

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Maio 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

Paulo Souza da Silva

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)

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – SEREV/COJUD/TRF 1

Setor de Autarquia 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 Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

Corte Especial

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 Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

1ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

2ª Seção

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

3ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

4ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

1ª Turma

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

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 *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

4ª Turma

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

5ª Turma

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

6ª Turma

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* –
Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

7ª Turma

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amilcar 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 Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes*
Desembargadora Federal *Francisco de Assis Betti* – Suplente

Comissão de Concurso

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 *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* –
Suplente

Comissão de Acervo Jurídico – art. 84, RITRF1

Desembargadora Federal *Carlos Eduardo Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargadora Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

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

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

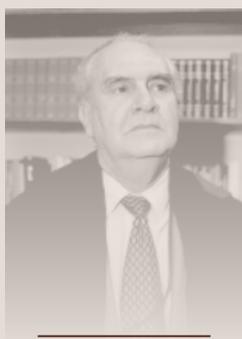
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – 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/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – 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
Luciano 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, 13

Juramento, 15

Epígrafe, 17

Ponto de Vista, 19

As inovações da reforma do Código de Processo Penal
Eugênio Pacelli de Oliveira

Habeas Verbum, 23

Nunca separe por vírgula – parte II

Variedades, 27

Guerra e Paz
León Tolstói

Artigos Doutrinários

A coisa julgada e a manutenção de benefícios previdenciários por incapacidade – auxílio- doença e aposentadoria por invalidez, 31
José Renato Rodrigues

A irrecorribilidade da sentença de primeiro grau, 44
João Cruz Beza

Tópico Jurídico, 53

As Malvinas são argentinas?
Camila Daros Cardoso e Oscar Valente Cardoso

Inovação Legislativa, 57

Lei 12.234, de 5 de maio de 2010 – altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940 – Código Penal

Acórdãos: inteiros teores

Corte Especial – Suspensão de segurança. A decisão de primeiro grau que revoga a antecipação dos efeitos da tutela desafia a interposição de recurso próprio, que não o pedido de suspensão de liminar, 59
Numeração única: 0020452-85.2008.4.01.0000
Rel.: Desembargador Federal Presidente
Agravo Regimental na SL 2008.01.00.020775-5/DF

Primeira Seção – Conflito de competência. Juiz de vara cível x juiz de JEF. Ação de natureza previdenciária ajuizada perante o JEF. Apuração dos valores devidos ao segurado no curso da demanda. Intimação da parte autora para manifestação quanto à renúncia de valores excedentes de 60 salários-mínimos. Possibilidade. Competência do juízo cível, em razão da ausência de renúncia dos valores excedentes, 61

Numeração única: 0063077-03.2009.4.01.0000

Rel.: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)

Conflito de Competência 2009.01.00.064629-8/MG

Segunda Seção – Conflito negativo de competência. Penal e Processo Penal. Uso de documento falso. Tentativa de frustração de direitos assegurados por lei trabalhista. Princípio da consunção. Impossibilidade. Concurso formal de crimes. Competência da Justiça Federal comum. Precedentes, 63

Numeração única: 0065351-37.2009.4.01.0000

Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Conflito de Competência 2009.01.00.066039-1/BA

Terceira Seção – Ação rescisória. Contrato administrativo de obras de recuperação e construção de estradas. Atraso no pagamento. Acórdão que determinou indenização por atrasos nos pagamentos de contratos de empreitada. Ofensa à coisa julgada não caracterizada. Prescrição. Termo inicial de contagem do prazo para pagamento. Data de apresentação da fatura ao DNER. Obrigação quesível. Erro de fato. Danos emergentes e lucros cessantes incabíveis. Procedência da ação, 66

Numeração única: 0031386-15.2002.4.01.0000

Rel.: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Ação Rescisória 2002.01.00.036224-1/DF

Quarta Seção – Tributário. Embargos infringentes. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Resgate antecipado (conversão em ações). Resíduos de atualização monetária e juros. Prescrição: quinquenal. Termo a quo: AGE's – STJ: REsp 1.003.955-RS, c/c art. 543-C do CPC, 95

Numeração única: 29790-49.2000.4.01.3400

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Embargos Infringentes 2000.34.00.030023-7/DF

Primeira Turma – Previdenciário. Benefício de pensão por morte. Trabalhador urbano. Relação *more uxorio* comprovada bem como dependência econômica. Termo inicial: cancelamento indevido do benefício. Verba honorária fixada em conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC, e a jurisprudência deste tribunal, 98

Numeração única: 0000893-85.1998.4.01.3301

Rel.: Desembargador Federal Carlos Olavo

Apelação/Reexame Necessário 1998.33.01.000894-3/BA

Segunda Turma – Previdenciário e Processual Civil. Apelação em mandado de segurança. Conversão de tempo de serviço especial em comum. Decadência da impetração e inadequação da via eleita. Preliminares afastadas. Ruído superior a 80 dB. Possibilidade de contagem diferenciada. Enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008. Art. 3º da EC 20/1998. Respeito ao direito adquirido, 101

Numeração única: 0025355-59.2001.4.01.3800

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação em Mandado de Segurança 2001.38.00.025432-6/MG

Terceira Turma – Apelação cível. Improbidade administrativa. Impedimento e suspeição do juiz e de testemunhas. Exercício de advocacia concomitantemente com o cargo de analista judiciário. Nulidade da sentença. Inocorrência. Licença médica. Efetivo exercício. Indisponibilidade de bens decretada de ofício. Indisponibilidade, 111

Numeração única: 0001630-27.2003.4.01.3200

Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Apelação Cível 2003.32.00.001627-0

Quarta Turma – Penal. Telecomunicações. Lei 4.117/1962. Rádio clandestina. Lei 9.472/1997. Radiodifusão comunitária. Lei 9.612/1998. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença absolutória. Recurso de apelação. Pena de multa. Provimento, 116

Numeração única: 0007950-70.2006.4.01.3400

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Apelação Criminal 2006.34.00.008056-2/DF

Quinta Turma – Civil e Processual Civil. Acidente de veículos. Direito de indenização afastado. Apelação e remessa oficial não providas, 129

Numeração única: 0000320-84.1998.4.01.4000

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira

Apelação Cível 1998.40.00.000320-6/PI

Sexta Turma – Civil e Processual Civil. Ação de depósito. Prescrição trimestral. Princípio da especialidade. Incidência do Decreto 1.102/1903 (art. 11, § 1º). Prisão civil do depositário infiel. Impossibilidade. Contrato de armazenagem. Cláusula de quebra zero. Observância. *Pacta sunt servanda*, 133

Numeração única: 0040446-46.2001.4.01.0000

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 2001.01.00.046273-7/TO

Sétima Turma – Ação civil pública. Conselho Regional de Contabilidade. Aplicação de multa. Condomínios residenciais. Execução de serviços contábeis. Decreto-Lei 9.295/1946. Impossibilidade, 142

Numeração única: 0031009-34.1999.4.01.3400

Rel.: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Apelação Cível 1999.34.00.031056-3/DF

Oitava Turma – Administrativo. Processual. Multa ANP. Ilegitimidade passiva *ad causam* da União. Extinção, 145

Numeração Única: 0001275-33.2002.4.01.3400

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2002.34.00.001257-9/DF

Decisões Monocráticas

Ação civil pública . Delimitação, em caráter emergencial e preventivo de área do entorno da Capela de Nossa Senhora do Rosário de Itabirito. Construção datada do século XVIII. Risco de deterioração. Exercício do poder de polícia administrativa sobre todas as edificações e obras irregulares existentes na área do entorno da capela. Multa. Alegação de grave lesão à ordem pública. Pedido de suspensão dos efeitos de medida antecipatória da tutela, fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF - 1ª Região, 147

Numeração única: 170381120104010000

Rel.: Desembargador Federal Presidente

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0017038-11.2010.4.01.0000/MG

Agravo de instrumento. Pedido de efeito suspensivo. Decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, determinando a citação da União. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Direito de se apropriar dos créditos referentes ao PIS e à Cofins de cartão de crédito e débito. Conceito de insumo. Regime da não cumulatividade. Multa cominatória. Arts. 15 da Lei 12.016/2009 e 4º da Lei 8.437/1992, 152

Numeração única 007935-77.2010.4.01.0000

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 0037538-20.2009.4.01.3400/DF

JEF's em Revista

Administrativo. Constitucional. Cargo em comissão. Exoneração *ad nutum*. Servidora gestante. Ausência de justa causa. Indenização pecuniária. Art. 7º, I e art. 10, II, b, ADCT, da CF. Recurso provido. Sentença reformada, 155

Rel.: Juiz Federal Alysson Maia Fontenele

Recurso contra Sentença 2006.34.00.702260-9

Previdenciário. Filho maior e inválido. Dependência. Presunção, 157

Numeração única: 0021708-05.2009.4.01.3500

Rel.: Juiz Federal Wáney Paulo Nery Araújo

Recurso JEF 2009.35.00.700288-8

Constitucional. Processual Civil e Previdenciário. Benefício previdenciário. Segurado residente no entorno do Distrito Federal. Competência. Faculdade concedida ao segurado. Art. 20 da Lei 10.259/2001. Art. 4º da Lei 9.099/1995. Sentença reformada. Recurso provido, 158

Rel.: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida

Recurso contra Sentença 0043399-21.2008.4.01.3400

Ufam. Descontos em folha do autor. Entrega de atestado médico fora do prazo legal. Razoabilidade. Devolução dos valores descontados. Indenização por dano moral. Inadmissibilidade, 159

Rel.: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza

Recurso 0013554-59.2008.4.01.3200

Breviário, 161

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

Falsidade Ideológica. Nepotismo. Resolução 7 do CNJ.

Alegação de inexistência de crime antecedente para a tipificação do crime de lavagem de dinheiro. Desnecessidade.

Execução fiscal. Comarca não sede de vara federal, em que domiciliado o devedor. Declinação de competência. Vara federal de subseção judiciária.

Servidor público federal. Supressão de parcela de aposentadoria.

Uso de documento público falso. Visto consular falso em passaporte.

Concurso público. Gabarito preliminar. Recurso. Alteração e anulação de respostas.

Repositórios oficiais de jurisprudência, 165

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 167

Este mês, na seção Ponto de Vista, nosso entrevistado, Dr. Eugênio Pacelli, relator da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do novo Código de Processo Penal, traz a lume algumas inovações do Anteprojeto para o novo CPP, complementando a entrevista concedida em setembro passado.

Na seção Artigos Doutrinários, a Revista traz os textos: *A Coisa Julgada e a Manutenção de Benefícios Previdenciários por Incapacidade – Auxílio-Doença e Aposentadoria por Invalidez*, de José Renato Rodrigues (Juiz Federal Substituto em São Sebastião do Paraíso/MG. Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP) e *A Irrecorribilidade da Sentença de Primeiro Grau*, de João Cruz Beleza (Analista Judiciário. Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior. Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - Unir).

Na seção Tópico Jurídico, *As Malvinas são Argentinas?*, de Camila Daros Cardoso (Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil e em Comércio Internacional) e Oscar Valente Cardoso (Juiz Federal Substituto na 4ª Região. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Especialista em Direito Público, em Direito Constitucional e em Comércio Internacional).

De igual modo, como é de praxe, publicamos acórdãos dos órgãos fracionários do nosso Tribunal.

Dessa forma, acreditamos contribuir para o enriquecimento cultural do meio jurídico, sempre mantendo nossos leitores informados dos julgados e de novas ideias no campo do Direito.

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".



"(...) da justiça nasce a confiança, da confiança a tranquilidade, da tranquilidade o trabalho, do trabalho a produção, da produção o crédito, do crédito a opulência, da opulência a respeitabilidade, a duração, o vigor (...)"

Rui Barbosa

As inovações da reforma do Código de Processo Penal

Eugênio Pacelli de Oliveira*



O Procurador Regional Eugênio Pacelli de Oliveira dá continuidade ao tema Reforma do Código de Processo Penal, enfocado na edição de setembro de 2009 desta Revista, e destaca as inovações e implicações jurídicas do texto tratado pela Comissão de Juristas responsável pela Elaboração do Anteprojeto da Reforma.

Revista: Qual foi o impacto pessoal do convite para compor uma comissão tão importante para o Direito brasileiro?

Dr. Eugênio Pacelli: O convite me honrou de modo especial, sobretudo porque eu não conhecia o Senador Renato Casagrande, autor da proposta no Senado, o que reforça a independência da indicação e o caráter impessoal da escolha. Acredito que nossa trajetória institucional, acadêmica e, também, editorial, tenha pesado no processo.

No entanto, seria possível a formação de inúmeras comissões de juristas no Brasil, todas com os mesmos méritos e deméritos daquela que foi efetivamente constituída.

Revista: Quais as modificações trazidas para o Processo Penal brasileiro pelo Anteprojeto que o senhor destacaria como verdadeiras inovações?

Dr. Eugênio Pacelli: Na verdade, não se transforma um ambiente jurídico – teoria e prática – da noite para o dia, e, tampouco, por meio de legislação.

Naturalmente, o espaço para a transformação em um novo Código é muito amplo. Todavia, se não se levar em consideração as práticas em curso, isto é, o estágio de produção intelectual (científica e profissional) da matéria, corre-se o risco de se elaborar um anteprojeto fadado ao esquecimento, precisamente pelo alto grau de rupturas nele contido.

A Comissão entendeu, portanto, à saída, que as modificações mais recentes na legislação processual penal deveriam ser aproveitadas, ainda que com alguns ajustes, necessários em razão do exame da respectiva eficácia, ou não, da inovação.

Há inúmeras incompreensões acerca de algumas questões fundamentais, o que, apenas em parte, pode ser explicado a partir do dissenso formado no interior da Comissão.

O juiz de garantias, por exemplo, não foi pensado – ao menos, por todos, e isso consta da exposição de motivos – como um meio de controle da eventual contaminação pessoal do magistrado, acerca da qualidade de convencimento do material

* Membro do Ministério Público Federal (Posse em 30 de junho de 1993), ocupou os cargos/funções de Procurador da República em Minas Gerais (Período: 1993 a 2007); Procurador-Chefe Substituto na Procuradoria da República em Minas Gerais; Procurador Regional Eleitoral. É Procurador Regional da República na PRR1/DF (Promoção por merecimento em 19 de dezembro de 2007). Procurador do Estado de Minas Gerais, de 1990 a 1993. Exerce o magistério na Escola Superior do Ministério Público da União e na Faculdade de Direito Milton Campos, em Minas Gerais (Curso de Graduação e Pós-Graduação), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Relator da Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.

informativo produzido na fase de investigação. Também não se pretendeu adotar qualquer concepção de juiz inerte, alheio a qualquer iniciativa probatória. Não conhecemos ordenamento jurídico algum que preveja semelhante figura (do juiz inerte).

O que se pretendeu foi evitar um indevido – esse sim – controle da atuação funcional da acusação, impedindo que o juiz, que não responde pela qualidade e nem pela eficácia da pretensão deduzida, buscase na fase de investigação os elementos não valorados ou não utilizados pelo Ministério Público. O Anteprojeto pretende dividir a responsabilidade estatal pela persecução penal, incluindo o Ministério Público, como o verdadeiro protagonista da acusação, e, por isso mesmo, o principal responsável pela eventual ineficiência do sistema.

Revista: *A ideia do juiz de garantias tem a ver com o juiz d'instrução do Direito Francês? Em que ele melhora a prestação jurisdicional?*

Dr. Eugênio Pacelli: Embora haja semelhanças, no que toca à função eminentemente jurisdicional do juiz de instrução francês, o nosso juiz das garantias, ao contrário daquele, não exercerá função investigativa. E também por isso, segundo me parece, não haveria a necessidade da fixação de regra de impedimento do juiz da investigação para o juiz do processo. No nosso modelo, o juiz jamais exercerá função investigativa.

A regra de impedimento, nesse passo, quebrou um pouco a lógica dos modelos acusatórios com este perfil.

De se esclarecer que, precisamente por conta dessa regra de impedimento – à qual não aderimos, necessariamente! – o Senado já condicionou a implantação do juiz das garantias ao prazo de seis anos, concedidos aos tribunais para a respectiva organização judiciária.

Quanto à melhoria da função jurisdicional, parece-me que qualquer especialização de juízo, como se dá com as Varas Especializadas, quando bem planejada, cumpre relevante missão na distribuição da competência. Obviamente, se o anteprojeto não fosse alterado nesse ponto, isto é, do impedimento imediato do juiz que atuasse na fase de investigação, teríamos inúmeros e incontornáveis transtornos, sobretudo e particularmente nas pequenas comarcas. Havia a previsão inicial de uma regra de exceção ao impedimento, ressaltando exatamente essas comarcas

e suas peculiaridades. No entanto, essa regra de exceção foi afastada ao final dos trabalhos da Comissão, e, a nosso aviso, essa foi a razão pela qual não se implantará o juiz das garantias já ao tempo da aprovação do PLS 156, quando houver. A previsão do prazo de seis anos para a sua implantação nos parece a inviabilização de uma ideia bastante proveitosa, tal como inicialmente pensada.

Revista: *Porque a ampliação do papel do Ministério Público no processo penal trazida pelo Anteprojeto se fez necessária?*

Dr. Eugênio Pacelli: Na verdade, não se trata de qualquer ampliação do papel do Ministério Público. Trata-se apenas de se reconduzir a acusação ao seu leito constitucional. É dizer: se há um órgão dotado de prerrogativas institucionais em tudo assemelhadas à magistratura, por que não se transferir a ele também a responsabilidade? Basta ler o art. 129 da CF, que ali se encontrará a posição do Ministério Público na persecução penal: ser titular da ação penal não é simplesmente ser a parte legitimada. Mais que isso, implica a assunção de responsabilidades, devendo ele, prioritariamente, responder pela persecução penal. O juiz, no processo penal moderno, sempre será o juiz das garantias e da tutela das liberdades públicas. Cabe a ele proteger direitos subjetivos materiais e as garantias processuais asseguradas na Constituição, contra quem quer que seja.

O juiz criminal, mesmo quando autoriza uma interceptação telefônica, não está protegendo a investigação, ainda que tal ocorra, indiretamente (ou inevitavelmente). Na verdade, estará ele protegendo a intimidade e a privacidade dos cidadãos, condicionando a sua violação aos requisitos legais e constitucionais. Trata-se de uma alteração relevante da posição do juiz, não do Ministério Público.

Revista: *O novo Anteprojeto, se aprovado como está, sozinho trará maior celeridade ao processo? O que ainda falta?*

Dr. Eugênio Pacelli: Nesse ponto, a resposta é mais simples. Não, anteprojeto, projeto ou lei alguma faz desaparecer a miséria humana, o abandono completo das políticas de inclusão social e de outras e várias mazelas. Lei processual penal alguma, por exemplo, irá determinar a ampliação do Poder Judiciário, de modo a impedir que um juiz se veja responsável por mais

de dez mil processos, como ocorre no Brasil. E esse número aumenta a cada dia...

Mas o PLS 156 traz mudanças que poderão diminuir o impacto das demandas sociais criminais.

A previsão de procedimentos restaurativos, conciliatórios, previstos para hipóteses em que não estejam presentes a violência ou a grave ameaça, pode significar a redução de um grande número de processos, muitos dos quais fadados ao insucesso, por diversas razões (desinteresse da vítima, sobretudo).

Revista: *Quanto tempo ainda será necessário para que o novo código, se aprovado, possa ser aplicado de forma efetiva em todo território nacional?*

Dr. Eugênio Pacelli: Somente saberemos responder a essa pergunta a partir de sua aprovação. É que não se pode saber, pelo menos agora, qual será o texto aprovado, ou quais serão as modificações a serem feitas na Câmara dos Deputados. Nesse ponto, merece registro o esmero e o esforço com que se houve o Senado Federal na apreciação de tão relevante matéria.

Revista: *Há algum comentário que o senhor gostaria de fazer, seja sobre o trabalho da comissão, seja sobre o novo texto idealizado por ela?*

Dr. Eugênio Pacelli: Apenas deixar assentado que qualquer projeto de Código, ou de outra espécie normativa, somente pelo fato de se submeter à apreciação de um órgão colegiado, por si só, demanda uma série de posturas, por parte de seus integrantes.

Somente a disposição prévia – e permanente – para o consenso, para a realização de um projeto que se ponha acima dos interesses institucionais ou pessoais envolvidos, torna possível a conclusão de um texto mais ou menos harmônico.

Nesse ponto, malgrado as divergências teóricas ou ideológicas entre seus membros, não se pode recusar a coerência sistemática do texto final, somente alcançável por meio da soma de renúncias, sacrifícios e concessões dos integrantes da Comissão, a par das contribuições pessoais em busca de um resultado coletivo.

Nunca separar por vírgula – parte II*

Daremos continuidade ao tema do nosso artigo anterior, isto é, nunca separar por vírgula:

a) O **sujeito do seu predicado**: O presidente, atacou a oposição. (Errado) / Os homens de bem, nada terão que temer. (Errado)

b) O **verbo do seu complemento**: Os sindicatos apresentaram, uma lista de 15 reivindicações. (Errado) / Os governos devem lutar, pelo bem-estar do povo. (Errado)

A parte “a” já foi explanada em nosso artigo anterior, passemos então à parte “b”: nunca separe por vírgula o verbo de seu complemento.

Para entrarmos no conteúdo desta segunda parte, precisaremos recapitular os tópicos da análise sintática ligados à noção de predicado, quais sejam: tipos de predicado, complemento verbal, objeto direto, objeto indireto, advérbio, adjunto adverbial etc.

Como vimos, o predicado é o que se diz a respeito do sujeito (declaração, enunciação, pergunta etc.), por meio do verbo. Ele pode ser verbal, nominal ou verbo-nominal.

“Os nomes portugueses se dividem, do ponto de vista funcional, em substantivos e adjetivos.” (Joaquim Mattoso Câmara Jr.)

Quando o núcleo do predicado é um **nome** (substantivo ou adjetivo), temos o predicado nominal. Neste tipo de predicado, o sujeito e o enunciado que o segue são partes da oração ligadas pelo **verbo de ligação**. Exemplo: A casa está velha demais. No caso deste tipo de predicado, o sentido do que se quer dizer está no predicativo do sujeito, e não no verbo: está velha demais. O núcleo, velha, é um adjetivo, e é o que se diz do sujeito; quanto ao verbo, este é apenas “de ligação” (ser, estar, permanecer etc.), não trazendo um conteúdo de significação que seja relevante para a oração.

Por outro lado, quando o verbo possui sentido relevante para a oração, temos o predicado verbal. O predicado verbal vem centralizado em um verbo, que pode ou não ter significação completa. Quando ele tem significação completa, ele não “transita” para outra palavra, realizando sozinho o seu sentido, é verbo **intransitivo**. Exemplo: “O menino caiu.” Pronto, caiu; o verbo tem sentido completo. Se dissermos, porém, “O menino pegou”, claro está que falta algo nesta oração. O que o menino pegou? “O menino pegou o brinquedo.” Ou seja, o verbo pegar precisa de um complemento para que realize completamente seu significado. A ação transita diretamente do menino para o brinquedo, então, é um verbo **transitivo direto**, necessita de um **objeto direto**. Outros verbos necessitam de um complemento, mas ligam-se a ele por meio de uma preposição. Exemplo: “O menino gosta do brinquedo.” Nesse caso o complemento liga-se ao verbo de forma **indireta**, por meio da preposição (de+o), e seu complemento é o **objeto indireto**.

Resumindo. A predicação verbal, em oposição à predicação nominal, é aquela em que o verbo tem significação relevante no sintagma do predicado. Quando esse verbo não necessita de um complemento para expressar tudo que se quer expressar sobre o sujeito, ele é **intransitivo**; quando necessita de um complemento para dizer tudo que quer dizer sobre o sujeito, trata-se de um verbo **transitivo**. O verbo pode ser **transitivo direto** (liga-se a seu complemento sem necessidade de preposição); pode ser **transitivo indireto** (liga-se a seu complemento por meio de uma preposição) e, finalmente, pode ser **transitivo direto e indireto**, quando necessita de ambos os complementos para ter seu sentido completo.

Então: Não se deve separar jamais o verbo de seu complemento, tanto o direto quanto o indireto, pois esses termos formam uma unidade orgânica, à maneira da dupla sujeito-predicado. Portanto, não os separe por vírgula. Exceção: pode-se intercalar entre eles uma expressão ou oração de caráter explicativo ou adverbial.

* Texto produzido pela Consultoria em Língua Portuguesa do TRF 1ª Região, de autoria da servidora Maria da Glória Barbosa, e veiculado na página www.trf1.jus.br em *O quê do mês*.

O nosso último artigo pode ser resumido na frase que se segue: “Não há vírgula se o termo ou oração adjetiva restringe o sentido do sujeito, isto é, não funciona como oração intercalada.”

Vimos que o sintagma do sujeito tem como centro um substantivo ou algo semelhante: palavra substantivada, oração substantivada, pronome (todos esses termos são considerados nomes). Sujeito é, portanto, um *sintagma nominal*. As palavras que lhe servem como acessórios são adjuntos adnominais, que podem ser palavras ou orações (orações adjetivas restritivas). Estudamos ainda que os termos restritivos não podem ser separados de seu núcleo por vírgula, sendo de fundamental importância para a significação do sintagma, enquanto os termos explicativos podem vir isolados por duas vírgulas, além de não interferirem diretamente no sentido da oração.

Uma linha de raciocínio semelhante pode ser seguida com relação ao *sintagma verbal* (predicado verbal).

A regra é: “não separe por vírgula o verbo de seu complemento”. Exemplo: O aluno sabe, a resposta (errado). O aluno sabe a resposta (certo). Entretanto, também essa regra admite exceções. Apenas que, no sintagma do sujeito (de caráter nominal), lidamos com os termos restritivos (adjunto adnominal) e os explicativos (aposto explicativo), e, agora, tratando-se do predicado (sintagma verbal), lidaremos com, além das expressões explicativas, os adjuntos adverbiais, que podem ser: um advérbio, uma locução adverbial ou uma oração subordinada adverbial. Quero dizer que é possível a existência de *vírgulas* entre o verbo e seu complemento, porém, e mais uma vez, um par delas, isolando um termo acessório ao verbo, de caráter explicativo ou adverbial.

Exemplo: “O escritor terminou, antes do tempo previsto, o romance tão esperado.”

Sujeito: O escritor

Predicado verbal: terminou, antes do tempo previsto, o romance tão esperado.

Núcleo do predicado verbal: terminou [o quê?]

Objeto direto: o romance tão esperado

Adjunto adverbial de tempo: antes do tempo previsto

As duas vírgulas funcionam como pontes para a ideia, que deve fluir do verbo para seu complemento de forma ininterrupta: “O escritor terminou o romance esperado.”

Quanto aos adjuntos adverbiais, podemos também tirar ambas. Ou seja, ou se colocam as duas vírgulas ou se retiram as duas. “O escritor terminou antes do tempo previsto o romance esperado.” Aconselha-se, todavia, quando o adjunto adverbial for longo, a colocar as vírgulas. E o único problema aqui é definir o conceito de longo ou curto em se tratando de adjunto adverbial. Mas é certo, pelo menos, que adjuntos adverbiais representados por apenas uma palavra são considerados curtos.

A frase estaria incorreta se estivesse assim virgulada:

“O escritor terminou, antes do tempo previsto o romance esperado.” (Incorreto.)

“O escritor terminou antes do tempo previsto, o romance esperado.” (Incorreto.)

Outro exemplo, agora com uma oração adverbial:

“Ele relembrou, até que amanheceu o dia, os fatos ocorridos na infância.”

Nesse caso (de oração adverbial), as vírgulas são obrigatórias.

Seria possível retirar-se a oração subordinada adverbial de tempo, que está entre vírgulas, e a oração principal continuaria plena de sentido: “Ele relembrou os fatos ocorridos na infância.”

A pontuação estaria incorreta se assim fizéssemos:

“Ele relembrou até que amanheceu o dia, os fatos ocorridos na infância.” (Incorreto.)

“Ele relembrou, até que amanheceu o dia os fatos ocorridos na infância.” (Incorreto.)

Ainda outro exemplo, desta feita mais longo.

“O reclamante busca, alegando ter aderido ao Programa de Ajustamento do Quadro de Pessoal da Seção de Saúde da Caesb, as parcelas discriminadas na petição inicial de fls. 02/07.”

Sujeito: O reclamante

Predicado verbal: busca, alegando ter aderido ao Programa de Ajustamento do Quadro de Pessoal da Seção de Saúde da Caesb, as parcelas discriminadas na petição inicial de fls. 02/07.

Núcleo do predicado: busca [o quê?]

Objeto direto: as parcelas discriminadas na petição inicial de fls. 02/07.

Núcleo do objeto direto: parcelas

Adjunto adnominal: discriminadas na petição de fls. 02/07.

Adjunto adverbial de modo: alegando ter aderido ao Programa de Ajustamento do Quadro de Pessoal da Seção de Saúde da Caesb

Podemos retirar esse longo sintagma adverbial e a frase, plena de sentido, ficaria assim: “O reclamante busca as parcelas discriminadas na petição inicial de fls. 02/07.”

Portanto, sempre que houver um longo adjunto adverbial ou uma oração subordinada adverbial intercalada entre o verbo e seu complemento, isole-os com duas vírgulas, as quais funcionarão como duas pedras, uma de cada lado de um riacho: o leitor apoiará o pé em uma delas e pulará para a outra, dando um leve relance de olhos para o fluxo secundário que cruza o caminho do raciocínio principal e seguindo a viagem de sua leitura.

Quanto aos sintagmas do objeto direto e do indireto, estes são sintagmas nominais (como o sintagma do sujeito), portanto, se trouxerem um termo ou oração de caráter restritivo, não os separe por vírgula; só separe se o termo ou oração for de caráter explicativo.

Exemplo:

a) Ele visitará o irmão que mora em Recife.

(Ele tem mais de um irmão, apenas um deles mora em Recife – restritiva)

b) Ele visitará o irmão, que mora em Recife.

(Ele tem apenas um irmão, e este mora em Recife – explicativa)

Vamos analisar sintaticamente estas frases.

a) Sujeito: Ele

Predicado verbal: visitará o irmão que mora em Recife.

(Visitará quem? – visitar: verbo transitivo direto)

Objeto direto: o irmão que mora em Recife.

Oração subordinada adjetiva restritiva: que mora em Recife.

(Funciona como um adjunto adnominal.)

b) Sujeito: Ele

Predicado verbal: visitará o irmão, que mora em Recife.

Objeto direto: o irmão, que mora em Recife.

Oração subordinada adjetiva explicativa: que mora em Recife. (Funciona como um aposto explicativo.)

Concluindo e resumindo: entre sujeito e predicado e entre verbo e complemento não se coloca vírgula. No interior de sintagmas nominais (sujeito, objeto direto, objeto indireto) podem ser intercaladas expressões explicativas que virão isoladas por vírgulas; no caso do sintagma verbal (predicado) podem ser usadas as vírgulas em pares para isolar expressões explicativas e/ou adjuntos adverbiais (especialmente se forem longos) e devem obrigatoriamente ser usadas para isolar as orações adverbiais. Finalmente, no objeto direto e no indireto, que são sintagmas nominais, quando houver termos ou orações de caráter explicativo posicionados já no final do período deverão ser separados por vírgula e encerrados com o ponto final do período.

Nona parte

I

Pelos fins de 1811 tiveram início o armamento intensivo e a concentração de forças na Europa Ocidental, e, em 1812, essas forças – milhões de homens, incluindo os que transportavam e aprovisionavam esse exército – rumaram do oeste para leste, na direção das fronteiras russas onde, desde 1811, nossas forças também estavam sendo concentradas. No dia 12 de junho de 1812 os exércitos da Europa Ocidental atravessaram as fronteiras russas e a guerra começou: quer dizer, cumpriu-se um acontecimento contrário à razão e à natureza humana. Milhões de homens praticaram, uns contra os outros, crimes, embustes, traições, roubos, fraudes, pilhagens, incêndios, morticínios, ainda mais numerosos que os registrados em todos os tribunais do mundo e toda essa gente, autora de tantas atrocidades, não as considerava como tais.

E o que originou esse acontecimento extraordinário? Quais suas causas? Com uma segurança ingênua, os historiadores as atribuem à ofensa feita ao duque de Oldenburgo, à inobservância do bloqueio continental, à ambição de Napoleão, à firmeza de Alexandre, aos erros diplomáticos, etc.

Nesse caso, bastaria que entre uma recepção na cômte e um sarau, Metternich, Rumiantzev ou Talleyrand se aplicasse na redação de um documento, ou que Napoleão escrevesse a Alexandre: Irmão, consinto em devolver o ducado ao duque de Oldenburgo, para que a guerra fôsse evitada.

É compreensível que fôsse essa a impressão dos contemporâneos; é compreensível que Napoleão considerasse as intrigas da Inglaterra como motivos determinantes da guerra (como escreveu em Santa

Helena); é compreensível que os membros da Câmara inglesa atribuíssem a responsabilidade da guerra à ambição de Napoleão; que o duque de Oldenburgo visse essas causas nas violências de que fôra vítima; os comerciantes, no bloqueio continental que arruinava a Europa; os velhos soldados e os generais, na necessidade de fazerem alguma coisa; os legitimistas, na necessidade de restabelecer os bons princípios; os diplomatas, na inhabilidade com que se ocultou a Napoleão a aliança austro-russa de 1809, e no fato do memorando nº 178 ter sido mal redigido. É fácil compreender que essas causas e muitas outras, cuja quantidade variavam segundo os diferentes pontos de vista, fôssem aceitas pelos contemporâneos, mas para nós, que contemplamos em toda sua grandeza o espetacular acontecimento, e que lhe penetramos o sentido simples e terrível, essas causas parecem insuficientes. Não podemos compreender que milhões de cristãos se tenham entrematado e torturado porque Napoleão idolatrava o poder, porque Alexandre era firme, a política inglesa astuciosa ou porque o duque de Oldenburgo fôra esbulhado.

Não se pode saber qual a ligação existente entre essas circunstâncias e o fato mesmo dos morticínios e das violências.

Milhões de homens, do outro extremo da Europa, teriam ocorrido para matar e arruinar os habitantes das províncias de Smolensk e Moscou, e por sua vez serem mortos por eles, unicamente pelo fato do duque de Oldenburgo ter sido esbulhado?

Para nós, que não somos nem contemporâneos desses acontecimentos, nem historiadores, para nós que não somos dados às pesquisas e por conseguinte contemplamos os fatos apenas com o bom senso não obscurecido, as causas desses acontecimentos nos parecem incalculáveis. À medida que nos embrenhamos na procura dessas causas e que discernimos cada uma delas, isoladamente ou em série, somos levados a admiti-las, mas também não podemos deixar de considerá-las falsas pela sua própria insignificância, comparadas à enormidade do acontecimento, e insuficientes (sem a participação de

*TOLSTÓI, Léon. *Guerra e Paz*, Nona parte, I. Tradução de Gustavo Nonnenberg. 1ª ed. 6ª impressão. Editora Globo, 1959, 2º vol. pp. 5/9.

tôdas as demais causas concordantes) para produzir o que aconteceu. A seguinte causa, por exemplo: a recusa de Napoleão em retirar suas tropas para a outra margem do Vístula e devolver o ducado de Oldenburgo, tem para nós valor igual à disposição ou indisposição de qualquer cabo francês para reengajar-se, pois se ele não tivesse querido fazê-lo, e se dois ou três mil cabos e soldados o tivessem imitado, o exército de Napoleão seria menos numeroso, e não teria havido guerra.

Se Napoleão não se tivesse ofendido por lhe terem exigido a retirada de suas tropas para a outra margem do Vístula e não tivesse dado a ordem de avançar, não teria havido guerra. E se todos os sargentos se houvessem recusado a reengajar-se, a guerra teria sido igualmente impossível. Da mesma forma ela teria sido impossível se a Inglaterra não houvesse feito intrigas, se o duque de Oldenburgo nunca tivesse existido, se Alexandre não houvesse sido tão susceptível, se nunca tivesse existido a aristocracia russa, a Revolução francesa, o Diretório e o Império que a seguiram, e tudo que ela desencadeou. Afastada uma das causas, nada do que aconteceu teria acontecido. Logo, todas elas – em número de biliões – se concertaram unicamente para produzir o que se realizou. Portanto, êsse acontecimento não tinha uma causa exclusiva, mas realizou-se porque devia realizar-se. Milhões de homens, fazendo abstração de seus sentimentos humanos e da própria razão, deviam marchar do Ocidente para o Oriente e matar seus semelhantes, exatamente como alguns séculos atrás, multidões haviam marchado do Oriente para o Ocidente matando seus semelhantes.

Os atos e as palavras de Napoleão e Alexandre, que, segundo parecia, determinariam a realização ou a não-realização dos acontecimentos eram tão pouco arbitrários quanto a vontade de qualquer soldado, sorteado ou voluntário. E não podia ser de outra forma, pois, para que se cumprisse a vontade de Napoleão e Alexandre (de quem os acontecimentos pareciam depender) era necessária a conjugação de milhares de circunstâncias, bastando que uma só faltasse para que o acontecimento não se realizasse.

Era necessário que milhões de homens, nas mãos dos quais estava a força real – os soldados que atiravam, que carregavam as provisões e os canhões – estivessem

de acôrdo, para que se realizasse essa vontade de fracos indivíduos isolados, e conduzidos por uma multiplicidade de causas complicadas e diversas.

O fatalismo é indispensável na ciência histórica para explicar acontecimentos destituídos de sentido (quer dizer, dos que nós não compreendemos). Quanto mais procuramos explicar razoavelmente êsses fenômenos históricos, tanto mais êles nos parecem incompreensíveis e desarrazoados.

Cada homem vive para si próprio, usa a liberdade para atingir sua finalidade pessoal e tem a consciência plena de poder ou não poder praticar imediatamente uma determinada ação. Mas logo que a pratica, ela se torna irreparável, a história se apodera dela: deixa de ser uma ação livre para ser predestinada.

Na vida de cada homem existem duas faces: a vida pessoal que é tanto mais livre quanto mais abstratos forem seus interesses, e a vida geral, social, na qual o homem obedece, inevitavelmente, às leis que lhe são prescritas. Por si próprio, o homem vive conscientemente, mas serve de instrumento inconciente às finalidades históricas da humanidade. O ato praticado é irreparável e sua importância histórica está em concordar, no tempo, com milhões de atos praticados por outros homens. Quanto mais o homem se elevar na escala social, quanto mais próximo estiver dos homens superiores, quanto maior fôr sua influência sôbre os outros, mais evidente será a predestinação e a fatalidade de cada um de seus atos.

“O coração do rei está na mão de Deus.”

“O rei é o escravo da história.”

A história, isto é, a vida inconciente e comum dos enxames humanos, aproveita, como arma para atingir sua finalidade, cada movimento da vida dos reis.

Embora em 1812, mais que nunca Napoleão estivesse convencido que dependia dêle derramar ou não o sangue de seus povos (como lhe escrevia Alexandre em sua última carta), êle nunca estivera mais subordinado a essas leis inevitáveis que o forçavam (agindo, na sua opinião, por vontade própria) a fazer para a obra comum – para a história – o que se devia realizar.

Homens do Ocidente demandavam o Oriente para matar seus semelhantes. Segundo a lei da consciência das causas, concorriam para esse fato milhares de pequenas causas necessárias a esse movimento e à guerra: as censuras pela inobservância do bloqueio continental, o duque de Oldenburgo, o movimento de tropas na direção da Prússia empreendido (julgava Napoleão) unicamente para atingir a realização da paz armada, o amor e o hábito da guerra do imperador francês, coincidindo com as disposições de seu povo, a efervescência e as despesas desses grandes preparativos, a necessidade de obter vantagens compensadoras dessas despesas, as honrarias entontecedoras de Dresde, e as confabulações diplomáticas que, na opinião dos contemporâneos, eram conduzidas no desejo sincero de obter a paz, nada mais fizeram que estimular o amor-próprio dos dois adversários; e coincidindo com o acontecimento a realizar-se, e concordando com êle, milhões e milhões de outras causas.

A maçã cai quando está madura; por que? Será por que é atraída pela terra, ou por que sua haste secou por si ou pelo sol, por que ficou mais pesada, por que

o vento a sacode, ou por que o garoto que está sob a árvore a quer comer?

Nada disso é a causa, o todo não passa da concordância dessas condições nas quais se realiza cada acontecimento vital, orgânico, elementar: e o botânico que acha que a maçã cai em consequência da decomposição de tecidos, etc., terá tanta razão quanto a criança que estiver sob a árvore e julgar que a maçã caiu porque desejava comê-la e rezara para que isso acontecesse.

Da mesma forma, estarão acertados os que disserem que Napoleão foi a Moscou porque era essa sua vontade, e que sucumbiu porque Alexandre queria sua perda: assim, também estarão acertados os que disserem que uma montanha pesando milhões de quilos, secretamente escavada, ruiu porque o último operário tirou-lhe a última pá de terra. Nos acontecimentos históricos, os homens qualificados de grandes são rótulos que dão nome aos acontecimentos e, como os rótulos, são os que têm menos ligação com o acontecimento em si.

Os atos que praticam e que julgam voluntários, no sentido histórico não o são; eles se acham entrosados na marcha da história e definidos para sempre.

A coisa julgada e a manutenção de benefícios previdenciários por incapacidade – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez*

José Renato Rodrigues**

Sumário

Introdução; 2. Considerações sobre a coisa julgada; 2.1. Natureza jurídica da coisa julgada; 2.2. Coisa julgada material e formal; 2.3. Limites da coisa julgada; 2.3.1. Limites objetivos; 2.3.2. Limites subjetivos; 2.3.3. Limites temporais; 2.4. Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas; 3. Concessão e manutenção dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença; 3.1. Temporariedade dos benefícios por incapacidade; 3.2. Cessaçao dos benefícios por incapacidade em virtude de superveniente recuperaçao da capacidade laborativa; 3.2.1. Pedido de prorrogaçao (PP), pedido de reconsideraçao e recurso administrativo; (PR); 3.2.2. Do art. 47 da Lei 8.213/1991; 3.2.3. Do art. 11 da Lei 10.666/2003, 3.2.4. Cessaçao dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente; 4. Restabelecimento dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente; Conclusões; Bibliografia.

