15/08/2007.)

Na espécie, trata-se de músicos profissionais impedidos de participar de Festival de Canção com premiação em dinheiro, pelo atraso na entrega dos documentos necessários à inscrição.

A hipótese de falha no serviço, expressamente reconhecida pela ECT, que ensejou a eliminação dos autores do procedimento seletivo para o festival, amolda-se à denominada *teoria da perda de uma chance*, na qual deve ser fixado um valor a título de reparação pela oportunidade inutilizada, sem olvidar do necessário caráter punitivo.

A teoria da perda de uma chance, desenvolvida pela doutrina na seara da responsabilidade civil, exige que, para fins de reparação, a chance ou oportunidade de se alcançar um determinado benefício deve revelar a qualidade de ser séria e real. Requer-se, também, que, a partir de um juízo de probabilidade, a chance de se obter resultados favoráveis se mostre concreta, e não meramente hipotética ou imaginária. Ou seja, a probabilidade da chance de se alcançar o benefício deve se mostrar significativa.

Nesse sentido já se manifestou o e. STJ:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Jefferson Schneider e Vanessa Curti Perenha Gasques.

Processual Civil e Direito Civil. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7, STJ. Aplicação. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. *Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.* - *A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.* - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (REsp 200801684395. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJE Data: 04/08/2009.)

Nessa esteira segue o entendimento do TRF1:

Civil. Processual Civil e Administrativo. Pedido condenatório. Conteúdo declaratório implícito. Reconhecimento. Prescrição. Ocorrência parcial. Diplomata. Curso de Altos Estudos. Reprovação. Princípio da legalidade. Ofensa. Ato discricionário. Possibilidade de revisão jurisdicional. Precedentes. Perda de uma chance. Reconhecimento. Promoção. Impossibilidade. Requisitos adicionais. Não Cumprimento. Diárias. Ajuda de custo. Auxílio Transporte. Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida. I. O pedido, ainda quando de natureza condenatória, pode incluir conteúdo declaratório, como na hipótese dos autos. Carência parcial da ação que se afasta. II. Ao Poder Judiciário compete examinar a legalidade dos atos administrativos, mesmo quando discricionários, para declara-los inválidos ou ilegais. Precedentes. Caso em que os atos praticados não adotaram os critérios editalícios pertinentes. III. A inclusão do diplomata no quadro de acesso não lhe concede, inexoravelmente, o direito à promoção. *Reconhecida a perda de uma chance pertinente à não inclusão do autor nesse quadro, quando da ilegal reprovação, possível a indenização por dano moral.* Caso em que, entretanto, o direito a essa indenização encontra-

se fulminado pela prescrição, por força do prazo estabelecido pelo art. 1º do Decreto 20.910/1932. IV. Paradigma julgado por este Tribunal em sentido favorável à tese do autor, em 30.06.2004, não convalida o direito de ação prescrito. Interrupção da prescrição que não se reconhece. V. Não existente obrigatoriedade legal de lotação do diplomada em cargos determinados, nem para exercício de cargos em comissão ou funções de confiança. Inteligência do art. 41 da Lei 7.501/1986. VI. É devido o pagamento de diárias ao servidor que se afasta de sua sede em caráter eventual ou temporário. Caso em que enquadrado o exercício de atividades pelo autor antes de ser legalmente transferido para a mesma função. Aplicação do art. 58 da Lei 8.112/1990. VII. Pagamento de passagem aérea que se defere por razão da transferência. Indevido o pagamento das demais verbas indenizatórias. VIII. Juros de mora, a partir da citação, em 0,5% a.m por força do art. 1º F da Lei 9.494/1997, com a redação da Medida Provisória 2.180/2001. Correção monetária devida nos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Redução da condenação em verba honorária, haja vista ter sido o autor vencedor em alguma parte do pedido. IX. Sentença parcialmente provida. Apelação a que se dá parcial provimento. (AC 200534000073858. Rel. Juíza Federal Monica Neves Aguiar da Silva (convocada). TRF1. Segunda Turma. DJ Data: 1º/10/2007, p. 74)

In casu, restou comprovado que os recorrentes já haviam sido classificados em vários outros festivais de música realizados no Estado de Mato Grosso (Festival da Canção de Tangará da Serra; Festival da Canção de Guarantã do Norte; Festival de Rasqueado de Cuiabá; Festival da Canção de Alta Floresta e Prêmio Syngenta de Música Instrumental de Viola). Assim, verifica-se que as chances dos recorrentes de galgarem classificação no festival de música em questão eram efetivamente concretas, fazendo jus, portanto, à reparação pela perda da legítima expectativa de que eram portadores.