Introdução

De início, precisamos tecer alguns comentários sobre a coisa julgada, pois só assim teremos condições de abordar, de forma adequada e satisfatória, o alcance da coisa julgada na manutenção dos benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.

* Este artigo começou a ser escrito quando ocupávamos o cargo de Procurador Federal junto ao INSS em Botucatu-SP. A sua primeira parte tem por base nossa dissertação de mestrado: *A flexibilização da coisa julgada* e, a segunda, o livro *Direito Previdenciário Descomplicado* que estamos escrevendo.

** Juiz Federal Substituto em São Sebastião do Paraíso/MG. Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP

2. Considerações sobre a coisa julgada

É a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que define a coisa julgada ao asseverar que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.¹

Por outro lado, é o Código de Processo Civil, que é uma lei infraconstitucional, que trata do instituto precisando os contornos e grau de imutabilidade da coisa julgada.²

Ocorrerá coisa julgada quando a decisão judicial transitar em julgado, ou seja, quando esta estiver imune a ataques pela via recursal, quer por terem sido esgotados todos os recursos, quer por ter expirado o prazo sem interposição de recurso cabível.

Após o trânsito em julgado da decisão judicial, é possível, em alguns casos, o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir o julgado. No processo civil, estes casos estão arrolados no art. 485 do Código de Processo Civil.³

¹ Art. 6º, § 3º, do Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1942.

² Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

³ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I- se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II- proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III- resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV- ofender a coisa julgada;
- V- violar literal disposição de lei;
- VI- se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII- depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII- houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX- fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;
- X- a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial (*este inciso está com*

Haverá coisa soberanamente julgada quando transcorridos mais de dois anos do trânsito em julgado, não sendo possível, a partir de então, desfazer a decisão judicial nem por ação rescisória.^{4 5}

A coisa julgada existe em prol da segurança jurídica almejada por toda a coletividade, pois seria inconcebível a eternização dos litígios judiciais.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

(...) um dos valores buscados pela ordem jurídico-processual é o da segurança nas relações jurídicas, que constitui poderoso fator de paz na sociedade e felicidade pessoal de cada um. A tomada de decisão, com a vitória de um dos litigantes e derrota do outro, é para ambos o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia.⁶

As demandas judiciais precisam ter um ponto final e este ponto final chama-se coisa julgada.⁷

2.1. Natureza jurídica da coisa julgada

A autoridade da coisa julgada está fundada em duas ordens: uma política e outra jurídica.

Sendo a justiça a finalidade precípua do processo ao compor as lides, são colocados à disposição daqueles que se sintam injustiçados os recursos, por intermédio dos quais se reexaminam as questões postas e se reformam decisões.

Contudo, a busca da Justiça não pode ser infinita, sob pena de jamais se chegar à certeza do Direito e à segurança no gozo dos bens da vida.

a eficácia suspensa por força de medida cautelar deferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 1910).

§1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

⁴ Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

⁵ É de bom tom registrar que defendemos a possibilidade de haver, em casos excepcionais, a flexibilização da coisa julgada.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0502relativizaCandido.pdf>>.

⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Coisa julgada penal: autoridade absoluta e autoridade relativa. Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/doutrip.htm>>.

Por esse motivo é que há um limite para se questionar a justiça das decisões, qual seja: a estabilidade dos direitos, que é uma exigência de ordem pública (social). É esse, pois, o fundamento político da coisa julgada.

A natureza jurídica da coisa julgada é um tema controvertido na doutrina⁸, porém, no Direito brasileiro⁹, prevaleceu a teoria de Liebman que refuta as muitas teorias que defendem que a coisa julgada é um dos efeitos da sentença, porque, para ele, a autoridade da coisa julgada não se confunde com a eficácia jurídica da sentença, pois “esta é imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado.”¹⁰

A autoridade da coisa julgada não é efeito autônomo e sim “modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.”¹¹

Define a autoridade da coisa julgada como:

(...) a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹²

A eficácia – aptidão para produzir efeitos – da sentença se dá pelo fato de provir do Estado. Todo ato do Estado para ter eficácia deve estar em conformidade com o Direito, sob pena de ser ineficaz.

Presume-se que todo ato estatal seja eficaz, pois escorado no Direito. Porém, esta presunção é relativa, pois admite prova em contrário. Será ineficaz se for

⁸ Em havendo interesse em estudar as várias teorias existentes a respeito da natureza jurídica da coisa julgada, recomendamos uma prévia leitura da classificação de: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual*, p. 45-52.

⁹ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 39-40.

¹¹ *Ibid.*, p. 40.

¹² *Ibid.*, p. 54.

provada sua inconstitucionalidade, ilegalidade ou sua injustiça, por meios e formas legais.

Dessa forma, a eficácia natural da sentença é condicionada à verificação de sua constitucionalidade, legalidade e justiça e produz efeitos somente quando não couberem recursos com efeito suspensivo.

Após a preclusão de todos os recursos se dá a coisa julgada, que é uma qualidade especial que reforça a eficácia da sentença, que a torna imutável como ato processual (coisa julgada formal) e também torna imutáveis seus efeitos (coisa julgada material).

A autoridade da coisa julgada é uma necessidade social que visa evitar a perduração dos litígios.

A coisa julgada não é mais um efeito da sentença, mas, sim, a sua própria eficácia, na medida em que a torna imutável e indiscutível.

Vicente Greco Filho sintetiza: “a coisa julgada, portanto, é a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença que decorre de estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis.”¹³

2.2. Coisa julgada material e formal

A coisa julgada formal e material são degraus do mesmo fenômeno. Há um só instituto com duas faces. Não havendo possibilidade de interposição de recursos, a sentença torna-se imutável (coisa julgada formal – primeiro degrau), e, em consequência, tornam-se imutáveis seus efeitos (coisa julgada material – segundo degrau).

Coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do processo, onde o Estado esgota sua função jurisdicional. É a máxima preclusão, pois não é possível sua reforma dentro do processo em que fora proferida. “Todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal.”¹⁴

Coisa julgada material ou substancial é a imutabilidade dos efeitos da sentença, onde é impossível alterá-la no mesmo ou em outro processo, quer pelas partes, juiz ou tribunal.

Nem mesmo o legislador pode alterar o que foi decidido, pois, com a coisa julgada material, a imutabilidade transcende a vida do processo, atingindo, em cheio, a vida das pessoas.

A coisa julgada adquire força de lei (art. 468, CPC).¹⁵ Esta força de lei se estende não só às partes, como também a todos os juízes e tribunais que devem respeitá-la (art. 467, CPC).

Assim, não é possível uma nova propositura da mesma lide. “Este é o chamado efeito negativo da coisa julgada material, que consiste na proibição de qualquer outro juiz vir a decidir a mesma ação.”¹⁶

Acerca da diferença entre coisa julgada material e formal, Cândido Rangel Dinamarco preleciona:

A distinção de coisa julgada material e formal, consiste, portanto, em que (a) a primeira é a imutabilidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que (b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.¹⁷

2.3. Limites da coisa julgada

2.3.1. Limites objetivos

Segundo o art. 468 do Código de Processo Civil, “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

A finalidade da jurisdição é resolver as lides nos moldes em que foram deduzidas no pedido e na

¹³ GRECO FILHO, Direito Processual Civil brasileiro, p. 246.

¹⁴ GRECO FILHO, *loc. cit.*

¹⁵ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

¹⁶ GRECO FILHO, *loc. cit.*

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0502relativizaCandido.pdf>>.

contestação. É o que se extrai da regra estampada no art. 128¹⁸ e reforçada pelo art. 460¹⁹, ambos do CPC.

Consoante previsão do art. 469 do CPC, não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

É lógico que essas questões elencadas nos incisos do artigo antes mencionado são apreciadas pelo julgador, pois só assim terá condições de decidir fundamentando o seu entendimento e de delimitar o alcance da decisão, porém, essas poderão ser livremente rediscutidas e, principalmente, alteradas em outros processos.

Os motivos, por mais importantes que sejam para a sentença, não fazem coisa julgada, pois, em regra, o que se torna imutável numa decisão judicial, que pode ser uma sentença ou um acórdão, é a parte dispositiva, pois é nesta parte que há a imposição estatal.

No entanto, é possível que o julgador, ao fazer sua fundamentação, decida algum ponto importante da lide, sem que isso seja repetido, de forma sintética, na parte dispositiva da decisão judicial. Nem por isso, esse ponto será mutável, pois, apesar de não estar inserido na conclusão da decisão, tem nítido conteúdo dispositivo, portanto, imutável.

Sobre isto, Liebman observa:

(...) é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes.²⁰

¹⁸ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹⁹ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁰ LIEBMAN, 1984, p. 57-58 (nota de rodapé).

Moacyr Amaral Santos, ao comentar sobre a verdade dos fatos (inciso II do art. 469), diz que “nada obsta que a verdade produzida pela prova no primeiro processo seja negada em um segundo processo, em que se discutem os mesmos fatos e entre as mesmas partes”²¹

No que se refere à questão prejudicial (inciso III do art. 469), temos a aduzir que a sua resolução só fará coisa julgada material se a parte o requerer, por intermédio de ação declaratória incidental, se o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto para o julgamento da lide.

Por questões prejudiciais, devemos entender como “aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma”.²²

2.3.2. Limites subjetivos

Visto o limite objetivo da coisa julgada, resta sabermos quem estará atingido pela sua imutabilidade.

Ao ser prolatada uma decisão judicial, esta produz efeitos naturais que atingem não só as relações jurídicas das partes, mas também de terceiros. É o que a doutrina denomina de teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada, onde há a produção de efeitos diretos que são queridos e previstos pelas partes e efeitos indiretos que não são previstos nem queridos pelas partes, porém, são inevitáveis.²³

No entanto, a autoridade da coisa julgada está adstrita às partes processuais. É o que está previsto na primeira parte do art. 472 do Código de Processo Civil.²⁴

O prejuízo a que faz menção o dispositivo em questão é o prejuízo jurídico, uma vez que sendo o prejuízo somente de fato, o terceiro será alcançado pela autoridade da coisa julgada, haja vista que “o que vale para todos (*erga omnes*) é a eficácia natural da

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV – arts. 332 a 475, p. 447.

²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, p. 65.

²³ *Ibid.*, p. 70-71.

²⁴ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. (...)

sentença, não a coisa julgada, que vale somente entre as partes”.²⁵

No que se refere ao grau de influência dos efeitos da decisão judicial sobre as relações jurídicas de terceiros, esses podem ser classificados como: a) terceiros absolutamente indiferentes: não arcam com nenhum reflexo da decisão proferida, por isso, nada podem fazer; b) terceiros com interesse de fato: embora tenham uma expectativa de direito, não são atingidos em suas relações jurídicas, motivo pelo qual também não tem o que fazer; c) terceiros juridicamente interessados: estes têm interesses iguais aos das partes litigantes e, não sendo atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, podem se valer de ação própria para verem reconhecidos os seus direitos; d) terceiros com interesse jurídico inferior ou subordinado: possuem relações jurídicas dependentes, ou seja, embora não possam obter o mesmo bem da vida almejado pelas partes, poderão valer-se de uma ação própria para tutelar outro interesse previsto no direito material.²⁶

Com relação à coisa julgada nas ações de estado, aplica-se a segunda parte do art. 472 do Código de Processo Civil.²⁷ Para que os terceiros interessados nas causas que versem sobre o estado das pessoas sejam alcançados pela autoridade da coisa julgada é necessário que os mesmos tenham plena ciência da ação e possam dela participar ativamente, em suma, desde que devidamente citados.

Isso se dá porque o atual Código de Processo Civil:

(...) adotou a concepção doutrinária dominante no direito moderno de que, no que concerne ao estado das pessoas, a sentença deve valer para todos, porque o estado da pessoa está ligado de tal forma à personalidade, que ninguém pode ter um estado para alguns e outro para outros, ser casado perante alguns e divorciado perante outros, e assim por diante.²⁸

²⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁶ GRECO FILHO, *op. cit.*, p. 252.

²⁷ Art. 472. (...) Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

²⁸ GRECO FILHO, *op. cit.*, p. 254.

2.3.3. Limites temporais

Interessante observar que Egas Moniz de Aragão, com peculiar sabedoria, acrescenta aos limites objetivos e subjetivos, os limites temporais da coisa julgada.²⁹

Apesar de reconhecer que o estudo dos limites temporais da coisa julgada não seja relevante “pois por seu intermédio o que se afirma é a inextensão da coisa julgada a situações ou pretensões novas, surgidas futuramente, que, é óbvio, não poderiam a ela subordinar-se, seja por não integrarem a *res iudicata*, seja por consubstanciarem outra *res*”, faz os seguintes comentários:

(...) embora ligado à eficácia da coisa julgada o acontecimento superveniente não a infringe. Se o credor renuncia ao crédito, isso nada infirma, antes confirma, a existência e a eficácia da coisa julgada, pois não é possível renunciar do crédito sem dele ser o titular, titularidade esta declarada pela sentença transitada em julgado. Se o devedor paga o débito é óbvio que com isso dá cumprimento à sentença protegida pela coisa julgada. Se os divorciados tornam a casar-se é porque, em virtude da sentença passado em julgado, estavam descasados, pois se não estivessem não poderiam recasar-se.³⁰

2.4. Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas

Boa parte da doutrina³¹ insere as sentenças que decidem relações jurídicas continuativas ou de trato sucessivo no grupo daquelas que não fazem coisa julgada material, ao argumento de que nestas é possível ajuizar ação revisional para decidir novamente as questões já decididas na lide anterior quando sobrevier modificação do estado de fato ou de direito.³²

No entanto, compartilhamos de entendimento em sentido oposto, ou seja, mesmo que se trate de relação continuativa haverá coisa julgada material, haja vista que diante de uma relação de trato sucessivo há

²⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, p. 198.

³⁰ *Ibid.*, p. 200.

³¹ Por exemplo: Vicente Greco Filho, *op. cit.*, v. 2, p. 247.

³² Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I. se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

a incidência da teoria da imprevisão, o que implica dizer que a situação fática que servir de base para determinada sentença pode, naturalmente, se alterar no futuro.

A propósito, Moacyr Amaral Santos sustenta que faz coisa julgada material, ao seguinte argumento:

A nova sentença não desconhece nem contraria a anterior. Ao contrário, por conhecê-la e atender ao julgado, que contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, o adapta ao estado de fato e de direito superveniente.

Não é que a sentença determinativa não produza coisa julgada. Ela apenas é suscetível de um “processo de integração, decorrente da situação superveniente, a que deve o juiz atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida”.³³

No mesmo sentido, observa José Maria Tesheiner:

Na verdade, as sentenças relativas a relações jurídicas continuativas produzem coisa julgada material como qualquer outra.

(...)

À primeira vista pode parecer que a sentença proferida em ação de alimentos não produz coisa julgada, dada a possibilidade de majoração, diminuição ou mesmo exoneração do encargo. Não apenas o *quantum* pode ser alterado, como a própria existência da obrigação alimentar pode vir a ser posteriormente negada ou afirmada.

Ocorre que, em hipótese nenhuma, coisa julgada material significa imunidade a fatos supervenientes. Assim como o débito declarado por sentença pode ser declarado extinto por sentença posterior, declaratória de pagamento superveniente, assim, à norma concreta estabelecida por sentença proferida em ação de alimentos pode suceder outra, com efeitos *ex nunc*, desde que fundada em alteração da fortuna do alimentante ou do alimentário.^{34 35}

³³ SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual*, p. 55-56.

³⁴ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo Civil*, p. 163-167.

³⁵ Compartilha do mesmo entendimento: Araken de Assis, *in Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*.

3. Concessão e manutenção dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença

Estando uma pessoa impossibilitada de trabalhar por ter havido um sinistro social (incapacidade ocasionada por uma doença, idade avançada, maternidade, prisão, morte, desemprego involuntário, etc), surge o Direito Previdenciário que tem a finalidade de amparar o segurado e/ou seus familiares, assegurando meios indispensáveis de subsistência.

Nesse contexto, há a aposentadoria por invalidez³⁶ e o auxílio-doença³⁷ que são benefícios previdenciários que tem a finalidade de assegurar o mínimo necessário ao segurado e seus dependentes enquanto aquele estiver impossibilitado de trabalhar e, portanto, sem ter uma renda.

Os requisitos comuns para concessão desses benefícios são: a) qualidade de segurado; b) carência³⁸ de 12 meses^{39 40}; c) incapacidade total para o trabalho.

O que os diferencia é o tipo da incapacidade total, uma vez que para a obtenção do auxílio-doença basta que a incapacidade seja temporária⁴¹, enquanto para aposentadoria exige-se que a incapacidade seja permanente⁴².

A existência de uma doença, por si só⁴³, não é suficiente para se fazer jus a um benefício por incapacidade, visto que se exige que haja incapacidade total para o trabalho a ser verificada por perícia médica.

³⁶ Disciplinada nos arts. 42 a 47, da Lei 8213/1991.

³⁷ Disciplinado nos arts. 59 a 64, da Lei 8213/1991.

³⁸ Carência é o número mínimo de contribuições sociais necessário para se ter direito ao benefício (art. 24 da Lei 8213/1991).

³⁹ Não há carência para a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença acidentários, ou seja, aqueles cujo nexo causal da incapacidade laboral é oriundo de acidente de trabalho ou doença profissional. Também não haverá carência se a incapacidade for resultante de uma das doenças graves atualmente elencadas no art. 151 da Lei 8213/1991.

⁴⁰ Para os segurados especiais, observa-se o constante no art. 39, I, da Lei 8213/1991, que não exige carência, mas, sim, tempo rural, ainda que descontínuo, pelo período de carência exigido para o benefício.

⁴¹ A que tem perspectiva de recuperação.

⁴² Aquela considerada como não recuperável.

⁴³ Doenças como diabetes, pressão alta, asma e outras, não são, de regra, incapacitantes.

Uma vez preenchidos os requisitos legais, o benefício é concedido, ou seja, ele é implantado em favor do segurado e entra em manutenção, o que implica dizer que ele será mantido – pago mensalmente – pelo INSS.

3.1. Temporariedade dos benefícios por incapacidade

Os benefícios por incapacidade, embora não tenham um prazo limite fixado na legislação previdenciária, têm um termo final, na medida em que são temporários.

A característica principal do auxílio-doença é sua temporariedade. Alguma dúvida pode surgir em relação à aposentadoria por invalidez. É bem verdade que, na prática, uma vez concedida a aposentadoria por invalidez, ela raramente é cessada, o que não quer dizer que ela não possa ser cessada.

O próprio Direito do Trabalho também reconhece que a aposentadoria por invalidez é provisória, tanto que o contrato de trabalho do empregado aposentado fica suspenso, assegurando-lhe o direito de retornar à mesma função que ocupava ou a indenização por rescisão do contrato (art. 475 da CLT).⁴⁴

Esclarecemos que a cessação da aposentadoria por invalidez pode ocorrer por várias causas, como por exemplo, recuperação da capacidade para o trabalho, morte do beneficiário, retorno voluntário ao trabalho, transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, habilitação do trabalhador que receba

auxílio-doença para desempenhar outra função que lhe garanta a subsistência após processo de reabilitação.

3.2. Cessação dos benefícios por incapacidade em virtude de superveniente recuperação da capacidade laborativa

Verificado que os benefícios por incapacidade são temporários, temos que enfrentar como ocorre a cessação dos mesmos quando há recuperação da capacidade laborativa do beneficiário.

Não temos dificuldade em afirmar que uma vez concedido um benefício por incapacidade na via administrativa é nesta mesma via que deve haver a cessação, observado, por óbvio, a legislação previdenciária vigente e, em especial, o devido processo legal.

3.2.1. Pedido de prorrogação (PP), pedido de reconsideração (PR) e recurso administrativo

Se o beneficiário souber da data programada para a cessação de seu benefício previdenciário por incapacidade, poderá apresentar ao INSS um pedido de prorrogação (PP) a partir do 15º dia anterior à data da cessação do benefício (DCB), ou seja, durante os quinze dias finais. Apresentado o PP, haverá nova perícia que poderá ser realizada pelo mesmo médico que reconheceu a recuperação da capacidade e, na sequência, haverá uma decisão do INSS.⁴⁵⁻⁴⁶ Se a decisão não for ocorrer até a data prevista para a cessação do benefício (DCB), o INSS deve continuar pagando o benefício até decidir. Não haverá pagamento do benefício após a decisão que indeferiu o pedido de prorrogação.

Sendo mantida a cessação do benefício com o indeferimento do PP, poderá o beneficiário apresentar, ainda ao INSS, pedido de reconsideração (PR), cuja decisão será precedida de nova perícia que deverá ser

⁴⁴ Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º. Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

§ 2º. Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

⁴⁵ É o que consta na Orientação Interna (OI) 138 (alterada pela OI 164).

⁴⁶ O pedido de prorrogação pode ser apresentado mais que uma vez, desde que tenha havido prorrogação do benefício e haja uma nova data prevista para a cessação do benefício.

realizada por outro médico. O prazo para apresentar o PR é de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência da decisão que indeferiu o pedido de prorrogação (PP) ou do dia seguinte à data da cessação do benefício (DCB), caso não tenha sido apresentado o PP.⁴⁷

Havendo nova decisão desfavorável ao beneficiário, poderá ele valer-se de recurso administrativo dirigido à Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS), a ser interposto no prazo de 30 (trinta) dias.

Independentemente disso, é óbvio que o segurado pode, caso queira e a qualquer momento, ajuizar ação judicial para reivindicar uma resposta do Judiciário acerca de sua insatisfação. Entretanto, entendemos que faltará interesse de agir, no aspecto necessidade, ao beneficiário que ajuizar ação nos últimos quinze dias de seu benefício que já está com data de cessação prevista, haja vista que neste período poderá apresentar⁴⁸ simples pedido de prorrogação ao INSS e este deverá continuar pagando o benefício até apreciar tal pedido.

3.2.2. Do art. 47 da Lei 8.213/1991⁴⁹

Registre-se que em se tratando de aposentadoria por invalidez e havendo a recuperação da capacidade laborativa, deverá ser observado o contido no art. 47 da

⁴⁷ O pedido de reconsideração pode ser apresentado uma única vez e também pode ser apresentado no caso de indeferimento inicial do benefício, ou seja, quando o segurado nada recebeu em virtude de a primeira perícia do INSS ter reconhecido a sua capacidade laborativa.

⁴⁸ Pode ser utilizando formulário padrão, pelo telefone – 135 ou pela internet – www.previdencia.gov.br.

⁴⁹ Art. 47. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:

I. quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;

II. quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

Lei 8.213/1991, ou seja, poderá o beneficiário ter direito às mensalidades de recuperação – após a recuperação da capacidade laborativa a Lei ainda assegura algumas prestações mensais para adaptação de alguns segurados que retornarão ao trabalho.

3.2.3. Do art. 11 da Lei 10.666/2003

Sendo o benefício uma aposentadoria por invalidez, entendemos que não deve ser seguido o procedimento traçado no art. 11 da Lei 10.666/2003, pois o ali disposto – notificação para apresentação de defesa no prazo de 10 (dez) dias para posterior decisão, embora respeite o devido processo legal, é menos amplo se comparado com o procedimento aplicável ao auxílio-doença, ou seja, à faculdade de utilização do pedido de prorrogação (PP), pedido de reconsideração (PR) e recurso administrativo à Junta de Recursos (JRPS), conforme visto anteriormente.

Assim, diante de uma revisão administrativa a ser realizada no benefício de aposentadoria por invalidez, de ofício ou após uma denúncia de irregularidade/fraude ou de constatação de retorno voluntário ao trabalho do beneficiário (art. 46 da Lei 8.213/1991), deve o INSS, primeiro, notificar o beneficiário para se submeter à perícia médica administrativa (art. 101 da Lei 8.213/1991) e, uma vez constatada a recuperação da capacidade laborativa e observado o disposto no art. 47 da Lei 8.213/1991 – mensalidades de recuperação, fixar a data da cessação do benefício (DCB) e, somente depois, comunicar o beneficiário para que este, ciente desta situação, possa, caso queira, se valer do pedido de prorrogação (PP), pedido de reconsideração (PR) e recurso administrativo à Junta de Recursos (JRPS).

3.2.4. Cessação dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente

Como se deve dar a cessação dos benefícios por incapacidade quando a concessão ocorrer por força de

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de 50% (cinquenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.

uma sentença e se verificar, posteriormente, que não há mais incapacidade para o trabalho? Em outras palavras, como fica a coisa julgada e a manutenção do benefício de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença?

Registramos que os doutrinadores especializados no Direito Previdenciário, de regra, não enfrentam essa questão, apesar de entendermos que a mesma seja importante em virtude de estar-se suprimindo uma verba nitidamente alimentar e pelo fato disto ocorrer com muita frequência.

Uma vez concedido, na via judicial, um benefício por incapacidade, cabe ao INSS dar integral e imediato cumprimento ao comando judicial imposto, implantando-o.

A partir da implantação, o benefício por incapacidade obtido pela via judicial entra em manutenção e passa a ter o mesmo tratamento como qualquer outro benefício concedido administrativamente.

Assim, até em respeito ao comando constitucional da isonomia, os benefícios previdenciários de mesma espécie devem ser tratados sem distinção, não sendo fator relevante para discriminação a forma como cada qual foi concedido (judicial ou administrativamente).

Estando em manutenção, os benefícios se igualam, merecendo seus beneficiários os mesmos direitos e obrigações decorrentes da lei.

Nesse contexto, entendemos que deva ser obedecido o disposto no art. 101 da Lei de Benefícios – Lei 8.213/1991, *verbis*:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a *submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social*, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos. Negritamos.

Este dispositivo é claro no sentido de que o segurado em gozo de benefício por incapacidade será submetido a exame médico a cargo da Previdência Social, sob pena de suspensão do benefício.

Se assim não fosse, a Previdência correria o risco de pagar indevidamente e até *ad eternum* um benefício por incapacidade a pessoa sã e capaz para o trabalho.

Todos os segurados em gozo de benefícios por incapacidade, independentemente de a concessão ter sido feita na via administrativa ou judicial, devem ser chamados para se submeterem a exame pericial médico a ser realizado pelo próprio INSS.

Constatada a capacidade, deve haver a cessação administrativa do benefício, até porque o INSS é uma autarquia federal e, nessa condição, por força do art. 37 da Constituição Federal, deve se pautar pelos princípios ali elencados, dentre eles o da legalidade e da moralidade.

O comando previsto na Lei de Benefícios não deixa margem para valoração de conveniências e oportunidades da autarquia, haja vista que é um ato administrativo vinculado. Dessa forma, caracterizada a capacidade do beneficiário, não resta alternativa à Previdência Social senão cessar o benefício, sob pena de responsabilidade do servidor omissor.

Além disso, se o benefício não for cessado haverá enriquecimento sem causa em detrimento do erário, pois, estando o beneficiário plenamente apto para o trabalho, não faz ele mais jus ao benefício por incapacidade, que, como se viu, tem natureza temporária.

É óbvio que deverá ser observada a legislação vigente, bem como o princípio do devido processo legal e, por consequência, respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa⁵⁰ no procedimento administrativo que culminará na cessação do benefício.

Realizada a perícia e diagnosticada a capacidade do beneficiário, este deverá tomar ciência oficial e inequívoca de sua nova situação (aptidão para o trabalho) perante a Previdência Social por intermédio de documento hábil, proporcionando o conhecimento do resultado do laudo pericial e facultando ao mesmo se insurgir na própria via administrativa (vide o capítulo

⁵⁰ Os princípios do contraditório e da ampla defesa pautam-se no binômio ciência e oportunidade. Ciência à parte contrária do ato praticado e oportunidade para defender-se do mesmo.

referente ao pedido de prorrogação – PP, pedido de reconsideração – PR e recurso administrativo).

Veja-se que a cessação de benefício por incapacidade, ainda que concedida judicialmente, não causa insegurança jurídica e nem desrespeita a coisa julgada, haja vista que a recuperação da capacidade laborativa é uma modificação da situação fática antes certificada.

Além disso, a aplicação do julgado a fatos futuros, especialmente às relações jurídicas continuativas, ou seja, as que perpetuam no tempo e não se exaurem num ato unitário ou pontual, não é admissível em nosso ordenamento, pois a sentença não tem, em regra, natureza normativa. Se tivesse haveria afronta à separação das funções e o Judiciário passaria a legislar.⁵¹

Acerca da sentença que decide uma relação jurídica continuativa, bem como de sua revisão, assevera a doutrina:

A sentença nada mais faz do que aplicar a lei ao caso concreto. Acolhe ou rejeita, no todo em parte, a pretensão do autor. Mas a lei atuada pode ser daquelas que regulem relação jurídica continuativa, que se não esgota com o pronunciamento da sentença, mas prossegue, apesar desta, variando, todavia, quanto aos seus pressupostos de qualidade ou quantidade. São relações jurídicas reguladas por “regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos.” Dando atuação a tais regras, a sentença atende os pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a relação jurídica, que continua, sujeita a variações dos seus elementos constitutivos.⁵²

Mais adiante, o mesmo autor arremata:

(...) decidida uma questão referente à relação jurídica continuativa, admite a revisão da sentença, embora transitada em julgado, por haver-se modificado o estado de fato ou de direito (art. 471, I). Dir-se-á que a sentença determinativa não é imutável e indiscutível, porque suscetível de

revisão e modificação, e que, portanto, não faz coisa julgada.⁵³

O art. 471, I, do CPC aduz que a sentença poderá ser alterada a qualquer momento. Topograficamente, o mencionado dispositivo está na seção do Código de Processo Civil destinada a esclarecer sobre os efeitos da coisa julgada.

Assim, em se tratando de relação jurídica continuativa, uma nova coisa julgada poderá surgir em caso de modificação no estado de fato ou de direito.

E é justamente aí que se aplica a modificação no estado de fato e de direito, originada pela recém-descoberta: recuperação da capacidade laborativa, e isso se subsume perfeitamente à hipótese do art. 471, inc. I, uma vez que durante o curso da ação originária havia incapacidade.

Em virtude disso e considerando que o pagamento mensal de benefício previdenciário é, por excelência, uma relação jurídica continuativa, somos tentados a concluir que deva ser ajuizada uma nova ação, agora pelo INSS, almejando revisar o que foi decidido anteriormente, baseado no disposto no art. 471, I, do CPC.⁵⁴

Diante do que sustentou anteriormente, claro está que comungamos do entendimento de que é totalmente desnecessário que o INSS ajuíze ação revisional valendo-se do disposto no inciso I, do art. 471 do CPC e/ou no art. 71, parágrafo único, da Lei 8.212/1991⁵⁵, pois em se tratando de cessação de benefício por incapacidade, ainda que concedido judicialmente, deverá haver, respeitado o devido processo legal, a cessação do benefício na via administrativa, conforme previsão contida no art. 101 da Lei 8.213/1991.

⁵³ *Ibid.*, p. 453.

⁵⁴ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I. se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II. nos demais casos prescritos em lei.

⁵⁵ Art. 71 (...) Parágrafo único. Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado.

⁵¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da coisa julgada*, p. 143-149.

⁵² SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 332-475, p. 452-453.

Caso prevaleça o entendimento de que os benefícios por incapacidade não possam ser cessados pelo simples fato de terem sido concedidos judicialmente, ocorrerá inconstitucional distinção entre os segurados que obtiveram o benefício judicialmente em detrimento daqueles que obtiveram o mesmo benefício na esfera administrativa, além de estimular o ajuizamento de ações em casos que poderiam ser resolvidos sem a intervenção do Judiciário.

Na verdade, entendemos que faltarão interesse de agir ao INSS para tal mister e o feito deverá ser extinto sem resolução de mérito.

4. Restabelecimento dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente

Deparando o beneficiário com uma cessação de seu benefício por incapacidade, é de bom tom dizer que ele não deve requerer o restabelecimento de seu benefício nos próprios autos do processo em que houve a concessão pelo Judiciário, salvo se diante de uma situação excepcional verificada num caso concreto.

É que, como se sabe, para ajuizar com uma ação no Judiciário é necessária a observância de algumas formalidades legais, e o pedido de restabelecimento de benefício previdenciário dentro de uma mesma relação jurídica já formada não é correto.

Nos autos do processo judicial onde há a concessão, discute-se sobre a concessão ou não do benefício por incapacidade. A lide consiste na possibilidade de resistência do INSS diante da pretensão do segurado em obter a concessão do benefício previdenciário. Sucumbente a atarquia, é concedido o benefício pleiteado. O processo formado atinge, assim, o seu ponto culminante, ou seja, soluciona o conflito de interesses aplicando-se o Direito ao caso concreto. O pedido de restabelecimento de um benefício previdenciário cessado administrativamente, por ser baseado numa nova causa de pedir, dá ensejo a uma outra pretensão diante do INSS a ser veiculada em outra ação.

O pedido de restabelecimento dentro dos mesmos autos deve ser entendido, no mínimo, como modificação do pedido e causa de pedir e o parágrafo

único do art. 264 do Código de Processo Civil é expresso quanto a impossibilidade de qualquer alteração do pedido ou causa de pedir após o saneamento do processo.

A título de ilustração, veja-se um trecho de uma decisão da ilustre Desembargadora Federal Dra. Ranza Tartuce, prolatada nos autos do Agravo interposto na forma de instrumento – 2002.03.00.043746-9, em que foi adotado e sintetizado o mesmo entendimento aqui trazido e concedido efeito suspensivo, *in verbis*:

(...)

E em se tratando de benefício de natureza provisória, como ficou expressamente consignado no acórdão de fls. 22, poderá o mesmo ser revisto e suspenso a qualquer tempo, desde que comprovada a capacidade laboral da beneficiária, não significando o ato uma afronta à decisão judicial, tratando-se, a toda evidência, de um novo ato administrativo que não comporta exame no âmbito de um processo com decisão transitada em julgado.

Por essa razão, presentes seus pressupostos, admito este recurso e defiro o efeito suspensivo.

Conclusões

1. “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, § 3º, Lei de Introdução ao Código Civil). É o art. 467 do Código de Processo Civil que trata do instituto da coisa julgada precisando os contornos e grau de imutabilidade da coisa julgada.

2. Ocorrerá a coisa julgada quando a decisão judicial transitar em julgado, ou seja, quando essa estiver imune a ataques pela via recursal, quer por ter esgotado todos os recursos ou por ter expirado o prazo sem que o recurso cabível fosse interposto. Haverá coisa soberanamente julgada quando transcorridos mais de dois anos do trânsito em julgado, não sendo possível, a partir de então, desfazer a decisão judicial nem por ação rescisória.

3. A coisa julgada existe em prol da segurança jurídica almejada por toda a coletividade, pois seria inconcebível a eternização dos litígios judiciais. Não é mais um efeito da sentença, mas, sim, a sua própria eficácia, na medida em que a torna imutável e indiscutível.

4. Não havendo possibilidade de interposição de recursos, a sentença torna-se imutável – coisa julgada formal – e, em consequência, tornam-se imutáveis seus efeitos – coisa julgada material.

5. O limite objetivo da coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença, pois é neste que o juiz sintetiza o que fora decidido e onde há o comando estatal. É essa parte que adquire força de lei (art. 468 do Código de Processo Civil). Os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, não fazem coisa julgada (art. 469 do CPC). A respeito dos limites subjetivos da coisa julgada, temos que a sua autoridade está adstrita às partes processuais (primeira parte do art. 472 do CPC). Além dos limites objetivos e subjetivos, há os limites temporais da coisa julgada, onde os acontecimentos naturais posteriores não afetam a autoridade da coisa julgada. Como exemplo, apontamos a renúncia de um crédito que fora reconhecido por uma decisão judicial com trânsito em julgado.

6. Faz coisa julgada material a sentença que decide uma relação jurídica continuativa.

7. Uma vez preenchidos os requisitos previstos em lei é concedido (implantado) o benefício previdenciário e ele entra em manutenção – pagamento mensal.

8. Os benefícios por incapacidades são temporários, não tem prazo fixo de duração fixado em lei e, por isso, podem ser cessados.

9. Dentre as várias causas de cessação dos benefícios por incapacidade, destaca-se a recuperação da capacidade laborativa do segurado.

10. Deve ser observado o devido processo legal para se efetivar a cessação dos benefícios, podendo o segurado, por exemplo, valer-se do pedido de prorrogação, de reconsideração e/ou recurso administrativo.

11. A cessação por recuperação da capacidade laborativa de todos os benefícios por incapacidade - concedidos na via administrativa ou judicial, se dá na via administrativa por força do disposto no art. 101 da Lei 8.213/1991 e, por isso, desnecessário que o INSS ajuíze ação revisional com base no art. 471, I, do CPC.

12. O pedido de restabelecimento de um benefício por incapacidade, que foi concedido por ordem judicial

e cessado administrativamente, não pode ser veiculado no bojo dos autos do processo judicial de concessão.

Bibliografia

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ASSIS, Araken de. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*. Porto Alegre: *Ajuris*, n. 46, v. 16, p. 77-96, julho de 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de Direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva: 1984.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva: 1977.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do Processo Civil brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva: 1977.

_____. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva: 1977.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 9 set. 1942, p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943, p. 11937.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jan. 1973, p. 1.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei 10.666/2003, de 8 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 9 maio 1991, p. 1.

BRASIL. Orientação Interna 138 INSS/DIRBEN, de 5 de maio de 2006. Dispõe sobre os procedimentos de perícia médica. *Diretoria de Benefícios/ Instituto Nacional do Seguro Social*. Publicação exclusiva em Boletim de Serviço-BS.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 9ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Relativizar a coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0502relativizaCandido.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. Porto Alegre: *Ajuris*, julho de 1991, v. 18, n. 52, p. 5-33.
- FERNANDES, Iara de Toledo. A advocacia pública do Processo Civil. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino*. Bauru: ITE, n. 23, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. textos posteriores à ed. de 1945 e notas relativas ao Direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 8-1999.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32ª ed. atual. até 9 de janeiro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Coisa julgada penal: autoridade absoluta e autoridade relativa*. Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/doutrip.htm>>. Acesso em 20 fev. 2002.
- NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *Manual da monografia jurídica*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.
- RODRIGUES, José Renato. A flexibilização da coisa julgada inconstitucional. In: *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 10. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao0010/jose_rodrigues.htm>; Acesso em: 19 jan. 2006.
- _____. *O tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto da coisa julgada*. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino*. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, n. 39, 2004.
- _____. *Resumo de Direito Previdenciário*. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/posgraduacao_apostilas.htm>. Acesso em: 10 jan. 2003.
- _____. *A flexibilização da coisa julgada*. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. IV, arts. 332 a 475.
- _____. *Primeiras linhas de Direito Processual*. 20ª ed. atual. Aricé Moacyr Amaral dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, Ovidio Araujo Baptista Da. *Sentença e coisa julgada*. 3ª ed., rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sentença e coisa julgada*. In: *Cadernos de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 1999, n. 15.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman*. In: *RT/Fasc. Civ. Ano*, v. 774. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, abr./2000 p. 64-93.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

A irrecurribilidade da sentença de primeiro grau

João Cruz Beleza*

Resumo

Apresentação de proposta de criação de um novo instituto jurídico para infligir maior efetividade e celeridade aos pronunciamentos judiciais com o fim de concretizar o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Sumário

1. O *Stare decisis*; 2. As decisões vinculantes e independência dos juízes de primeiro grau; 3. A eficiência da atividade jurisdicional; 4. A irrecurribilidade da sentença prolatada pelo juízo de primeira instância; 5. Impugnação por meio de ação autônoma; 6. Atualização e revisão de precedente jurisprudencial; 7. Lei de recursos impeditivos; 8. Lei de repercussão geral; 9. Súmula vinculante; 10. Súmula impeditiva de recurso; 11. Pronunciamento monocrático nos recursos; 12. Reexame necessário; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. O *stare decisis*

Há muito tempo não há como negar que o Poder Judiciário, em todo o Brasil, vem passando por vários percalços advindos principalmente da morosidade na entrega das prestações jurisdicionais. Os operadores do Direito, bem como a sociedade brasileira em si, ventilam aos quatro cantos a necessidade de melhora e de, principalmente, se fazer cumprir os preceitos garantidores advindos da celeridade e economia processuais, já garantidos na Carta Magna de 1988. Várias são as medidas a serem tomadas, à guisa de que ninguém mais interessado nesse tipo de mudança do que os jurisdicionados, que acabam por ver suas demandas enfileirarem-se uma ante outra, durante mais de dois anos, no aguardo de uma talvez justa

decisão. Mas, restam dúvidas diante de qual matéria seria capaz de trazer a efetividade dos julgados ao nosso Judiciário, contudo, tal matéria já vem sendo amplamente difundida nos tribunais americanos, e consiste no chamado *stare decisis*.

Tomando emprestado os estudos elaborados pelo ilustre professor Ivan de Lira Carvalho em seu brilhante artigo titulado *Decisões Vinculantes*, passa-se a expor a importância do *stare decisis* na proposta apresentada neste artigo científico.

O *stare decisis* nada mais é do que o prestígio que os julgadores emprestam às decisões anteriores, para destas tomarem um princípio, que norteará o julgamento do caso concreto. Nestes julgamentos serão analisados se a ação intentada se trata de caso similar a outra que já teve um desfecho mediante o trânsito em julgado da decisão, acabando por evitar que os juízes percam tempo e decidam de modo idêntico a outros estudados e analisados, que como resultado final acabaria por ter o mesmo desfecho já obtido noutro tempo. Explicita alguns doutrinadores que a mencionada doutrina, *stare decisis*, tem raízes na orientação do *Common Law*.