Por outro lado, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade o valor estipulado é suficiente para punir o agente causador do dano, atendendo ao caráter preventivo da reparação, de forma que não lhe seja vantajoso insistir na prestação defeituosa do serviço.

Ação indenizatória. ECT. Atraso na entrega da correspondência. Perda do prazo para participar de processo licitatório. Danos morais e materiais. Sucumbência. Demonstrada a não entrega da correspondência na data aprezada, presente o ilícito a exigir o ressarcimento dos danos a que a ECT deu causa. Se o risco de atraso na entrega dos documentos postados é um risco na atividade desenvolvida pela demandada, é ela quem deve suportar os danos decorrentes. A ausência de declaração acerca do conteúdo da

correspondência não é fato suficiente para eximila de sua responsabilidade. O valor arbitrado a título de danos morais obedece a parâmetros de razoabilidade. *O dano moral deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa. Inviável a condenação por danos patrimoniais, sob pena de destoar da legislação pertinente, haja vista a demandante ter enviado documentos por Sedex simples, sem declarar seu conteúdo e valor. Se houvesse a declaração pela postagem adequada, a indenização seria total. Precedentes. (AC 386135/RJ. TRF2, 7ª Turma. Rel. Des. Federal Theophilo Miguel. DJU 15/01/2009, p. 184.)*

Neste sentido, considerando, o valor das premiações que variavam de R\$ 4.000,00 para o primeiro colocado a R\$ 1.000,00 para o quinto colocado e a projeção no meio musical proporcionada por festivais de música, tenho que o montante de R\$ 500,00 para cada um é razoável, sem importar enriquecimento indevido por parte dos autores. Entendo que tal valor se afigura razoável na medida em que, sob certo ponto de vista, houve concorrência dos autores para o evento uma vez que postaram a inscrição para o concurso no último dia, ou seja, 27/06/2007, e somente com a prorrogação do prazo de entrega para 04/07/2007 é que viriam ser beneficiados com a participação no concurso, caso a entrega tivesse sido feita no prazo de dois dias úteis previstos.

Por outro lado, no que diz respeito aos danos materiais, considero presente somente

aquele referente ao valor da postagem do material enviado para inscrição no festival, haja vista que os instrumentos musicais adquiridos pelos recorrentes e sobre os quais alegam terem sofrido prejuízo material são próprios ao seu ofício de músicos e, conforme citado anteriormente, já tendo sido classificados e premiados em diversos outros festivais de música terão proveito futuro desses instrumentos. Entendo que o dano material decorreu tão somente da despesa com a remessa da correspondência (R\$ 31,40), conforme extrato colacionado aos autos, despesa esta que se revelou totalmente inútil.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para julgar procedente o pedido inicial e em observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moderação, condenar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a pagar aos autores a importância de R\$ 31,40 (trinta e um reais e quarenta centavos) a título de dano material, devendo este valor ser corrigido desde 27/06/2007, além de juros de mora a partir do evento danoso – 04/07/2007 (Súmulas 43 e 54 do STJ), sendo estes fixados em 1% (um por cento) ao mês, de acordo com o art. 406 do Código Civil, condeno ainda a ré no pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a título de danos morais, para cada um dos autores.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É como voto.

Numeração única: 39458-90.2009.4.01.3800

Recurso Inominado 2009.38.00.708702-7

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho
 Recorrente: Perciliana Martins Carvalho Santos
 Advogado: Dr. Ronaldo Ermelindo Ferreira
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 31/08/2010, p. 1024

Ementa-Voto*

Juizados especiais federais. Recurso inominado. Benefício previdenciário. Competência. Inaplicabilidade da Súmula 689 do STF. Recurso desprovido.