O *Common Law* provém da língua inglesa e significa direito comum; é o Direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema ou família do Direito. Nos sistemas de *Common Law*, o Direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o Direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o Direito, estabelecendo num precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao Direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior, conhecido como *stare decisis*. Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia

* Analista Judiciário. Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior. Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - Unir.

em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como “assunto de primeira impressão” (*matter of first impression*). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*.

O processo de aplicação do *stare decisis*, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do Direito.

Causa pesar os vícios na comunicação entre nós como estudantes do Direito, tendo a falsa ideia que o *stare decisis*, por ser dos países que tomaram o *common law*, dispensa a utilização de leis, restando satisfeito única e exclusivamente com o manejo dos precedentes judiciais. Em verdade, é posto em prática todo um ritual de julgamento e de subsunção do caso concreto ao Direito aplicado. Assim, deverá perquirir se ele é vinculativo ou meramente persuasivo. No primeiro caso, será aplicado e definirá o caso em julgamento. Se, pelo inverso, for somente persuasivo, desfia toda uma gama de outros elementos, que, em conjunto, definirão a aplicação e a extensão do precedente.

A mais severa crítica que se faz ao *stare decisis* é pertinente à suposta estagnação que a doutrina impõe à prestação da atividade jurisdicional. Eivam-na de estática ou comodista. Outros atacam a doutrina, apontando-a como incrementadora de litígios, já que se constrói a partir das soluções emanadas para dirimir conflitos interpessoais.

Máxime em Estados, como o nosso, de organização tripartite, a adoção do *stare decisis* reclama moderação no prestígio e na valoração das fontes jurídicas que darão base aos julgamentos, evitando a exclusividade cega de qualquer delas.

2. As decisões vinculantes e a independência dos juízes de primeira instância

Seguindo a experiência do *stare decisis* norte-americano, surgem os defensores da adoção da vinculação dos precedentes judiciais, incidentes verticalmente, para resolver o afogamento do Poder Judiciário, principalmente após o advento da Constituição de 1988, que abriu as portas da Justiça

brasileira ao povo brasileiro, com a criação de vários meios de acesso, tais como os Juizados Especiais Estaduais e Federais, a implantação das defensorias públicas estaduais e federais, a interiorização dos órgãos judiciais estaduais e federais.

Com essa abertura a grande demanda reprimida chegou aos fóruns gerando dados estratosféricos de ações ajuizadas. Diante do quadro apresentado, a adoção da vinculação dos precedentes judiciais será inevitável, mas essa nova postura não importará na diminuição da independência dos juízes de primeira instância, pois as causas ainda não apreciadas pelo Poder Judiciário serão sempre julgadas pelos juízes de primeira instância, onde estes iniciarão o processo de criação da jurisprudência que será pacificada pelos tribunais superiores. Portanto, a implantação da vinculação dos precedentes judiciais será apenas uma forma de racionalização da atividade jurisdicional, que necessita apresentar respostas rápidas e seguras aos conflitos que lhes são apresentados.

3. A eficiência da atividade jurisdicional

A eficiência da atividade jurisdicional nada mais é do que um processo efetivo, processo que realiza o direito material vindicado. O Pacto de San José de Costa Rica, ratificado pelo Brasil, prescreve o direito a um processo com duração razoável, donde se retira o princípio constitucional da efetividade.

Este tipo de pacto no qual o Brasil se tornou signatário, acabou por nos deixar diante de norma constitucional, que impunha à decisão judicial um prazo razoável. Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas acaba por estar incrustado em nosso ordenamento jurídico, contudo, ainda um pouco tímido, mas que vem ganhando espaço com as novas medidas criadas visando à aplicação da efetividade e eficiência.

É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios que compõem o conteúdo mínimo de uma celeridade processual.

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos. Na tentativa inicial de buscar esses objetivos, a EC 45/2004 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade da atividade jurisdicional.

A eficiência do Judiciário não há de ser medida pela celeridade ou lentidão com que são emitidas suas sentenças resolutórias de conflitos, mas pelo respeito que o juiz demonstrar no caso concreto, em face das garantias do devido processo legal, consagrando a prestação jurisdicional em consonância com os prazos ditados pela lei, e, sobretudo, concretizando a efetividade da justiça.

Daí depreende-se que o *stare decisis* será para o Brasil, se um dia aplicado, uma solução viável para a diminuição dos conflitos desnecessários, com julgados já pré-determinados por decisões reiteradas pelos órgãos julgadores de primeira instância, podendo aí então chegar, um dia, quem sabe, à verdadeira eficiência jurisdicional a qual todos merecem.

4. Irrecorribilidade da sentença prolatada pelo juízo de primeira instância

A modernização da prestação jurisdicional impreterivelmente passa pela modificação legislativa processual civil brasileira, que data do século passado. Diante dos novos desafios que se apresentam com a evolução tecnológica e social, é necessário que os órgãos jurisdicionais disponham de novas ferramentas aptas a solucionar os novos conflitos de interesses que surgem decorrentes desse processo evolutivo. Atualmente a prestação jurisdicional encontra-se arcaica e imprestável para atender satisfatoriamente os jurisdicionados que dela necessitam. É verdade que a prestação jurisdicional evoluiu muito em relação à data de edição do vigente Código de Processo Civil que data do ano de 1973, no entanto, ficou parado no tempo se comparado com a evolução tecnológica, social e financeira experimentada no Brasil e no mundo. Para modernizarmos o processo civil brasileiro, necessita-se de uma prestação célere, segura e efetiva.

Diante do presente quadro estão surgindo vários mecanismos destinados a infligir maior celeridade e efetividade ao processo brasileiro, tais como o bloqueio

eletrônico de valores, popularmente conhecido como penhora *on line*, que foi instituído pela Lei 11.382/2006; o estabelecimento do procedimento do cumprimento de sentença, instituído pela Lei 11.232/2005; o julgamento com dispensa de citação, instituído pela Lei 11.277/2006; a dispensa do reexame necessário, instituída pela Lei 10.352/2001; o rito dos recursos repetitivos, instituído pela Lei 11.672/2008; o estabelecimento da repercussão geral, instituído pela Lei 11.418/2006; a súmula impeditiva de recurso, estabelecida pela Lei 11.276/2006 e a súmula de efeitos vinculantes, estabelecida pela Emenda Constitucional 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.417/2006. No entanto, todos esses mecanismos ainda não são suficientes para estabelecer uma prestação jurisdicional célere, segura e efetiva, pois todos eles operam após a longa caminhada pela trilha espinhenta dos recursos previstos na legislação processual brasileira, mesmo nas matérias já consolidadas pela Jurisprudência brasileira, conforme se verificará nos tópicos seguintes. Juntamente com a segurança jurídica, a celeridade da prestação jurisdicional é um dos maiores desafios do Poder Judiciário, assim se propõem esta nova sistemática no trato com os pronunciamentos de mérito dos juízes de primeira instância. Precisa-se empregar maior efetividade a estes pronunciamentos jurisdicionais para que a celeridade processual possa existir de fato e, juntamente com isso, a confiabilidade, a respeitabilidade e a segurança jurídica voltarão a ser um atributo das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Atualmente não há mais espaço para que uma demanda perca por mais de um ano nos tribunais, mormente, se as matérias discutidas já foram objetos de pronunciamentos dos referidos tribunais. Precisa-se evitar o alongamento de ações que já foram submetidas ao crivo do órgão jurisdicional, racionalizando-se esforços para uma solução com qualidade aos novos conflitos ainda não submetidos ao Judiciário. Diante deste cenário, propõe-se um novo mecanismo processual, tendente a complementar os anteriormente citados, que é a *Irrecorribilidade do Pronunciamento Jurisdicional do Juízo de primeira instância*, que consiste na irrecorribilidade das decisões prolatadas pelos juízes de primeira instância que estejam em conformidade com precedentes firmados, em seus órgãos uniformizadores, por maioria, junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Turma Nacional de Uniformização. Esta nova

sistemática dará maior efetividade às decisões prolatadas pelos juízos de primeira instância e reduzirá drasticamente o tempo de tramitação das demandas que possuem controvérsias que já foram objetos de apreciação pelos tribunais máximos da Justiça Brasileira. Servirá como um grande funil nas demandas já apreciadas pelo Poder Judiciário, no entanto, na boca deste funil, haverá um filtro muito eficaz contra a morosidade, ineficiência e insegurança jurídica. Será o mesmo efeito dos mecanismos criados com a repercussão geral e o recurso repetitivo, no entanto, com uma grande diferença, será aplicado na base da prestação jurisdicional, fazendo com que o pronunciamento jurisdicional seja prestado o mais breve possível. Ora, se uma demanda posta em juízo já possui uma resposta elaborada pelo órgão jurisdicional, então que ela seja definitivamente dita logo. A nova sistemática poderá reduzir o tempo de tramitação de uma demanda que verse unicamente sobre matéria de Direito para 30 (trinta) a 40 (quarenta) dias em relação a particulares e 70 (setenta) a 80 (oitenta) dias em relação à Fazenda Pública, isto com a ajuda do processo eletrônico, magnificamente criado pela Lei 11.419/2006, que está previsto para ser implantado no ano de 2010 e que já é uma realidade nos Juizados Especiais Estaduais e Federais. Portanto, para a implantação desta nova sistemática, propõe-se a criação do § 1º no art. 269 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

§1º - Quando a matéria apreciada possuir precedente, firmado pelo órgão uniformizador, por maioria, junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização, a decisão prolatada será irrecorrível.

Essa nova sistemática é uma mudança de postura dos órgãos jurisdicionais, que sempre primam pela segurança jurídica em detrimento de todos os demais princípios. Aqui, será prestigiada a celeridade como forma de estabelecer a segurança jurídica em razão da maior efetividade da decisão jurisdicional. Esta nova postura não é imperativa, pois haverá meios de defesa contra eventuais abusos perpetrados por maus juízes e más decisões, a qual já possui previsão no vigente Código de Processo Civil, que é a ação rescisória que será abordada no tópico seguinte.

5. Impugnação por meio de ação autônoma

Com a introdução desta nova ferramenta na legislação processual brasileira, perguntar-se-á como ficará a segurança jurídica em razão da ausência de recurso para revisar o pronunciamento judicial? A resposta é bem prática, primeiro precisa-se afastar o princípio da desconfiança que impera no âmbito judicial, prestigiando e respeitando as decisões judiciais; segundo, considere-se que as matérias submetidas aos juízes de primeira instância já estão pacificadas pelos tribunais superiores, portanto, caberá ao juízo apreciar a aplicabilidade ou não do precedente ao caso concreto, e terceiro, o pronunciamento jurisdicional poderá ser revisado por meio de ação autônoma, ou seja, a ação rescisória. Para isto, propõe-se a criação do inc. X no art. 485 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: *“X - fundada em precedente inadequado/inaplicável ao caso concreto.”*

Desta maneira é possível eliminar a via recursal as decisões prolatadas pelos juízes de primeiro grau e preservar a segurança jurídica uma vez que haverá possibilidade de revisão dos referidos pronunciamentos judiciais, respeitando os princípios constitucionais garantidores, em especial o previsto no art. 5º, inc. LV, que garante a ampla defesa com os recursos a ela inerente. Cabe lembrar que o termo recurso mencionado neste inciso não é a espécie de impugnação do ato judicial, mas apenas os meios e formas de impugnação prevista na legislação brasileira, que na presente proposta, é a ação rescisória. Evidente que esta via de reforma judicial não será tão acessível quanto à via recursal, pois se trata de revisão de uma decisão baseada em precedente já pacificado pelas cortes superiores, portanto, o jurisdicionado terá que ter a convicção de que seu direito foi violado pela decisão do juízo de primeira instância uma vez que irá suportar todos os ônus de uma nova ação judicial, isto vai inibir os atos meramente protelatórios que ocorriam, via de regra, nos recursos. O principal benefício prático desta sistemática é que a decisão judicial terá maior efetividade, já que sendo irrecorrível, devera ser cumprida imediatamente, reduzindo o tempo de duração do processo e prestando a tutela jurisdicional de uma forma mais célere, contribuindo para a efetivação do princípio constitucional da razoável duração do processo.

6. Atualização e revisão de precedente jurisprudencial

A celeridade processual para ser legítima precisa estar pautada na segurança jurídica, no sentimento de justiça e na efetividade dos processos onde atuam. Assim, diante da nova sistemática apresentada fazem-se necessários mecanismos que preservem a atualização e a revisão dos precedentes jurisprudenciais. Também comunga desta acepção o Dr. José Wilson Ferreira Sobrinho², conforme ensinamentos defendidos em seu artigo científico: *O Stare Decisis Brasileiro*, que tenho a honra de transcrever.

Não se infira, entretanto, que estou defendendo uma desenfreada instabilidade dos pronunciamentos judiciais, uma vez que isto nos conduziria à incerteza jurídica. Prego apenas que se deve mudar o que pode ser mudado à luz da ciência.

Ademais, uma súmula não é idônea para conferir direito adquirido a alguém, para qualificar um ato jurídico como perfeito e para materializar a coisa julgada.

Segue-se, portanto, que sua revisão não agredirá o postulado da segurança jurídica porque ele estará salvaguardado pela autoridade da coisa julgada em cada caso concreto. Sua mudança, evidentemente, disporá para casos futuros.

A ciência jurídica sempre busca resolver os atuais e futuros conflitos sociais e, para isso, necessita estar sempre se adequando à nova realidade social, em sintonia com as evoluções tecnológicas, econômicas, políticas, ambientais, religiosas e filosóficas. Portanto, propõe-se a criação de um mecanismo de atualização e revisão capaz de trazer à presente realidade social eventuais precedentes jurisprudenciais que vierem a ficar obsoletos, que não atendam mais aos anseios da sociedade ou que tenham se constituído ilegitimamente em decorrência da atuação de eventuais ideologias não comungadas pela sociedade.

Um dos dispositivos tendentes ao controle (atualização + revisão) do precedente jurisprudencial é a instituição de uma ação autônoma revisional mediante a criação do Capítulo V do Título IX do Código de Processo Civil com a inserção do art. 495-A, nos seguintes termos:

Título IX

Capítulo V

Da ação revisional de precedente

Art. 495-A. Os precedentes jurisprudenciais firmados nos termos do § 1º do art. 269 poderão ser revistos mediante ação perante os respectivos tribunais e turma em que foram editados, desde que fundamentados em tese ou estudo diferentes do qual foi assentado o precedente.

§1º A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor comprovar que a tese ou estudo foi defendido em instituição de ensino jurídico.

§2º Qualquer cidadão será parte legítima a propor a ação prevista no caput deste artigo.

§3º Sendo aceita a petição inicial, o relator comunicará todos os tribunais vinculados ao órgão processante, para manifestação no prazo fixado em regimento, se assim o requererem em 10 (dez) dias.

§4º O relator, considerando a relevância da matéria, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, anteriormente a designação de sessão de julgamento.

§5º Após a manifestação do Ministério Público, será designada sessão para julgamento.

§6º Aplicar-se-á no que couber o disposto no Capítulo I.

7. Lei dos recursos repetitivos

É compatível com a nova sistemática proposta. Será um complemento para a efetividade e celeridade dos processos judiciais. A Lei 11.672/2008, que criou o art. 543-C no Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento dos recursos repetitivos no tocante aos recursos especiais junto ao Superior Tribunal de Justiça, está em perfeita harmonia com a proposta da irrecorribilidade da sentença de primeiro grau, pois nos recursos repetitivos a matéria de direito ainda se encontra controvertida, já na proposta apresentada a matéria posta à apreciação já se encontra pacificada na TNU, no STJ e no STF. Sem a proposta defendida neste artigo, as matérias pacificadas nas referidas cortes estariam ainda sujeitas a recursos junto aos tribunais locais e posteriormente a recursos especiais e agravos de instrumentos, para ao final se chegar à confirmação daquela decisão de primeiro grau que foi prolatada meses ou anos atrás. Com a nova sistemática, seriam abolidos esses meios recursais meramente

procrastinatórios que retardam demasiadamente o andamento processual e a efetividade da decisão judicial. Com ela serão otimizados e racionalizados os serviços dos tribunais, que deixarão de desperdiçar tempo e recursos humanos com processamento de recursos que já possuem decisões pacíficas nas cortes superiores; ganhar-se-á mais tempo para a dedicação e os estudos das novas causas submetidas ao Poder Judiciário, e, prestigiar-se-ão as decisões emanadas das cortes superiores.

8. Lei da repercussão geral

É compatível com a nova sistemática proposta. Será um complemento para a efetividade e celeridade dos processos judiciais. A Lei 11.418/2006, que criou os arts. 543-A e 543-B, no Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento da repercussão geral nos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, está em perfeita harmonia com a proposta da irrecorribilidade da sentença de primeiro grau, pois a repercussão geral aplica-se à matéria de direito que ainda se encontra controvertida; já na proposta apresentada à matéria posta à apreciação, encontra-se pacificada na TNU, no STJ e no STF. Para uma perfeita adequação sistemática faz-se necessária a revogação tão somente do §3º do art. 543-A do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 543-A (...)

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

A presente proposta já possui previsão de uma ação autônoma destinada à revisão ou à atualização dos precedentes judiciais. Assim, a nova sistemática da irrecorribilidade da sentença de primeiro grau impedirá a interposição de um recurso extraordinário em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

9. Súmula vinculante

É compatível com a nova sistemática proposta. A Lei 11.417/2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, é mais um meio

de se efetivar as decisões pacificadas nos tribunais superiores. A criação do instituto da reclamação prevista na referida lei visa resguardar a efetividade dos enunciados das súmulas. A proposta de alteração legislativa apresentada neste artigo se refere a decisões que estão de acordo com a jurisprudência pacificada e que, inclusive, contempla os enunciados de súmulas. Desta maneira, a súmula vinculante servirá como uma forma de combater, por intermédio da reclamação, eventual decisão prolatada por maus juízes de primeiro grau e, com isso, reforçar a segurança jurídica das decisões prolatadas em primeira instância. Ademais, as decisões de primeiro grau que forem prolatadas contra enunciados de súmulas, pela proposta aqui apresentada, não serão irrecorríveis.

10. Súmula impeditiva de recursos

Diante da nova sistemática proposta, é desnecessário manter o procedimento da súmula impeditiva de recursos, prevista no art. 518, §1º, do CPC, uma vez que este estará contemplado pela irrecorribilidade da sentença de primeiro grau, mas com uma grande vantagem, pois a nova sistemática não permitira recurso à sentença prolatada, ao contrário do que ocorre na situação prevista no referido artigo, que permite a interposição de agravo de instrumento (art. 522) e demais recursos previstos no CPC. Assim, para se manter a harmonia na sistemática processual, será necessário revogar o §1º do art. 518 do CPC, que dispõe:

Art. 518 (...)

§1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

11. Pronunciamento monocrático nos recursos (art. 557, CPC)

Diante da nova sistemática proposta, desnecessário manter a parte final do procedimento previsto no art. 557 do CPC, uma vez que já estará contemplado pela irrecorribilidade da sentença de primeiro grau, pois a nova sistemática não permitirá a chegada de recurso junto aos tribunais que estejam em conformidade com precedentes judiciais pacificados.

Dessa forma, todos os recursos que chegarem aos tribunais tratarão de matérias ainda não pacificadas. Assim, para se manter a harmonia na sistemática processual, será necessário revogar o §1º-A e a parte final do art. 557 do CPC, que dispõe:

Art. 557. (...) ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal, ou de Tribunal Superior.

§1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

12. Reexame necessário

Para que a proposta da irrecorribilidade da sentença de primeiro grau atue com eficiência junto a Fazenda Pública, necessária a ampliação das disposições constantes no §3º do art. 475 do Código de Processo Civil, pois neste dispositivo a dispensa do reexame necessário está condicionada a edições de súmulas do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores, ou de jurisprudência do plenário do STF. Atualmente, com o amadurecimento da democracia e com o progresso econômico vivenciado no Brasil, não há mais espaço para a manutenção de privilégios estabelecidos em épocas conturbadas do sistema jurídico-político brasileiro. Ademais, em um estado democrático, a efetividade das decisões jurídicas há de ser suportada por todos que estejam subordinados ao seu regime jurídico, mormente a Fazenda Pública. O reexame necessário estabelecido no Código de Processo Civil visa precipuamente resguardar a Fazenda Pública de decisões judiciais ainda não consolidadas, portanto, não há óbice para a dispensa deste requisito para as decisões que estejam em conformidade com precedentes pacificados pelo Poder Judiciário. Assim, o §3º do art. 475 do CPC deverá ser ampliado, com a introdução das seguintes modificações:

Redação original

Art. 475 (...)

§3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou de tribunal superior competente.

Proposta de alteração:

Art. 475 (...)

§3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em precedente, firmado pelo órgão uniformizador, por maioria, junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização.

Considerações finais

Diante da grande dificuldade do Poder Judiciário brasileiro em dar efetividade aos processos judiciais, apresenta-se esta proposta de alteração do Código de Processo Civil, com a inclusão de mecanismos que possibilitem uma maior celeridade no trâmite processual e uma maior efetividade aos pronunciamentos jurisdicionais de primeira instância relativos às matérias já pacificadas junto aos tribunais. Assim, propõe-se:

a) a criação do §1º no art. 269, do inc. X no art. 485 e do art. 495-A;

b) a revogação do §1º do art. 518, do §3º do art. 543-A, da parte final do *caput* do art. 557 e de seu §1º-A; e

c) a alteração do §3º do art. 475 do CPC.

a) Proposta de criação dos dispositivos abaixo:

Art. 269 (...)

§1º - Quando a matéria apreciada possuir precedente, em decisão firmada pelo órgão uniformizador, por maioria, junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização, a decisão prolatada será irrecorrível.

Art. 485 (...)

X - fundada em precedente inadequado/inaplicável ao caso concreto.

Título IX

Capítulo V

Da ação revisional de precedente

Art. 495-A. Os precedentes jurisprudenciais firmados nos termos do §1º do art. 269 poderão ser revistos mediante ação perante os respectivos tribunais e turma em que foram editados, desde que fundamentados em tese ou estudo diferentes do qual foi assentado o precedente.

§1º A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282,

devendo o autor comprovar que a tese ou estudo foi defendida em instituição de ensino jurídico.

§2º *Qualquer cidadão será parte legítima a propor a ação prevista no caput deste artigo.*

§3º Sendo aceita a petição inicial, o relator comunicará todos os tribunais vinculados ao órgão processante, para manifestação no prazo fixado em regimento, se assim o requererem em 10 (dez) dias.

§4º O relator, considerando a relevância da matéria, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, anteriormente a designação de sessão de julgamento.

§5º Após a manifestação do Ministério Público, será designada sessão para julgamento.

§6º Aplicar-se-á no que couber o disposto no Capítulo I.

b) Proposta de revogação dos dispositivos abaixo:

Art. 518 (...)

§1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Art. 543-A (...)

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Art. 557 (...) ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal, ou de Tribunal Superior.

§1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

c) Proposta de alteração dos dispositivos abaixo:

Redação original

Art. 475 (...)

§3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou de tribunal superior competente.

Proposta de alteração:

Art. 475 (...)

§3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em

precedente, firmado pelo órgão uniformizador, por maioria, junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização.

Com estas alterações, as decisões judiciais prolatadas em matérias já pacificadas pelos tribunais serão mais efetivas e os respectivos processos serão mais céleres, contribuindo para a efetivação do princípio constitucional da razoável duração do processo. Estima-se o prazo de 40 a 80 dias para a tramitação total de um processo, com a constituição de coisa julgada. Cabe lembrar que este é apenas mais um dispositivo tendente a infligir maior celeridade aos processos judiciais brasileiros e que, conjuntamente com outros mecanismos já existentes e outros a serem criados, permitirá a modernização do Direito processual brasileiro, que necessita apresentar respostas satisfatórias às demandas que lhes são apresentadas. A eficiência dos pronunciamentos judiciais é uma exigência presente da sociedade, que clama por uma resposta célere e segura dos pronunciamentos jurisdicionais. Esta eficiência poderá ser atingida com a racionalização dos trabalhos dos tribunais no tocante à efetividade dos seus precedentes. Para a implementação desta nova postura processual é imprescindível a alteração legislativa, que aqui se propõe. A proposta de alteração legislativa é apenas o ponto de partida de um discurso imprescindível para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional; esta proposta está aberta à crítica e ao aperfeiçoamento em decorrência de estudos mais profundos que virão a ser elaborados pela comunidade jurídica.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões vinculantes*. R. de informação legislativa: Brasília, v.134, p.175-83, abr./jun., 1997. São Paulo R. dos Tribunais, nov.1997, v.745, p.48-58.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *O stare decisis brasileiro*. São Paulo Repertório IOB/Jurisprudência: mar., 1996, v. 5, n. 3, p. 91-88.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1938. v. 3.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4.

As Malvinas são argentinas?

Camila Daros Cardoso*
Oscar Valente Cardoso**

Introdução

Recentemente, o governo argentino voltou a reivindicar sua soberania sobre o território das Ilhas Malvinas (ou Falkland). A questão surgiu com o início da perfuração de poços de petróleo por uma empresa inglesa na bacia das Malvinas, arquipélago localizado na costa sudeste da Argentina, com área total aproximada de 12.200 km² e população em torno de 3.000 habitantes.

Como revide ao início das atividades, a presidente argentina editou um decreto vedando a livre navegação de embarcações entre o território argentino e as Malvinas, condicionando-a à prévia autorização. Em contrapartida, o governo inglês enviou reforço militar ao local.

Dificilmente haverá um conflito internacional, já previamente rejeitado pela presidente argentina, que declarou ter interesse em pressionar a Inglaterra somente para a retomada das negociações.

2. Antecedentes históricos

Os problemas na região começaram no século XVIII: a) em 1764, a França instalou uma base naval no local, denominada de *Isles Malouines* (inspirado pelo porto de partida, de St. Malo, e de onde derivou o nome Malvinas) pelo navegador Antoine Louise de Bougainville; b) contudo, em 1765, a Inglaterra também alojou uma base naval em uma das ilhas (em expedição comandada por John Byron, avô do poeta Lorde Byron), posteriormente denominada Falkland; c) no ano seguinte (1766), a França alienou sua base naval para a Espanha (em respeito à bula papal *Inter Coetera*, de 1493, que concede aos reis espanhóis as terras descobertas ou a descobrir existentes após cem

léguas a partir das ilhas dos Açores e Cabo Verde), que declarou guerra à Inglaterra, pela presença indevida no local (considerando que a Argentina era uma colônia espanhola); d) em 1767, os países chegaram a um consenso, ficando a parte leste para a Espanha e a região oeste do arquipélago sob o controle britânico; e) porém, em 1769/1770, a Espanha tentou a retirada dos ingleses de Port Egmont, mas recuou após a ameaça de declaração de guerra pelo governo britânico; f) nos anos seguintes, por motivos econômicos, a Inglaterra iniciou um processo de retirada de suas guarnições militares no exterior, e, em 20 de maio de 1776, foi feita a saída das ilhas Falkland; porém, a bandeira britânica foi mantida no local, bem como uma placa reivindicando a soberania inglesa; g) apesar de ter um posto militar e uma colônia penal nas ilhas (no Porto Soledad), a Espanha não explorou o interior das Malvinas, tampouco se preocupou em colonizá-la, e retirou seu último governador do local em 1806; contudo, da mesma forma que os ingleses, deixou uma placa no lugar ressaltando sua soberania; h) com a independência da Argentina em 1816, o país reivindicou sua soberania sobre as Malvinas no ano de 1820, fixando a bandeira nacional em Porto Soledad no dia 6 de novembro; i) em 1826, o governo argentino concedeu uma concessão de exploração das ilhas ao francês Louis Vernet, que tinha interesse em capturar e criar o gado selvagem, e que posteriormente obteve permissão para fundar uma colônia, mas sempre pediu visto à Inglaterra para viajar e explorar a parte leste do arquipélago (ou seja, reconhecendo a soberania daquele país sobre parte do território); j) com o êxito da colonização e da exploração das terras por Vernet, Inglaterra e Argentina voltaram a se interessar pelas ilhas, sendo que esta enviou para lá um novo governador, Don Juan Esteban Mestivier, que foi assassinado logo após seu desembarque, sendo substituído por Don José Maria Pinedo; k) como resposta (e também para conter atividades ilegais praticadas por estadunidenses, que aproveitavam a falta de controle e fiscalização), a Inglaterra retomou as ilhas em dezembro de 1832 (Port Egmont) e em janeiro de 1833 (Port Louis), removendo a bandeira argentina de Port Louis e expulsando os militares argentinos, inclusive o governador Don Pinedo; l) as Malvinas ainda presenciaram alguns

* Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil e em Comércio Internacional.

** Juiz Federal Substituto na 4ª Região. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Especialista em Direito Público, em Direito Constitucional e em Comércio Internacional.

conflitos em 1833, e a partir de 1839 efetivamente teve início a colonização britânica, com a conclusão das obras e a designação da localidade de Stanley como a nova (e atual) capital em 1845 (nome conferido como homenagem a Lord Stanley, então Secretário de Estado Britânico para as Colônias)¹.

A partir de então, o arquipélago passou por um período de relativa calma (com exceção das duas Guerras Mundiais, nas quais foi eventualmente utilizado como passagem por navios), até a década de 1960.

Em 14 de dezembro de 1960, durante a assembleia-geral da ONU, aprovou-se a Resolução 1.514, consistente em uma Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais. Essa declaração proclama a necessidade de levar o colonialismo (em todas as suas formas e manifestações) a um fim rápido e incondicional, e declara, em seu art. 2, que todos os povos têm direito à autodeterminação, podendo livremente definir sua condição política. Além disso, seu art. 5 determinava que medidas imediatas deveriam ser tomadas para que todos os territórios que ainda não tivessem alcançado a independência recebessem todos os poderes inerentes a tanto, sem condições ou reservas, de acordo com sua vontade livremente expressa, e sem qualquer distinção de raça, credo ou cor.

Com base nessa declaração, em 1964 a Argentina reivindicou a sua soberania sobre as ilhas ao Comitê das Nações Unidas para a Descolonização, enquanto a Inglaterra argumentou que não se tratava de um caso de descolonização, mas, sim, de um conflito territorial.

No ano seguinte, o comitê decidiu que efetivamente era uma situação de descolonização e que os dois países envolvidos deveriam imediatamente iniciar negociações, a fim de se chegar a uma solução pacífica para o caso, levando em conta o interesse da população do arquipélago.

Também em 1965, a assembleia-geral da ONU editou a Resolução 2.065, convidando os governos dos dois países a prosseguir nas negociações recomendadas pelo Comitê, levando em consideração a Carta da ONU, a Resolução 1.514 e os interesses da população do arquipélago. A resolução prevê ainda que os dois

Estados deveriam apresentar no ano seguinte um relatório, contendo os resultados de suas negociações.

A questão das Ilhas Malvinas (ou Falkland) foi objeto de várias resoluções posteriores da assembleia-geral da ONU, principalmente as de 3.160/1973, 31/19 de 1976, 37/9 de 1982, 39/6 de 1984, 40/21 de 1985, 41/40 de 1986, 42/19 de 1987 e 43/25 de 1988, nas quais se ratificou o pedido de que os países envolvidos chegassem a uma solução pacífica, levando em consideração o interesse da população local.

Porém, a despeito (ou melhor, em virtude da postura omissiva) das manifestações da ONU, em março de 1982, navios militares argentinos, supostamente escoltando navios mercantes, passaram a navegar o arquipélago, o que motivou a exigência, pelo governo britânico, de sua retirada. Como resposta, a Argentina declarou guerra à Inglaterra e iniciou os ataques às ilhas no dia 2 de abril. Assim, os dois países se envolveram na denominada Guerra das Malvinas, que encerrou brevemente, em 14 de junho de 1982, com a derrota argentina (e o enfraquecimento da ditadura militar então existente).

A partir de então, as negociações não avançaram, mesmo com a insistência da Argentina, que em 2004 reafirmou a ilegalidade da ocupação inglesa perante o Comitê das Nações Unidas para a Descolonização. Em dezembro de 2008, os chefes de Estado e de Governo dos países da América Latina e do Caribe publicaram um comunicado, reafirmando a necessidade de uma rápida solução pacífica para a controvérsia.

3. Noções de soberania

Antes de discorrer sobre os problemas atuais envolvendo as ilhas, é necessário relembrar algumas noções de soberania.

O conceito de soberania começou a ser formulado com o surgimento do Estado-território, em um longo período compreendido entre os séculos XIII a XVII.

Já o seu atual significado surgiu com o Estado moderno, em oposição à organização existente na sociedade medieval, de cunho pluralista, com várias fontes e ordenamentos jurídicos, na qual não existia um único centro de poder. Com o aparecimento das igrejas nacionais, e na tentativa de superar as divisões internas para formar uma ordem nacional, nasceram

¹ Sobre o assunto: <<http://www.falklands.info/history/narra.html>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

concomitantemente os Estados absolutistas e a soberania dos países, com a concentração do poder em uma única pessoa, que personifica o Estado².

Para Bobbio há uma dupla divisão de soberania, a primeira ligada ao interior (limites internos), entre os governantes e os governados; e outra voltada para o exterior (limites externos), que brota das relações entre Estados. Essa limitação permite visualizar que o Estado deve exercer sua soberania de forma ativa internamente e, principalmente, igualitária no âmbito externo³.

Para afirmar o conceito de soberania em seu liame interno, Jean Bodin refere que a república consiste em um governo de várias castas, sendo-lhes comum o poder soberano, e caracteriza a soberania como a vértebra do Estado, pois é ela que conserva os homens unidos em comunidades em torno deste. Assim, a soberania é um poder absoluto e perpétuo, no qual o soberano exerce o seu poder de forma incondicional dentro dos seus limites, sem a interferência de nenhum outro Estado⁴.

De outro lado, na perspectiva externa, constitui um reflexo da busca pelo equilíbrio e respeito mútuo entre os países, considerando-os independentes em relação aos demais quanto às suas atribuições internas. Logo, motiva a existência de direitos reconhecidos entre os Estados, entre os quais estão o de igualdade, de respeito mútuo e de celebrar tratados internacionais.

Francisco Rezek destaca ainda três questões que geram discussões acerca da soberania no cenário internacional: os Estados federados, os territórios sob administração e os microestados⁵.

Quanto aos Estados federados, já houve divergências entre Alexander Hamilton, que defendia a tese de que as unidades autônomas (estados, províncias, cantões, etc.) não possuíam soberania e personalidade de Direito internacional, e Thomas Jefferson, o qual

sustentava que havia um duplo grau de soberania nas federações. Atualmente, confere-se personalidade jurídica de Direito internacional ao Estado, mas não se impede a existência de uma atuação *aparente* dos entes federados na ordem jurídica internacional, desde que tenha a anuência do respectivo Estado.

Os territórios sob administração surgiram principalmente com a independência dos países-colônia de suas metrópoles. Aqueles, que não eram reconhecidos como sujeitos de Direito no plano internacional, passaram por um processo de descolonização, administrados principalmente pela ONU (no caso da África), e somente após alcançarem sua total independência passaram a ter soberania e personalidade próprias.

Os microestados, como Mônaco e Andorra, em virtude de suas reduzidas dimensões territorial e demográfica, conferem parcelas de suas soberanias a outros países, geralmente contíguos, como a segurança externa e o sistema monetário. Porém, o fato de um microestado delegar parte de suas atribuições a outro, tendo em vista que não há um *núcleo irreduzível* de soberania, não permite classificá-lo como *soberano ou semisoberano*.

Por fim, tanto a Carta da ONU, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a jurisprudência internacional e a Corte de Haia declaram ser a soberania um princípio norteador da igualdade entre os Estados, sendo a ordem internacional constituída pelo respeito mútuo a esse instituto.

Conclusões

Voltando à controvérsia, aparentemente simples, torna-se complexa com as peculiaridades existentes na ocupação das Ilhas Malvinas.

Relembrando a Resolução 1.514/1960 da ONU (Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais), por um lado seu art. 2 declara a autodeterminação dos povos, que podem livremente definir sua condição política, e de outro lado seu art. 6 preceitua que “qualquer tentativa que almeja a interrupção parcial ou total da unidade nacional, e a integridade nacional de um país, é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas”.

² Nesse sentido: SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito internacional público*, p. 61.

³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política* p. 101-102.

⁴ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Disponível em: <www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Bodino_cap_VIII.pdf>.

⁵ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, p. 235-247.

Assim, levando em conta que as Malvinas foram colonizadas principalmente por ingleses, seus habitantes são (em regra) contrários à soberania argentina. Em consequência, pergunta-se: prevalece a autodeterminação dos povos prevista no art. 2 (e mais: podem os moradores das ilhas serem considerados um povo – cidadãos ligados política e juridicamente a um Estado –, para a aplicação do dispositivo, ou somente uma população, ou seja, o conjunto de pessoas existente naquele território?) ou o respeito à unidade territorial genericamente abrangida pelo art. 6?

Como visto, as resoluções da ONU relativas ao caso Malvinas/Falkland sempre destacam o interesse dos habitantes das ilhas. Porém, pode-se afirmar que exclusivamente a opinião da maior parte da população definirá que país tem soberania sobre as ilhas?

Por outro lado, não se pode ignorar outro dispositivo da Declaração da ONU sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais: seu art. 5 assegura que medidas imediatas deveriam ser tomadas para a iminente independência dos territórios colonizados. Desde 1960 (ou seja, há 50 anos) não foi definido se as Ilhas Malvinas/Falkland devem se tornar independentes (única medida viável prevista na resolução), manter-se vinculadas à Inglaterra, ou pertencer à Argentina.

Relembra-se ainda que em 1965 o Comitê das Nações Unidas para a Descolonização decidiu que a

ocupação das Malvinas pelos ingleses era uma situação de descolonização, logo, em princípio a segunda alternativa resta inviável, restando a independência das ilhas, ou sua reintegração à Argentina.

Destaca-se, por fim, que não constitui novidade ou uma *luz no fim do túnel* o fato de a Argentina buscar junto à ONU uma solução para a questão das Malvinas. Como visto, a organização internacional procura um fim pacífico e consensual para o caso desde 1965.

Levando em conta que há 35 anos os países envolvidos, por meio de negociações diplomáticas, não chegaram a um consenso sobre o problema, devem ser buscados outros meios, como a arbitragem, a mediação, ou até mesmo a submissão do caso à Corte Internacional de Justiça.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 4ª ed., 1992.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Disponível em: <www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Bodino_cap_VIII.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI 12.234, de 5 de maio de 2010

Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848,
de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

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

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

.....

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

.....” (NR)

“Art. 110.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado).” (NR)

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

Art. 4º Revoga-se o § 2o do art. 110 do Código Penal.

Brasília, 5 de maio de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Corte Especial

Numeração única: 0020452-85.2008.4.01.0000

Agravo Regimental na SL 2008.01.00.020775-5/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Agravante: Município de Porto Seguro/BA

Advogado: Dr. Ruyberg Valença

Publicação: e-DJF1 de 12/04/2010, p.4

EMENTA

Suspensão de segurança. A decisão de primeiro grau que revoga a antecipação dos efeitos da tutela desafia a interposição de recurso próprio, que não o pedido de suspensão de liminar.

I. O incidente de suspensão de segurança somente pode ser proposto para o fim de suspender a execução de medida liminar ou sentença proferidas contra o Poder Público, com vistas a se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (arts. 317 e 318 do RITRF 1ª Região).

II. Nos casos em que o Poder Público figura como autor da demanda principal, a decisão que indefere ou revoga pedido de liminar não pode ser objeto do pedido ora sob exame, visto que o pedido de suspensão de segurança pressupõe a concessão de liminar ou sentença contrária ao interesse de pessoa jurídica de direito público.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 25/03/2010.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de agravo regimental interposto pelo Município de Porto Seguro/BA contra a decisão de fls. 399, que indeferiu o pedido de suspensão de liminar deduzido pelo referido ente municipal.

O pedido foi indeferido sob o fundamento de que não há decisão liminar ou antecipatória de tutela cujos efeitos precisem ser paralisados, visto que a decisão alvo do presente pedido de suspensão consiste em uma decisão revogatória de tutela antecipada (fls. 272/275).

Consoante se verifica da petição inicial deste incidente processual, o Município de Porto Seguro/BA ajuizou ação de rito ordinário com o propósito de “*ver declarado o desacerto das estimativas do IBGE quanto ao número de habitantes, e por conseguinte, passar a receber os valores do FPM (Fundo de Participação dos Municípios) com base no índice 4.0.*”

A tutela antecipada foi inicialmente deferida, mas, em seguida, foi revogada pela ilustre Juíza Federal Substituta da 16ª Vara do Distrito Federal, Dra. Iolete Maria Fialho de Oliveira, nos seguintes termos (fls. 275):

O permissivo do art. 273 do CPC, por seu turno, não se compadece da ausência do requisito da verossimilhança da alegação. Ora, as razões suso expostas, em meu sentir, ilidem o concurso de tal requisito, razão por que tenho por de bom alvitre revogar a decisão de fls. 110 ao tempo em que indefiro o pedido de fls. 227/228.

Inconformado, o Município de Porto Seguro/BA formulou o presente pedido de suspensão de liminar, requerendo a concessão da medida de contracautela para o fim de sustar a eficácia da decisão que revogou a liminar anteriormente concedida, *“permitindo-se, por conseguinte, que o município volte a receber seu FPM sob o coeficiente 4.0, até o trânsito em julgado da ação principal ou até o término do ano orçamentário de 2008.”* O pedido de suspensão foi indeferido com o fundamento apresentado no item 2, supra.

O requerente, então, interpôs agravo regimental insistindo na tese de que este incidente é cabível em hipóteses como esta, porquanto a intenção do legislador, *“quando da criação do art. 4º da Lei 8.437/1992, foi perseguir, a todo custo, a defesa do interesse público, pouco importando o que gizado, ipse litteris, na norma, de que o incidente tenha cabimento quando o requerente seja o Poder Público a figurar no polo passivo da ação.”*

Requer o provimento do agravo regimental para que seja restabelecida a eficácia da medida antecipatória de tutela concedida inicialmente pelo Juízo da 16ª

Vara Federal do Distrito Federal, permitindo-se, dessa forma, que o Município de Porto Seguro/BA volte a receber o Fundo de Participação dos Municípios sob o coeficiente 4.0.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— A pretensão do município não se amolda aos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 8.437/1992, uma vez que o pedido de suspensão de segurança pressupõe a concessão de medida liminar contrária ao interesse de pessoa jurídica de direito público, tal como explanado no parecer ministerial (fls. 395/397).

Ao que parece, o agravante pretende obter efeito suspensivo ativo pela via do incidente de suspensão de liminar, o que não é possível ante a inexistência de natureza recursal desta via processual. A pretensão somente poderia ser deduzida em sede de agravo de instrumento, nos termos do art. 527, inc. III, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

É o voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Herculano de Menezes, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa e Reynaldo Fonseca.

Primeira Seção

Numeração única: 0063077-03.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.064629-8/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Relator convocado: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler
Autor: Lucas Lourenco Lopes
Advogado: Dr. Claudio Lott Carvalho e outro
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Suscitante: Juízo Federal da 28ª Vara/MG
Suscitado: Juizado Especial Federal Cível/MG – 30ª Vara
Publicação: e-DJF1 de 12/04/2010, p. 10

EMENTA

Conflito de competência. Juiz de vara cível x juiz de JEF. Ação de natureza previdenciária ajuizada perante o JEF. Apuração dos valores devidos ao segurado no curso da demanda. Intimação da parte autora para manifestação quanto à renúncia de valores excedentes de 60 salários-mínimos. Possibilidade. Competência do juízo cível, em razão da ausência de renúncia dos valores excedentes.

I. Ao verificar, no transcurso do feito, que o valor devido ao segurado/autor supera em muito 60 salários-mínimos, o MM. juiz suscitado determinou a sua intimação para que se manifestasse sobre a renúncia ao valor excedente de 60 salários-mínimos, tendo o autor requerido a redistribuição do feito para uma das varas previdenciárias da Seção.

II. O autor não tinha, até então, ciência do montante a receber, caso seja vencedor na demanda. A contadoria do Juízo informou que, para permanecer com a demanda no JEF, deveria o autor renunciar à quantia de R\$ 68.116,52. Ninguém, em sã consciência, abre mão de tamanha quantia, ainda mais em se tratando de segurado da Previdência, que pretende obter aposentadoria especial.

III. Ademais, o autor somente constituiu advogado quando foi provocado a dizer se renunciaria ou não ao valor excedente, tendo requerido a redistribuição do feito.

IV. Conflito conhecido. Declarada a competência do Juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Decidiu a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 28ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitante, nos termos do voto do relator.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 09/03/2010.

Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado): — Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre os Juízos da 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais (suscitante) e da 30ª Vara (JEF) da mesma Seção Judiciária, que divergem sobre a competência para processo e julgamento de ação cível ajuizada com o fim de obtenção de benefício previdenciário.

O Juízo suscitado, titular de vara cível, declinou da competência para a vara de Juizado Especial em vista do valor apurado como devido o autor, em caso de êxito na demanda, de R\$ 110.967,31, em setembro de 2008.

O MM. Juiz Federal titular da 28ª Vara/MG suscitou o presente conflito ao fundamento de que a parte autora manifestou renúncia, na petição inicial, ao valor excedente de 60 salários-mínimos, circunstância que foi desconsiderada pelo Juízo suscitado. Prossegue tecendo considerações de ordem subjetiva com relação ao procedimento em questão, que reputa ofensivo a princípios processuais e desmoralizador do Judiciário.

O Ministério Público Federal opina pela competência do Juízo suscitante (28ª Vara/MG).

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado): — A demanda que deu origem ao conflito foi originariamente ajuizada no JEF, tendo sido distribuída ao Juízo da 30ª vara/MG, suscitado.

Ao verificar, no transcurso do feito, que o valor devido ao segurado/autor supera em muito 60 salários-mínimos, o MM. juiz suscitado determinou a sua intimação para que se manifestasse sobre a renúncia ao valor excedente de 60 salários-mínimos, tendo o autor requerido a redistribuição do feito para uma das varas previdenciárias da Seção (fls.134 e 136).

Não há, na petição inicial, que foi assinada pelo próprio autor, referência à renúncia ao valor excedente de 60 salários-mínimos. Há, sim, manifestação no sentido de que estava ciente de que os valores postulados perante o JEF não podem exceder 60 salários-mínimos.

Considero, em face de tais circunstâncias, que a competência para processo e julgamento do feito deve ser atribuída ao Juízo suscitante. Se o valor supostamente devido ao segurado/autor, em caso de êxito na demanda, somente foi apurado no decorrer do feito, não há porque não se adotar o procedimento do Juízo suscitado, de instá-lo a se manifestar sobre a renúncia ao valor excedente de 60(sessenta) salários-mínimos.

O autor não tinha, até então, ciência do montante a receber, caso seja vencedor na demanda. A contadoria do Juízo informou que, para permanecer com a demanda no JEF, deveria o autor renunciar à quantia de R\$ 68.116,52 (fls. 130). Ora, quem, em sã consciência, abre mão de tamanha quantia? Ainda mais em se tratando de segurado da Previdência, que pretende obter aposentadoria especial.

Além disso, observo que, a despeito das considerações levadas a efeito pelo Juiz suscitante, o autor somente constituiu advogado quando foi provocado a dizer se renunciaria ou não ao valor excedente.

Não identifico, devo consignar, qualquer violação aos princípios processuais e não processuais apontados como violados pelo Juiz suscitante. A lei, lembre-se, deve sempre ser interpretada segundo os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem-comum (art. 6º da LICC).

Diante do exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 28ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitante.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Neuza Maria Alves da Silva e a Exma. Sr. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

Segunda Seção

Numeração única: 0065351-37.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.066039-1/BA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Autora: Justiça Pública
Procurador: Dr. Alcides Martins
Réu: Albany Camelo Sampaio Junior
Advogado: Dr. Altamiro Vieidiano Gomes
Suscitante: Segundo Juizado Especial Federal Criminal/BA – 17ª Vara
Suscitado: Juízo Federal da 17ª Vara/MG
Publicação: e-DJF1 de 12/04/2010, p. 13

Ementa

Conflito negativo de competência. Penal e Processo Penal. Uso de documento falso. Tentativa de frustração de direitos assegurados por lei trabalhista. Princípio da consunção. Impossibilidade. Concurso formal de crimes. Competência da Justiça Federal comum. Precedentes.

I. De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve.

II. Não se pode admitir que o crime de uso de documento falso, cuja pena abstrata varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, seja absorvido pela tentativa de frustrar direito assegurado pela legislação do trabalho, cuja pena para o crime consumado varia de 1 (um) a 2 (dois) anos. Ademais, tais delitos possuem objeto jurídico distinto (no primeiro, a fé pública; no segundo, as leis trabalhistas), sendo condutas autônomas, ainda que praticadas num mesmo contexto fático.

III. Considerando que a competência dos Juizados Especiais Federais se limita ao processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, tenho que a conduta imputada ao agente – a prática dos crimes descritos no art. 304, com as penas do art. 298, em concurso com o art. 203, c/c o art. 14, II, do CP – supera os limites da competência dos Juizados Especiais.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária da Bahia.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 24/02/2010.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal Substituto Cristiano Miranda de Santana, do 2º Juizado Especial Federal Criminal/BA, por força da decisão de fls. 151/156, proferida, nos autos da Ação Penal 2008.33.00.006297-0, pelo Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa, da 17ª Vara Especializada Criminal/SJBA, que declinou da competência após o recebimento da denúncia por entender que o delito de uso de documentação falsa teria sido absorvido, na espécie, pela tentativa de frustração de direitos trabalhistas, crime de competência dos Juizados Especiais Federais, pois de menor potencial ofensivo.

Consta dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de Albany Camêlo Sampaio Júnior imputando-lhe a prática dos crimes capitulados no art. 304, com as penas do art. 298, em concurso com o art. 203, c/c o art. 14, II, todos do CP. Narra o autor que o acusado teria produzido falsa procuração, supostamente outorgada por Giovani Santana Oliveira, e, com base em tal documento, e na qualidade de advogado, teria ajuizado reclamação trabalhista em nome da suposta outorgante em desfavor da empresa Diverbingos Administração de Eventos Ltda., protocolizando, em seguida, pedido de homologação de acordo supostamente realizado entre as partes, em que a reclamante abriria mão de parte da verba rescisória que lhe era devida.

Redistribuído o feito, o Juízo suscitante elencou razões do presente conflito negativo, quais sejam: a) que a decisão deveria ser considerada nula, visto que o Juízo prolator da decisão que recebeu a denúncia não pode modificar seu entendimento e reconsiderar o recebimento posteriormente, devendo qualquer alteração ser feita pela instância superior; b) quanto ao concurso aparente de normas, rechaçou o princípio da consunção ao fundamento de que a procuração falsa não era o único meio indispensável, tampouco fase de preparação, para que se atingisse a frustração dos direitos trabalhistas; c) que um crime menos grave não tem o condão de absorver um crime mais grave; e d) que o bem jurídico lesionado, para que ocorra a consunção, deve ser o mesmo nos dois crimes (crime-meio e crime-fim), o que não aconteceu na espécie, pois, enquanto no delito do art. 203 o bem jurídico lesionado, em tese, é a organização do trabalho, no delito de uso de documento falso, é a fé pública (fls. 222/226).

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador Regional da República José Osterno Campos de Araújo, pelo conhecimento do conflito para que seja declarada a competência do Juízo Federal da 17ª Vara/SJBA (fls. 263/267).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — A questão gira em torno da competência para o processo e julgamento de feito que visa apurar a prática do delito de uso de documento falso e a tentativa de frustração de direitos trabalhistas.

Tenho que razão assiste ao Juízo suscitante.

A aplicação do princípio da consunção, para se caracterizar, pressupõe que um fato mais grave absorva outro menos grave que constitua meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução, ou seja, quando a conduta do agente realiza o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente que, em função de uma conexão lógica e justa, há de ser considerado absorvido pelo outro, mais amplo.

No caso em tela, o agente teria produzido falsa procuração e, com base em tal documento, e na qualidade de advogado, teria ajuizado reclamação trabalhista em nome da suposta outorgante em desfavor da empresa, protocolizando, em seguida, pedido de homologação de acordo supostamente realizado entre as partes, em que a reclamante abriria mão de parte da verba rescisória que lhe era devida, sendo, então, denunciado pela prática dos crimes capitulados no art. 304, com as penas do art. 298, em concurso com o art. 203, c/c o art. 14, II, todos do CP.

Assim dispõem os artigos acima relacionados:

Art. 304 – Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

Art. 298 – Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assuete Magalhães e Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Art. 203 – Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Seguindo entendimento esposado pelo Ministro Moreira Alves (RHC 56.355/SP), tenho que, em hipóteses como a da espécie, não há falar em consunção. Vejamos:

Quando a falsificação é a modalidade da ação em que se consubstancia a *fraude* para a frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, a ação delituosa é uma só, mas os crimes praticados são dois: o de falsidade e o contra a organização do trabalho definido no art. 203 do Código Penal.

Que há concurso real de normas, e não concurso aparente, é fácil de demonstrar. O art. 203 não é especial em face do art. 299, que seria o geral, uma vez que a fraude a que alude aquele não se identifica necessariamente com a falsidade. A falsidade é, apenas, espécie do gênero fraude. Haveria relação de especialidade entre as duas normas em causa, se ambas se referissem ao mesmo fato (a falsidade), e uma delas – que seria a especial – tivesse em conta uma qualificação peculiar, objetiva ou subjetiva, para apenar, com maior ou menor severidade, aquele fato idêntico, como ocorre, por exemplo, entre os arts. 299 e 203 do Código Penal. Por outro lado, não há aqui subsidiariedade explícita (“se o fato não constitui crime mais grave”), nem implícita (decorrente do princípio ubi maior minor cessat), pois em ambas as normas não há aquela cláusula, e o crime previsto no art. 203 do Código Penal é menos grave do que o de falsidade, embora este (modalidade da ação) não exclua aquele (finalidade da ação). E, finalmente, não há, no caso, que se falar em consunção, que se baseia no princípio – inaplicável no caso – de que maior absorbet minorem. (Grifei.)

Na mesma direção, podem ser citados inúmeros outros arestos, *verbis*:

Penal. Processual Penal. Recurso especial. Delitos de porte ilegal de arma de fogo e resistência. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o princípio da consunção, *haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível*

o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve. Precedentes do STJ.

II. Recurso especial conhecido e provido para afastar o princípio da consunção e manter a condenação do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003.

(REsp 1084877 / SP, STJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Publicação: DJe 03/08/2009.) (Grifei.)

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Crime ambiental e de falsidade ideológica. Impossibilidade, no caso, de aplicação do princípio da consunção. Ofensa à União. Conexão. Competência da Justiça Federal. Recurso provido.

I. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de um delito como fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo sua absorção.

II. Desse modo, não se pode admitir que o crime de falsidade ideológica, cuja pena abstrata varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão (documento público), seja absorvido pelo crime ambiental do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, cuja pena varia de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção.

(...)

REsp 896312/PA, STJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Publicação: DJ de 1º/10/2007, p. 364.) (Grifei.)

Penal. Recurso especial. Arts. 288 e 334 do CP, Art. 22, caput e parágrafo único, da Lei 7.492/1986, Art. 1º, § 1º, inc. I e § 2º, inc. I, da Lei 9.613/1998. Princípio da consunção. Absorção do delito de evasão de divisas pelo delito de descaminho. Impossibilidade. Lavagem de dinheiro. Crime antecedente.

I. De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve (precedentes).

II. Os crimes de descaminho, evasão de divisas e quadrilha, pelos quais o réu foi condenado, ensejam a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, *ex vi* do art. 1º, incs. V, VI e VII, da Lei 9.613/1998.

Recurso especial desprovido.

(REsp 886068/RS, STJ, Rel. Ministro Felix Fischer, publicação: DJ de 03/09/2007, p. 215.) (Grifei.)

Recurso especial. Penal. Crime contra o meio ambiente. Prescrição. Falsidade ideológica. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade.

I. O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito mais leve serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este, sendo incabível, reconhecer a absorção de crime mais grave pelo mais leve, para declarar a prescrição.

II. Recurso provido.

(REsp 746765/PA, STJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Publicação: DJ de 19/12/2005, p. 467.) (Grifei.)

Penal e Processual Penal. Crimes ambientais (Lei 9.605/1998) e de falso. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Ofensa à União. Conexão. Competência da Justiça Federal.

I. A maior severidade da reprimenda para o *falsum*, em relação aos crimes ambientais, impede, no caso, a incidência do princípio da consunção, que pressupõe a existência de um delito como fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo a sua absorção, de sorte que, consoante precedente do egrégio STJ, em situação análoga (STJ - Resp 896.312/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 1º/10/2007, p. 364), não se pode admitir que o crime de falso, cuja pena abstrata varia de 2 a 6 anos de reclusão (arts. 297 e 304 do CP), seja absorvido pelos crimes ambientais dos arts. 46, parágrafo único, 68 e 69, da Lei 9.605/1998, cujas penas variam de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção (art. 46, parágrafo único) e de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção (arts. 68 e 69 da Lei 9.605/1998).

II. Na forma da jurisprudência do egrégio STJ, “os acusados, supostamente, além de comercializarem madeira sem licença válida para todo o tempo de viagem, inseriram declarações diversas das que deviam constar na Autorização de Transporte de Produto Florestal (ATPF), em prejuízo da atividade fiscalizatória do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, praticando, assim,

crimes autônomos, pois um não constitui fase normal de preparação ou execução de outro, bem como tutelam bens jurídicos diversos, de um lado a fé pública e de outro a proteção ao meio ambiente”. (REsp 896.312/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 1º/10/2007, p. 364).

(...)

(RSE 2006.39.00.009539-5/PA, TRF1, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Publicação: 31/10/2008 e-DJF1, p. 77.)

Desse modo, não se pode admitir que o crime de uso de documento falso, cuja pena abstrata varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, seja absorvido pela tentativa de frustrar direito assegurado pela legislação do trabalho, cuja pena para o crime consumado varia de 1 (um) a 2 (dois) anos. Ademais, é imperioso destacar que tais delitos possuem objeto jurídico distinto (no primeiro, a fé pública; no segundo, as leis trabalhistas), sendo condutas autônomas, ainda que praticadas num mesmo contexto fático.

Feitas tais observações, e considerando que a competência dos Juizados Especiais Federais se limita ao processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, tenho que a conduta imputada ao agente – a prática dos crimes descritos no art. 304, com as penas do art. 298, em concurso com o art. 203, c/c o art. 14, II, do CP – supera os limites da competência dos Juizados Especiais.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara/SJBA, o suscitado.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0031386-15.2002.4.01.0000

Ação Rescisória 2002.01.00.036224-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Autora: União Federal

Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas

Ré: Construtora Sulstep S.A e outros

Advogado: Dr. Marco Antônio Meneghetti e outros

Publicação: e-DJF1 de 12/04/2010, p. 17

Ementa

Ação rescisória. Contrato administrativo de obras de recuperação e construção de estradas. Atraso no pagamento. Acórdão que determinou indenização por atrasos nos pagamentos de contratos de empreitada. Ofensa à coisa julgada não caracterizada. Prescrição. Termo inicial de contagem do prazo para pagamento. Data de apresentação da fatura ao DNER. Obrigação quesível. Erro de fato. Danos emergentes e lucros cessantes incabíveis. Procedência da ação.

I. Ação rescisória proposta objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma do TRF 1ª Região que confirmou sentença que reconheceu o direito de as empresas, ora rés, serem indenizadas pelo DNER em ressarcimento a alegados prejuízos causados pela autarquia em razão de atrasos nos pagamentos das prestações ajustadas em diversos contratos de empreitada, tendo por objeto a construção e a recuperação de estradas. Foram incluídas na condenação o pagamento da quantia concernente aos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, durante os períodos em que permaneceram paralisadas ou reduzida a velocidade de execução dos serviços/obras, danos emergentes e lucros cessantes.

II. Caracterização de ofensa ao inc. IX do art. 485 (sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa), pois a desconstituição do julgado por erro de fato importa na comprovação inequívoca do fato alegado e o autor logrou provar que a sentença impugnada admitiu fatos inexistentes (CPC, art. 485, § 1º).

III. Ausente a alegada ofensa à coisa julgada. O cotejo das cópias das peças processuais das ações mencionadas demonstra que o pedido das empresas na ação objeto da presente rescisória é mais abrangente (correção monetária com expurgos e juros de mora, custos com mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, danos emergentes e lucros cessantes) que o do Sinicon (correção monetária e juros de mora). As empresas ressaltaram expressamente na petição inicial os valores objeto da ação coletiva movida pelo Sinicon e, nesta rescisória, o perito confirmou não ter havido duplicação de valores em benefícios das rés.

IV. A prescrição da Lei 11.280/2006 não pode ser acolhida de forma retroativa em ação rescisória (decisão da maioria).

V. Inexistente alteração no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos em decorrência das alegadas *sucessivas reduções* do ritmo e paralisações da execução dos serviços e obras ordenadas unilateralmente pelo DNER.

VI. Termo inicial da contagem da mora da Administração: o posicionamento da Terceira Seção desta Corte, quanto à caracterização da mora é de que o termo inicial de contagem do prazo para pagamento é em regra a data de apresentação da fatura ao DNER. Precedentes.

VII. Quando a norma de regência e o contrato estabelecem obrigação quesível, não há se falar em mora do devedor antes do momento da apresentação da dívida a devedora, no caso a Administração.

VIII. A obrigação é *quéérable* ou quesível, pois cabia ao credor, a empreiteira, procurar o devedor, o DNER, apresentar a dívida para receber o pagamento. Se a dívida é *quéérable* não se aplica a regra *dies interpellat pro homine*.

IX. Se não há prova da data em que as empreiteiras credoras apresentaram as dívidas materializadas nas faturas buscando, assim, cumprimento da obrigação, não há se falar em correção monetária em decorrência da mora porquanto inexistente o termo *a quo* para sua contagem. É preciso se saber o momento em que o credor exige a prestação, convertendo-se a dívida em obrigação.

X. Em sede de Direito Administrativo não é possível se criar obrigações para o Estado que não sejam resultantes da lei ou do contrato administrativo. Por conseguinte, o inadimplemento total ou parcial da obrigação por parte do Poder Público se configura conforme o estipulado pela norma ou pela convenção das partes.

XI. Os danos emergentes e os lucros cessantes também são inexistentes. Esta Corte já assentou que a caracterização do lucro cessante demanda prova de que a empresa teria um lucro razoável de determinado valor, ou

ainda que perdeu este ou aquele negócio jurídico em razão de sua condição financeira atual, pois “mera possibilidade de negócios futuros, incluindo licitações que a empresa poderia vencer ou perder, não podem ser considerados como lucro cessante, pois nesta categoria só se enquadram negócios jurídicos prováveis concretamente e o ganho que a empresa razoavelmente poderia esperar deles. Não se trata de mera possibilidade abstrata de ter realizado outras obras.” (AC 2000.34.00.004192-0/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, *e-DJFI* p. 636 de 26/09/2008).

XII. A indenização por lucros cessantes não pode ser cumulada com juros compensatórios, que, igualmente, representam a justa compensação que se deve tirar do dinheiro aplicado no negócio.

XIII. Não restou caracterizada mora, uma vez que não há, nos autos, faturas nas quais se logrou verificar a data de apresentação junto ao DNER, data da medição, nem relatórios.

XIV. Ação rescisória procedente para, em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão impugnado (AC 1998.01.00.002551-5/DF) e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido das empresas autoras da ação originária.

Acórdão

Decide a Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, julgar a ação rescisória procedente, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 02/03/2010.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Departamento Nacional de Estradas e Rodagem — DNER, representado pela Procuradoria Regional da União — 1ª Região, objetivando a desconstituição de acórdão proferido em 03/03/1998 pela Quarta Turma deste Tribunal, nos autos da AC 1998.01.00.0002551-5/DF, relatora a Juíza Eliana Calmon, assim ementado:

Processo Civil. Contrato administrativo. Lucros cessantes. Atualização. Prova pericial.

I. Não está o juiz obrigado a designar audiência para finalizar a prova pericial, senão quando pedidos esclarecimentos.

II. A alegação de nulidade só é considerada pelo Tribunal quando demonstrado ficar o prejuízo.

III. Parcelas incluídas no laudo que considerou os diversos itens do contrato, o qual imputava ao contratante pagar contribuições e exações outras.

IV. Recurso e remessa oficial improvidos. (fls. 641)

O autor relata que as empresas Construtora Sultepa S.A., Sulcatarinense Mineração, Artefatos de Cimento, Britagem e Construções Ltda. STE – Serviços Técnicos de Engenharia S.A. e Pedrasul Construtora Ltda. ajuizaram ação de rito ordinário contra o DNER em decorrência de contratos administrativos firmados pelas partes para a execução de serviços e obras de engenharia, na qual pleitearam, em síntese:

a) a condenação do DNER ao pagamento das quantias devidas a título de correção monetária entre a data do vencimento das faturas e a data em que efetivamente pagas sendo que “desses valores devem ser excluídos aqueles já objeto da ação coletiva movida pelo Sinicon – Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada”;

b) ressarcimento pelos custos das mobilizações e desmobilizações dos equipamentos, instalações e pessoal incorridos durante as paralisações e reduções de ritmo de execução dos serviços e obras alegadamente ordenados pelo DNER;

c) perdas e danos, nelas incluídos danos emergentes e lucros cessantes, decorrentes das faltas legais e contratuais cometidas pelos réus decorrentes das faltas legais e contratuais cometidas pelos réus;

d) os valores deveriam ser acrescidos de expurgos inflacionários, juros moratórios e compensatórios.

Aduz que a ação (96.0002144-9) foi distribuída à 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal por dependência ao Processo 93.0012984-8, cujo autor é o Sinicon.

Afirma que, ao fim da perícia, o perito judicial chegou à quantia de R\$ 189.532.349,64 (cento e oitenta e nove milhões, quinhentos e trinta e dois mil, trezentos e quarenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), relativa ao mês de abril de 1997.

Prossegue relatando que a Juíza Federal Maisa Giudice, da 17ª Vara do DF, proferiu sentença (juntada às fls. 476/489), no dia 15 de setembro de 1997, na qual julgou procedente o pedido.

Aduz que, em grau de recurso, a Quarta Turma desta Corte negou provimento à remessa oficial e ao recurso, conforme acórdão transcrito no início do relatório. Interpostos recursos especial e extraordinário, ambos foram inadmitidos.

Fundamenta o DNER a rescisória no art. 485, incs. IV, V e IX do CPC (“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: IV – ofender a coisa julgada, V – violar literal disposição de lei e IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.”)

Sustenta que o acórdão rescindendo violou literais disposições constantes nos seguintes diplomas legais:

- a) Constituição Federal, arts. 5º XXXVI e 37;
- b) Lei 8.666/1993, arts. 54 e 65, II, *d* e Decreto-Lei 2.300/1986, art. 44;
- c) Decreto 20.910/1932, arts. 1º e 3º e Decreto-Lei 4.597/1942, art. 4º;
- d) Lei 4.414/1964, art. 1º e Código Civil Brasileiro, arts. 1.062 e 1.536;
- e) Código de Processo Civil, arts. 3º, 128, 267, VI, 131, 436 e 460.

Sustenta também ofensa à coisa julgada ao argumento de que o Sinicon – Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada ajuizou ação pleiteando indenização pelas perdas por atrasos nos pagamentos com os mesmos contratos e o pedido foi

julgado procedente e a sentença foi confirmada pelo TRF 1ª Região, fato ignorado na sentença rescindenda.

Afirma ainda que a sentença incidiu em erro de fato sob a seguinte alegação:

Inobservância, pelo Sr. Perito Judicial, da equação alusiva ao equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos Administrativos, constantes dos termos firmados entre as partes (autoras e o antigo DNER), que descaracteriza ou desconstitui, por si só, os valores apurados a título de indenização de correção monetária; mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal; perdas e danos, nelas incluídas os danos emergentes e os lucros cessantes, pela falta da correção monetária das faturas pagas com atraso, em decorrência do marco para vencimento da fatura ter sido, arbitrariamente, fixado pelo Sr. Perito Oficial, no 20º (vigésimo) dia do mês subsequente à realização dos serviços, até mesmo sem a emissão da respectiva fatura (...) em detrimento do contrato firmado entre as partes. (fls. 24/5).

Devidamente citadas, as rés apresentaram contestação às fls. 964/1.013, na qual sustentam, em síntese, a inépcia da inicial, a decadência, a ausência de ofensa à coisa julgada, de violação a literal dispositivo legal e de erro de fato.

Réplica, fls. 1.222/1.223.

Às fls. 1.335/1.506 foram juntadas cópias da Ação Cautelar 2004.01.00.058334-3/DF proposta pela União contra a Construtora Sultepa e Outros com o objetivo de suspender a execução do acórdão rescindendo com a suspensão das parcelas referentes aos Precatórios 2004.01.00.029025-2 e 2004.01.00.029024-9 e da expedição de eventuais alvarás de levantamento.

A ação foi julgada parcialmente procedente pela Terceira Seção desta Corte em 08/11/2005, tendo sido lavrado o seguinte acórdão:

Processo Civil. Medida cautelar incidental. Suspensão de pagamento de precatório. Ação rescisória que objetiva alteração substancial do acórdão transitado em julgado. Juízo que determinou a expedição de precatórios relativamente a parcelas incontroversas. Pedido da União que aponta o valor como o total atual da condenação, podendo o valor ser alterado por ocasião do julgamento de ação rescisória à qual a cautelar foi distribuída incidentalmente. Parcial procedência da cautelar.

I. Dadas as peculiaridades da causa onde a União aponta possível duplicidade de pagamentos de condenação em razão de ações promovidas pela entidade de classe e as ações particulares das partes, afigura-se razoável suspender a liberação dos valores inscritos em precatórios expedidos relativamente a parcelas consideradas incontroversas de condenação judicial.

II. Havendo possibilidade de êxito na ação rescisória que engloba os pedidos que ensejaram a condenação ao pagamento dos valores inscritos nos precatórios é cabível o pleito cautelar, tanto mais quando se observa que na execução há embargos pendentes de julgamento.

III. Os valores disponibilizados nos precatórios devem ser transferidos para conta de depósito judicial à disposição do juízo com o objetivo de afastar prejuízos à parte em caso de improcedência dos pedidos da União nas ações rescisórias, o que obrigaria as partes a requerer a expedição de novo precatório, situação que não se demonstra razoável.

IV. Parcial procedência da ação cautelar para determinar que valor dos precatórios seja depositado em conta à disposição do juízo.

(MC2004.01.00.058334-3/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Terceira Seção, DJ p. 04 de 03/03/2006)

Às fls. 1.517/1.528 foi proferido parecer do Ministério Público Federal pugnando pela produção da prova pericial requerida pela União às fls. 1.222.

O pedido de prova pericial foi deferido às fls. 1.530. Contra tal decisão foi interposto agravo regimental cujo provimento foi negado pela Terceira Seção, *verbis*:

Processual Civil. Agravo regimental em ação rescisória. Decisão deferitória de prova pericial. Princípio da livre convicção. Improvimento do Agravo.

I. A União propôs ação rescisória, como sucessora do Departamento Nacional de Estradas e Rodagens – DNER, visando rescindir acórdão proferido por este Tribunal nos autos da Apelação Cível 1998.01.00.002551-5/DF, alegando violação a literal disposição de lei, ofensa à coisa julgada e erro de fato, na qual foi deferida prova pericial.

II. Para a formação do convencimento do julgador, prevalece o princípio da livre convicção do juiz. O juiz processante é o destinatário da prova, incumbindo a ele analisar a necessidade de sua produção. Precedentes.

III. Agravo regimental improvido. (fls. 1.571/6)

Opostos embargos de declaração, foram igualmente rejeitados (fls. 1.588/1.591).

Interposto recurso especial, a Presidente desta Corte determinou sua retenção (fls. 1.623/4) até decisão final.

O laudo pericial foi juntado às fls. 1.708/1.783.

As partes se manifestaram sobre o laudo às fls. 4.326/4.337 (União), fls. 4.340/4.370 (rés) e fls. 4.373 (MPF).

Após esclarecimentos acerca do laudo feitos pelo perito às fls. 4.380/4.392, as partes novamente se pronunciaram às fls. 4.400/4.411 (União), fls. 4.423 (rés) e fls. 4.428 (MPF).

Razões finais da União fls. 4.448/4.484 e das rés fls. 4.468/4.495.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 4.498/4.581 com parecer técnico de fls. 4.582/4.661, que lhe constitui parte integrante.

É o relatório.

Voto*

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

A controvérsia

Mediante regular procedimento licitatório e em conformidade com a legislação e os editais, as empresas ora rés e o DNER celebraram vários contratos, tendo por objeto a execução de obras/serviços de engenharia.

Nos contratos celebrados foram estipuladas cláusulas de obrigações recíprocas que garantissem a equação patrimonial, sendo esse equilíbrio assegurado na medida em que as empresas prestassem os serviços/obras nas qualidades, quantidades e prazos estipulados e, em contrapartida, recebessem os preços também, nas qualidades, quantidades e prazos estipulados.

No processo originário, as empresas alegaram que a equação patrimonial foi alterada porque o DNER pagou as faturas com atraso, sem que tenham sido corrigidos monetariamente os valores dessas

* Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues e Carlos Moreira Alves.

faturas, achando-se com o direito de receberem essas quantias atualizadas financeiramente entre a data do vencimento da fatura e a data do efetivo pagamento, acrescido de juros moratórios de 0,5% ao mês e juros compensatórios de 1% ao mês.

Requereram ainda o pagamento da quantia concernente aos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, durante os períodos em que permaneceram paralisadas ou reduzida a velocidade de execução dos serviços/obras, sendo que a quantia deverá ser atualizada e acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês e de juros compensatórios de 1% ao mês.

Requereram, por fim, na ação originária, danos emergentes e lucros cessantes pela falta da correção monetária das faturas pagas em atraso e pelo não ressarcimento dos custos durante as paralisações e reduções de ritmos de execução de serviços/obras. Isso porque, segundo aduziram, durante a execução dos contratos, o DNER determinou uma série de paralisações e redução do ritmo na execução dos serviços/obras. As empresas, em face dessas paralisações ou redução de ritmo, alegaram que esses fatos repercutiram no preço, tendo recebido menos do que lhes era devido.

A sentença, conforme relatado, julgou procedente o pedido (fls. 476/489) e foi confirmada pelo TRF 1ª Região (fls. 634/641).

Na presente ação rescisória, o DNER, sucedido pela União, pretende a desconstituição do aludido acórdão que, ao confirmar a sentença, reconheceu o direito de as empresas vinculadas aos autos serem indenizadas pelos pagamentos tardios, levados a efeito pelo réu, das faturas elencadas no laudo pericial. Em decorrência, condenou o réu ao pagamento da verba indenizatória, no montante global de R\$ 189.532.349,64 (cento e oitenta e nove milhões, quinhentos e trinta e dois mil, trezentos e quarenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), relativo ao mês de abril de 1997.

Das preliminares

As preliminares de decadência e inépcia da petição inicial não merecem prosperar.

A matéria foi muito bem delineada no parecer do Ministério Público Federal (fls. 1.517/1.528), o qual adoto como razões de decidir.

Decadência:

(...) analisando-se os autos, vê-se que a presente rescisória foi ajuizada tempestivamente, pois a publicação do acórdão rescindendo se deu em 13/10/2000 e o protocolo da ação ocorreu em 11/10/2002, antes do transcurso do biênio decadencial previsto no art. 495 do CPC. No entanto, argumentam as rés que mesmo assim ocorreu a decadência *in casu*, uma vez que houve desídia por parte da autora em promover as citações dentro do prazo legal.

Para a solução da questão, urge analisar alguns dados, a saber: 1) a ação rescisória foi protocolizada no dia 11/10/2002, lá constando o endereço das rés (fls. 2); 2) o despacho ordenando a citação nos termos do art. 491 do CPC só veio a ser proferido no dia 22/10/2002 (fls. 896); 3) em uma primeira tentativa, não foi possível efetivar-se a citação porque a União não forneceu a contra-fé da petição inicial, tendo sido assinalado a ela o prazo de 10 (dez) dias para apresentá-la. No dia 11/11/2002 a autora tomou ciência dessa decisão (fls. 900), tendo o mandado de intimação sido juntado no dia 18/11/2002 (fls. 899). No dia 20/11/2002 a União apresentou a contra fé, conforme requerido (fls. 902); 4) os mandados de citação foram expedidos (fls. 904/907), contudo somente a Pedrasul Construtora S.A. foi efetivamente citada (fls. 907-v). Quanto às demais, informou a Empresa de Correios e Telégrafos que os representantes legais das empresas haviam se mudado (fls. 912); 5) já no dia 28/02/2003, a relatora estabeleceu o prazo de 10 (dez) dias para que a União fornecesse o endereço das demais rés, sendo que o mandado de intimação da União cumprido foi juntado aos autos no dia 17/03/2003 (fls. 914); 6) com efeito, a petição da autora fornecendo os endereços solicitados, com base em informações colhidas perante a Secretaria da Receita Federal, só veio a ser protocolizada no dia 28/03/2003, um dia após o prazo a ela concedido (fls. 917/918); 7) após isso, no dia 31/03/2003, os autos foram conclusos à relatora, tendo sido requisitados no dia 21/07/2004 para juntada de petição que havia sido protocolizada no dia 13/07/2004. A citada petição, subscreta pela autora, veio informar ao Judiciário o nome dos novos representantes das empresas e endereços das rés, atualizando dessa forma as informações anteriormente prestadas, já que os autos ficaram conclusos por quase 16 (dezesesseis) meses. Convém mencionar que a União assim procedeu sem nem mesmo ter sido provocada, pois quando protocolizou a sua petição os autos ainda se encontravam conclusos; 8) no dia 23/07/2004 mais uma vez os autos foram conclusos, sendo que em 18/10/2004 determinou-se a citação por precatória; 9) por fim, as citações foram efetivadas e

os mandados juntados aos autos (fls. 953/956 e fls. 959).

Em resumo, a ausência de citação em tempo hábil não pode ser atribuída à União, daí porque rejeito a preliminar de prescrição.

Inépcia da inicial.

Argumentam que é condição *sine qua non* para que possa prosperar a rescisória fundada no inc. V do art. 485 do CPC que a questão tenha sido examinada no acórdão rescidendo, sob pena de caracterizar mera pretensão de rejuízo da causa. Continua alegando que os dispositivos indicados como violados na petição inicial não foram objeto de exame nas instâncias ordinárias, motivo suficiente para se reconhecer a impossibilidade jurídica, declarando-se, por via de consequência, a inépcia da inicial, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 295, *caput* e parágrafo único, III, d art. 267).

Semelhante tese não cabe, porém.

É que doutrina e jurisprudência já enfrentaram essa questão, convergindo as orientações no sentido de que a ação rescisória proposta com base no art. 485, V, do CPC, não exige que a legislação indicada como infringida tenha sido objeto de prequestionamento na decisão rescidendo, pois não se trata de um recurso (não há taxatividade), mas de uma ação autônoma de impugnação.

Assim também, o Supremo Tribunal Federal: Não é requisito da ação rescisória o prequestionamento do texto legal violado, no acórdão rescidendo. Inocorrência de transação. Alegação de ofensa à coisa julgada, não apreciada no acórdão rescidendo. RE conhecido e provido, em parte, para, afastadas as prefações de prequestionamento e transação julgue o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região a ação rescisória, decidindo se a sentença da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento ofendeu ou não a coisa julgada (RTJ 97/699)

Não procedem, portanto, as preliminares suscitadas.

Da coisa julgada

A alegação de *ofensa à coisa julgada* não procede.

Sustenta a autora que o Sinicon – Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada havia ingressado previamente em juízo com idêntico pedido, representando seus filiados, e fez com que nove contratos da presente ação fossem apreciados na ação

anteriormente ajuizada, que foi julgada procedente pelo Juízo da 17ª Vara e teve sua sentença confirmada pelo TRF 1ª Região.

A ação rescisória contra a ação ordinária ajuizada pelo Sinicon foi distribuída à minha relatoria e foi julgada pela Terceira Seção no dia 25/08/2009.

O cotejo das cópias da ação ajuizada pelo Sinicon e da ação ajuizada pelas empresas Sultepa e outras demonstra que o pedido das empresas na ação objeto da presente rescisória é mais abrangente (correção monetária com expurgos e juros de mora, custos com mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, danos emergentes e lucros cessantes) que o do Sinicon (correção monetária e juros de mora).

Além disso, como bem observado pelo Ministério Público, as empresas ressalvaram expressamente na petição inicial, os valores objeto da ação coletiva movida pelo Sinicon e, nesta rescisória, o perito confirmou não ter havido duplicação de valores em benefícios das autoras. Transcrevo:

(...) 4. A perícia judicial produzida nos autos da Ação Ordinária 96.00.02144-9 (Sultepa e outros) atendeu ao quesito submetido pelas empresas e deferido pelo magistrado para excluir as parcelas que já se encontravam apuradas na perícia dos autos da Ação Ordinária 93.00.12984-8 (Sinicon) de modo a evitar o cômputo duplo das referidas parcelas?

Resposta: conforme se observa da resposta ao quesito 6 da série das empresas do Laudo Pericial da ação de conhecimento, o qual foi aprovado pelo Juízo do feito às fl. 389 (verso) da ação ordinária e fl. 107 (verso) desta Rescisória, o Sr. Perito excluiu os valores apurados na perícia dos autos da ação ordinária 93.00.12984-8 Sinicon), atualizados pelo índice da Justiça Federal do DF referente ao período compreendido entre a data do Laudo do processo Sinicon e a data do laudo pericial do processo Sultepa e outros.

(...)

Ressalte-se que esta perícia excluiu dos cálculos de correção monetária por atraso de pagamento todas as faturas constantes dos autos da Ação Ordinária 93.00.12984-8 (Sinicon), conforme documento 2 (fls. 1.777, grifos acrescidos).

Não há que se falar, na hipótese, que a ação individual esteja obstada pelo ajuizamento e julgamento da ação coletiva.

Da violação a literais dispositivos da lei

A União aponta ainda a ocorrência de *violação a literais dispositivos de lei*:

- a) ofensa à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVII) e
- b) falta de interesse jurídico (CPC, arts. 3º e 267, VI)

A alegação de ofensa a coisa julgada foi afastada no item acima.

Não caracterizada tal ofensa, afigura-se hígido o interesse jurídico das empresas (ora rés) no ajuizamento da Ação Ordinária 96.00.02144-9 mesmo em face da anterior propositura da Ação 93.00.12984-8 (Sinicon).

c) desconsideração de pedido formulado na petição inicial da ação originária (CPC, arts. 128 e 460).

Segundo a autora, a sentença monocrática, confirmada pela Quarta Turma desse Tribunal, desconsiderou o próprio pedido formulado na petição inicial no sentido de que houvesse o desconto dos valores pagos na ação promovida pelo Sinicon. (fls. 15.).

A argumentação não procede. Ao responder ao sexto quesito dos autores, o laudo pericial realizado na primeira instância expressamente consignou que foram deduzidos os valores apurados no Processo 93.0012984-8 – Sinicon (fls. 151 destes autos e 3.888 dos autos originários).

Tais deduções foram confirmadas pelo perito da presente rescisória, fls. 1.777.

A juíza, ao proferir sua sentença, acolheu o laudo pericial. Não houve, portanto, a alegada desconsideração de pedido formulado na inicial.

d) ofensa aos princípios do livre convencimento motivado ou persuasão racional (CPC, arts. 136 e 436).