A 2ª Turma Recursal/MG pacificou entendimento segundo o qual o enunciado da Súmula 689 do STF não se aplica à especificidade do caso. “Foi pensando na facilidade de acesso do segurado ao juizado mais próximo do local de sua residência, que o legislador fez prevalecer a competência do juizado especial federal com jurisdição

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Cláudio José Coelho Costa e Simone dos Santos Lemos Fernandes.

na cidade de sua residência, em detrimento de outro local, inclusive da capital do estado. Instituiu-se, no § 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001, regra de competência territorial absoluta, ao dizer: “*no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.*” A competência absoluta atende a um critério de política legislativa e não pode ser modificada pelas partes, ainda que estivessem em comum acordo. Assim, não pode a parte segurada escolher a capital do estado para ajuizar a demanda em desfavor do instituto de previdência; ela deve propô-la no juizado especial com jurisdição na sua cidade ou, no mínimo, no juizado federal mais próximo, por força do art. 20 da Lei 10.259/2001. E nem se diga que está havendo descumprimento da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal. Como visto, ao editá-la, o Excelso Pretório não levou em conta norma específica contida na Lei dos Juizados Especiais Federais, partindo apenas da interpretação de dispositivo constitucional que não tem relação com os juizados. Registra-se, ainda, que, ao proferir as primeiras decisões dando pela prevalência da mencionada súmula, acreditava que os poucos casos, cerca de cinco, eram isolados. Agora, é possível perceber que não; são inúmeras demandas ajuizadas na capital do estado, muito longe do domicílio da parte, por conveniência exclusiva do seu procurador, *data venia*. Isso provoca, inclusive, ônus excessivos para a parte, que tem a obrigação de trazer suas testemunhas para a vara da capital e aqui comparecer para a audiência e para se submeter a exames médicos por sua própria conta, se se tratar de causa envolvendo benefício de incapacidade.” (2008.38.00.723283-3 – Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves – 2ª Turma Recursal/MG.)

Mantém-se a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Recurso desprovido. Honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, ficando suspensos, uma vez que a parte se encontra sob o pálio da justiça gratuita.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *negar provimento* ao recurso da parte autora.

2ª Turma Recursal de Minas Gerais – 13/05/2010.

Juiz Federal *Jader Alves Ferreira Filho*, relator.

Relatório Sucinto

Trata-se de recurso inominado de sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito por reconhecer a incompetência do Juizado Especial Federal da capital, tendo em vista a parte autora ser domiciliada em município que está sob a jurisdição da Subseção Judiciária do interior, onde funciona o

Juizado Especial Federal. Argumenta a parte recorrente que, nos termos da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, pode escolher entre o juizado especial de seu domicílio e o da capital do Estado-Membro para propor demanda em desfavor de instituição previdenciária. Pede, ao final, que os autos sejam mantidos na Justiça Federal de Belo Horizonte/MG.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br)

Mandado de segurança. Precatório. Data de apresentação do valor a ser inscrito.

I. A data a ser considerada para inscrição no regime de precatórios é aquela em que o juiz de origem apresenta o valor ao tribunal, 1º de julho, conforme dispõe o § 10 do art. 100 da Constituição Federal, e não a que o tribunal requisita ao órgão do Poder Executivo o pagamento.

II. Requisição de pagamento expedida no juízo de origem no dia 1º.07.2008, dando-se a efetiva apresentação no tribunal no dia 03.07.2008, em face da demora do mecanismo de comunicação entre os dois órgãos judiciários. Não regulamentação do encaminhamento via *on line*, disciplinando a certificação digital. O documento eletrônico expedido pelo juiz do primeiro grau chegou ao tribunal no dia 1º de julho, sem a certificação digital.

III. O atraso de dois dias, na tramitação do expediente entre o juízo de origem e o tribunal, não pode ensejar o atraso de 1 (um) ano no pagamento ao credor, que contra com mais de 85 (oitenta e cinco) anos.

Numeração única: 0056652-91.2008.4.01.0000

Mandado de Segurança 2008.01.00.054889-5/MG

Relator: Des. Federal Tourinho Neto – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 25/08/2010, p. 2

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Existência de identidade entre a causa de pedir remota. Conexão caracterizada. Art. 103 do Código de Processo Civil. Critério de modificação de competência. Procedência.

I. Há conexão entre duas ou mais ações quando houver identidade entre elas pela causa de pedir remota.

II. Reputam-se conexas, na forma do art. 103 do Código de Processo Civil, a ação anulatória de processo administrativo e a ação visando obter reforma militar por invalidez, em que a causa de pedir remota de ambas reside na incapacidade do requerente para os atos da vida civil, dada sua interdição.

III. Conflito procedente para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará.

Conflito de Competência 0048482-96.2009.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 17/08/2010, pp. 177/178

Embargos infringentes. Crime ambiental. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Circunstâncias do caso concreto. Assentamento irregular promovido pelo Governo do Distrito Federal. Questão social. Provimento dos embargos.