Não foram caracterizadas tais ofensas. A leitura da sentença proferida (fls. 476/489) revela que a juíza monocrática logrou indicar os motivos que formaram seu convencimento e deixou expresso que se baseou no laudo pericial para formá-lo.

e) ofensa aos princípios da legalidade e moralidade (CF, art. 37).

Incabível a alegação de ofensa aos aludidos princípios, uma vez que foi formulada de forma reflexa,

como a própria autora admite ao afirmar que “(...) por decorrência lógica, chega-se à conclusão de que o *caput* do art. 37 da Constituição Federal também foi violado (...)”

Como se sabe, a ofensa reflexa (e não literal) a dispositivo legal não autoriza a propositura de ação rescisória.

Da prescrição

f) prescrição (Decreto 20.910/1932, arts. 1º e 3º; Decreto-Lei 4.597/1942, art. 4º):

Decreto 20.910/1932, art. 1º: As dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(...)

Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Decreto-Lei 4.597/1942, art. 2º: O que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Art. 4º As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença.

A prescrição passou a ser matéria de ordem pública, tal como a decadência sempre o foi. Isso porque o art. 219 do CPC, na redação da Lei 11.280/2006 criou nova sistemática, pela qual a julgador deve pronunciá-la de ofício. Nesse sentido, Nelson Nery Junior assevera

que “a norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciá-la *ex officio*.”

Acrescenta o doutrinador que “a decadência pode ser alegada a qualquer tempo porque é matéria de ordem pública e não está sujeita à preclusão, inclusive a decadência convencional (CC, art. 211). A prescrição, que hoje é de ordem pública, ainda que pudesse ser entendida como matéria de direito dispositivo, pode ser alegada a qualquer tempo porque existe autorização expressa da lei nesse sentido (CC, 193; CC/1916, 162; CPC, 303, III).”¹

Assim, não há qualquer empecilho ao reconhecimento da prescrição em sede de ação rescisória, a teor do disposto no art. 219, § 5º, do CPC, em sua nova redação:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

(...)

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição (Redação dada pela Lei 11.280, de 2006).

Sustenta a autora que “o acórdão que se busca rescindir condenou ao pagamento de parcelas que já estavam prescritas” (fls. 13) em violação aos dispositivos acima transcritos. Acrescenta que os cálculos efetivados pelo perito na primeira instância não observaram a prescrição quinquenal que há de ser conhecida de ofício diante da indisponibilidade do interesse público, na espécie.

Há contratos firmados entre o período de 1987 a 1993. Como a Ação Ordinária 96.00.02144-9 só foi proposta pelas rés em 5 de fevereiro de 1996, e o cômputo do prazo prescricional é feito a partir de cada ato supostamente lesivo, *estão prescritas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação*, a teor do disposto no enunciado da Súmula 85 do STJ:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas

antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

Mérito – Do laudo pericial

Para a compreensão da controvérsia, transcrevo, a seguir, trechos do laudo pericial de fls. 1.708/1.783:

Quanto aos critérios:

2.1. Neste trabalho pericial foram realizados os procedimentos técnicos abaixo descritos:

a) Levantamento e leitura dos vinte e quatro Contratos objeto da presente lide, sendo: onze da Construtora Sultepa S/A (PD 10-011/1993, PG 071/1988, PG 165/1993, PD 10-001/1992, PG 295/1988, PG 194/1989, PG 208/1989, PG 114/1997, PG 166/1993, PG 190/1988 e PG 159/1993); um da Pedrasul Construtora Ltda. (PG 222/1987); onze da STE – Serviços Técnicos de Engenharia S/A (PG 344/1992, PG 129/1987, PD 10-193/1989, PD 10-002/1991, PG 312/1992, PD 10-002/1992, PG 180/1988, PG 489/1988, PD 16-027/1988, PG 031/1990 e PD 10-147/1987) e um da Sulcatarinense Mineração, Artefatos de Cimento, Britagem e Construções Ltda. (PG 102/1988), conforme consta no Documento 2.

b) Verificação e levantamento, para cada um dos vinte e quatro contratos acima listados, da cláusula que estabelece o período de vencimento dos serviços/obras.

c) Levantamento das NF/Faturas referentes aos contratos supracitados, identificando: número, data e valor da NF/Fatura, número da medição e período de execução dos serviços, bem como as respectivas Autorizações de Pagamento – AP’s emitidas pelo DNER, quando existentes, ou cópias dos extratos bancários e lançamentos contábeis das empresas que comprovam a data de recebimento das NF/Faturas.

d) Elaboração de planilhas de cálculos (Documento 1), para cada um dos contratos sob exame, referentes aos itens mobilizações e desmobilizações, administração, equipamentos, mão de obra, despesas financeiras, multas, lucros cessantes e correção monetária.

Os cálculos foram elaborados de acordo com os seguintes parâmetros:

– Levantamento dos custos contratuais e efetivos de cada um dos contratos objeto da presente lide, através de exame das informações constantes dos autos da Ação de Conhecimento 96.0002144-9 referentes a formações de preços unitários e composição do BDI (Bônus e Despesas Indiretas) dos itens Mobilizações e Desmobilizações, Administração, Equipamentos

¹idem, nota 20.

e Mão de obra. Foram adotadas as informações constantes dos contratos e propostas de preços, tais como: custos unitários de execução, utilização e custo de equipamento, horas produtiva e improdutiva e produção de equipe de mão de obra.

Registre-se que não foram apurados valores nos casos de não constar da previsão das variáveis na formação do BDI contratual.

– Levantamento dos custos suportados pelas empresas a título de encargos a instituições financeiras e sob a forma de encargos fiscais e previdenciários:

Em primeiro lugar foi confirmado que as empresas não mantinham, à época dos fatos objeto da lide, contabilidade por obra e/ou contrato.

Em segundo lugar procedemos ao cálculo dos encargos fiscais e previdenciários e as eventuais incidências de multas (Documento 7), bem como do custo financeiro médio das empresas (Documento 8), ponderado por suas operações de crédito predominantes à época da execução dos contratos objeto da presente lide, conforme contratos juntados na Ação de Conhecimento.

– Cálculo dos Lucros Cessantes: consideraram-se as informações pertinentes a cada contrato, utilizando como referência o percentual de lucros presente na formação do BDI previsto em cada contrato.

– Cálculo de atualização monetária por atraso de pagamento: Foi utilizado o critério estabelecido em cada contrato para a atualização dos valores por atraso de pagamento, conforme resposta ofertada ao quesito 9.1 da série da Autora (União – sucessora do DNER).

Registre-se que nos valores apurados neste Laudo Pericial a título de correção monetária por atraso de pagamento dos serviços/obras (Documento 1) foram desconsideradas todas as NF/Faturas constantes do processo Sinicon (Documento 5).

Esta perícia adotou em seus cálculos os índices de atualização monetária da Justiça Federal do Distrito Federal (Documento 6), bem como os expurgos inflacionários reconhecidos no âmbito da Justiça Federal do Distrito Federal, conforme definido na R. Sentença do Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do DF.

e) Convém destacar que esta perícia verificou algumas incongruências entre a prova pericial apresentada na Ação de Conhecimento 96.0002144-9 e os documentos disponibilizados para exame pericial, os quais foram devidamente corrigidos por esta perícia em seus cálculos (Documento 01), quais sejam:

– Informações referentes à data de emissão, recebimento e valor de NE/Faturas constantes das planilhas, divergentes das constantes nos documentos disponibilizados para exame pericial (NE/Fatura, Autorizações de Pagamento - AP's, extratos bancários e lançamentos contábeis das empresas que comprovam a data de recebimento das NF/Faturas) – Documento 1.

– Cálculos de juros de mora em valores superiores aos efetivamente devidos, o que majorou o valor apurado pela prova pericial na ação de conhecimento.

– Conversões de moedas realizadas de forma incorreta, majorando o valor apurado pela prova pericial na ação de conhecimento.

– Utilização de índice de atualização monetária incorreto no cálculo dos itens mobilização e desmobilização, administração, equipamentos e mão de obra do Contrato PG 114/1987 da Construtora Sultepa S/A. O perito Oficial da ação de conhecimento utilizou o índice de atualização monetária referente ao mês de abril de 1987, divergente do mês correto, ou seja, janeiro de 1987 (mês da proposta de preços), o que provocou uma redução no valor apurado referentes a estes itens naquela perícia.

Quanto às cláusulas relativas à atualização de valor por atraso de pagamento, descritas por contrato:

Contrato PD 10-011/1993 – Sultepa (Documento 2):

Cláusula Quarta – Do Pagamento, Do Reajustamento, Da Atualização de valor por atraso de pagamento e dos descontos por antecipação de pagamento – Os serviços efetivamente executados, após efetuadas a medição, serão pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

Parágrafo Segundo – Da Atualização de valor por atraso de pagamento – Se, por motivo não imputável à contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição dos serviços excederem a 30 (trinta dias) corridos, contados a partir da data final de cada período de aferição dos serviços, o respectivo valor será atualizado da seguinte forma:

$$Ix \ N \times V$$
$$A = \frac{\text{-----}}{3000}$$

Onde:

A = atualização financeira sobre o(s) valores (es) da(s) fatura(s).

N = número de dias referentes ao atraso em relação à data prevista para pagamento.

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês subsequente à execução dos trabalhos.

V = Valor(es) da(s) fatura(s) devida(s).

Não se admitirá, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes.

Parágrafo Terceiro - Dos descontos por antecipação de pagamento - Caso o DNER antecipe o pagamento em relação ao previsto no Edital, a contratada concederá descontos da seguinte forma:

$$D = \frac{I \times N \times V}{3000}$$

Onde:

D = desconto a ser efetuado sobre o(s) valor(es) da(s) fatura(s)

N = número de dias referentes à antecipação em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês de execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) fatura(s) devida(s)

Contrato PG 71/1988 – Sultepa (Documento 2):

Cláusula Quarta – Do pagamento - condições e reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 165/1993 – Sultepa (Documento 2):

Cláusula Quarta – Do Pagamento, Do Reajustamento, Dos descontos por antecipação de pagamento e Da atualização de valor por atraso de pagamento - Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

Parágrafo Segundo – Dos Descontos por antecipação de pagamento - Caso o DNER antecipe o pagamento em relação ao previsto no edital, a contratada concederá descontos da seguinte forma:

$$I \times N \times V$$

$$D = \frac{\quad}{3000}$$

Onde:

D = desconto a ser efetuado sobre o(s) valor(es) da(s) fatura(s)

N = número de dias referentes à antecipação em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês de execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) fatura(s) devida(s)."

Parágrafo terceiro – Da Atualização de valor por atraso de pagamento – Se, por motivo não imputável à Contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição dos serviços exceder a 30 (trinta dias) corridos, contados a partir da data final de cada período de aferição, o respectivo valor será atualizado da seguinte forma:

$$A = \frac{I \times N \times V}{3000}$$

Onde:

A = atualização financeira sobre o(s) valores(es) da(s) fatura(a)

N = número de dias referentes ao atraso em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês subsequente à execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) fatura(s) devida(s)

Não se admitirá, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes.

Contrato PD 10-001/1992 – Sultepa (Documento 2)

Cláusula Quarta – Do pagamento – Condições e reajustamento – Da correção monetária – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as "Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia", vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição, e termos do edital de licitação.

Parágrafo Segundo – Da atualização de valor por atraso de pagamento. Se, por motivo não imputável à Contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição da obra ou serviço exceder a 31 (trinta e um) dias consecutivos contados a partir da data da apresentação da referida fatura ao DNER, o respectivo valor será atualizado pela TR (Taxa Referencial), desde o mês subsequente ao do período da medição até o mês

do efetivo pagamento da fatura, não se admitindo, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes, (Lei 8.178, de 3.1. 1991, art. 50, § 2°).

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Registre-se que o 11° Termo Aditivo de Re - Ratificação e adequação ao contrato (Documento 2) estabelece que:

Cláusula Segunda – Da atualização de valor por atraso de pagamento – A atualização financeira ou monetária por atraso de pagamento, fica suspensa por um (1) ano, contado a partir de 1° de abril de 1994 (art. 15, §4°, da Lei 8.880/1994).

Cláusula Terceira – Do pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado em conformidade com o disposto na NORCA CA/DNER 21 2/87, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER segundo as seguintes condições: o pagamento será feito sobre medições dos serviços realizados e aprovados pelo DNER, expurgando-se cumulativamente do valor apurado o percentual diário de 0,6498%, referente ao período decorrido entre a data final da medição e a data prevista para o pagamento.

Contrato PG 295/1988 – Sultepa
(Documento 2)

Cláusula Quarta – Do Pagamento – Condições e Reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as “Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição”.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 194/1989 – Sultepa
(Documento 2)

Cláusula Quarta – Do Pagamento – Condições e Reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Registre-se que o 17° Termo Aditivo de Re - Ratificação e Adequação ao Contrato (Documento 2) estabelece que:

Cláusula Segunda – Da Atualização de Valor por atraso e Pagamento – Incluir onde couber o seguinte: A atualização financeira ou monetária por atraso de pagamento fica suspensa por um (1) ano, contado a partir de 1° de abril de 1994 (art. 15, §40, da Lei 8.880/1994).

Cláusula Terceira – Do pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado em conformidade com o disposto na Norca Cajdner 212/1987, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER segundo as seguintes condições: o pagamento será feito sobre medições dos serviços realizados e aprovados pelo DNER, expurgando-se cumulativamente do valor apurado o percentual diário de 0,5578%, referente ao período decorrido entre a data final da medição e a data prevista para o pagamento”.

Os valores dos expurgos eram apurados e deduzidos do valor da medição no momento da emissão do atestado de execução dos serviços pelo DNER, conforme pode ser constatado no Documento 3.

Registre-se que consta do Ofício CD/15 no 166/1995, datado de 4 de julho de 1995, emitido pelo Engenheiro Chefe do 15° Distrito Rodoviário Federal – DRF do DNER como justificativa para o processamento da medição relativa ao período de 1/1/1995 a 17/1/1995, somente nessa data – 4-jul-1995 -, em virtude de disponibilidade orçamentária, não cabendo à empresa qualquer ônus pelo atraso (Documento 4).

Contrato PG 208/1989 – Sultepa
(Documento 2)

Cláusula Quarta – Do Pagamento – Condições e Reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos Sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 114/1987 – Sultepa
(Documento 2)

Cláusula Terceira – Do Preço e das condições de pagamento

2) Condições de pagamento – O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo contratado será feito através da tesouraria do DNER

e corresponderá as medições mensais, devendo o contratado habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização.

Parágrafo Segundo – os quantitativos dos trabalhos executados dentro de cada mês do ano civil serão medidos, faturados e pagos da seguinte forma: a) as medições e respectivas faturas deverão ser apresentadas, ao protocolo do Distrito rodoviário federal incumbido da fiscalização, até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da sua execução; b) a liquidação e o pagamento de cada fatura deverá ser verificado dentro de 25 (vinte e cinco) dias da sua protocolização, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio a administração do DNER”.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 166/1993 – Sultepa (Documento 2)

Cláusula Quarta – Do Pagamento. Do Reajustamento. Dos descontos por antecipação de pagamento e da atualização de valor por atraso de pagamento. Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

Parágrafo Segundo – Dos descontos por Antecipação de pagamento - Caso o DNER antecipe o pagamento em relação ao previsto no edital, a contratada concederá descontos da seguinte forma:

$$I \times N \times V$$

$$D = \frac{\quad}{3000}$$

$$3000$$

Onde:

D = desconto a ser efetuado sobre o(s) valor(es) da(s) fatura(s)

N = número de dias referentes à antecipação em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês de execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) fatura(s) devida(s).

Parágrafo Terceiro – Da atualização de valor por atraso de pagamento – Se, por motivo não imputável à Contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição dos serviços exceder a 30 (trinta dias) corridos, contados a partir da data final de cada período de aferição, o respectivo valor será atualizado da seguinte forma:

$$I \times N \times V$$

$$A = \frac{\quad}{3000}$$

$$3000$$

Onde:

A = atualização financeira sobre o(s) valores(es) da(s) fatura(a)

N = número de dias referentes ao atraso em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês subsequente à execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) faturas(s) devida(s)

Não se admitirá, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes”.

Registre-se que o 2º Termo Aditivo de Re - Ratificação e Adequação ao Contrato (Documento 2) estabelece que:

Cláusula Segunda – Da Atualização de valor por atraso de pagamento. A atualização financeira ou monetária por atraso de pagamento, fica suspensa por um ano, contado a partir de 1º de abril de 1994 (art. 14, §4º, da Lei 8.880/1994).

Cláusula Terceira – Do Pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado em conformidade com o disposto na Norma Caidner 212/1987, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER.

Contrato PG 190/1988 – Sultepa (Documento 2)

Cláusula Quarta – Do pagamento – Condições e Reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 159/1993 – Sultepa (Documento 2)

Cláusula Quarta – Do Pagamento, Do reajustamento, Dos descontos por antecipação de pagamento e da atualização de valor por atraso de pagamento. Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 31 (trinta e um) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

Parágrafo Segundo – Dos Descontos por antecipação de pagamento – Caso o DNER antecipe o pagamento em relação ao previsto no edital, a contratada concederá descontos da seguinte forma:

$$D = \frac{I \times N \times V}{3000}$$

Onde:

D = desconto a ser efetuado sobre o (s) valor(es) da (s) fatura(s)

N = número de dias referentes à antecipação em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês de execução dos trabalhos

V = Valores da(s) fatura(s) devida(s)

Parágrafo Terceiro – Da atualização de valor por atraso de pagamento – Se, por motivo não imputável à Contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição dos serviços exceder a 30 (trinta dias) corridos, contados a partir da data final de cada período de aferição, o respectivo valor será atualizado da seguinte forma:

$$A = \frac{I \times N \times V}{3000}$$

Onde:

A = atualização financeira sobre o(s) valores(es) da(s) fatura(s)

N = número de dias referentes ao atraso em relação à data prevista para pagamento

I = INPC (índice Nacional de Preços ao Consumidor) do mês subsequente à execução dos trabalhos

V = Valor(es) da(s) faturas(s) devida(s)

Não se admitirá, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes.

Contrato PD 344/1992 – Ste S/A (Documento 2)

Cláusula Terceira – Do Preço e do pagamento - Condições e Reajustamento - Da correção monetária por atraso de pagamento

(2) Do Pagamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as “Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia”, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição, e termos do edital de licitação.

Parágrafo Segundo – Da Atualização de valor por atraso de pagamento. Se, por motivo não imputável à contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição da obra, ou serviço exceder a 31 (trinta e um) dias consecutivos contados a partir da data da apresentação da referida fatura ao DNER, o respectivo valor será

atualizado pela TR (Taxa Referencial), desde o mês subsequente ao do período da medição até o mês do efetivo pagamento da fatura, não se admitindo, portanto, nenhum outro encargo financeiro, como juros, despesas bancárias e ônus semelhantes. (Lei 7.801, de 11/07/1989, art. 4º, §§ 3 e 40, combinados com a Lei 8.178, de 03/01/1991, art. 50, §2º).

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Registre-se que o 5º Termo Aditivo de Reratificação e adequação ao Contrato (Documento 2) estabelece que:

Cláusula Segunda – Da atualização de valor por atraso de pagamento. A atualização financeira ou monetária por atraso de pagamento, fica suspensa por um ano, contado a partir de 1º de abril de 1994 (art. 15, §40, da Lei 8.880/1994).

Cláusula Terceira – Do Pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado em conformidade com o disposto na Norma Caidner 212/1987, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER segundo as seguintes condições: o pagamento será feito sobre medições dos serviços realizados e aprovados pelo DNER, expurgando-se cumulativamente do valor apurado o percentual diário de 0,8096%, referente ao período decorrido entre a data final da medição e a data prevista para o pagamento”.

Contrato PD 129/1987 – STE S/A (Documento 2)

Cláusula Terceira – Do preço e das condições de pagamento

2) Condições de Pagamento – O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo contratado será feito através da tesouraria do DNER e corresponderá as verificações mensais, devendo o contratado habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização.

Parágrafo segundo – o pagamento deverá ser efetuado a vista de certificado, emitido pela fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como as qualidades dos trabalhos executados e as importâncias devidas.

Não consta cláusula que prevê desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PD 10-193/1989 – STE S/A (Documento 2)

Não constam cláusulas que prevêem atualização de valor por atraso no pagamento e desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PD 10-002/1991 – STE S/A
(Documento 2)

Cláusula Terceira – Do preço e do pagamento – Reajustamento

Parágrafo Único – Na eventualidade de ocorrência de atraso, durante a execução contratual, de exclusiva responsabilidade do DNER, no pagamento de fatura correspondente à medição de obra ou serviço de engenharia, observar-se-á o disposto no item 1 da cláusula X – Das Disposições Gerais, do Edital Sv. A-1O-001190.

Não consta cláusula que prevê desconto por antecipação por pagamento.

Contrato PG 312/1992 – STE S/A
(Documento 2)

Não constam cláusulas que prevêem atualização de valor por atraso no pagamento e desconto por Antecipação por Pagamento.

Registre-se que o 6º Termo Aditivo de Reratificação e Adequação ao Contrato (Documento 2) estabelece que:

Cláusula Segunda – Da Atualização de valor por atraso de pagamento. A atualização financeira ou monetária por atraso de pagamento, fica suspensa por um ano, contado a partir de 1º de abril de 1994 (art. 15, §40, da Lei 8.880/1994).

Cláusula Terceira – Do pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado em conformidade com o disposto na Norma Caidner 212/87, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER segundo as seguintes condições: o pagamento será feito sobre medições dos serviços realizados e aprovados pelo DNER, expurgando-se cumulativamente do valor apurado o percentual diário de 0,6498%, referente ao período decorrido entre a data final da medição e a data prevista para o pagamento”.

Contrato PD 10-002/1992 – STE S/A
(Documento 2)

Não constam cláusulas que prevêem atualização de valor por atraso no pagamento e desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PD 180/1988 – STE S/A
(Documento 2)

Cláusula Terceira – Do preço e do pagamento – Reajustamento do pagamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição.

Contrato PD 489/1988 – STE S/A
(Documento 2)

Cláusula Terceira – Do Preço e do Pagamento – Reajustamento

(2) Do Pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado mediante conta apresentada ao DNER, até o dia 5 (cinco) de cada mês, acompanhada de relatório elaborado de conformidade com o Escopo de Trabalho, Proposta Técnica e Proposta de Preços, em que conste relação detalhada de todos os serviços executados no mês anterior”.

Contrato PD 16-027/1988 – STE S/A
(Documento 2)

Não constam cláusulas que prevêem atualização de valor por atraso no pagamento e desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 31/1990 – STES/A (Documento 2)

Cláusula Terceira – Do Preço e Do Pagamento – Reajustamento

(2) Do Pagamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição. -

(4) Da Correção Monetária – Pelo Atraso do Pagamento. Na eventualidade de, durante a execução contratual, ocorrer atraso, de exclusiva responsabilidade do DNER, no pagamento da fatura correspondente a medição atraso esse superior a 30 (trinta) dias consecutivos, contados a partir da data da entrega da fatura, ao DNER, incidirá a mesma fatura em correção monetária pelo Bônus do Tesouro Nacional (BTN) para o período compreendido entre a data acima estipulada para o pagamento e aquela em que este efetivamente venha a ocorrer (Lei 7.801, de 11/7/1989, §§ 3º e 4º do art. 40 Para tanto, não serão admitidas, direta ou indiretamente, expressa ou implicitamente, encargos financeiros tais como juros, correção monetária, despesas bancárias e assemelhadas.

Não consta cláusula que prevê desconto por antecipação por pagamento.

Contrato PD 10-147/1987 – STE S/A
(Documento 2):

Não constam cláusulas que prevêem atualização de valor por atraso no pagamento e desconto por Antecipação por Pagamento.

Contrato PG 102/1988 Sulcatarinense
(Documento 2):

Cláusula Quarta – Do Pagamento – Condições e Reajustamento

Do Pagamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos

Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição.

Não consta cláusula que prevê desconto por antecipação por pagamento.

Contrato PG 222/1987 – Pedrasul (Documento 2):

Cláusula Quarta – Do Pagamento – Condições e Reajustamento

(2) Do Pagamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato independente de transcrição”.

Não consta cláusula que prevê desconto por antecipação por pagamento.

Importante repisar aspectos importantes ressaltados no laudo:

a) “foi confirmado que as empresas não mantinham, à época dos fatos objeto da lide, contabilidade por obra e/ou contrato.” (fls. 1.711);

b) “nos valores apurados neste laudo pericial a título de correção monetária por atraso de pagamento dos serviços/obras (doc.1) foram desconsideradas todas as NF/Faturas constantes do processo Sinicon (doc. 5).” (fls. 1.712);

c) conforme acima transcrito a “perícia verificou algumas incongruências entre a prova pericial apresentada na Ação de Conhecimento 96.0002144-9 e os documentos disponibilizados para exame pericial, os quais foram devidamente corrigidos por esta perícia em seus cálculos (doc. 1).” (fls. 1.712);

d) “nos contratos examinados por esta perícia, várias são as formas de medir e pagar as parcelas dos trabalhos executados, conforme as cláusulas transcritas no quesito 9 desta série, cujos parâmetros foram adotados nos cálculos elaborados por esta perícia.” (fls. 1.748);

e) “(...) ocorreu uma inobservância do sr. perito dos critérios contratuais que definem a data de vencimento das faturas quando da elaboração de seus cálculos, pois considerou como referência para a data de vencimento das faturas de todos os contratos sob exame o 20º (vigésimo) dia útil do mês subsequente ao mês que foram realizados os serviços.” (fls. 1.773);

f) a perícia realizada na ação rescisória apurou que o valor da indenização, relativo a abril de 1997, perfaz o montante de R\$ 204.394.636,15 (duzentos e quatro milhões, trezentos e noventa e quatro mil, seiscentos e trinta e seis reais e quinze centavos), maior, portanto que o valor encontrado na perícia realizada no processo originário: R\$ 189.532.349,64 (cento e oitenta e nove milhões, quinhentos e trinta e dois mil, trezentos e quarenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), também relativo ao mês de abril de 1997.

Incongruências verificadas no laudo pericial

Como se demonstrará a seguir, a perícia realizada nos autos desta rescisória também merece reparos de natureza técnica.

Além disso, o Direito aplicável à controvérsia não autoriza o pagamento do montante apurado como se demonstrará quando da apreciação do mérito.

Cumprido abrir um parêntese para elogiar o preciso e alentado Parecer 4008/2009/PQ/PRR 1ª Região, da lavra do Dr. Paulo Queiroz, bem como o detalhado Parecer Técnico 23/2009 que lhe faz parte integrante, da lavra dos analistas periciais em contabilidade Cleiton Bandeira Sena e Rosália Maria Mafra de Oliveira e do economista Luiz Armando Lopez Campião.

Deveras, o bem lançado parecer assevera que “(...) força é convir que a perícia nesta ação rescisória, na verdade, teve como único objetivo analisar e esclarecer a perícia anteriormente produzida, corrigindo eventuais omissões ou inexatidões, à procura dos excessos no valor indenizatório a que a União foi condenada a pagar às empresas rés. Não se trata, portanto, de uma nova prova, mas de uma revisão da prova anteriormente produzida, o que não pode ser vedado numa ação rescisória, ainda mais quando se discute o pagamento de uma indenização de milhões de reais, como ocorre na espécie.” (fls. 4.518).

Quanto ao *termo inicial dos contratos* o parecer técnico do Núcleo Pericial da PRR 1ª Região logrou identificar os motivos pelos quais o valor da indenização restou onerado na perícia feita nesta ação rescisória. Confirmam-se os critérios utilizados pelo núcleo pericial para a aferição (fls. 4.587/4.591):

Inicialmente, cumpre destacar que no período entre 1987 a 1993 - época da celebração dos contratos sob análise (fls. 4054-4229), tais contratos eram regidos pelo Decreto-Lei

2.300/1986, entre 25/11/1986 a 21/06/1993, e, a partir de 21/06/1993, pela Lei 8.666/1993. Esses dispositivos legais preceituam que os contratos celebrados junto à Administração Pública devem conter expressamente cláusulas concernentes ao modo de pagamento dos serviços prestados pelo contratado, conforme transcrições abaixo:

Art. 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...) III - o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso, os critérios de reajustamento; (Dec.-Lei 2.300, de 21/11/1986)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (Lei 8.666, de 21/06/1993)

Após metucioso exame dos 24 (vinte e quatro) contratos celebrados entre as empresa e o DNER, verificamos a existência de diferentes cláusulas que versam sobre a forma do pagamento dos serviços/obras contratados pelo DNER, a saber:

(a) 11 (onze) contratos previam que o pagamento das faturas deveria ser efetuado em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia do DNER – 10 dias úteis ou 14 dias corridos, após a apresentação da fatura – conforme cláusula contratual padrão abaixo:

Cláusula Quarta – Do pagamento ,condições e reajustamento – Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos Sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição.

(b) 3 (três) contratos determinavam que o pagamento das faturas deveria efetivar-se em até 30 (trinta) dias após a medição dos serviços, conforme dispositivo contratual padrão abaixo:

Cláusula Quarta – Do Pagamento, Do Reajustamento, Da Atualização de valor por atraso de pagamento e dos descontos por antecipação de pagamento – Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

(c) 1 (um) contrato estabelecia que o pagamento da fatura deveria ocorrer dentro de 25 (vinte e cinco) dias após a apresentação da fatura, segundo cláusula abaixo:

Cláusula Terceira – (...)

2) Condições de Pagamento – O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo contratado será feito através da tesouraria do DNER e corresponderá às Medições Mensais, devendo o contratado habilitar-seo mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização.

(...)

Parágrafo Segundo – Os quantitativos dos trabalhos executados dentro de cada mês do ano civil serão medidos, faturados e pagos da seguinte forma: a) as medições e respectivas faturas deverão ser apresentadas ao protocolo do Distrito Rodoviário Federal incumbido da fiscalização, até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da sua execução; b) a liquidação e o pagamento de cada fatura deverá se verificar dentro de 25 (vinte e cinco) dias ao da sua protocolização, salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à Administração do DNER.

Parágrafo Terceiro – O pagamento deverá ser efetuado à vista de certificado, emitido pela fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, *bem como a qualidade dos trabalhos executados e as importâncias devidas.*”

(d) 1 (um) contrato determinava que o pagamento das faturas deveria efetivar-se em até 31 (trinta e um) dias após a medição dos serviços, conforme dispositivo contratual padrão abaixo:

Cláusula Quarta – Do Pagamento, Do Reajustamento, Dos Descontos Por Antecipação Pagamento e Da Atualização De Valor Por Atraso De Pagamento - Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 31 (trinta e um) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços.

(e) 1 (um) contrato determinava que o pagamento das faturas deveria efetivar-se até o quinto dia de cada mês mediante a apresentação junto a DNER, conforme dispositivo contratual abaixo:

Cláusula Terceira – Do Preço e do Pagamento – Reajustamento

(2) Do Pagamento – O pagamento dos trabalhos executados será efetuado mediante conta apresentada ao DNER, até o dia (5) cinco da cada mês, acompanhada de

relatório elaborado de conformidade com o Escopo de Trabalho, Proposta Técnica e Proposta de Preços, em que conste a relação detalhada de todos os serviços executados no mês anterior.”

(f) 1 (um) contrato determinava diferentes prazos para parcelas distintas, conforme cláusula abaixo:

Cláusula V – Pagamentos e Reajustamento

Os pagamentos serão efetuados pela Tesouraria do 10º DRF, na seguinte forma:

Parcela	Dias Consecutivos	Relatório	% PGP
1ª	30	Relatório parcial	25
2ª		Minuta Relatório Final	60
3ª		Aprovação Relatório Final	15

(g) 1 (um) contrato não previa prazo para pagamento em seu escopo, dispunha apenas que o pagamento deveria ser efetuado pela Tesouraria do DNER mediante apresentação das faturas pelo Contratado, conforme cláusula abaixo:

Cláusula Terceira

(....)

2) Condições de Pagamento – O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo contratado será feito através da Tesouraria do DNER e corresponderá às verificações mensais devendo o contratado habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificados da fiscalização.

Parágrafo Segundo – O pagamento deverá ser efetuado à vista de certificado, emitido pela fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como a qualidade dos trabalhos executados e as importâncias devidas.”

(h) 5 (cinco) contratos não estipularam prazo para pagamento, expressando-se no sentido de que o pagamento deveria ser efetuado após a entrega de relatórios.

Agrupamos os contratos acima descritos por prazo de pagamento, de acordo com o seguinte quadro demonstrativo:

Grupos	Quantidade	Contratos	Prazo p/ pagamento
Grupo I	11	PG 071/88 (fls. 4063/4066) PD 10-001/92 (fls. 4074/4077) PG 295/88 (fls. 4082/4085) PG 194/89 (fls. 4087/4090) PG 208/89 (fls. 4095/4098) PG 190/88 (fls. 4124/4127) PD 222/87 (fls. 4136/4141) PG 344/92 (fls. 4144/4148) PG 180/88 (fls. 4197/4200) PG 031/90 (fls. 4214/4218) PG 108/88 (fls. 4226/4229)	14 (quatorze) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo II	3	PD 10.011/93 (fls. 4056/4061) PG 165/93 (fls. 4068/4072) PG 166/93 (fls. 4115/4119)	30 (trinta) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo III	1	PG 114/87 (fls. 4100/4113)	25 (vinte e cinco) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo IV	1	PG 159/93	31 (trinta e um) dias corridos, após a medição dos serviços.
Grupo V	1	PG 489/88 (fls. 4202/4206)	quinto dia de cada mês mediante a apresentação da fatura junto a DNER
Grupo VI	1	PG 10-147/87 (fls. 4220/4223)	diferentes prazos para parcelas distintas
Grupo VII	1	PG 129/87 (fls. 4153 a 4164)	Não há previsão de prazo para pagamento, que deveria ser efetuado após a apresentação das faturas.
Grupo VIII	5	PG 10-193/89 (fls. 4166/4171) PG 10-002/92 (fls. 4190/4194) PG 312/92-00 (fls. 4182/4186) PG 10-0002/91 (fls. 4175/4180) PG 16-027/88 (fls. 4208/4212)	Não há previsão de prazo para pagamento, que deveria ser efetuado após a entrega de relatórios.

Verificamos, a partir das informações contidas no quadro acima, que, apesar de haver nos contratos diferentes termos para início do prazo de pagamento (data de apresentação da fatura, data da medição e data de entrega de relatórios), o *Perito do Juízo considerou um único termo inicial para todos os contratos*, qual seja: *o primeiro dia após a execução dos serviços/obras*.

Nesse sentido, considerando que a *apresentação da fatura junto ao DNER ou a medição* (termo inicial determinados nos contratos), ocorrem sempre após a *execução dos serviços/obras* (termo inicial adotado pelo perito), *atestamos que a metodologia adotada pelo expert (para a aferição do termo inicial do atraso nos pagamentos das faturas gera um número maior de dias e onera, conseqüentemente, o valor da indenização*.

Cabe destacar a excepcionalidade encontrada nos contratos PG 129/1987, PG 10-193/1989, PG 10-002/1992, PG 312/1992-00, PG 10-002/1991 e PG 16-027/1988, que apenas especificam o termo inicial para o pagamento dos serviços/obras, sem determinar um prazo específico. Nesses casos, sugerimos que após a apresentação da fatura ou entrega do relatório seja acrescentado o prazo especificado na Norma CA/DNER 212/87-PG2 (DOU 19/5/1988), ou seja, 10 (dez) dias úteis ou 14 (quatorze) dias corridos. (grifos no original)

A par de tais equívocos por parte do perito da rescisória, o Núcleo Pericial aponta outros de menor importância ao deslinde da controvérsia, tais como erro quanto aos cálculos relativos à mobilização e desmobilização de equipamentos

Quanto aos *expurgos inflacionários*, o parecer técnico do MPF ressaltou:

a) que o perito foi incoerente na apresentação da metodologia por ele adotada, porque, num primeiro momento, alegou que utilizou o critério estabelecido em cada contrato para a atualização dos valores por atraso de pagamento e, logo depois, afirmou que adotou em seus cálculos os índices de atualização monetária da Justiça Federal do Distrito Federal (fls. 4.592);

b) que, dentre os indexadores apresentados pelo perito, como integrantes da tabela da Justiça Federal, existem alguns que não compõem tal tabela, quais sejam: o IRSM, a URV e o IGP-DI. (fls. 4.594);

c) em sete contratos os indexadores apresentados pelo perito não guardam pertinência com os períodos correspondentes, “... ou seja, o perito não utilizou, para os contratos que previam índices específicos de correção

monetária, os indexadores a eles correspondentes.” (fls. 4.595).

Quanto à ocorrência de *anatocismo*:

Não obstante, caso se entenda pela legalidade da cobrança de juros compensatórios/remuneratórios, o que se admite apenas a título de argumentação, imperioso destacar a prática de anatocismo no que tange ao item ‘Despesas Financeiras não Cobertas pela Correção Monetária’ e ao item ‘Lucros Cessantes’.

No primeiro caso, as “Despesas Financeiras não Cobertas pela Correção Monetária” são compostas, dentre outros, pelo juro real. E este engloba o cômputo dos juros remuneratórios provenientes de empréstimos adquiridos junto a instituições financeiras. Sendo assim, incidir juros compensatórios sobre o juro real, que é composto também por juros compensatórios, é, em outros termos, fazer incidir juros sobre juros, o que é vedado pela legislação brasileira.

Quanto aos ‘Lucros Cessantes’, também houve anatocismo na medida em que o ilustre perito aplicou juros compensatórios sobre um montante que já contabilizava juros de mora e compensatórios, quais sejam ‘equipamentos’ (fls. 2920) e ‘mão de obra’ (fls. 2923). (fls. 4.655/6).

Motivo da realização de prova pericial na ação rescisória

Determinei realização de prova pericial na presente ação rescisória porque embora a lide originária dissesse respeito a questões de direito e de fato, o DNER, em sua contestação na ação originária, limitou-se a discutir direito em tese, ou seja, os juros moratórios eram indevidos porque norma administrativa interna proibia, não havia previsão normativa de correção monetária para os contratos e não era devida indenização por desmobilização.

Além de não discutir os fatos, o DNER não impugnou o laudo na ação originária. Em grau de recurso requereu a nulidade da perícia ainda sem impugnar especificamente o laudo. Em síntese, toda a defesa que o DNER produziu foi de natureza meramente formal.

Hoje, o valor pretendido pelos réus na ação originária é de ordem de mais de um bilhão de reais, e não é possível que o Judiciário condene o Estado a pagar dívida de tal montante sem que tenha as exatas circunstâncias dos fatos na lide.

Somente agora nesta rescisória os fatos se tornaram controvertidos, razão da necessidade da perícia.

A perícia, no caso *sub judice*, não teve o propósito de regular a causa mediante reexame de prova, mas averiguar fatos que não foram abjeto de discussão na ação originária, nem na sentença nem no acórdão rescindendo, tais como, inexistência de lucros cessantes e desmobilização de pessoal e equipamento. O DNER na presente ação rescisória não está levantando nova versão sobre os fatos, cujas circunstâncias foram agitadas na ação originária. Lá, o DNER não agitou qualquer circunstância de fato.

Nem o réu na ação originária isto é, o DNER, nem o juiz *a quo* nem a egrégia Quarta Turma se pronunciaram sobre a existência de fatos que só agora são discutidos.

A discussão nesta ação rescisória não diz respeito a valoração da prova nem sobre critério hermenêutico adotado pelo aresto rescindendo.

O erro de fato ocorre quando a sentença admiti em fato inexistente ou quando considera inexistente fato que ocorreu.

O erro de fato, que dá ensejo à ação rescisória não pode ter sido objeto de controvérsia nem valorado judicialmente no processo originário (§ 1º, inc. IX, art. 485, do CPC).

O acórdão rescindendo da egrégia Quarta Turma declarou que adotava como razão de decidir a prova documental que instruiu a petição inicial, além da perícia produzida na instrução probatória.

O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido.

Caracterizada, portanto, a ofensa ao inc. IX do art. 485 (sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa), pois a desconstituição do julgado por erro de fato importa na comprovação inequívoca do fato alegado e a autora logrou provar que o acórdão impugnado admitiu fato inexistente (CPC, art. 485, § 1º).

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado o entendimento no sentido de que o erro de fato se configura quando o julgado que se pretende rescindir considera fato inexistente ou reputa inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que não tenha havido

controvérsia nem pronunciamento judicial sobre esse fato (cf. REsp 435698/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ de 03/10/2005, p. 119)

Do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

g) equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (Lei 8.666/93, art. 65, II, *d*).

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)

Uma das características do contrato administrativo é a sua mutabilidade, conferindo à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou até mesmo rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público. Entretanto, todos os contratos, sejam eles públicos ou privados, supõem a existência de um equilíbrio econômico-financeiro.

Sobre o tema, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. Adverte Edmir Netto de Araújo (1987:130-131) que ‘esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode apresentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 1999)

Observado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao particular, após a pertinente verificação, caberá provocar a Administração a fim de adotar as medidas cabíveis para restaurar a equação inicial da avença, mediante revisão contratual, que na maioria das vezes não ocorrerá simultaneamente, eis que necessária a demonstração do ônus.

Cumprido ressaltar, no entanto, que não há alteração no equilíbrio econômico-financeiro em decorrência das alegadas “sucessivas reduções” do ritmo e paralisações da execução dos serviços e obras ordenadas unilateralmente pelo DNER, sem que fossem ressarcidas dos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal.

Inexiste nos autos da ação originária qualquer prova de repetidas diminuições da quantidade de trabalho e paralisação da execução dos serviços. Esses fatos deveriam ser objeto de prova, documental pelo menos, e não o foram.