I. A conclusão externada pelo voto vencido, de aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso destes autos, decorreu de uma análise do caso em face de circunstâncias concretas, quais sejam, o fato de que a recorrente foi inserida na área por iniciativa do Poder Público, a pouca monta da edificação por ela iniciada e a imprecisão acerca de dano ambiental no local.

II. Os possíveis danos ambientais causados pela edificação iniciada pela recorrente não podem ser tão extensos quanto alegado na denúncia, seja em razão do pequeno tamanho da área, seja em razão do fato de ter sido embargada a obra, com apreensão do material a ser nela utilizado, seja porque a pena pecuniária aplicada administrativamente revela-se suficiente para repreensão da recorrente.

III. Embargos infringentes providos. Recurso em sentido estrito desprovido.

Numeração única: 0044059-49.2007.4.01.3400

Embargos Infringentes e de Nulidade 2007.34.00.044394-8/DF

Relator: Des. Federal Carlos Olavo – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 25/08/2010, p. 9

Processual Civil. Ação rescisória. Valor da causa. Conteúdo econômico do título exequendo já apurado. Acolhimento parcial da impugnação.

I. Em se tratando de ação rescisória, o valor da causa deve corresponder, em princípio, aquele atribuído à demanda em que foi proferido o julgado rescindendo, devidamente atualizado monetariamente. Definido, porém, em liquidação de sentença, o montante do débito exequendo, cuja rescisão se pretende, será ele o valor da causa, por representar o conteúdo econômico da demanda.

II. Impugnação ao valor da causa parcialmente provido para fixar o valor da ação rescisória em R\$ 14.219,68 (que é o resultado da subtração dos JAM – 5.939,38 do total devido ao fundista – 20.795,58), que representa a pretensão econômica perquirida.

III. Esta Corte Regional tem reiteradamente se manifestado pela legalidade da isenção relativa ao depósito prévio, de que trata o art. 488, II, do CPC, instituída pela Medida Provisória 1.984-18/2000 e suas reedições, em favor da Caixa Econômica Federal – CEF.

Numeração única: 0615605-20.01.4.01.0000

Impugnação ao valor da causa 2001.01.00.007267-3/DF

Relatora: Des. Federal Selene Almeida – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 23/08/2010, p. 4

Processual Civil. Conflito de competência. Ação ordinária. Bem imóvel da União. Cobrança de laudêmio por parte da Secretaria de Patrimônio da União. Competência da vara federal comum porque matéria expressamente excepcionada do juizado especial federal cível (JEF) pelo inciso II do § 1º do art. 3º da Lei 10.259/2001.

I. Se a pretensão deduzida na ação ordinária diz respeito à dispensa da cobrança de *laudêmio* atinente a imóvel da União, aplicável o art. 3º, § 1º, II, da Lei 10.259/2001, que expressamente excetua da competência dos juizados especiais federais, independentemente do valor atribuído à causa, o processamento e julgamento dessa matéria.

II. Conflito conhecido: competente o juízo suscitado, da 3ª Vara Federal/MA.

III. Peças liberadas pelo relator em 18/08/2010 para publicação do acórdão.

Conflito de Competência 0035980-91.2010.4.01.0000/MA

Relator: Des. Federal Tolentino Amaral – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 30/08/2010, p. 12

Processual Civil. Apelação cível. Limitação do número de causas por ano que podem ser ajuizadas requerendo o benefício da assistência judiciária gratuita. Impossibilidade.

I. Dispõe a Constituição Federal que (art. 5º, XXXV) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; e que (art. 5º, LXXIV) o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

II. Mera portaria da seccional da OAB não tem o condão de cercear ou de impedir aqueles que se declarem juridicamente pobres de postularem suas demandas, sob o exclusivo fundamento de que o advogado por eles constituído extrapolara um determinado número anual de causas nas quais o mesmo benefício é requerido.

III. Apelação a que se dá provimento para, anulando a sentença, determinar o retorno dos autos à origem para que a ação tenha o seu regular processamento.

Numeração única: 0031677-82.2010.4.01.9199/PI

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/08/2010, p. 50

Previdenciário. Processual Civil. Agravo de instrumento. Expedição de RPV para pagamento de honorários sucumbenciais. Fracionamento da execução. Impossibilidade. Violação aos termos do art. 100, § 4º, da Constituição Federal. Agravo provido.