Igualmente não comprovado desequilíbrio nos contratos em que o perito limitou-se a considerar, como data de adimplemento, aquela estabelecida contratualmente e não a data do protocolo do DNER, início do processo de pagamento, como veremos adiante, no item *i* deste voto.

Correto o parecer ministerial ao asseverar:

(...) se a Administração atrasa de forma reiterada os pagamentos, o contratado, sem dúvida, tem direito de ser indenizado pelos danos comprovadamente sofridos, visando à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, valor que deve ser devidamente apurado, a evitar enriquecimento sem causa do particular.

Pois bem, o juiz, buscando restaurar o equilíbrio econômico-financeiro em favor das empresas ora rés, acabou por cometer excessos, influenciado pelo laudo pericial, por óbvio, desequilibrando a relação

contratual mais uma vez, agora em detrimento do Poder Público, na medida em que determinou o pagamento de valores em quantia maior que a efetivamente devida. (fls. 4.539).

h) Observância do pactuado nos contratos administrativos – cláusula contratual sem a inserção de juros e correção monetária (Lei 8.666/1993, art. 54 e Decreto-Lei 2.300/1986, art. 44):

Transcrevo os dispositivos apontados:

Lei 8.666/93, Art. 54: Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Decreto-Lei 2.300/1993, art. 44: Os contratos administrativos de que trata este Decreto-Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos que dispensam licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da proposta, quando for o caso.

A tese da União é a de que os contratos foram celebrados com cláusula de atualização de valor por atraso sem a inserção de juros e correção monetária e, como o contrato faz leis entre as partes, não há que se pleitear tais verbas judicialmente.

Observado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao particular, após a pertinente verificação, caberá provocar a Administração a fim de adotar as medidas cabíveis para restaurar a equação inicial da avença, mediante revisão contratual, que na maioria das vezes não ocorrerá

simultaneamente, eis que necessária a demonstração do ônus.

A jurisprudência do Superior Tribunal Justiça não diverge quanto à incidência de correção monetária, na espécie:

Processual Civil e Administrativo - Agravo de instrumento - Inviabilidade do recurso especial - Contrato de obras públicas - Atraso no pagamento - Correção monetária - Legitimidade da cobrança - Jurisprudência pacificada no STJ - Incidência da Súmula 83/STJ.

- É pacífico o entendimento desta eg. Corte no sentido de que o atraso no pagamento do preço avançado nos contratos de obras públicas constitui ilícito contratual sendo devida a correção monetária. Incide, à espécie, o enunciado 83/STJ, fundamento suficiente para a negativa de seguimento ao agravo de instrumento.

- Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 570.102/DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 24/03/2006, p. 214)

Processo Civil e Administrativo – Contrato – Correção monetária e juros.

I. O atraso no pagamento gera mora e com ela a obrigação do imponente de pagar correção monetária e juros.

II. Entende-se como princípio implícito e, mesmo não previsto no contrato, fazem-se pertinentes a atualização e os juros.

III. A autora não conseguiu comprovar todos os atrasos, mas o fez o réu, afastando a controvérsia em torno do pedido.

IV. Recurso especial provido.

(REsp 444.919/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 15/03/2004, p. 228)

O Procurador da República Paulo Queiroz, em seu bem lançado parecer, acrescenta que “a correção monetária não é um *plus*, devendo ser vista como mera atualização da moeda desgastada pelo tempo/inflação; e não constitui sanção, motivo pelo qual é desnecessário que a lei ou o contrato a preveja expressamente. Exatamente por isso, a correção monetária é devida sempre que um valor seja pago posteriormente ao vencimento de uma prestação a que se refere, a fim de que o pagamento expresse o valor da moeda à época em que o vencimento se deu.” e que “os juros de mora (...) decorrem de imposição legal, não podendo ser

ignorado, mesmo em face de omissão contratual.” (fls. 4.522).

Na hipótese dos autos, se houvesse sido verificado o atraso da União (DNER) nos pagamentos aos contratados, estaria manifesto o direito à correção monetária e aos juros de mora a fim de que fosse recomposto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Esta é a jurisprudência pacífica dos tribunais nos últimos trinta anos.

No entanto, as rés (autoras no processo originário) não lograram comprovar o alegado atraso, como veremos a seguir.

Da caracterização da mora

i) Juros de mora (Lei 4.414/1964, art. 1º e Código Civil/1916, arts. 1.062 e 1.536, parágrafo único).

São os seguintes os dispositivos apontados:

Lei 4.414/1964:

Art. 1º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por este responderão na forma do direito civil.”

Código Civil/1916:

Art. 1.062 A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% ao ano.

Art. 1.536 Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio-termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros da mora.

(...)

§ 2º Contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.

Eis aqui o ponto nodal da controvérsia: a Quinta Turma deste TRF 1ª Região entende que, para a caracterização da mora, o marco inicial de contagem do prazo é a data de apresentação da fatura ao DNER.

O perito, todavia, considerou, em vários documentos, como data de adimplemento aquela estabelecida contratualmente e não a data do protocolo do DNER, início do processo de pagamento.

O perito afirma que procedeu ao levantamento das NF/Faturas referentes aos contratos identificando número, data e valor da NF/Fatura, número da medição e período de execução dos serviços, bem

como as respectivas Autorizações de Pagamento – AP’s emitidas pelo DNER, quando existentes, pois quando inexistiam tais autorizações, o *expert* se socorria das “cópias dos extratos bancários e lançamentos contábeis das empresas que comprovam a data de recebimento das NF/Faturas.” (fls. 1.710)

O estudo cuidadoso dos documentos anexados ao laudo pericial (juntados nos volumes VIII a XVI, já que os volumes XVI e XVII contêm outros documentos contábeis e contratos) revela que *as Notas Fiscais/Faturas juntadas aos autos não estão aptas a comprovarem a alegada mora, uma vez que não contêm a data de suas apresentações ao DNER.*

De fato, há centenas de Notas Fiscais/Faturas juntadas entre as fls. 1.793 e 3.987. Em várias, há as respectivas Autorizações de Pagamento que, no entanto, não se prestam a comprovar a data de apresentação da respectiva fatura, embora mencione a data da emissão da própria autorização, o número da

fatura, a data do vencimento, o número da medição, a execução e a data do pagamento, não oferece a data da apresentação da fatura. Aliás, sequer consta nas Autorizações de Pagamento a data da medição.

O Núcleo de Perícias da Procuradoria da República da 1ª Região apurou aspecto relevante para a controvérsia:

(...) apesar de haver nos contratos diferentes termos para início do prazo de pagamento (data de apresentação da fatura, data da medição e data de entrega de relatórios), o perito do Juízo considerou um único termo inicial para todos os contratos, qual seja: o primeiro dia após a execução dos serviços/obras. (fls. 4.542).

O Núcleo elaborou um quadro resumo dos contratos descritos por prazo de pagamento que, para melhor elucidar a questão, transcrevo novamente (fls. 4.542):

Grupos	Quantidade	Contratos	Prazo p/ pagamento
Grupo I	11	PG 071/88 (fls. 4063/4066) PD 10-001/92 (fls. 4074/4077) PG 295/88 (fls. 4082/4085) PG 194/89 (fls. 4087/4090) PG 208/89 (fls. 4095/4098) PG 190/88 (fls. 4124/4127) PD 222/87 (fls. 4136/4141) PG 344/92 (fls. 4144/4148) PG 180/88 (fls. 4197/4200) PG 031/90 (fls. 4214/4218) PG 108/88 (fls. 4226/4229)	14 (quatorze) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo II	3	PD 10.011/93 (fls. 4056/4061) PG 165/93 (fls. 4068/4072) PG 166/93 (fls. 4115/4119)	30 (trinta) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo III	1	PG 114/87 (fls. 4100/4113)	25 (vinte e cinco) dias corridos, após a apresentação da fatura.
Grupo IV	1	PG 159/93	31 (trinta e um) dias corridos, após a medição dos serviços.
Grupo V	1	PG 489/88 (fls. 4202/4206)	quinto dia de cada mês mediante a apresentação da fatura junto a DNER
Grupo VI	1	PG 10-147/87 (fls. 4220/4223)	diferentes prazos para parcelas distintas
Grupo VII	1	PG 129/87 (fls. 4153 a 4164)	Não há previsão de prazo para pagamento, que deveria ser efetuado após a apresentação das faturas.
Grupo VIII	5	PG 10-193/89 (fls. 4166/4171) PG 10-002/92 (fls. 4190/4194) PG 312/92-00 (fls. 4182/4186) PG 10-0002/91 (fls. 4175/4180) PG 16-027/88 (fls. 4208/4212)	Não há previsão de prazo para pagamento, que deveria ser efetuado após a entrega de relatórios.

Observe-se como o perito não enfrenta frontalmente as questões expressas da União a respeito da data da apresentação da fatura (fls. 1.721/3):

6. Se existe comprovação, mediante carimbo, assinatura, ou qualquer prova de que as faturas do(s) Contrato(s) objeto da lide foram apresentadas ao DNER?

Resposta: Sim. As faturas dos contratos objetos da lide foram apresentadas ao DNER.

Corroborando com essa afirmativa, o que as empresas pleitearam na Ação de Conhecimento foi o recebimento do valor da atualização monetária das faturas pagas com atraso, porquanto, por ocasião do pagamento dessas faturas pelo DNER já foram atendidas todas as fases da despesa, ou seja, empenho, liquidação e pagamento.

Ademais, s.m.j., não está em discussão se os serviços foram ou não realizados, porquanto houve o cumprimento da quitação desses serviços/obras a destempo, sem a atualização monetária, o que é, agora, requerido pelas empresas.

7. Se existe prova, juntada a inicial, de que o DNER conferiu os valores constantes de tais faturas, com o aceite, normalmente no verso, das faturas ou notas fiscais dos serviços prestados?

Resposta: Na inicial não existe prova de que o DNER conferiu os valores dessas faturas, porém, a Norma Caidner 212/1987 – PG – Resolução CA 2939 – Sessão 43, de 23/12/1987 – Contratação de Obras e Serviços de Engenharia, do DNER, na Subseção VIII, das Medições e Pagamentos, item 2, estipula que:

O pagamento dos trabalhos efetivamente executados deverá ser efetuado à vista de atestado emitido pela Fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como, dos serviços executados, e as correspondentes importâncias devidas. [grifo nosso]

Esse atestado deveria ser emitido dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis contados da data da execução das obras, da prestação dos serviços ou do encerramento de cada etapa de execução do contrato (item 2.3 e letra “a” do item 1.1 da Norma CA/DNER 212/1987 – PG – Resolução CA 2939 – Sessão 43, de 23/12/1987 – Contratação de Obras e Serviços de Engenharia, do DNER).

(...)

8. Se existe prova da data do efetivo pagamento das faturas que se alega terem sido quitadas em atraso?

Resposta: Sim. Isto se comprova pelas Autorizações de Pagamentos e pelos créditos constantes dos extratos bancários das empresas (Documento 1).

Assim, confrontando-se esses documentos com os prazos previstos, contratualmente, para pagamento, constata-se que houve atraso na quitação das NF/Faturas.

Do marco inicial para contagem da mora

O posicionamento da Quinta Turma desta Corte a respeito do *dies a quo* do prazo para contagem da mora pode ser conferido nos julgados a seguir:

Administrativo. Execução de obras. Alegação de pagamento em atraso. Pretensão de correção monetária. Ausência de prova dos fatos. Apuração na fase de liquidação. Impossibilidade.

I. Nos contratos assinados pela empresa, ou pelo menos dois deles, há previsão de que “o pagamento dos trabalhos efetivamente executados pela contratada será feito através da tesouraria do DNER e corresponderá às medições mensais, devendo a contratada habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização”.

II. Estabeleceu-se, também, que “o evento físico executado dentro de cada mês do ano civil deverá ser medido, comprovado pela fiscalização e protocolizado no DNER até o dia 15 do mês imediato. A fatura correspondente deverá ser protocolizada dentro dos dez dias consecutivos ao da correspondente medição, e o seu pagamento deverá ocorrer dentro de vinte dias consecutivos a partir da data da protocolização da correspondente fatura”.

III. Não há prova do alegado atraso nos pagamentos, porque não foi comprovada a data de apresentação das faturas, cujo ônus é da empresa.

IV. Não é caso em que excepcionalmente se admite deixar para a liquidação a apuração dos fatos.

V. Apelação e remessa oficial providas.

(AC 2001.01.00.012220-1/DF, Rel. Des. Federal Sylene Maria de Almeida, Rel. para Acórdão Desembargador Federal João Batista Moreira, Quarta Turma, DJ p.100 de 08/03/2007, grifos ausentes no original)

Contrato administrativo. Alegada mora no pagamento de faturas. Pedido de correção monetária. Previsão contratual de que a correção monetária incidiria a partir do 30º ou 31º da apresentação das faturas no DNER. Ausência de prova desse fato. Requerimento de perícia e posterior desistência. Sentença que julga improcedente o pedido. Confirmação nessa parte. Redução de valor dos honorários periciais. Cancelamento de pena por litigância de má-fé.

I. Nos contratos está previsto, respectivamente, que a correção monetária incidiria depois do 30º e do 31º da apresentação da fatura ao DNER, fato este (apresentação de faturas) não comprovado com a inicial.

II. Tendo sido requerida perícia, a Autora desistiu da produção dessa prova, após ter concordado com a proposta de honorários e após o Perito ter noticiado a conclusão dos trabalhos e requerido depósito dos honorários. Não há, pois, prova de fato constitutivo do alegado direito.

III. Assiste razão à Apelante apenas quando, embora tardiamente, contesta o valor dos honorários do Perito: R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

IV. A exorbitância do referido valor, embora não justifique a forma empregada, torna compreensível a tentativa da Autora de livrar-se desse ônus, ao desistir da perícia, de modo que não deve subsistir a condenação por litigância de má-fé.

V. Provimento parcial à apelação, reduzindo-se o valor dos honorários periciais para R\$ 500,00 (quinhentos reais), na data de sua fixação, e cancelando-se a pena por litigância de má-fé.

(AC 2001.01.00.022744-0/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p.13 de 12/05/2005, grifos ausentes no original)

Administrativo e Processual Civil. Execução de obras rodoviárias. pagamento de faturas com atraso. Correção monetária devida. Termo Inicial da atualização monetária.

I. Inexiste controvérsia nos autos a respeito do atraso no pagamento das faturas decorrentes da execução de obras rodoviárias realizadas pela Autora, sendo devido, pois, o pagamento da respectiva correção monetária.

II. Não tem razão o perito ao afirmar que a correção monetária deve iniciar-se a partir da data em que o DNER deveria ter autorizado a emissão das faturas, uma vez que o parágrafo segundo da cláusula quarta do contrato firmado entre as partes prevê, expressamente, que a atualização é devida se houver atraso superior a 31 dias, a ser contado da data de apresentação das faturas.

III. Indevida se me afigura a pretensão da Apelante de reembolso das despesas periciais, precisamente pela circunstância de não ter sido o laudo do experto considerado relevante para a formação da convicção do Juiz e, conseqüentemente, na identificação do montante indenizável.

IV. Verba honorária que se mantém, dadas as circunstâncias da causa.

V. Apelação da Autora e remessa oficial improvidas.

(AC 2001.01.00.043010-3/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ p.14 de 12/05/2005, grifos ausentes no original)

Efetivamente, existe um precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Mauro Campbell no sentido de que o termo inicial para a incidência da correção monetária nos contratos administrativos de obra pública, na hipótese de atraso no pagamento, é o da data da medição da obra. Ou seja, seria da medição que se contaria o prazo para o pagamento e atualização mediante incidência de correção do valor da dívida.

Não é este, contudo, o entendimento da Quinta Turma.

Quando a norma de regência e o contrato estabelecem obrigação quesível, não há se falar em mora do devedor antes do momento da apresentação da dívida à devedora, no caso a Administração.

A obrigação é *quéritable* ou quesível, pois cabia ao credor, a empreiteira, procurar o devedor, o DNER, apresentar a dívida para receber o pagamento. Se a dívida é *quéritable* não se aplica a regra *dies interpellat pro homine*.

Se não há prova da data em que as empreiteiras credoras apresentaram as dívidas materializadas nas faturas buscando, assim, cumprimento da obrigação, não há se falar em correção monetária em decorrência da mora porquanto inexistente o termo *a quo* para sua contagem. Ora, é preciso se saber o momento em que o credor exige a prestação, convertendo-se a dívida em obrigação.

Em sede de Direito Administrativo não é possível se criar obrigações para o Estado que não sejam resultantes da lei ou do contrato administrativo. Por conseguinte, o inadimplemento total ou parcial da obrigação por parte do Poder Público se configura conforme o estipulado pela norma ou pela convenção das partes.

O art. 55, II, da Lei das Licitações dispõe que todo contrato deve conter os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento da obrigação e a do efetivo pagamento. É precisamente este o caso dos autos em que os contratos previram o critério para pagamento e quem deveria apresentar a dívida.

Se fosse a hipótese de inexistência nos contratos e na norma da data para o pagamento da dívida, se não houvesse regra contratual e legal estipulando o modo e a forma da apresentação da dívida e o prazo para pagamento, poder-se-ia cogitar, por equidade, da adoção do termo *a quo* para pagamento como sendo a medição da obra. (REsp 71127/SP, REsp 61817/SP) .

Em assim não sendo, há que se conformarem as partes com as disposições do Decreto 94.684/1987, art. 10, e com o estabelecido no contrato.

A jurisprudência predominante do eg. Superior Tribunal de Justiça também consagra o entendimento de que só se utiliza o critério da medição para se obter o termo inicial para a incidência da mora nos contratos administrativos de obra pública, quando não existir no contrato regra que estipule a data para o efetivo pagamento. Transcrevo abaixo precedente da Primeira Turma neste sentido:

Administrativo e econômico. Contrato administrativo de obra pública. Cumprimento da obrigação verificado pela Administração Pública, mediante critério de medição. Fixação do termo inicial da correção monetária. Atraso no pagamento. Ilícito contratual. Desvalorização da moeda. Inexistência no contrato de cláusula, prevendo a data para o pagamento do preço avençado. Necessidade de verificação do cumprimento da obrigação e o conseqüente prejuízo econômico pelo atraso. Observância do valor real do contrato.

I. A mora no pagamento do preço avençado em contrato administrativo, constitui ilícito contratual. Inteligência da Súmula 43 do STJ.

II. A correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenham previsto, resulta da integração ao ordenamento do princípio que veda o enriquecimento sem causa e impõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

III. O termo inicial para a incidência da correção monetária nos contratos administrativos de obra pública, na hipótese de atraso no pagamento, não constando do contrato regra que estipule a data para o efetivo pagamento do preço avençado, deverá corresponder ao 1º (primeiro) dia útil do mês subsequente à realização da obra, apurada pela Administração Pública mediante critério denominado medição. Precedentes do STJ (REsp 71127/SP, REsp 61817/SP)

IV. O retardamento em pagar medições de obras já efetuadas configura violação do contrato e a inadimplência de obrigação juridicamente pactuada, com conseqüências que se impõem ao contratante público.

V. Recurso conhecido e provido, para reformar o acórdão, modificando o termo inicial para a incidência da correção monetária para o período de atraso no pagamento.

Assim, a correta caracterização da data do pagamento dos serviços – *dies a quo* – dependia das empresas credoras apresentarem as dívidas ao credor

DNER. *A indenização que pleiteiam só poderia incidir sobre as faturas nas quais há data de apresentação para cumprimento da prestação e que não estivessem prescritas. Conforme abordado acima, repito, as Notas Fiscais/Faturas apresentadas não estão aptas a comprovarem a alegada mora, uma vez que não contêm suas datas de apresentação ao DNER. Mesmo que se admita como válida a cláusula contratual que estabelece o prazo para pagamento pelo DNER a data de medição, não constou na ação originária a referida data das medições.*

Dos danos emergentes e lucros cessantes

Quando à incidência de juros de mora com relação às demais parcelas indenizatórias – *danos emergentes e lucros cessantes* – igualmente correta a União ao impugná-la.

Na ação originária, as rés justificam o pedido de indenização por danos emergentes e lucros cessantes com os seguintes argumentos:

Apesar de terem prestado os serviços e as obras, objeto das faturas atestadas, nos estritos termos dos contratos, as autoras não receberam os valores correspondentes à correção monetária devida pelos custos das mobilizações e desmobilizações de equipamentos, instalações e pessoal durante as paralisações e reduções de ritmo de execução dos serviços e obras ordenados unilateralmente pelo réu conforme demonstrado.

Os danos materiais são devidos porque, não tendo percebido os preços nos termos e nas condições em que estipulados, viram-se compelidas a atrasar os pagamentos de fornecedores e a tomar empréstimos bancários a juros elevados, bem assim a arcar com ônus trabalhistas e encargos fiscais e previdenciários.

Os lucros cessantes porque, descapitalizadas, as autoras não puderam desenvolver novos serviços e obras. A perda do fluxo de caixa, que adviria da normal execução dos contratos, gerou obstáculo intransponível, ou ao menos de custosa transposição, para as autoras assumirem novos empreendimentos. (fls. 72/7)

Em síntese, alegaram, para justificar a indenização: a) atraso nos pagamentos a fornecedores; b) necessidade de pegar empréstimos em bancos a juros elevados; c) ônus trabalhistas e encargos fiscais e previdenciários; d) em razão da descapitalização ocorrida, as rés não puderam assumir novos serviços e obras, devido à reduzida capacidade de reinvestimento; e, e) queda

no *ranking* de empresas congêneres em virtude dos problemas apontados.

Na ação originária as empresas pediram ressarcimento de custas de mobilização e desmobilização, administração, equipamentos e mão de obra ocorridos durante as paralisações ou redução do ritmo de execução dos serviços e obras.

Esta pretensão não foi objeto da discussão pelo DNER na ação originária, seja no processo de conhecimento seja em fase recursal. Em outras palavras, não ocorreu pronunciamento judicial sobre a questão fática.

A perícia nesta ação admitindo como verdadeira a alegação das empresas de que houve mobilização e desmobilização, administração e despesas com equipamentos e mão de obra ocorridos durante paralisações ou reduções do ritmo de execução dos serviços e obras houve por bem apurar, em tese, o valor para ressarcir tais custas.

Todavia, é inócuo se apurar custos unitários de execução, utilização e custo de equipamento hora improdutiva e produção de equipe de mão de obra, se os fatos relativos as alegadas desmobilizações não tem demonstrada sua existência nos autos. Em consequência a matéria pode ser objeto desta ação rescisória.

Não há prova do fato de que houve custos decorrentes de paralisações das obras. Nem há prova de que houve desmobilização, mobilização, despesas com administração e equipamentos e mão de obra. Em termos de técnica processual civil, estes fatos não demonstrados são considerados inexistentes.

Os recursos que as rés dispenderam nas obras foram pagos pelo DNER, vale dizer, as horas trabalhadas foram objeto de pagamento.

O item relativo de ressarcimento de custos supostados pelas empresas a título de encargos a instituição financeira e sob a forma de encargos fiscais e previdenciários igualmente não foi objeto de controvérsia no processo de conhecimento nem na base recursal. Também quanto aos fatos que dariam amparo a pretensão deduzida, o DNER não fez impugnação específica.

Agora se sabe que as empresas, ora rés, sequer mantinham, à época dos fatos objeto da lide, contabilidade por obra e/ou contrato.

No curso da perícia da ação rescisória é que se apurou alegados encargos fiscais e previdenciários com base em mais operações de crédito predominantes à época da execução dos contratos.

Como se sabe, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes carecem de comprovação para serem deferidos. Tal comprovação, por óbvio, incumbe a quem os requer.

Na hipótese dos autos originários as rés não se desincumbiram de comprová-los.

Mais uma vez, cumpre transcrever trecho do Parecer Técnico 23/2009:

Segundo o Manual de Custos Rodoviários publicado pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, os custos relacionados à mobilização são aqueles relativos às despesas para transportar, desde sua origem até o canteiro de obras ou serviços, recursos materiais, equipamentos e instalações, além de pessoal e utensílios necessários para a realização do empreendimento.

(...)

Neste ínterim, ressaltamos que as próprias empresas alegam na inicial da ação de conhecimento que não lhes era permitido desmobilizar os equipamentos, instalações e pessoal durante as paralisações determinadas pelo DNER, conforme transcrito abaixo:

O réu determinou uma série de paralisações e de reduções do ritmo na execução dos serviços e obras, conforme documentos e ofícios internos anexados e incluso nos processos administrativos. De outro, lado, não foi permitido às autoras desmobilizar os equipamentos, instalações e pessoal, obviamente em decorrência do princípio da preponderância do interesse público em face dos demais interesses. (fls. 70)

Sendo assim, cabe-nos questionar: ressarcir os custos de qual mobilização, se as empresas afirmam que não houve desmobilização? (fls. 4.599).

Além disso, esta Corte já assentou que a caracterização do lucro cessante demanda prova de que a empresa teria um lucro razoável de determinado valor, ou ainda que perdeu este ou aquele negócio jurídico em razão de sua condição financeira atual, pois “mera possibilidade de negócios futuros, incluindo licitações que a empresa poderia vencer ou perder, não podem ser considerados como lucro cessante, pois nesta categoria só se enquadram negócios jurídicos

prováveis concretamente e o ganho que a empresa razoavelmente poderia esperar deles. Não se trata de mera possibilidade abstrata de ter realizado outras obras. A média de lucro em balanços passados de nada serve, pois uma empresa pode fazer negócios em um período e ficar sem clientes em outro, ainda mais se tratando de empresa dedicada a obras, com ênfase em obras públicas dependentes de licitação.” (AC 2000.34.00.004192-0/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, *e-DJFI* p. 636 de 26/09/2008)

Ressalta o parecer ministerial:

(...) para incidência dos lucros cessantes, deve haver prova objetiva de ganhos certos, sendo que mera possibilidade e simples suposições a esse respeito são insuficientes à sua caracterização, já que vedado o dano remoto.

Pois bem, na hipótese dos autos, vê-se que o cálculo dos lucros cessantes foi realizado levando-se em conta uma perspectiva (frustrada) de ganho das empresas, com base em critérios duvidosos, após provocação direcionada das ora rés na formulação dos quesitos de como o perito da 17ª Vara deveria proceder...

(...)

Cumprir notar, inclusive, que a sentença que condenou a União a pagar referida parcela indenizatória em nenhum momento abordou questões relacionadas à prova, limitando-se a acolher o laudo pericial, sem maiores questionamentos. (fls. 4.569)

Como bem observado pela Dra. Gisela Sampaio da Cruz em artigo sobre o tema, “Na prática, o que se vê é que os mais exorbitantes (ou menos razoáveis) pedidos de indenização têm precisamente o seu fundamento neste conceito imaginário de lucro frustrado”.²

Prossigue a articulista:

A experiência demonstra que o iter reconstutivo da ressarcibilidade de qualquer lucro cessante é um processo cheio de dificuldades, que esbarra na frieza racionalista – de resto, indispensável – dos critérios de repartição do ônus da prova.

Especialmente quando a experiência pretérita da vítima não demonstra a existência anterior de lucros semelhantes, é expressivo o número de decisões que negam a reparação dos lucros

cessantes mesmo quando esta faceta do dano patrimonial é claramente devida, porque o julgador se sente aí sem um parâmetro seguro que possa servir de base para a sua decisão. A própria expressão ‘lucros cessantes’ conduz a esta conclusão equivocada, porque passa a idéia de um ganho constante ou habitual (reiterado, portanto) que fora interrompido, quando, em realidade, há inúmeras hipóteses de lucros cessantes, já consagradas pela própria jurisprudência, em que o lesado não recebia tais proveitos antes do evento danoso.

Por outro lado, a jurisprudência também está repleta de casos em que os lucros cessantes foram arbitradas com base em presunções injustificadas, sem que nenhuma circunstância no caso concreto indicasse, efetivamente, que o ‘lesado’ havia deixado de lucrar.³

Transcrevo trecho do parecer do *parquet*, a respeito:

(...) no caso em apreço, como não foram convenionados juros compensatórios, e em face da ausência de previsão legal para sua incidência, a exemplo do que ocorre na desapropriação (art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/1941, não há como prevalecer a condenação da União no particular...” (fl. 4.576)

A jurisprudência da Corte a respeito não diverge:

Administrativo e Civil. Contrato entre o Incra e empresa privada, com vistas à realização de obras. Procedimento administrativo. Vulneração dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Resolução da avença. Recebimento, em sua totalidade, pela contratante, dos serviços executados. Indenização a título de danos materiais e morais.

(...)

V. Juros compensatórios excluídos, por ausência de previsão deles no edital da licitação e nos contratos.

VI. Lucros cessantes afastados. Vencido, em parte o Relator, que os manteve, porém, até a data de entrega das últimas unidades ao Incra.

(...)

IX. Juros de mora devidos a partir da citação.

X. Apelo do Incra e remessa oficial parcialmente providos, para afastar da condenação o pagamento de lucros cessantes e de juros compensatórios sobre o valor da indenização por danos materiais, para reduzir o valor da condenação

²In “A reparação dos lucros cessantes na jurisprudência”, por Gisela Sampaio da Cruz, advogada, mestre e doutora em Direito Civil pela UERJ, Fonte: Jornal Carta Forense, 1º/06/2009.

³idem

a título de danos morais, que deverá ser corrigido monetariamente a partir da data do julgamento destes recursos e para fixar a data da citação como termo inicial dos juros de mora.

XI. Apelação da autora parcialmente provida, para a majoração da verba honorária.

(AC 1999.34.00.019449-5/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ p. 46 de 02/02/2006)

Administrativo e Processual Civil. Reintegração de posse. Imóvel funcional administrado pela Câmara dos Deputados. Ocupante que é proprietário de outro imóvel no DF. Cancelamento do termo de ocupação. Esbulho possessório caracterizado. Indenização por danos causados ao imóvel.

(...)

V. Descabido, também, o pedido de juros compensatórios, por falta de previsão em lei ou no termo de ocupação do imóvel.

VI. É cabível, porém, na ação de reintegração de posse, a cominação de pena para o caso de novo esbulho (CPC, art. 921).

VII. Apelação do réu improvida.

VIII. Remessa, tida por interposta, provida, em parte.

(AC 1997.01.00.049865-1/DF, Rel. Juiz Antonio Ezequiel, Quinta Turma, DJ p. 144 de 21/05/2002)

Dos juros compensatórios

Ainda que assim não fosse, cumpre ressaltar que a indenização por lucros cessantes não pode ser cumulada com juros compensatórios.

Tendo por norte sua finalidade, os juros podem ser classificados como moratórios ou compensatórios.

Os juros moratórios são aqueles decorrentes da mora, isto é, os que se devem, por convenções ou legalmente, em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação. Fundamentam-se em dois elementos dominantes: a) a existência de uma dívida exigível e b) a demora do não pagamento dela, imputável ao devedor.

Os juros compensatórios são os frutos naturais do capital empregado. Representam a justa compensação que se dever tirar do dinheiro aplicado no negócio, não supondo mora do devedor.

Assim, o pleito de lucros cessantes aliado ao pedido de juros compensatórios constitui redundância ou, como mencionado, é pedir a mesma coisa – ressarcimento de danos – por duas vezes.

Além disso, o *parquet* observou ainda, com exatidão, que “o vistor oficial não trouxe aos autos desta ação rescisória quaisquer documentos comprobatórios da ocorrência de multas advindas do atraso no recolhimento de tributos.” (fls. 4.565).

Conclusão

Não restou caracterizada a alegada mora, uma vez que não há, nos autos, faturas nas quais se logrou verificar a data de apresentação junto ao DNER.

Incidu o acórdão da egrégia Quarta Turma em erro de fato, pois admitiu fatos inexistentes, ou seja, lucros cessantes, danos emergentes, custo de desmobilizações. Os juros compensatórios não tem amparo legal na espécie.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão impugnado (AC 1998.01.00.002551-5/DF) e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido das empresas autoras da ação originária que pleiteavam em síntese: a) a condenação do DNER ao pagamento das quantias devidas a título de correção monetária entre a data do vencimento das faturas e a data em que efetivamente pagas; b) o ressarcimento pelos custos das mobilizações e desmobilizações dos equipamentos, instalações e pessoal incorridos durante as paralisações e reduções de ritmo de execução dos serviços e obras alegadamente ordenados pelo DNER; c) perda e danos, nelas incluídos danos emergentes e lucros cessantes, decorrentes das faltas legais e contratuais cometidas pelos réus; d) expurgos inflacionários, juros moratórios e compensatórios.

As rés arcarão com as despesas processuais, isto é, custas e honorários periciais, na ação originária e nesta ação, e também com honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, no processo originário e 10% sobre o valor da causa nesta ação rescisória.

Tendo em vista a procedência desta ação rescisória com a improcedência dos pedidos deduzidos pelas rés na ação rescisória, não mais subsiste qualquer aparência de bom direito, devendo os valores depositados pela União no juízo *a quo*, conforme determinado por esta Terceira Seção na ação cautelar, serem devolvidos ao erário.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 29790-49.2000.4.01.3400

Embargos Infringentes 2000.34.00.030023-7/DF

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Embargante: Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobrás
Advogado: Dr. Jorge Carlos Silva Lustosa e outros
Embargado: Baldan Implementos Agrícolas S/A
Advogada: Dra. Tânia Regina Pereira e outros
Publicação: *e-DJF1* de 22/03/2010, p. 23

Ementa

Tributário. Embargos infringentes. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Resgate antecipado (conversão em ações). Resíduos de atualização monetária e juros. Prescrição: quinquenal. Termo a quo: AGE's – STJ: REsp 1.003.955-RS, c/c art. 543-C do CPC.

I. Afasta-se a preliminar de não cabimento do recurso: o acórdão majoritário reformou a sentença (prescrição); a matéria a ser reapreciada se restringe tão somente à que foi objeto da divergência: termo inicial da contagem quinquenal.

II. O STJ (REsp 1.003.955-RS), sob o signo do art. 543-C do CPC, o que agrega ao precedente especial eficácia vinculativa impositiva de sua adoção em casos análogos (REsp 752.888/RS), orienta que o prazo prescricional para restituição de resíduos de atualização monetária e juros envolvendo as conversões do empréstimo compulsório de energia elétrica (Lei 4.156/1962) em ações é quinquenal, tomando-se como termo inicial “*a data de realização de cada assembleia em que se homologou a deliberação sobre a conversão dos créditos e ações*”: 20 abr 1988 (72ª AGE - 1ª conversão), 26 abr 1990 (82ª AGE - 2ª conversão) e 30 jun 2005 (143ª AGE - 3ª conversão).

III. Embargos infringentes providos.

IV. Peças liberadas pelo Relator, em 03/03/2010, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção *afastar* a preliminar e *dar provimento* aos embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 03/03/2010.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por embargos infringentes opostos em 30 jul 2009 (fls. 1.073/1.104), a ré (Eletrobrás S/A) pede a reforma do acórdão majoritário da T7/TRF1, que, em julgamento de 27 mar 2006 (fls. 932, integrado às fls. 1.045/6), Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel,

em AO objetivando inclusão de resíduos de correção monetária e juros (legais e de mora) nos resgates, conversões em ações ou pagamento de juros, do empréstimo compulsório sobre energia elétrica (Lei 4.156/1962), “à unanimidade, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da União e, por maioria, vencido o Relator, rejeitou a preliminar de prescrição, nos termos do voto divergente do Des. Federal Catão Alves” e,

“no mérito, por maioria, deu parcial provimento às apelações e à remessa oficial” (fique vencido, em parte, dando “parcial provimento em maior extensão”); esta, a ementa (grifei):

(...) Legitimação passiva da União. Prescrição. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Diferenças de correção monetária e de juros legais. Valores já convertidos em ações e créditos ainda não resgatados. Correção monetária. Juros legais.

I. A União deve figurar como litisconsorte passiva necessária da Eletrobrás nos feitos em que se discute o empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela Lei 4.156/1962. (...).

II. O prazo prescricional quinquenal para pleitear a repetição do empréstimo compulsório sobre energia elétrica somente tem início após o transcurso do prazo para resgate das obrigações emitidas em favor do contribuinte. (...).

III. Entretanto, se o pedido é de diferenças de correção monetária sobre valores de empréstimo compulsório já convertidos em ações pela Eletrobrás, tem-se como antecipado o resgate da obrigação, contando-se o prazo prescricional de cinco anos a partir da notificação feita pela Eletrobrás ao contribuinte, informando-o de que foi aceita sua proposta de subscrição das ações, informação cuja prova é ônus da Eletrobrás, que, “in casu”, dele não se desincumbiu. Vencido, no ponto, o Relator, que contava o prazo a partir da data da assembleia que aprovou a conversão do crédito do contribuinte em ações.

IV. Na devolução do empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás, a correção monetária deve incidir a partir de cada recolhimento mensal, e não a partir de 1º de janeiro do ano seguinte a tais recolhimentos (Precedentes do STJ).

V. São devidos, também, juros remuneratórios de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei 5.073/1966. Precedentes do STJ.

Parcialmente providos os ED's da autora, entendeu-se ausente a sucumbência recíproca e condenou-se a ré em honorários de 5% da condenação.

A embargante (Eletrobrás S/A) pugna pela prevalência do voto vencido do Des. Federal Antônio Ezequiel (fls. 206), no sentido de que o termo *a quo* prescricional quinquenal seria a data de conversão das ações pela Eletrobrás, definidas nas AGE's, o que ensejaria a extinção do direito de pedir

resíduos em face das AGE's de abr 1988 e abr 1990, pois ajuizada a demanda apenas em set 2000.

Este o voto vencido no ponto que interessa (fls. 206):

Nesse contexto, considerando que a contagem do prazo prescricional não pode ter início antes de esgotado o prazo de vencimento dos títulos, e tendo em conta, ainda, a teoria da actio nata, em virtude da qual o prazo de prescrição da ação deve ter início concomitante ao nascimento da pretensão, afigura-se-me correta a posição acima indicada na letra “b”, ou seja, a prescrição, no caso da ação para haver diferenças nos valores de resgate do empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás pela Lei 4.156/1962, é Quinquenal, contada a partir do término do prazo vintenário para sua restituição, salvo se houver antecipação de resgate mediante conversão dos títulos em ações da empresa, caso em que o quinquênio prescricional tem início na data da assembleia geral que aprova essa conversão.

Com contrarrazões (fls. 1.236/1.237), no sentido de não cabíveis os embargos no ponto, pois, quanto a ele, confirmada a sentença.

Admitidos em 13 nov 2009, os autos foram a mim distribuídos em 9 fev 2010, recebidos em gabinete em 11 fev 2010, 9h26. Trago-os nesta assentada (03/03/2010).

É o relatório.

Voto Preliminar (Prescrição)

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Quanto à prescrição, a sentença (fls. 829) a entendeu vintenária a contar da “aquisição das obrigações”, ao passo que o acórdão, reformando, sim, a sentença no ponto, definiu que, tendo havido antecipação do resgate, o prazo prescricional seria quinquenal, adotando-se como termo a quo [a] a notificação feita pela Eletrobrás ao contribuinte sobre o aceite da subscrição das ações, fato por ela não provado (posição vencedora); ou [b] a data da assembleia que aprovou a conversão em ações (posição vencida); cabível, pois, o recurso no limite da demonstrada divergência (afasta-se a preliminar).

Voto Mérito*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão-somente à que foi objeto da divergência.

Quanto ao mérito, o tema foi agora pacificado pelo STJ, sob o signo do art. 543-C do STJ, via orientação que, por tal quilate, possui (REsp 752.888/RS) “*especial eficácia vinculativa (...) que impõe sua adoção em casos análogos*”; é ler-se (grifei)

(...) *Empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica. (...) Diferença de correção monetária sobre o principal e reflexo nos juros remuneratórios. Prescrição. Prazo quinquenal. Decreto 20.910/1932. Termo inicial. Tema já julgado pelo regime do art. 543-C, do CPC (...).*

I. A forma de devolução do empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica é tema já analisado em julgamento realizado na Primeira Seção, no dia 12 de agosto de 2009, onde foram apreciados o REsp. 1.003.955/RS e o REsp 1.028.592/RS, elencados como recursos representativos da controvérsia para efeito do art. 543-C do CPC (...):

1. Empréstimo compulsório Eletrobrás: conversão (...):

(...)

5. Prescrição:

5.1 É de cinco anos o prazo prescricional para cobrança de diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório à Eletrobrás.

5.2 Termo “a quo” da prescrição: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim:

a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-Lei 1.512/1976 (item 3), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a Eletrobrás realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores *nas contas de energia elétrica*;

b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 2), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 4), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor *a menor*. Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20/04/1988 – com a 72ª AGE – 1ª conversão; b) 26/04/1990 – com a 82ª AGE – 2ª conversão; e c) 30/06/2005 – com a 143ª AGE – 3ª conversão.

(...)

II. Decisão que se encontra de acordo com os precedentes (...).

(STJ, AgRg-REsp 802.426/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2, DJe 04/02/2010)

A S4/TRF1 (EIAC 2001.34.00.020541-4/DF, minha relatoria, julg. 18/11/2009) já assimilou aludida orientação:

(...) - *Empréstimo compulsório. Energia elétrica. Conversão em ações. Resíduos de atualização monetária. Restituição. Prescrição: quinquenal das Assembleias Gerais Extraordinárias.*

(...)

II. O STJ (REsp 1.003.955-RS), sob o signo do art. 543-C do CPC, o que agrega ao precedente (REsp 752.888/RS) especial eficácia vinculativa impositiva de sua adoção em casos análogos, orienta que o prazo prescricional para restituição de resíduos de atualização monetária envolvendo as conversões do empréstimo compulsório de energia elétrica em ações é quinquenal, tomando-se como termo inicial “a data de realização de cada assembleia em que se homologou a deliberação sobre a conversão dos créditos e ações”: 20 abr 1988 (72ª AGE - 1ª conversão), 26 abr 1990 (82ª AGE - 2ª conversão) e 30 jun 2005 (143ª AGE - 3ª conversão).

III. Foi nas AGE’s que (REsp 1.003.955-RS) se reconheceu a qualidade de acionistas dos credores, disponibilizando-se a quantidade de ações correspondente, não obstante - a cláusula de inalienabilidade dos títulos - o questionamento de valores.

Pelo exposto, *afastando* a preliminar de não conhecimento dos embargos infringentes, *dou-lhes provimento* para, *fazendo* prevalecer o voto-vencido, mantido o dispositivo do acórdão embargado, fixar como termo *a quo* quinquenal as datas das AGE’s.

É como voto.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Gilda Sigmaringa Seixas e Cleberson José Rocha (convocados).

Primeira Turma

Numeração única: 0000893-85.1998.4.01.3301

Apelação/Reexame Necessário 1998.33.01.000894-3/BA

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Apelante: Josete Martins Sales
Advogado: Dr. Gildásio dos Santos Lima e outro
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada: Jacira Teixeira Costa
Advogado: Dr. Rosimar de Souza Almeida
Remetente: Juízo Federal de Ilhéus/BA
Publicação: e-DJF1 de 13/04/2010, p. 12

Ementa

Previdenciário. Benefício de pensão por morte. Trabalhador urbano. Relação more uxorio comprovada bem como dependência econômica. Termo inicial: cancelamento indevido do benefício. Verba honorária fixada em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC, e a jurisprudência deste tribunal.

I. Comprovada a união estável com segurado (falecido) da Previdência Social, por prova suficiente, nos termos do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, a demandante tem direito ao recebimento do benefício previdenciário de pensão por morte.

II. Termo inicial do benefício deve ser contado a partir do cancelamento indevido.

III. A correção monetária é devida nos termos da Lei 6.899/1981, a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ).

IV. Os juros de mora são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida. Precedentes.

V. Honorários advocatícios mantidos em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, § 4º do CPC.

VI. Apelação do INSS, da ré e remessa oficial providas. Sentença reformada. Pedido improcedente.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento às apelações e remessa oficial, nos termos do voto do relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2009.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente o pedido constante da inicial e determinou que o INSS cessasse os pagamentos efetuados a Josete Martins Sales por conta de pensão por morte instituída por Reinaldo Santos Costa, voltando a pagar, integralmente, os valores devidos sob esse fundamento à autora, Jacira Teixeira Costa.

Condenou, ainda, a autarquia, a restituir à requerente o montante integral relativo à diferença subtraída de sua pensão em decorrência da indevida concessão de benefício à segunda requerida, após a incidência dos acréscimos legais, na forma como restou.

A sentença condenou, ainda, os vencidos, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais). A execução da cota parte sob responsabilidade da segunda ré foi suspensa, em face da assistência judiciária gratuita que lhe fora concedida (fls. 169/175).

Apela a ré, Josete Martins Sales (fls. 177/180), alegando que restou demonstrado nos autos que a recorrente e suas filhas sempre foram sustentadas pelo segurado falecido, Reinaldo Santos Costa, restando preenchidos todos os requisitos para o deferimento da pensão a companheiro, sua condição. Pede a reforma integral da sentença.

Inconformado com a sentença, também apela o INSS (fls.182/185), aduzindo que restou confirmada pelos depoimentos colhidos em juízo que a Sra. Josete dependia economicamente do *de cuius*, que mantinha duas famílias.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 191/194.

Houve remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — A autora objetiva o cancelamento do desdobramento do

benefício de pensão por morte de seu esposo falecido *Reinaldo Santos Costa*, à pessoa *Jacira Teixeira Costa*, qualificada como companheira do falecido.

Não merece reforma a sentença recorrida.

A Constituição Federal de 1988, no § 3º do seu art. 226, reconhece e protege a união estável, que veio a ser definida pela legislação ordinária - art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Novo Código Civil), nos seguintes termos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

De igual modo, o art. 1º da Lei 9.278, de 10/05/1996, que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição vigente, assim dispôs:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

A legislação previdenciária, por sua vez, assegura à companheira o direito de figurar como beneficiária do segurado, presumindo a sua dependência econômica, conforme disposto no art. 16, § 4º, da Lei 8.213/1991, *in verbis*:

Art. 16 São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na Condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Da leitura dos autos verifico que há prova suficiente da existência de convivência estável entre a ré Josete Martins Sales e o segurado falecido, Reinaldo Santos Costa, inclusive com o nascimento de filhos em comum.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado).

Como se depreende dos testemunhos colhidos em juízo (fls. 135/144), embora o autor nunca tenha deixado o lar conjugal, manteve uma relação *more uxório* com outra mulher, Josete Martins Sales. A dependência econômica da ré Josete Martins Sales em relação ao segurado falecido também restou demonstrada pelos depoimentos de fls. 137/138; 139/140; 141/142; 143/144, que abaixo transcrevo:

Antônio Hungria Santos (fls. 143): *“que conhece a demandada (Josete) há cerca de vinte anos; que a conhece desde quando o marido dela, Sr. Reinaldo, adquiriu um terreno no Pontal para construir uma casa, sendo que o depoente lá trabalhou como ajudante de pedreiro; que sempre o Sr. Reinaldo supervisionava a obra, acompanhado da Sra. Josete Martins Sales; que geralmente encontrava os dois juntos pelas ruas do Bairro Pontal; que é do conhecimento do depoente que eles sempre viveram juntos; que a demandada foi embora para Salvador junto com o Sr. Reinaldo Costa; que a demandada não trabalhava fora de casa; que teve conhecimento que o Sr. Reinaldo tinha outra esposa após o seu falecimento.”*

Jose Francisco Da Silva Neto (fls. 139): *“que tem conhecimento de que o Sr. Reinaldo Costa tinha na verdade duas casas, uma com a demandante e outra com a demandada; que não sabe conformar qual das casas passava mais tempo; que acredita que a demandada tinha conhecimento que ele era casado com a Sra. Jacira; que também acredita que a Sra. Jacira tivesse conhecimento da convivência do falecido esposo com a Sra. Josete Sales; que a demandada não trabalhava, era mantida pelo Sr. Reinaldo Costa; (...) o depoente se dispôs a testemunhar em seu favor (para Josete), caso fosse necessário, principalmente porque emitiu por diversas vezes requisições para compra de alimentos, medicamento e material escolar em favor das filhas da demandada”*

Assim, diante da existência da união estável entre o falecido marido da autora e a ré Josete Martins Sales, não há falar cancelamento de desdobramento da pensão instituída pelo INSS em favor da esposa do *de cuius*, a autora. O benefício é devido, àquela, portanto, desde a data do cancelamento indevido da pensão.

Relativamente às prestações em atraso, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que *“As verbas em atraso devem ser corrigidas monetariamente nos termos da Lei 6.899/1981, a partir do vencimento de cada parcela, e das Súmulas 43 e 148 do eg. STJ, aplicando-se os índices legais de correção”* (AC 2006.01.99.026380-3/MT, Rel. Juiz Federal Itelmar

Raydan Evangelista (conv), Primeira Turma, *e-DJFI* p.116 de 29/07/2008).

Quanto aos juros de mora, o eg. STJ e esta Turma já pacificaram entendimento de que são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida, conforme se pode ver dos seguintes julgados: RESP 314181/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *in DJ* de 05/11/2001, pág. 133; AGRESP 289543/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *in DJ* 19/11/2001, pág. 307; AC 2007.01.99.007284-2/RO, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, *e-DJFI* p.184 de 26/08/2008; AC 2005.38.05.002572-1/MG, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, *e-DJFI* p. 166 de 26/08/2008; AC 2002.38.00.042628-0/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, *DJ* p. 22 de 18/06/2007).

No que tange à verba honorária, mantenho a condenação no percentual em R\$ 500,00 (quinhentos reais), porque, a meu ver, atende aos requisitos previstos no § 4º do art. 20 do CPC.

Pelo exposto, dou provimento às apelações e à remessa oficial, para reformar a sentença recorrida, julgando improcedente o pedido e manter o pagamento do benefício de pensão por morte à ré Josete Martins Sales, a partir do cancelamento do benefício.

As parcelas em atraso deverão ser pagas de uma única vez, acrescidas de correção monetária nos termos da Lei 6.899/1981, acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Determino, ainda, que a autora restitua ao INSS, a metade do valor pago a título de pensão por morte de Reinaldo Santos Costa, desde o cancelamento do benefício em 17/05/2006, por força de decisão judicial (fls.200), devidamente corrigido.

Condene a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0025355-59.2001.4.01.3800

Apelação em Mandado de Segurança 2001.38.00.025432-6/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: José Martins Soares
Advogado: Dr. Clênio Ricardo Fonseca Santos
Remetente: Juízo Federal da 29ª Vara – MG
Publicação: e-DJF1 de 16/04/2010, p. 32

Ementa

Previdenciário e Processual Civil. Apelação em mandado de segurança. Conversão de tempo de serviço especial em comum. Decadência da impetração e inadequação da via eleita. Preliminares afastadas. Ruído superior a 80 dB. Possibilidade de contagem diferenciada. Enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008. Art. 3º da EC 20/1998. Respeito ao direito adquirido.

I. “Não parece razoável contar-se o prazo de 120 dias do indeferimento administrativo, no caso, quando há possibilidade de se interpor recurso administrativo, mesmo que destituído de efeito suspensivo, pelo simples fato de que não existe o que suspender, pois o benefício ainda não foi concedido”. Precedente da Segunda Turma desta Corte.

II. Tratando-se de mandado de segurança impetrado buscando o reconhecimento do tempo de serviço prestado pelo impetrante como de natureza especial, não se há de falar em inadequação da via processual eleita nos casos em que não se faça necessária a dilação probatória como forma de comprovação da natureza especial da atividade exercida.

III. A comprovação do tempo especial mediante o enquadramento da atividade exercida pode ser feita até 05/03/1997, data da entrada em vigor do Decreto 2.172/1997, que regulamentou, no ponto, a Lei 9.032/1995. Assim, a exigência de laudo técnico comprobatório da existência dos agentes agressivos somente se aplica para o trabalho desempenhado a partir de 05/03/1997.

IV. O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo, a conversão, sofrer nenhuma restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido. Precedentes do STJ.

V. A exigência legal referente à comprovação sobre ser permanente a exposição aos agentes agressivos somente alcança o tempo de serviço prestado após a entrada em vigor da Lei 9.032/1995. De qualquer sorte, a constatação do caráter permanente da atividade especial não exige que o trabalho desempenhado pelo segurado esteja ininterruptamente submetido a um risco para a sua incolumidade.

VI. Segundo o Enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008, “*Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/1997, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então*”.

VII. O art. 3º da EC 20/1998 garantiu aos segurados o direito à aposentação e ao pensionamento de acordo com os critérios vigentes quando do cumprimento dos requisitos para a obtenção desses benefícios.

VIII. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

IX. Juros de mora de 1% ao mês, a contar da notificação da Autoridade impetrada quanto às prestações a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subseqüentes.

X. Apelação desprovida.

XI. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 10/03/2010.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta pelo INSS em desfavor da sentença (fls. 104/122) proferida pelo Juízo Federal da 29ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que concedeu a segurança requestada para determinar à autoridade impetrada que procedesse à conversão do tempo de serviço especial exercido pelo impetrante em tempo comum (x 1.4), a ser adicionado ao período de capacitação profissional (16/06/1986 a 25/07/1986) e ao período laborado de 29/05/1998 a 16/12/1998, com a consequente concessão da aposentadoria requerida, a contar do pedido administrativo, com efeitos financeiros a partir do ajuizamento do *writ*.

Determinou que o *quantum* apurado deve ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da notificação, e de correção monetária, desde quando se tornaram devidas, nos termos da Lei 6.899/1981.

Houve remessa oficial.

Em seu recurso de fls. 137/145, o INSS alega, em suma, que:

1. A ação mandamental não se constitui em via processual adequada ao deferimento dos pedidos formulados pela parte impetrante;

2. Não é possível a consideração de ruídos inferiores a 80/90 dB para fins de contagem diferenciada do tempo de serviço;

3. Há a necessidade de que os ruídos *mínimos* a que se submetia o impetrante fossem superiores aos

níveis indicados pela legislação de regência como aptos à sua consideração como agentes insalubres;

4. Não há prova da habitualidade e permanência dos agentes agressivos no desempenho laboral do impetrante;

5. A impossibilidade de incidência dos juros de mora em mandado de segurança, ante o risco de transformar o *mandamus* em verdadeira ação de cobrança, pelo que devem ser os juros excluídos da condenação, ou, ao menos, reduzidos à taxa legal (arts. 1.062/1.063 do CC);

6. Houve a decadência do direito ao manejo do *writ*.

Contrarrazões a fls. 125/129.

Parecer Ministerial, nesta Corte (fls. 158/163), pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Nos inúmeros processos remetidos a esta Corte em demandas atinentes a pedidos de contagem diferenciada de tempo de serviço especial, seja para fins de obtenção de benefício dessa mesma natureza, seja para a conversão daquele tempo qualificado em comum, no intuito de que o resultado seja considerado

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Itelmar Raydan Evangelista (convocado) e Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

para fins de deferimento do benefício aposentatório, são diversas as questões que demandam elucidação para a aferição do direito do segurado àquilo que judicialmente requer.

Vejamos as mais importantes:

1. Da impropriedade da via processual eleita

Tratando-se de mandado de segurança impetrado buscando o reconhecimento do tempo de serviço prestado pelo autor como de natureza especial, não se há de falar em inadequação da via processual eleita quando não se faça necessária a dilação probatória como forma de comprovação da natureza especial da atividade exercida.

Assim, quando a prova pré-constituída se mostrar bastante para a demonstração do direito alegado, a ação mandamental é, sim, idônea para o fim acima mencionado.

Nesse sentido, é iterativa a jurisprudência desta Corte, corporificada, dentre inúmeros outros, nos seguintes julgados (AMS 2000.38.00.040141-7/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, *DJ* de 17/03/2009, p. 12); (AMS 2005.38.00.028474-4/MG, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, *DJ* de 31/03/2009, p. 86); AMS 2000.01.00.057405-5/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, *DJ* de 03/08/2006, p. 03).

Afastada a preliminar.

2. Da atividade especial por enquadramento profissional

É pacífica a compreensão jurisprudencial sobre ser possível o reconhecimento do tempo de serviço especial pelo exercício de atividade profissional elencada na legislação de regência, independentemente da comprovação de efetiva exposição aos agentes insalubres, em relação ao período laborado antes da entrada em vigor da Lei 9.032/1995, sendo certo que o referido ditame não tem aptidão para produzir efeitos retro operantes. É saber, independentemente da data em que atendidos os requisitos para o requerimento do benefício, o tempo prestado em período anterior à Lei 9.032/1995 pode ser considerado como de natureza especial, a partir da verificação da categoria profissional a que pertence o segurado.

De outro eito, a Lei 9.032/1995 somente foi regulamentada, quanto ao ponto sob enfoque, com a publicação do Decreto 2.172/1997, daí porque a comprovação do tempo especial mediante o enquadramento da atividade exercida pode ser feito até 05/03/1997.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Recurso Especial. Previdenciário. Atividade exercida em condições especiais até o advento da Lei 9.032/1995. Desnecessidade de comprovação da insalubridade, presumida pela legislação anterior. Tempo de serviço. Conversão em tempo comum. Possibilidade. Direito adquirido ao disposto na legislação em vigor à época do trabalho especial realizado. Não incidência do princípio da aplicabilidade imediata da lei previdenciária. Rol exemplificativo das atividades especiais. Trabalho exercido como pedreiro. Agente agressivo presente. Perícia favorável ao segurado. Não violação à Sumula 7/STJ. Precedentes. Recurso Especial ao qual se dá provimento.

I. O STJ adota a tese de que o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo ela sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido.

II. Até 05/03/1997, data da publicação do Decreto 2.172, que regulamentou a Lei 9.032/1995 e a MP 1.523/1996 (convertida na Lei 9.528/1997), a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, dava-se pelo simples enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979 e, posteriormente, do Decreto 611/1992. A partir da referida data, passou a ser necessária a demonstração, mediante laudo técnico, da efetiva exposição do trabalhador a tais agentes nocivos, isso até 28/05/1998, quando restou vedada a conversão do tempo de serviço especial em comum pela Lei 9.711/1998.

(...)

(REsp 354.737/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2008, *DJ* de 09/12/2008.)

Previdenciário e Processo Civil. Mandado de Segurança. Tempo de serviço especial. Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 611/1992.

Enquadramento por atividade desempenhada. Possibilidade. Lei 9.032/1995 e Decreto 2.172/1997. Aplicação retroativa. Impossibilidade. Correção monetária. Juros de mora. Honorários. Custas.

I. Os documentos acostados comprovam a atividade especial exercida pelo requerente nos períodos anteriores a 28/05/1998, de modo a atrair a aplicação da regra de aferição de atividade especial na forma dos Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 611/1992.

II. Descabida a aplicação retroativa da regra instaurada pela Lei 9.032/1995 - perfectibilizada com o advento do Decreto 2.172/1997 - mantém-se a sentença que reconheceu o direito do impetrante à conversão do tempo especial em comum, com a consequente concessão da aposentadoria, pois efetivamente demonstrada a prestação do serviço pelo período necessário ao deferimento do benefício.

III. De fato, a legislação aplicável à espécie é aquela em vigor ao tempo em que foram prestadas as atividades insalubres e não aquela que, ulterior ao desempenho das referidas atividades, passou a exigir novos documentos, antes dispensáveis, para a conversão do tempo especial em comum, ou vice-versa.

(...)

(AMS 2001.34.00.021167-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ de 06/11/2008, p. 189.)

3. Da necessidade de laudo pericial para fins de comprovação da atividade especial

“O STJ adota a tese de que o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo ela sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido.” (REsp 354.737/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2008, DJ de 09/12/2008.)

“Até 05/03/1997, data da publicação do Decreto 2.172, que regulamentou a Lei 9.032/1995 e a MP 1.523/1996 (convertida na Lei 9.528/1997), a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, dava-se pelo simples enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979 e, posteriormente,

do Decreto 611/1992. A partir da referida data, passou a ser necessária a demonstração, mediante laudo técnico, da efetiva exposição do trabalhador a tais agentes nocivos, isso até 28/05/1998, quando restou vedada a conversão do tempo de serviço especial em comum pela Lei 9.711/1998.” (idem).

Como visto, a exigência de laudo pericial para fins de comprovação de atividade especial somente alcança o labor desempenhado a partir de 05/03/1997.

4. Do agente agressivo ruído

Enunciado AGU 29, de 9 de junho de 2008.

Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/1997, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então.

O Enunciado AGU 29/2008, acima transcrito, resultante da jurisprudência firmada sobre o tema, evidencia a possibilidade de contagem como tempo especial daquele submetido ao agente *ruído*, com níveis superiores a 80 dB, até 05/03/1997, sendo assim desnecessário tecer outras considerações a esse respeito, autoexplicativa que é a sua redação.

Por outro lado, é curial que a exposição a esse agente agressivo em níveis médios superiores ao mínimo estabelecido em lei permite, sim, a contagem diferenciada do tempo correlato, não obstante os níveis mínimos de ruído a que se expôs o segurado fossem inferiores ao do limite da norma, isto porque a indicação de níveis de ruído médios demonstra ter sido aquele o nível de exposição a que o trabalhador esteve exposto *ao longo de sua jornada*.

A prevalecer a absurda tese que o INSS tem reiteradamente apresentado sobre o tema, ainda que o segurado se submetesse a sete horas diárias de exposição a níveis superiores ao previsto pela legislação, e trabalhasse por uma única hora diária de sua jornada exposto a níveis inferiores àqueles nela previstos, ele não teria direito a ver tal atividade considerada como especial, porque não esteve exposto ao agente agressivo na inteireza de sua jornada.

Data vênia, é claramente teratológica essa linha de intelecção.

5. Da permanência da exposição ao agente agressor

“Não devem receber interpretação retroativa as alterações promovidas no Art. 57, da Lei 8.213/1991 pela Lei 9.032/1995, especialmente a regra estabelecida pelo parágrafo terceiro do referido art. 57, que introduziu a exigência do caráter permanente, não ocasional nem intermitente do labor em condições especiais.” (AC 2001.01.99.041623-9/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 12/05/2009, p. 380).

Assim, a exigência legal referente à comprovação sobre ser permanente a exposição aos agentes agressivos somente alcança o tempo de serviço prestado após a entrada em vigor da Lei 9.032/1995.

De qualquer sorte, e mesmo em reforço ao quanto exposto no tópico anterior, a constatação do caráter permanente da atividade especial não exige que o trabalho desempenhado pelo segurado esteja *ininterruptamente* submetido a um risco para a sua incolumidade.

6. Da utilização de equipamentos de proteção – EPP e EPI

Os equipamentos de proteção fornecidos aos trabalhadores têm por finalidade proteger a sua saúde, não tendo, entretanto, o condão de descaracterizar a situação de insalubridade ou de periculosidade a que ele está submetido.

Aliás, o próprio INSS reconhece que a simples utilização do EPI não afasta o risco do trabalhador, na forma de suas Instruções Normativas 42/2001 e 78/2002, senão, vejamos.

Instrução Normativa INSS 42/2001:

Art. 19. A utilização de equipamento de proteção não descaracteriza o enquadramento da atividade.

Instrução Normativa INSS/DC 78/2002:

Art. 159. A simples informação da existência de EPI ou de EPC, por si só, não descaracteriza o enquadramento da atividade. No caso de indicação de uso de EPI, deve ser analisada também a efetiva utilização dos mesmos durante toda a jornada de trabalho, bem como, analisadas as condições de conservação, higienização periódica e substituições a tempos regulares, na dependência da vida útil dos mesmos,

cabendo à empresa explicitar essas informações no LTCAT/PPP.

Conforme ressaltado nos textos complementares desses mesmos ditames, apenas nas hipóteses em que devidamente comprovado, por *laudo técnico* subscrito por quem detém a necessária qualificação técnica para tanto, que os equipamentos de proteção utilizados suprimem ou pelo menos reduzem para níveis inferiores aos mínimos estabelecidos, a exposição aos agentes agressivos, é que será descaracterizado o enquadramento da atividade.

Não basta, nesse sentido, a menção da eficácia do equipamento de proteção constante dos chamados Perfis Profissiográficos Previdenciários – PPP. Não, a indicação da eficácia tem de ser declarada por profissional técnico habilitado, em documento específico voltado para essa comprovação, no qual se aponte o resultado da perícia levada a efeito no caso concreto.

7. Período anterior ao advento da Lei 6.887/1980

Quanto à conversão de atividade especial em comum de períodos laborados anteriormente a dezembro de 1980, observe-se que o art. 70 do Decreto 3.048/1999, com as alterações que lhe foram impingidas pelo Decreto 4.827/2003, notadamente no que se refere à inclusão do § 2º ao referido dispositivo, conta com a seguinte redação:

Art. 70, § 2º - As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado *em qualquer período*. (grifei).

Como visto, o ditame normativo regulamentador da Lei 8.213/1991 determina de forma expressa que a tabela de conversão inserida em seu art. 70 será utilizada *para o trabalho prestado em qualquer período*.

Assim, não há nenhuma ressalva quanto ao período laborado *antes da entrada em vigor da Lei 6.887/1980*, certo ainda que tanto os arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991 e art. 28 da Lei 9.711/1998 se contrapõem à alegação recursal do instituto previdenciário.

Dessa forma tem sido decidido por esta Turma:

O § 5º do art. 57 da Lei 8.213/1991 está em plena vigência, sendo que, atualmente não cabe mais dúvida quanto à possibilidade de conversão de

todo tempo trabalhado em condições especiais, para ser somado ao restante do tempo sujeito a contagem comum e, conseqüentemente, fazer jus à aposentadoria por tempo de serviço”. Ademais, o § 2º do art. 70 do Decreto 3.048/1999, na redação dada pelo Decreto 4.827/2003, prevê que “as regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período”.

(AMS 2001.38.00.007339-6/MG, Relator Des. Federal Antônio Sávio de O. Chaves.)

8. Do fator de conversão

O critério de conversão do tempo especial em comum, tanto na legislação mais longeva, quanto na que a revogou, é o mesmo, qual seja, a correlação entre a atividade especial trabalhada e o tempo necessário para a aposentação, caso seja ela obtida por tempo comum.

Assim, por exemplo, se o tempo especial trabalhado encontra-se vinculado a uma atividade a que a norma atribuiu como necessário para aposentadoria especial 25 anos de labor, deve ser ela correlacionada, para fins de conversão, com o tempo igualmente necessário para a aposentadoria comum.

Em termos práticos, se na regra mais antiga a atividade especial era de 25 anos de trabalho, e a comum, de 30 anos, convertia-se o tempo de 25 anos para 30 anos, simplesmente porque, à época, era materialmente impossível converter-se de 25 para 35. De igual modo, se a atividade especial, não obstante a ocorrência de alteração legislativa, permaneceu em 25 anos, e a comum passou a ser de 35 anos, mantendo-se o mesmo critério, passou-se a converter de 25 para 35.

Nesse sentido, para a manutenção do mesmo critério, em ambas as hipóteses apresentadas, verificou-se necessária a aplicação de dois fatores de conversão diferentes, porque para se converter 25 anos especiais para 30 de tempo comum, era necessária a utilização do fator 1.2, onde $25 \times 1.2 = 30$; enquanto isso, para a conversão de 25 anos especiais para 35 de tempo comum impõe-se a aplicação do fator 1.4, porque $25 \times 1.4 = 35$.

Observe-se, por curioso, que o inverso também poderá acontecer, ou seja, manter-se o mesmo tempo comum de aposentadoria, em legislações distintas, com a alteração apenas do tempo especial. Assim,

por exemplo, determinada atividade poderia ser considerada como especial, vinculada a 25 anos de labor, para, sob a égide de regra posterior, passar a ser considerada especial com a exigência de apenas 20 anos de trabalho para fins de aposentação diferenciada.

Portanto, para que seja preservado o mesmo critério de conversão, pode ser necessária a modificação do fator que era aplicado enquanto em vigor a legislação mais antiga, na hipótese de ela ter sido alterada ao longo do tempo, com a ampliação ou diminuição do tempo de serviço necessário à obtenção da aposentadoria, seja ela especial, seja comum.

De fato, se o segurado deixou de poder se aposentar com 30 anos de serviço, como antes podia (não se tratando aqui, de mera aposentadoria proporcional), desborda do razoável manter a utilização de um fator de conversão que perdeu a vinculação com o tempo comum objetivado na respectiva conversão.

Tanto isso é verdade, aliás, que o Decreto 611/1992, que se seguiu à edição da Lei 8.213/1991, estabeleceu, em seu art. 64, que: o tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, aplicada a Tabela de Conversão seguinte, para efeito de concessão de qualquer benefício.

A dicção desse dispositivo indicou que o tempo de serviço já exercido pelo trabalhador, *sem distinção de período*, seria convertido com base na “tabela seguinte”, esta que previu expressamente a utilização do fator 1.4 na conversão do tempo especial em comum para o segurado homem (utilização do fator 1.2, nesta tabela, é restrita à contagem do tempo da segurada mulher). Da mesma forma dispôs o art. 64 do Decreto 2.172/1997, que revogou o regulamento anterior.

Mais adiante, e para espancar quaisquer dúvidas que ainda poderiam remanescer, veio a lume do Decreto 3.048/1999 que, em seu art. 70, § 2º, assim estabeleceu: “as regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período”. (incluído pelo Decreto 4.827 - de 3 de setembro de 2003), registrado, de logo, que na tabela inserida no dispositivo em comento está estampada a utilização do fator 1.4 para a conversão

de 25 anos de atividade especial em 35 de atividade comum, *com a clara consignação de que o fator 1.2 refere-se apenas à conversão do tempo da segurada do sexo feminino*.

Observe-se, nessa mesma diretriz, o art. 173 da Instrução Normativa INSS/DC 118/2005:

Art. 173. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, qualquer que seja o período trabalhado, com base no Decreto 4.827, de 3 de setembro de 2003, aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício:

Registro, por importante, que nem mesmo a revogação do Decreto 4.827/2003, pelo recente Decreto 6.939, de 18 de agosto de 2009, tem o condão de alterar a diretriz ratificada pela norma revogada; a uma, porque como já dito, a referida norma apenas serviu para confirmar a prevalência de uma regra de conversão que se mostra adequada à realidade fático-jurídica vislumbrada e; a duas, porque a sobredita revogação possui efeitos *ex tunc*, de sorte que ainda fosse o referido ditame possuidor de caráter autônomo, somente poderia ser aplicado ao tempo de serviço prestado após a sua entrada em vigor, ou, pelo menos, àqueles segurados que atenderam os requisitos para a aposentadoria após o referido marco temporal.

De qualquer modo, os segurados que requereram judicial ou administrativamente a conversão de seu tempo de serviço especial em tempo comum, durante todo o período alcançado pelo *vigorante* Decreto 4.827/2003 têm direito à observância desse ditame reforçador da utilização do fator de conversão 1.4 para todo o período trabalhado.

Portanto, não se há de falar em utilização do fator de conversão 1.2 em relação ao tempo de serviço prestado em determinada ocasião, e do fator 1.4, quanto àquele posteriormente prestado, muito menos em utilização do fator 1.2 para fins de cálculo de aposentadoria proporcional.

Quanto a essa última afirmação, não há como se acolher a tese, porque com ela a aferição do fator a ser aplicado somente seria cabível, e possível, *após a própria apuração do resultado da conversão*, ensejando

uma situação completamente esdrúxula, qual seja, a de se promover a conversão do tempo especial em comum (com o fator 1.4, por exemplo), e diante do resultado final apurado, manter-se ou não o fator já utilizado. Ou seja, se o tempo apurado igual ou superior a 35 anos fica mantido o fator 1.4, se inferior, repete-se a operação, agora com a utilização de outro fator (1.2).

Não há um mínimo de lógica que justifique a adoção de tal procedimento, valendo repetir, para se evitem indevidos questionamentos, que a legislação acima citada não distingue os fatores a serem aplicados na conversão do tempo prestado pelo trabalhador, em razão do tipo de aposentadoria que ele visa perceber – a diferença decorre do fato de se tratar de segurado homem ou mulher.

9. Da limitação temporal da conversão do tempo especial em comum

É tormentosa a questão relativa à limitação temporal para a conversão do tempo de serviço especial prestado pelo trabalhador, em tempo comum, tendo em vista o disciplinamento legal que a questão recebeu por conduto da MP 1.663-15/1998, esta que em seu art. 32 revogou o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/1991, vedando, assim, a possibilidade de se proceder, dali em diante, a transformação em apreço.

Ocorre que a referida revogação não subsistiu no comando legal resultante da conversão da aludida MP na Lei 9.711/1998, diploma que manteve, em seu art. 32, apenas a revogação de outros dispositivos já previamente revogados pela MP convertida.

Vejamos a redação de ambos os dispositivos em comento:

MP 1.663-15/1998

Art. 32. Revogam-se a alínea “c” do § 8º do art. 28 e os arts. 75 e 79 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, o § 5º do art. 57 e o art. 127 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, e o art. 29 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994. (destaquei)

Lei 9.711/1998

Art. 32. Revogam-se a alínea “c” do § 8º do art. 28 e os arts. 75 e 79 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, o art. 127 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, e o art. 29 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994.

Registro não desconhecer o fato de que o art. 28 da Lei 9.711/1998 faz menção à data de 28/05/1998 como marco temporal de tempo de serviço prestado para o estabelecimento, pelo Poder Executivo, dos critérios de conversão sob enfoque.

Todavia, chama mais a atenção a circunstância de a revogação do § 5º do art. 57 não ter subsistido por ocasião da conversão da MP 1.667-15/1998 na Lei 9.711/1998 do que o fato de o art. 28 acima mencionado ter feito menção à sobredita limitação temporal.

É ainda mais relevante para o exame da questão a verificação de que o art. 15 da Emenda Constitucional 20/1998 assim estabeleceu: *“Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.”*

Logo, como o §5º do art. 57 acima mencionado ainda permanecia (e permanece) em vigor na data da publicação da EC 20/1998, emerge evidente ser possível a conversão do tempo de serviço especial em comum não só em período posterior à Lei 9.711/1998, como também à própria norma constitucional em comento, e isto até que venha a ser editada a lei complementar nela própria referida.

Corroborando ainda essa constatação o fato de que o Regulamento da Lei de Benefícios, qual seja o Decreto 3.048/1999, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto 4.827/2003, *permanece mantendo a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum, independentemente do período em que desempenhado o labor do segurado.*

Vejamos:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

Tempo a converter	Multiplicadores	
	Mulher (para 30)	Homem (para 35)
De 15 anos	2,00	2,33
De 20 anos	1,50	1,75
De 25 anos	1,20	1,40

(...)

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum

constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. (destaque não original)

Também a Instrução Normativa INSS/DC 78/2002, posterior, portanto, à EC 20/1998, dá a mesma diretiva à questão sob enfoque, quando trata do tema em seu art. 167:

Art. 167. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que foram, sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, conforme a legislação vigente à época, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, independentemente de a data do requerimento do benefício ou da prestação do serviço ser posterior a 28 de maio de 1998, aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício: (destaquei)

Idem quanto à Instrução Normativa INSS/DC 118/2005:

Art. 173. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, qualquer que seja o período trabalhado, com base no de 3 de setembro de 2003, aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício:

Diante do exposto, a única conclusão a que se pode chegar é a de que enquanto não for editada a lei complementar a que se refere o art. 15 da EC 20/1998 será possível ao segurado do RGPS converter o tempo de serviço especial por ele trabalhado, em tempo comum, para fins de concessão do benefício aposentatório.

10. Da repercussão da Emenda Constitucional 20/1998

A Emenda Constitucional 20/1998 trouxe ao mundo jurídico diversas inovações em relação ao sistema previdenciário brasileiro, notadamente no que se refere ao Regime Geral de Previdência Social.

Todavia, essa mesma norma revisional superior cuidou, em seu art. 3º, de garantir aos segurados o direito à aposentação e ao pensionamento de acordo com os critérios vigentes quando do cumprimento dos requisitos para a obtenção destes benefícios, isto

em respeito ao direito já incorporado ao patrimônio jurídico desses segurados de obterem seus benefícios em consonância com a legislação vigente à época em que eles já poderiam ser auferidos.

Já o art. 9º desse ditame estabeleceu como critério de transição do regime anterior para o novo instaurado, a necessidade de atendimento de *dois novos requisitos* para que os segurados já filiados ao RGPS (mas ainda sem direito adquirido aos benefícios nele previstos) pudessem usufruir os benefícios aposentatórios, quais fossem, a *idade mínima* de 53 anos para o homem, e 48 anos, para a mulher, e o *período adicional de contribuição* (pedágio), correspondente a 20% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo necessário para a aposentação integral, e a 40% desse mesmo resíduo, para fins de concessão de aposentadoria proporcional.

Ocorre que “o inc. I do §7º do art. 201, da CF/1988, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Como a exigência da idade mínima não foi aprovada quando da promulgação da Emenda 20, a regra de transição para a aposentadoria integral (art. 9º, incisos I e II da EC 20) restou sem efeito, já que, no texto permanente (art. 201, §7º, Inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição, sem exigência de idade ou “pedágio”.¹

Do mesmo modo, “As exigências de idade mínima e período adicional, para a aposentadoria integral, antes previstas no art. 188 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999), foram suprimidas pelo Decreto 4.729, de 09/06/2003, que deu nova redação ao art. 188. E a Instrução Normativa 118 do INSS, de 14/04/2005 (art. 109), em consonância com o Regulamento, disciplinou a concessão da aposentadoria integral sem as exigências do art. 9º, incisos I e II da EC/20.”²

Confira-se, por importante, o quanto estabelecem os textos acima mencionados:

¹AMS 2003.38.00.021656-6/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ p.35 de 14/05/2007

²Idem.

Decreto 3.048/1999:

Art. 188. O segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até 16 de dezembro de 1998, cumprida a carência exigida, terá direito a aposentadoria, com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando, cumulativamente: (Redação dada pelo Decreto 4.729, de 2003)

I - contar cinquenta e três anos ou mais de idade, se homem, e quarenta e oito anos ou mais de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e (Redação dada pelo Decreto 4.729, de 2003)

b) um período adicional de contribuição equivalente a, no mínimo, quarenta por cento do tempo que, em 16 de dezembro de 1998, faltava para atingir o limite de tempo constante da alínea “a”. (Redação dada pelo Decreto 4.729, de 2003.)

IN 118/2005

Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o contido no § 2º, do art. 38 desta IN, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações:

I – aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:

a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher.

II – aposentadoria por tempo de contribuição com renda mensal proporcional, desde que cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

a) idade: 53 (cinquenta e três) anos para o homem; 48 (quarenta e oito) anos para a mulher;

b) tempo de contribuição: 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher;

c) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, em 16 de dezembro de 1998, faltava para atingir o tempo de contribuição estabelecido na alínea “b” deste inciso.

Vê-se, assim, que as exigências da idade mínima e do “pedágio” *aplicam-se apenas para fins de concessão de aposentadoria proporcional.*

Nesse passo, deve ser registrada a impossibilidade de contagem de tempo posterior à EC 20/1998, para fins de concessão de aposentadoria proporcional, sem se aplicar a regra de transição nela prevista.

Assim, não tendo o segurado completado o tempo mínimo de 30 anos de contribuição, se homem, e 25, se mulher, somente fará jus à aposentadoria proporcional, após a entrada em vigor da EC 20/1998, *se já tiver alcançado a idade mínima e cumprido o “pedágio” nela previsto.*

Deve ser registrado, a fim de se evitarem dúvidas, que se o segurado já tiver implementado os requisitos para a aposentadoria proporcional em 15/12/1998 e continuar em atividade após essa data, resultará possível a contagem do tempo de serviço a ela posterior, para fins de alteração do coeficiente de cálculo do benefício, desde que atingida a idade mínima de 53 anos, para o homem, e 48, para a mulher.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta Casa:

Previdenciário. Processo Civil. Alegação de ausência de interesse processual afastada. Aposentadoria. Tempo de serviço especial. Direito adquirido à forma de contagem. Agente nocivo: ruído com média superior ao limite regulamentar. Decretos 53.831/1964, 2.172/1997, 3.048/1999. Conversão. Tempo de atividade comum comprovado. Emenda constitucional 20/1998. Juros de mora. Correção monetária. Honorários advocatícios.

(...)

IX. Possibilidade dos segurados com direito adquirido computar tempo posterior à Emenda 20, para fins de majoração do coeficiente de cálculo, desde que possuam idade mínima de 53 anos, se homem, ou 48 anos, se mulher.

X. No caso, restou preenchido o requisito etário (55 anos), bem como o *pedágio constitucional* para a majoração do coeficiente de proporcionalidade.

(AC2000.38.00.039097-2/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 26/11/2007, p. 9.)

Conclusão

Além das questões acima apresentadas, analiso tema relacionado especificamente ao caso concreto.

Ressalte-se que o direito do impetrante de ter convertido, em comum, o tempo de serviço por ele exercido em condições especiais se dá ante a sua exposição ao agente “ruído”, enquadrado nos códigos 1.1.6 do anexo ao Decreto 53.831/1964, 1.1.5 do anexo I do Decreto 83.080/1979 e 2.0.1 do Decreto 2.172/1997.

Quanto à questão da decadência, reporto-me a precedente desta Corte no sentido de que *“não parece razoável contar-se o prazo de 120 dias do indeferimento administrativo, no caso, quando há possibilidade de se interpor recurso administrativo, mesmo que destituído de efeito suspensivo, pelo simples fato de que não existe o que suspender, pois o benefício ainda não foi concedido”* (AC 96.01.21046-6/MG, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ de 06/10/1997, p. 81.985).

Ademais, no caso em apreço, a ciência do indeferimento do pedido na via administrativa ocorreu em 21/06/2001 (fls. 28) e o ajuizamento em 27/07/2001.

As parcelas vencidas, que ainda não adimplidas, serão monetariamente atualizadas com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, agregando-se juros de mora de 1% ao mês, a contar da notificação do impetrado, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes, sendo tal arbitramento consentâneo com a jurisprudência sedimentada sobre o ponto, por se cuidar, na espécie, de verbas de natureza alimentar.

Assim, considerando a abrangência da fundamentação supra sobre as questões fático/jurídicas trazidas ao reexame desta Corte, notadamente, no caso concreto, os itens de “1”, “4”, “5”, “7” e “8”, *nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para disciplinar a forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora, nos moldes acima delineados.*

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0001630-27.2003.4.01.3200

Apelação Cível 2003.32.00.001627-0

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Apelante: Amazoneide Fernandes da Silva

Advogado: Dr. Amazoneide Fernandes da Silva

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Tiago de Sousa Carneiro

Publicação: e-DJF1 de 09/03/2010, p. 148

EMENTA

Apelação cível. Improbidade administrativa. Impedimento e suspeição do juiz e de testemunhas. Exercício de advocacia concomitantemente com o cargo de analista judiciário. Nulidade da sentença. Inocorrência. Licença médica. Efetivo exercício. Indisponibilidade de bens decretada de ofício. Indisponibilidade.

I. Afastado o impedimento do juiz federal que determinou a citação, que não tem conteúdo decisório, por ter sido o mesmo que encaminhou cópia do procedimento administrativo ao Ministério Público Federal, inclusive em razão de que, posteriormente, outra magistrada chamou o feito à ordem, intimando o requerido para resposta preliminar.

II. Sendo a audiência de instrução e julgamento, após a qualificação da testemunha, a oportunidade para a arguição da contradita, e não tendo o apelante, advogando em causa própria, sequer comparecido ao ato processual, é de se reconhecer a ocorrência da preclusão.

III. Comete ato de improbidade administrativa o servidor público do Poder Judiciário que, mesmo estando em licença médica, exerce a advocacia, por serem tais atividades incompatíveis (art. 28, IV, da Lei 8.906/1994), eis que tal período é computado como tempo de serviço, inclusive com o recebimento de remuneração em sua totalidade relativa ao cargo público.