I. A expedição de precatório para pagamento do valor principal e RPV para pagamento dos honorários de sucumbência, constitui fracionamento da execução, vedado pelo art. 100, § 4º, da Constituição Federal (STF: AIAgR 537.733-5/RS e STJ: REsp 736.261/SC).

II. Somente é permitida a dispensa da expedição do precatório, quando os valores referentes à execução, incluídos os honorários de advogado, não excederem o limite de sessenta (60) salários mínimos. Precedentes.

III Agravo de instrumento provido.

Numeração única: 0007906-32.2007.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2007.01.00.008841-0/MG

Relatora: Des. Federal Mônica Sifuentes – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/09/2010, p. 170

Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de drogas. Ações penais e inquéritos policiais em curso. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Regime de cumprimento de pena.

I. Ação penal em curso e inquéritos policiais em andamento não podem servir como fundamento para negar à ré direito à diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, sem o trânsito em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inquéritos policiais, ou mesmo ações penais em curso, não podem ser usados nem mesmo para valorar negativamente a conduta social ou a personalidade do agente.

II. Diante de condenação a pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, correta a sentença ao fixar o regime inicialmente fechado para o seu cumprimento.

Numeração única: 0002099-79.2009.4.01.4100

Apelação Criminal 2009.41.00.002102-0/RO

Relator: Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/07/2010, p. 43

Penal. Processual Penal. Furto qualificado. Interceptações telefônicas. Autorização. Juízo competente. Legalidade. Materialidade e autoria. Comprovadas. Dosimetria.

I. Inexiste ilegalidade das provas obtidas mediante escuta telefônica autorizada judicialmente e suficientes para embasar a acusação, sendo certo que a posterior declinação de competência não tem o condão de, por si só, invalidá-la.

II. Demonstrado pelas provas produzidas nos autos que o apelante era integrante de operação criminosa voltada para a prática de ilícitos penais contra instituições financeiras, subtraindo de correntistas valores, mediante fraude, via *internet*, impõe-se a manutenção da sentença condenatória.

III. A pena definitiva aplicada pelo MM. Juiz *a quo* é suficiente para a reprovação do crime não se configurando, no caso, a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade.

IV. Recursos de apelação improvidos.

Numeração única: 0006125-48.2007.4.01.3500

Apelação Criminal 2007.35.00.006136-6/GO

Relator: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/07/2010, p. 70

Administrativo. Contratação de menor aprendiz. Obrigatoriedade de cumprimento do disposto no art. 429 da CLT. Lei 10.097/2000 (Lei do Menor Aprendiz). Empresas com venda de bebidas alcoólicas. Inaplicabilidade. Art. 405, II, da CLT e 67, III, do ECA.

I. A submissão à regra contida no art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho, constitui garantia aos adolescentes do direito à profissionalização assegurado no grau de prioridade absoluta no art. 227 da Constituição Federal.

II. Ainda que o art. 429 disponha que *os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional*, o art. 405, II, da CLT veda o trabalho do menor em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade, considerando o § 3º, alínea *d*, ser prejudicial à moralidade do menor o trabalho consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.

III. Na mesma conformação está o art. 67, III, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabelece, que ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não governamental, é vedado o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

IV. Quanto à caracterização de determinado ambiente como prejudicial à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social do menor, o Decreto 6.481/2008 listou dentre as piores formas de trabalho infantil (lista TIP) aqueles prestados de qualquer modo em boates, bares, danceterias, motéis, dentre outros e onde haja venda de bebida alcoólica a varejo, como sendo prejudiciais à moralidade.

V. Sendo o autor representante de estabelecimentos que se dedicam ao serviço de bar e restaurante e similares, onde, comumente, ocorre venda de bebidas alcoólicas, a imposição prevista na Lei 10.097/2000 a ela não se aplica.

VI. Sem embargo da grande relevância que deve ser dada ao direito à profissionalização não se pode deixar de levar em conta a condição peculiar do adolescente que se encontra em fase de formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

VII. Subsiste vedação à contratação do trabalho de menores em estabelecimento de venda de bebidas alcoólicas a varejo, porquanto, o art. 405 e seus parágrafos não foram revogados pela Lei 10.097/2000.

VIII. Apelação do autor provida.

Numeração única: 0024210-33.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.024218-6/DF

Relatora: Des. Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DFJ1* de 13/08/2010, p.173

Civil. Responsabilidade civil. Inscrição do nome do autor na Serasa. Inadimplência. Embargos em ação monitoria. Decisão determinando a exclusão. Nova inscrição. Desobediência à decisão judicial. Dano moral configurado. Sentença mantida.

I. A inscrição do nome do devedor na Serasa constitui exercício de um direito conferido à instituição financeira, quando demonstrada a inadimplência do mutuário.

II. Estando, todavia, em discussão na via judicial a regularidade do débito, com medida liminar determinando a exclusão do nome do devedor do cadastro restritivo, a nova inscrição, pelo mesmo débito, configura conduta ilícita, passível de causar dano moral. Precedentes deste Tribunal.

III. Indenização arbitrada em valor razoável, que se mantém.

IV. Sentença confirmada.

V. Apelações da CEF e do autor desprovidas.

Numeração única: 0003409-12.2006.4.01.3200

Apelação Cível 2006.32.00.003425-2/AM

Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DFJ1* de 30/08/2010, p. 94

Embargos de declaração da FN (rejulgamento). REsp 1.111.378/DF. Omissão e contradição. Base cálculo crédito prêmio IPI. Valor FOB. Frete, seguro e comissão de agente. Embargos de declaração providos, em parte, com efeitos infringentes.

I. Quando o frete é cobrado do adquirente, ou seja, quando integra o valor do produto (compra CIF) deve ser incluído na base de cálculo do IPI. Ao reverso, se nas aquisições o frete é pago a terceiro (compra FOB), tal valor deve ser excluído da base de cálculo do IPI (TRF5, AMS 200581000077336, T1, rel. Des. César Carvalho, DJE 28.10.2009, p. 120).

II. Impossível a inclusão do valor do frete, seguro e comissão de agente ao valor FOB se há coisa julgada no ponto e, menos ainda, se ausente, nos autos, menção expressa de que, no desenvolvimento de suas atividades, a empresa pratica operações com produtos tributados sob a cláusula CIF (*cost, insurance and freight* - custo, seguro e frete), com a assunção da obrigação de entrega das mercadorias na localidade indicada pelos respectivos adquirentes.

III. Embargos de declaração da FN (fls. 1232/1259 e 1259/1266) providos, em parte, para, sanando omissão, com efeitos infringentes, decotar a inclusão do frete, seguro e comissão de agente na base de cálculo do crédito-prêmio IPI.

IV. Peças liberadas pelo relator, em 10/08/2010, para publicação do acórdão.

Numeração única: 547213420004010000

ED na Apelação Cível 2000.01.00.063761-8/DF

Relator: Des. Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 20/08/2010, p. 393

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Contribuição previdenciária. Ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração e cargo temporário. Art. 40, § 13, da Constituição Federal. Emenda Constitucional 20/1998. Lei 9.717/1998 e portarias MPAS. Constitucionalidade. Regime de previdência próprio comprovado.

I. Antes do advento da Emenda Constitucional 20/1998, era possível a vinculação dos servidores públicos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão sem vínculo com a União ao regime próprio de previdência social.

II. Após a EC 20/1998, que acrescentou o § 13 ao art. 40 da Constituição Federal, os servidores ocupantes de cargo em comissão sem vínculo empregatício com a Administração, assim como os ocupantes de cargos temporários, passaram a ser obrigados a contribuir para o Regime Geral de Previdência Social.

III. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, afirmou, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e a todos os entes da Administração Pública dos três níveis federativos, a compatibilidade do art. 40, § 13, da Carta Magna com a forma federativa do Estado e com o princípio da imunidade recíproca (art. 150, VI, a), que se restringe aos impostos (ADI 2.024, DJ de 22/06/2007).

IV. A Lei 9.717/1998 foi editada em consonância com a competência legislativa da União Federal para editar normas gerais sobre a matéria previdenciária (art. 24, XII) e não obsta à instituição do regime próprio de previdência social dos entes federativos para os seus servidores públicos ocupantes de cargo efetivo e militares.

V. *In casu*, as contribuições exigidas das remunerações dos servidores referem-se a período anterior à vigência da mencionada emenda. O fato de o Município possuir regime próprio de previdência, que incluía os servidores ocupantes de cargo comissionado, afasta a vinculação do Regime Geral da Previdência Social – RGPS no período anterior à vigência da Lei 9.717/1998.

VI. Remessa oficial não conhecida.

VII. Apelação a que se dá provimento.

Numeração única: 0037886-51.1999.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1999.38.00.038032-0/MG

Relatora: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 06/08/2010, p. 326

- ★ 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 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.