IV. Conduta que se enquadra no art. 11 da Lei 8.429/1992, em razão da violação aos deveres de honestidade, legalidade e lealdade à instituição, além do princípio da moralidade administrativa, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

V. Pena aplicada segundo os parâmetros do art. 12, III, da LIA.

VI. A indisponibilidade de bens não pode ser decretada de ofício, além de não ter restado demonstrado que o apelante pretende se furtar do cumprimento da sentença que o condenou ao ressarcimento do dano causado à União, bem como ao pagamento da multa.

VII. Apelação provida em parte, apenas para afastar a indisponibilidade dos bens.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, *por unanimidade*, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 23/03/2010.

Desembargador Federal Cândido Ribeiro, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de recurso de apelação interposto por Amazoneide Fernandes da Silva, advogado, contra a sentença que o condenou por improbidade administrativa, em ação movida pelo Ministério Público Federal, em decorrência do exercício de advocacia concomitantemente com o exercício do cargo de Analista Judiciário na 4ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, assim:

a) ressarcimento integral do dano – R\$ 10.353,86 (dez mil, trezentos e cinquenta e três reais e oitenta e seis centavos) (fls. 39), valor histórico de 15/09/1999, o qual devidamente corrigido pelo INPC do IBGE atinge a cifra, hoje, de R\$ 17.664,67 (dezesete mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e sessenta e sete centavos);

b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos;

c) pagamento de multa civil de 50 (cinquenta) vezes o valor da última remuneração recebida pelo exercício do cargo de Analista Judiciário.

Explicita-se, com vista a que se profira *sentença líquida*, que o valor da última remuneração foi de R\$ 1.155,94 (mil, cento e cinquenta e cinco reais e noventa e quatro centavos) em valores históricos de agosto de 1999 (fls. 48), sendo que esta quantia atualizada pelo INPC do IBGE, atinge a cifra de: R\$ 1.982,99 (mil, novecentos e oitenta e dois reais e noventa e nove centavos).

Assim, em valores atuais, a multa ora imposta é da ordem de R\$ 99.149,50 (noventa e nove mil, cento e quarenta e nove reais e cinquenta centavos);

d) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Argui o apelante, em preliminar, nulidade da sentença, ao argumento de que há, nos autos, fortes indícios de impedimento e suspeição, assim:

(...) o julgador funcionou na condição de autor da decisão de acolhimento da imputação de atos ímprobos ao apelante ficando vinculado às razões e interesses do reconhecimento da juridicidade no processo em sede de instância administrativa e, ainda, pela arguição de impedimento e suspeição “in tempore proprie” nas razões finais (fls. 1.799/1.803), por se tratarem de servidores da justiça federal, espécie do gênero serventuários da justiça no juízo *a quo*, que agiram na condição de

membros integrantes da comissão de indiciamento, instrução e conclusão na instância administrativa, desta forma, de igual forma vinculados ao processo administrativo comprometendo o resultado da atuação jurisdicional na ação de improbidade administrativa, bem como, acima de tudo, porque o julgador monocrático manifestadamente agindo a *contra legem* decretou *ex officio* provimentos de natureza cautelar fora dos limites do pedido na ação pública promovida pelo *parquet*, produzindo uma sentença de natureza diversa do *petitum* ou *extra petita*, contrariando prescrições legais de ordem pública estatuidas no art. 460 do CPC c/c art. 7º da Lei 8.429/1992, incompatível com os princípios constitucionais consagrados no art. 5º, II, LIV e LV da CF/1988, portanto, ensejando a nulidade da sentença. (fls. 1.901/1.902.)

No mérito, afirma que o ato de improbidade administrativa somente pode ser imputado àquele que estiver no exercício de cargo, emprego ou função pública, sendo que a sentença reconheceu que *o requerido, ora apelante, estava afastado do exercício do cargo em gozo de licenciamento médico*, sendo, pois, uma das hipóteses de interrupção ou suspensão do exercício de cargo público, consoante previsto nos arts. 15 e 16 da Lei 8.112/1990.

Alega que o processo administrativo está em fase de recurso, sem que tenha havido qualquer pronunciamento da instância superior da instituição, tendo sido apreciado pelo diretor de recursos humanos, mas sem comunicação, notificação ou outro ato acerca de sua conclusão, em violação ao que dispõe o art. 5º, LV, da CF/1988. Sustenta que o ato de demissão ocorreu nos moldes do art. 11, VI, da Lei 8.429/1992, tendo como causa a obrigação de prestar contas, e quando estava no exercício do cargo não lidava com recursos da instituição, razão pela qual não tinha obrigação de prestar contas de dinheiro, bens e valores públicos.

Afirma que ao fixar a pena o magistrado o fez sem observância ao princípio da proporcionalidade, visto que, por estar afastado legalmente de sua atividade funcional no período de 18/01/1999 a 27/08/1999, o exercício de advocacia não configura ato de improbidade administrativa.

Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação, com o intuito de obstar o cumprimento da sentença até final julgamento, e se evitar a indisponibilidade dos bens, principalmente

o bloqueio das contas-correntes; bem como, o provimento do apelo, para, preliminarmente, a declaração de nulidade da sentença por violação aos arts. 134, III; 135, V; 138, II; e 460 do CPC; art. 7º da Lei 8.429/1992 c/c art. 5º, II, LIV e LV, da Constituição Federal. No mérito, requer seja reformada a sentença, com a improcedência do pedido pela ausência dos pressupostos do exercício efetivo de cargo público pelo apelante (art. 2º da Lei 8.429/1992) para fins de tipificação da conduta do art. 11 da Lei 8.429/1992, em razão do afastamento legal do exercício do cargo, com fundamento nos arts. 202 e 203 c/c arts. 15 e 16 da Lei 8.112/1990 (fls. 1.900/1.909).

Contrarrazões a fls. 1.916/1.922.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Andrea Lyrio Ribeiro de Souza, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 1.928/1.935).

Por meio da petição de fls. 1.937/1.938, o apelante requer a suspensão do julgamento do recurso em epígrafe, em virtude do ajuizamento de ação declaratória visando ao reconhecimento de nulidade do ato administrativo que o demitiu. Em petição a fls. 2.022/2.025, o apelante reitera o pedido de suspensão do cumprimento da sentença até o julgamento da apelação ou até o julgamento de mérito acerca da restituição do prazo recursal nos autos do Agravo de Instrumento 2009.01.00.028961-0, relativo à ação anulatória de ato administrativo.

Aberta vista à Procuradoria Regional da República, que se manifestou pelo indeferimento do pedido de suspensão do feito (fls. 2.045/2.048).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro:
— Trata-se de recurso de apelação interposto por Amazoneide Fernandes da Silva nos autos da ação de improbidade administrativa, que lhe move o Ministério Público Federal, fundada em representação formulada pela Diretoria do Foro da Justiça Federal

da Seção Judiciária do Amazonas. Narra a peça que o ora apelante, na qualidade de Analista Judiciário no período de 04/12/1998 a 25/09/1999, teria exercido cumulativamente atividades advocatícias, tendo patrocinado, além de causas contra a União, outras trabalhistas, e também de ter participado de reuniões da Delegacia Regional do Trabalho na condição de advogado do Sindicato dos Trabalhadores Portuários no Estado do Amazonas – Sindporto.

A demissão ocorreu por meio do Ato 157, de 16/02/2000, do então Presidente desta Corte, Juiz Plauto Ribeiro (fls. 1.822).

Julgado procedente o pedido, foi o apelante condenado nas sanções do art. 12, III, da Lei 8.429/1992, quais sejam: ressarcimento integral do dano; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos; pagamento de multa civil de 50 (cinquenta) vezes o valor da última remuneração percebida em razão do exercício do cargo de Analista Judiciário; e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios. Foi decretada ainda a indisponibilidade dos seus bens.

Passo, pois, à análise dos argumentos expostos nas razões de apelação.

Com relação à preliminar de *impedimento e suspeição* do Juiz Federal que ordenou a citação, ao argumento de que seria o mesmo que determinou o encaminhamento de cópia do procedimento administrativo para o Ministério Público Federal para os fins legais, ressalto que não há como prosperar.

Isso porque, além de não ter o Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira proferido qualquer ato decisório, tendo determinado apenas a citação (fls. 1.706), tal despacho ficou superado tanto pelo de fls. 1.728, de lavra da Juíza Federal Substituta Raquel Soares Chiarelli, que chamou o feito à ordem para intimar o requerido, ora apelante, para resposta preliminar, como pela decisão da mesma magistrada que recebeu a inicial da ação de improbidade (fls. 1.733/1.735). Em nenhuma outra oportunidade o referido Juiz Federal atuou no feito, não havendo que se falar, pois, em impedimento, tampouco em suspeição do magistrado.

Quanto à preliminar de impedimento e suspeição das testemunhas, dispõe o art. 414, § 1º, do CPC, *verbis*:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Assusete Magalhães.

Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado. (...)

Como se observa, o momento para a arguição da contradita é após a qualificação da testemunha, durante a audiência de instrução e julgamento. Consoante se vê do Termo de Audiência a fls. 1.782, o requerido, ora apelante, advogando em causa própria, sequer compareceu ao referido ato processual, vindo apresentar seu inconformismo somente após a sentença que julgou procedente o pedido, ao constatar a ocorrência de ato de improbidade na sua conduta. Logo, é de reconhecer a ocorrência de preclusão com relação a possível suspeição ou impedimento das testemunhas. Rejeito a preliminar.

No tocante à alegação de que o exercício de licença médica interrompe ou suspende o exercício do cargo público, nos termos do disposto nos arts. 15 e 16 da Lei 8.112/1990, e que o ato de improbidade administrativa somente pode ser imputado àquele que estiver no exercício de cargo, emprego ou função pública, tenho que o raciocínio do apelante se mostra equivocado. Com efeito, assim se manifestou a Procuradoria Regional da República acerca do tema:

Segundo a mirabolante tese do recorrente, o fato de encontrar-se em gozo de licença médica “se constitui de uma situação jurídica elencada nas hipóteses de interrupção ou suspensão do exercício de cargo público, previsto nos arts. 15 e 16 da Lei 8.112/1990, respectivamente” (fls. 1.906).

Olvidou-se o recorrente, no entanto, que o art. 102, inciso VII, letra *b* do mesmo Estatuto, reza que o afastamento para tratamento da própria saúde é considerado como de “efetivo exercício”.

Vale lembrar, nesse passo, que o conjunto dos direitos alcançados ao servidor público é uma consequência do efetivo exercício do cargo, de sorte que a Lei 8.112/1990 “excepcionou as hipóteses”, elencando-as taxativamente, “em que o afastamento do cargo pode ser computado com tempo de serviço efetivamente prestado”.

Dessarte, a interpretação pretendida pelo recorrente afronta não só o princípio da legalidade, mas também o da moralidade administrativa, porquanto encontrando-se o servidor de licença médica, recebendo portanto a remuneração do cargo e gozando dos demais direitos inerentes ao efetivo exercício do cargo, é no mínimo imoral pretender que seu liame com a Administração encontrava-se *suspense*, de modo a permitir o livre exercício da advocacia justamente nos períodos de licença.

Agrava ainda mais a situação a circunstância de que nos períodos de licença o recorrente exercia a advocacia atuando em litígios que envolviam a União, “de cujos cofres percebia a remuneração mensal”, em franca afronta ao disposto no art. 28, IV, da Lei 8.906/1994.

O art. 28, IV, da Lei 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da OAB, possui o seguinte teor:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

(...)

IV. ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

Portanto não há dúvida de que o apelante tinha ciência da incompatibilidade do exercício da advocacia concomitantemente com o do cargo de Analista Judiciário deste Tribunal. Isso fica patente no momento em que se faz crer que o fato de se encontrar em licença médica possui o condão de desvinculá-lo do cargo efetivo que possuía no Poder Judiciário. Ademais, consoante bem ressaltou a Procuradoria Regional da República, o art. 102, VIII, *c*, da Lei 8.112/1990 dispõe que serão considerados como de efetivo exercício os afastamentos para tratamento da própria saúde, tanto que, durante todo o período, o apelante percebeu a remuneração em sua totalidade relativa ao cargo público que ocupava, além de gozar dos demais direitos inerentes ao cargo.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

Processual Civil e Administrativo. Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica – GDAJ. Percepção da vantagem durante o afastamento da impetrante para tratamento da saúde. Inteligência do Art. 202 da Lei 8.112/1990. Sentença mantida.

(...)

III. A teor do disposto no art. 202 da Lei 8.112/1990, o servidor licenciado preserva a remuneração a que tem direito durante todo o período em que estiver licenciado para tratamento da própria saúde.

IV. Apelação e remessa, tida por interposta, desprovidas.

(AC 2003.34.00.015179-6/DF, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, e-DJFI p. 30 de 25/11/2008.)

Administrativo. Servidor público. Auxílio-transporte instituído pela MPV 2.165-34/2001. Auxílio-alimentação: Incidência no período em que o servidor estiver afastado em razão de licença para tratamento de saúde. Inteligência do art. 102 da Lei 8.112/1990.

(...)

III. A licença para tratamento da própria saúde é considerado efetivo exercício por isso que, não havendo restrição imposta pelo legislador, é vedado ao administrador público a interpretação prejudicial ao servidor no sentido de excluir o direito ao recebimento do auxílio-transporte e auxílio-alimentação no período de afastamento previsto no art. 102, da Lei 8.112/1990.

(...)

(AC2002.33.00.022299-0/BA, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, e-DJFI p. 93 de 10/04/2008.)

Dúvida não resta de que o servidor afastado das suas funções para tratamento da saúde está em efetivo exercício, daí por que permanece a incompatibilidade de que trata o art. 28, IV, do Estatuto da OAB, que deixou de ser observada por parte do então servidor público da Justiça Federal, de forma a atentar contra os princípios da Administração Pública.

É de se concluir, pois, que a conduta do apelante se enquadra no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992. Foram violados os deveres de honestidade, legalidade e lealdade à instituição, além do princípio da moralidade administrativa, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Sem reparos a sentença neste particular.

A pena foi aplicada segundo os parâmetros do art. 12, III, da LIA, com gradação compatível com a conduta do apelante, não merecendo reparos.

Por fim, reformo a sentença apenas no que diz respeito à indisponibilidade dos bens do apelante, haja vista a inexistência de pedido por parte do Ministério Público Federal, tampouco a ausência de comprovação

de que o ora apelante estivesse se desfazendo do seu patrimônio com o propósito de se furtar ao cumprimento das sanções que lhes foram impostas, o que afasta o *periculum in mora*.

Veja-se a jurisprudência desta Turma:

Processual Civil e Administrativo. Agravo de Instrumento. Ação de improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Legitimidade passiva dos agravantes. Indisponibilidade de bens. Requisitos: "Fumus Boni Iuris" e "Periculum in Mora". Necessidade de demonstração. Precedentes.

(...)

II. A indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa, ainda que decretada nos limites do suposto dano, é medida de caráter acautelatório e restritivo que requer não só a existência de indícios relevantes de lesão ao patrimônio público e/ou enriquecimento ilícito, como também a existência de elementos que conduzam o magistrado à conclusão de que eventual condenação ao pagamento/devolução de valores seja inviabilizada pela ausência de recursos, não havendo que se admitir, em regra, meras presunções.

III. Se não há nos autos notícia de fatos que indiquem a efetiva intenção dos demandados em dilapidarem seu patrimônio, ou mesmo transferir-lo a terceiros, com o escopo de impossibilitarem o cumprimento de eventual condenação em ação civil pública, faz-se ausente o perigo da demora e descabe a decretação da indisponibilidade de bens; o que poderá ser feito a qualquer tempo, caso venha a ser necessário, com a juntada de documentos que assim o demonstre.

IV. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(AG 2009.01.00.037246-0/PI, do qual fui Relator, e-DJFI p. 49 de 12/02/2010.)

Assim, reformo a sentença apenas quanto à indisponibilidade de bens, haja vista a impossibilidade de sua decretação de ofício pelo magistrado, aliado ao fato de que não foi demonstrado que o apelante pretende se furtar ao cumprimento da sentença que o condenou ao ressarcimento do dano causado à União, bem como ao pagamento da multa.

Afasto, pois, a alegada violação aos arts. 134, III; 135, V; 138, II; e 460 do CPC; art. 7º da Lei 8.429/1992 c/c art. 5º, II, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como ao art. 2º da Lei 8.429/1992 e arts. 202 e 203 c/c arts. 15 e 16 da Lei 8.112/1990.

Indefiro, por fim, os pedidos contidos a fls. 1.937/1.938 e 2.022/2.025, pelos seguintes fundamentos: a Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo 2008.32.00.002906-6/AM foi extinta sem apreciação do mérito por abandono de causa pelo autor em 18/12/2008. Interposto agravo de instrumento da decisão que negou seguimento ao recurso de apelação, autuado sob o

2009.01.00.028961-2/AM, foi proferido despacho terminativo, com baixa definitiva em 10/07/2009. Não há mais o que se aguardar com relação à ação em que se questionava a nulidade do ato de demissão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao apelo, tão somente para afastar a indisponibilidade dos bens do apelante.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0007950-70.2006.4.01.3400

Apelação Criminal 2006.34.00.008056-2/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. José Robalinho Cavalcanti
Apelado: Julimar Gonçalves de Carvalho
Apelado: Lindoberto Tavares de Sousa
Defensor: Defensoria Pública da União
Publicação: e-DJF1 de 08/04/2010, p. 62

Ementa

Penal. Telecomunicações. Lei 4.117/1962. Rádio clandestina. Lei 9.472/1997. Radiodifusão comunitária. Lei 9.612/1998. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença absolutória. Recurso de apelação. Pena de multa. Provimento.

I. A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu art. 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas.

II. Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/1997).

III. Coexistem os tipos penais previstos nos arts. 70, da Lei 4.117/1962, e 183, da Lei 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas.

IV. A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão.

V. É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização.

VI. A Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1998. A conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei.

VII. Os crimes em referência são de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc), podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos – TVs e rádios – adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias.

VIII. O princípio da insignificância não é aplicável aos crimes contra os serviços de telecomunicações.

IX. É entendimento pacífico nesta Turma de que a imposição de multa em quantia invariável ofende o princípio da individualização da pena, devendo ser estipulada dentro dos parâmetros estabelecidos nos arts. 49, 59 e 60 da Lei Adjetiva Penal, de modo a não caracterizar a infringência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

X. Recurso de apelação provido.

Acórdão

Decide a Turma, *por unanimidade*, dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 23/11/2009.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra *Julimar Gonçalves de Carvalho* e *Lindoberto Tavares de Sousa*, pela prática do crime previsto no art. 183, da Lei 9.472/1997, por isso que, “*sem autorização*”, operaram a estação de radiodifusão “*Rádio Alternativa FM*”, em funcionamento na “*Chácara Grotão, nº 32, Núcleo Rural Córrego do Atoleiro, Planaltina-DF, com estúdio situado na quadra 19, conjunto F, lote 16, bairro Araponga, Planaltina-DF*”.

Consta da denúncia que “*na data de 11 de fevereiro de 2004, por volta das 17 horas, Fiscais da Anatel (...) acompanhados de Agentes da Polícia Federal, no cumprimento de suas atribuições legais, localizaram e promoveram a apreensão de equipamentos utilizados no funcionamento de uma estação de radiodifusão clandestina (...) com a consequente interrupção do funcionamento da emissora denominada “Rádio Alternativa FM”; que a materialidade delitiva está amplamente comprovada pelo “Auto de Apresentação e Apreensão” (fls. 14/15); pelo “Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico 1183/2005-INC” (fls. 23/27), elaborado pelos peritos criminais federais do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal,*

assim como pelo “Termo de Entrega de Bens” (fls. 38); que no tocante à autoria “sólidos indícios decorrem naturalmente da situação de flagrância na qual foi surpreendido o 2º Denunciado, posto que, no momento da fiscalização, Lindoberto Tavares de Sousa foi encontrado operando a rádio”, que ainda confirmou que trabalha na Rádio há aproximadamente duas semanas, como locutor e operador; em relação à constatação de autoria do cometimento do crime pelo 1º denunciado, Julimar Gonçalves de Carvalho, “decorre do depoimento do proprietário da chácara onde funcionava a rádio, Sr. Augusto Ferreira da Costa (fls. 34/35), ao declarar ‘que é o proprietário da Chácara Grotão, nº 32, situada no Núcleo Rural Córrego do Atoleiro/DF; (...) que há acerca de quatro anos atrás, Julimar Gonçalves de Carvalho, a solicitou ao depoente autorização para instalar a antena de transmissão de uma rádio comunitária em seu imóvel; Que até onde tem conhecimento a rádio e os equipamentos nela existentes pertenciam a Julimar; (...) que Julimar prometia ao depoente o pagamento pela energia elétrica utilizada na rádio, todavia, não efetuou tais pagamentos, tendo o depoente arcado com as despesas (...)’; que, não obstante tenha este acusado negado em interrogatório policial ser o efetivo proprietário da emissora em comento “não forneceu versão verossímil ou qualquer informação precisa a respeito da pessoa que seria a dona

dos equipamentos apreendidos, confessando, contudo, ter trabalhado como locutor na rádio Alternativa FM, no período de 2003/2004, por aproximadamente, oito meses; que o programa que apresentava na rádio era veiculado de segunda a sexta-feira, pelo interrogado”.

A denúncia foi recebida em 14/03/2006 (fls. 67).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, absolvendo os réus com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, aplicando, na hipótese, o “*princípio da insignificância*”, ao argumento de que “*o bem jurídico tutelado pela norma penal sub examine (...) consiste na salvaguarda da segurança e efetividade dos serviços de telecomunicações, a qual, in casu, não foi vilipendiada, porquanto o funcionamento de rádio de pequena potência nenhuma idoneidade possui para afetá-los*” (cf. fls. 245/259).

Inconformado, recorre o Ministério Público Federal, sustentando, em síntese, que, ao contrário do contido na r. sentença recorrida, “*(...) há (...) afirmação da perícia técnica e testemunhos dos técnicos habilitados (...) provas incontestes nos autos – de materialidade delitiva e de que o serviço clandestino de telecomunicações em questão, cuja operação foi denunciada nesses autos, tinha potencial e efetivamente estava causando interferência em equipamentos e serviços legais de telecomunicações*”; que, conforme Laudo de exame em aparelhos eletrônicos (transmissores de FM) de fls. 33/37 “*não aponta insignificância, ao inverso, diz clara e inquestionavelmente, que o aparelho era capaz de interferir em outras transmissões (...)*”; que “*(...) os técnicos habilitados, peritos do Instituto Nacional de Criminalística, analisando os equipamentos apreendidos nesses autos e o caso concreto (...) concluíram pela materialidade e pela possibilidade efetiva de dano ao bem jurídico tutelado, vale dizer, ao espectro de telecomunicações e sua exploração legal*”; que, nesse mesmo sentido, é o depoimento da testemunha Ubirajara Pinto, agente fiscalizador da Anatel, no sentido de que “*os equipamentos apreendidos eram, sim, capazes de interferência – e interferiram concretamente – principalmente pelo “modus operandi”, pois o sinal era transmitido em UHF, por transmissor de baixa potência, até a antena e retransmissor (esse de potência bem maior e localizado em local alto e isolado, multiplicando o*

*alcance), de onde era transmitido para a satélite de Planaltina, para a cidade de Planaltina-GO e arredores (...)*fls. 131/132(...)”; que “*(...) a prova dos autos é uniforme, sólida e insofismável em comprovar materialidade e lesividade da conduta, sendo que a operação clandestina de serviço de telecomunicações em questão não apenas potencialmente mas também efetivamente provocou danos ao bem jurídico tutelado*”; que “*(...) a apreciação do conjunto probatório demonstra, de forma inequívoca, a autoria delitiva, restando indúvidas as responsabilidades dos réus (...)*”; que “*(...) o réu Julimar Gonçalves de Carvalho, era comprovadamente o proprietário da Rádio e dos equipamentos de transmissão apreendidos, como também era o principal responsável pela sua operação clandestina*”; que, “*(...) a testemunha Augusto Ferreira, morador da chácara Grotão, afirmou, em juízo e sob compromisso, que Julimar lhe pediu para instalar ali a antena – sendo inequívoco, ainda, pelo depoimento do técnico da Anatel (Ubirajara), e também dos laudos e documentos do feito, que esta era a antena que irradiava a programação da ‘Rádio Alternativa FM’ – que Julimar quem fazia a manutenção da mesma e era sempre o mesmo Julimar o único proprietário dos equipamentos (...)*”; que, “*(...) em suas declarações oficiais, Lindoberto Tavares de Sousa – o qual operava o Sistema no momento da apreensão, e foi, portanto, preso e responsabilizado em flagrante –, de forma absolutamente inverossímil, negou conhecer o proprietário da rádio e afirmou ali estar em razão de convite de uma certa ‘Dina Nunes’, pessoa esta que é total desconhecida nos autos. Mostrou, assim, claramente – ao tentar se esquivar de responsabilidades, e ao mesmo tempo ao ‘proteger’ Julimar –, que tinha ciência perfeita do caráter clandestino da Estação de radiodifusão, e que estava em união de desígnios e de ação com Julimar*”, desse modo, tem-se, portanto, “*sobejamente comprovada a participação – mais do que isso, a co-autoria – por parte de Lindoberto*’ (grifos no original); e que “*(...) quanto à capitulação do crime, entende (...) que os fatos descritos na exordial acusatória subsumem-se ao crime capitulado no art. 183 da Lei 9.472/1997*”.

Diante disso, requer o provimento do recurso e consequente reforma da r. sentença “*para que decrete este Tribunal a condenação de Julimar Gonçalves de Carvalho e Lindoberto Tavares de Sousa nas penas previstas do art. 183 da Lei 9.472/1997 – reconhecendo-se, a Lindoberto, a participação de menor importância, e reduzindo-lhe a pena na forma do art. 29, §1º, do*

Estatuto Repressivo –, coerente, em todos os termos, com os fatos imputados na denúncia” (fls. 205/222).

Com contrarrazões (235/242), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial pelo provimento do recurso (fls. 248/253).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro – Recorre o Ministério Público Federal de sentença que absolveu Julimar Gonçalves de Carvalho e Lindoberto Tavares de Sousa da prática do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997.

Tem a r. sentença recorrida os seguintes fundamentos, que destaco:

(...)

A denúncia atribui aos réus o cometimento do delito tipificado no art. 183 da Lei 9.472/1999, vale dizer, terem operado, sem autorização legal, sistema de transmissão radiofônica em frequência modulada.

As provas coligidas nos autos não corroboram a acusação.

É certo que o funcionamento das rádios comunitárias depende de autorização do poder concedente nos termos preconizados pela legislação de regência, a qual guarda absoluta conformidade com a Constituição Federal e, bem assim, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, integrada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678, de 08/11/1992.

Sucedem, entretanto, que a operação de rádio comunitária, de baixa potência, não tem o condão de caracterizar o delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, a qual, nesse particular, não revogou o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962, art. 70).

Assim, é força concluir que a qualificação jurídica emprestada ao fato narrado na inicial melhor se amolda ao tipo do art. 70 da Lei 4.117/1962 e não ao do art. 183 da Lei 9.472/1997, na medida em que é aquele diploma que regula a atividade de radiodifusão sonora de sons e imagens, sendo este último destinado às telecomunicações, com ênfase na telefonia, conforme, aliás, vê se manifestando

o Ministério Público Federal em processos idênticos em curso neste Juízo (v.g., Ação Criminal 2004.43218-7).

Impende observar, ademais, que o princípio da legalidade (CF art. 5º, XXXIX), eixo de todo o sistema penal, exige que a lei defina o crime e também a pena, vale dizer, a ela incumbe delimitar uma conduta lesiva ou idônea a pôr em perigo um bem jurídico relevante e prescrever uma consequência punitiva para quem a realiza.

Assim dispondo, ‘... circunscreve a ilicitude penal ao comportamento descrito e não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. Cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade do Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade e de preencher, através do processo integrativo da analogia, eventuais lacunas. Definir, nessa ótica, quer dizer explicitar, com marcos precisos, uma conduta criminosa que não pode servir de parâmetro para situações fáticas avizinhas’.

Destarte, não há como se opor tal postulado – o da tipicidade cerrada –, eis que a salvaguarda constitucional da legalidade em Direito Penal não se compadece, in casu, com tal método exegético, o qual procura conferir a um determinado tipo (art. 70 da Lei 4.117/1962) âmbito de aplicação mais restrito, enquadrando condutas outras em norma penal mais gravosa (art. 183 da Lei 9.472/1997).

(...)

De qualquer maneira, em qualquer dos diplomas legais que se queira enquadrar a conduta narrada na denúncia, seria a mesma atípica.

É que o bem jurídico tutelado por ambas as normas incriminadoras aludidas consiste na segurança e efetividade do sistema brasileiro de telecomunicações, daí porque o próprio art. 183 da Lei 9.472/1997, o qual entende o Ministério Público Federal subsuma-se ao caso, prevê, além da pena privativa de liberdade, multa no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tudo sem prejuízo do ressarcimento efetivo dos danos acaso causados pelo ato e da perda de todos os aparelhos utilizados no cometimento do crime.

Ora, uma tal resposta penal não poderá atingir conduta de quem instala, sem licença da autoridade pública, rádio que opera em frequência modulada, utilizando rádio transmissor cujo alcance, via de regra, não excede a 20km (vinte quilômetros) por se revelar flagrantemente desproporcional.

O Direito Penal, assim o diz a melhor doutrina, ostenta caráter subsidiário, vale dizer, onde a

*Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Juízas Federais Jaiza Maria Pinto Fraxe (convocada) e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

proteção de outros ramos do Direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como "última ratio regum". Não além disso.'

O traço fragmentário do Direito Penal, característica que em nada nega sua autonomia, evidencia-se na constatação de que dentre a multidão de ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são alcançados pelo ordenamento penal.

Nesse sentido, a correta identificação do bem jurídico tutelado, por um lado, e a adequada apreciação da lesão que experimentou por força de determinada conduta humana, por outro, são curiais no estabelecimento dos limites a que se conforma a proteção penal.

(...)

Assentados tais pressupostos, há que se considerar a aplicação do princípio da insignificância (...)

O bem jurídico tutelado pela norma penal sub examine, repita-se, consiste na salvaguarda da segurança e efetividade dos serviços de telecomunicações, a qual, in casu, não foi vilipendiada, porquanto o funcionamento de rádio de pequena potência nenhuma idoneidade possui para afetá-los.

Destarte, é força reconhecer a atipicidade da conduta protagonizada pelo réu, na esteira do que tem decidido, reiteradamente, nossos Tribunais Superiores em acórdãos que consagram a tese da insignificância (...)

(...)

Em prestígio ao que se expôs até aqui, não há que se cogitar do cometimento do crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/1962, ou, menos ainda, no art. 183 da Lei 9.472/1997.

(...)

Por todo o exposto, "julgo improcedente" a ação, para o fim de "absolver" os réus "Julimar Gonçalves de Carvalho" e "Lindoberto Tavares de Sousa", por isso que o fato não constitui infração penal (CPP art. 386, III)" (cf. fls. 195/200 – grifos no original).

Vejamos.

1. Telecomunicações e Radiodifusão – Leis 4.117/1962 e 9.472/1997.

A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de

radiodifusão (espécie), estabeleceu em seu art. 70 sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas.

Vicente Greco Filho, discorrendo sobre o tema *O Código das Telecomunicações e a Segurança Interna*, leciona:

"Partindo-se da premissa indiscutível de que o sistema global de telecomunicações é essencial à transmissão de informações, comandos ou determinações com eficiência para que um país se afirme como Unidade, e além disso, no que se refere à Radiodifusão é o meio quicá mais importante de comunicação de massa, reservou-se a União, nos termos do texto Constitucional, a execução de todos os serviços de telecomunicações, para exploração direta ou mediante concessão ou autorização." (in Justitia, vol. 87, p. 196).

Ora, é certo que a previsão do direito à livre manifestação não prescinde de autorização do Poder Público para o seu exercício no tocante às estações de emissoras radiofônicas.

Nesse diapasão cabe consignar que, se por um lado a Constituição Federal consagra a liberdade de expressão e pensamento, por outro, confere à União o poder para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão (art. 21, XII, *a*, e art. 223).

Aliás, o eminente Ministro Vicente Leal, ao proferir voto no RHC 4.764/PR, de que foi o relator, nessa linha de orientação assim se pronunciou sobre o tema:

Na verdade, a Carta de 1988 manteve o monopólio estatal dos serviços de telecomunicações (art. 21, I, XI) e conferiu ao Poder Executivo competência para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Permaneceu, assim, no campo das telecomunicações, a mesma política estatal anterior, vigente ao tempo da edição da Lei 4.117/1962. (STJ, 6ª Turma, DJ 11/03/1995)

Conclui-se, dessa forma, que a Lei 4.117/1962 foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Posteriormente, nos termos da Emenda Constitucional 8/1995, foi editada a Lei 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, a criação e funcionamento de um

órgão regulador e outros aspectos institucionais e, no seu art. 183, preceitua que constitui crime o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação.

Aparentemente, essas duas leis dispõem sobre as mesmas condutas penalmente sancionadas, o que poderia levar à conclusão de que a lei mais nova teria revogado a anterior, no que se refere ao tipo penal e à pena cominada.

Ocorre que a Lei 4.117/1962, em seu art. 70, estabelece, *verbis*:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste art., será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

E a Lei 9.472/1997, por sua vez, estabelece, *verbis*:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena – detenção de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. (*omissis*).

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

À vista dos termos das normas em referência verifica-se que são diversas as condutas descritas, coexistindo os dois tipos penais, na medida em que o art. 70, da Lei 4.117/1962 tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular, enquanto o art. 183, da Lei 9.472/1997 tipifica e sanciona a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação, sem a necessária concessão, permissão ou autorização, ou seja, essa conduta expõe a sociedade a maior perigo, porque o agente sequer

dispõe da outorga do poder público, razão pela qual a pena cominada é significativamente maior do que a cominada ao crime capitulado no já referido art. 70, da Lei 4.117/1962.

Pois bem, os serviços de telecomunicação, de que a radiodifusão é espécie, estão assim definidos pela Lei 9.472/1997:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

E, mais adiante, a Lei em referência, expressamente, preceitua:

Art. 215. Ficam revogados:

I – a Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

(*omissis*).” (grifei)

Por sua vez, a Lei 4.117/1962, quanto aos fins a que se destinam, classifica as telecomunicações em vários serviços, dentre os quais o de radiodifusão (art. 6º, alínea *d*), *verbis*: *serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.*

É certo, pois, que a Lei 9.472/1997 não revogou a totalidade das disposições da Lei 4.117/1962, restando inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão (art. 215, inc. I, da Lei 9.472/1997).

A propósito, nesse sentido tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. Resp. Rádio comunitária. Ausência de autorização. Lei 4.117/1962. Revogação parcial pela Lei 9.472/1997. Radiodifusão e matéria penal. Inalterabilidade. Recurso provido.

I – A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis

os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão, de acordo com o constante no art. 215, I, da Lei 9.472/1997.

II – Vigente o disposto no art. 70 da Lei 4.117/1962, cuja pena máxima prevista no tipo não ultrapassa o limite do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, firma-se a competência do Juizado Especial Federal para o julgamento do feito.

III – Recurso provido, nos termos do voto do relator. (REsp 756.787/PI, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 1º/02/2006, p. 602 – grifei)

RHC. Inquérito policial. Trancamento. Radiodifusão. Falta de autorização. Exame de prova. Impossibilidade. Leis 9.472/1997 e 4.117/1962.

I. (omissis).

II. A Lei 9.472/1997 não revoga, na totalidade, as disposições constantes da Lei 4.117/1962, restando mantidos os preceitos relativos à radiodifusão e aos crimes pertinentes (art. 215, I), sendo inviável o trancamento do inquérito policial pois, em tese, há crime a ser apurado.

III. RHC improvido.” (RHC 9.060/PR, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 29/11/1999 – grifei)

Penal. Inquérito policial. Trancamento. Rádio comunitária. Baixa frequência. Falta de autorização para o funcionamento. Habeas corpus. Recurso.

I. Os serviços de radiodifusão constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, funcionar sem a devida autorização do poder público.

II. A Lei 9.472/1997 não revogou a totalidade das disposições constantes na Lei 4.117/1962. Mantidos os preceitos relativos à radiodifusão e aos crimes pertinentes, não se apresenta viável o trancamento do inquérito policial.

III. Recurso a que se nega provimento.” (RHC 8.579/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 27/09/1999 – grifei)

De concluir, pois, que a atividade clandestina de desenvolver serviço de telecomunicação, na modalidade radiodifusão, mediante a operação de rádio emissora FM, sem a competente concessão ou permissão, é conduta ilícita tipificada e sancionada no art. 183, da Lei 9.472/1997.

2. Radiodifusão Comunitária – Lei 9.612/1998.

A Lei 9.612/1998 instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, para cuja exploração continua sendo necessária a outorga e renovação das autorizações, pelo Poder Executivo, sendo ilegal seu

funcionamento sem a observância dos procedimentos legais em questão.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Rádio comunitária. Autorização ministerial para funcionamento. Necessidade.

I. Os serviços de radiodifusão sonora devem ser explorados diretamente pela União ou mediante permissão, concessão ou autorização, independentemente de tratar-se de rádio de baixa frequência e sem fins lucrativos.

II. Recurso especial provido. (REsp 384.300/PR, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29/03/2006, p. 132 – grifei)

Processual Penal. Recurso especial. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Rádio comunitária. Necessidade de autorização para funcionamento. (...).

I – (omissis).

II – Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são, por definição, serviços a serem explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, concessão ou autorização, razão pela qual rádio comunitária em questão, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não pode funcionar sem a devida autorização do Poder Público. Precedentes.

Recurso conhecido e provido. (REsp 251.848/MG, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJ 04/02/2002 – grifei)

Administrativo. Rádio comunitária. Funcionamento. Art. 223 da CF/1988, Lei 9.612/1998 e Decreto 2.615, de 03/06/1998.

I. Por disposição constitucional, os serviços de radiodifusão sofrem o crivo estatal, desde a autorização até a regularidade do funcionamento, pela fiscalização da Anatel.

II. Atividade disciplinada com claras disposições em normas infraconstitucionais que observam a finalidade e potencial de cada emissora.

III. É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização legal.

Recurso especial provido.” (REsp 363.281/RN, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 10/03/2003, p. 152 – grifei)

3. Lei 9.472/1997 X Lei 9.612/1998.

Por outro lado, não há que se falar em descriminalização da conduta capitulada no art. 183,

da Lei 9.472/1997, por conta das disposições inseridas na referida Lei 9.612/1998, posto que esta última, além de estabelecer as especificações técnicas para esse serviço de radiodifusão e todos os procedimentos para a autorização de funcionamento das rádios comunitárias, define tão somente punições de natureza administrativa, elencadas no seu art. 21.

É nesse sentido, aliás, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, que destaco:

Criminal. Resp. Rádio comunitária. Ausência de autorização. Descriminalização da conduta pela revogação da Lei 9.472/1997. Inocorrência. Recurso provido.

I – Como a Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1997, a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei.

II – As Lei 9.612/1998 e 9.472/1997 são perfeitamente compatíveis entre si, na medida em que cominam sanções de naturezas diversas.

III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (5ª Turma, REsp 509.501/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ02/08/2004 – grifei)

Penal. Trancamento da ação penal. Rádio comunitária. Baixa frequência. Falta de autorização para o funcionamento. Revogação da Lei 9.472/1997. Violação ao pacto de São José da Costa Rica. Não ocorrência.

I. Os serviços de radiodifusão constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, funcionar sem a devida autorização do poder público.

II. São perfeitamente compatíveis as Leis 9.612/1998 e 9.472/1997. Enquanto a primeira define punições de natureza administrativa, a segunda prevê sanções penais.

III. Habeas Corpus conhecido, pedido indeferido. (5ª Turma, HC 14.356/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 19/03/2001 – grifei)

Destaco do voto do eminente Ministro Edson Vidigal (relator), que foi acompanhado à unanimidade, pelos seus ilustres pares da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 14.356/SP (ementa acima transcrita), *verbis*:

(...) os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio funcionar sem a devida autorização do poder público, ainda que, conforme alegado, de baixa frequência e sem fins lucrativos.

E a Lei 9.612/1998 é clara ao exigir em seu art. 2º a obtenção de autorização do Poder Executivo para que uma rádio comunitária possa operar. Observe-se:

Art. 2º. O serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, modificada pelo Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967 e demais disposições legais.

(...)

Parágrafo único. O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto na Constituição Federal.

Portanto, não obstante o fato de ter instituído o serviço de radiodifusão comunitária, a Lei 9.612/1998 em nada alterou a ordem jurídica vigente (Leis 4.117/1962 e 9.472/1997), *posto ter determinado o devido acatamento às disposições legais pertinentes.*

Logo, não há falar-se em revogação da Lei n. 9.472/1997, *que assim prevê:*

‘Art. 183. (omissis)’

(...) (grifei).

E o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre a matéria, *verbis*:

Recurso ordinário em Habeas Corpus. Radiodifusão comunitária.

Imputação do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997. Inexistência de revogação desse dispositivo pela Lei 9.612/1998 e de violação do Pacto de São José da Costa Rica.

(...) (1ª Turma, RHC 81.473/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ08/03/2002 – grifei)

A propósito, também destaco do Voto do eminente Ministro *Moreira Alves* o seguinte pronunciamento:

(...) o art. 183 da Lei 9.472/1997 não foi revogado pela Lei 9.612/1998, primeiro, porque o art. 2º desta última determinou que o Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei 4.117, de 27 de

agosto de 1962, e demais disposições legais, e a Lei 9.472/1997, que derogou a Lei 4.117/1962, se inclui na parte final dessa determinação; segundo, porque, como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, essas leis ‘convivem no sistema jurídico nacional de forma absolutamente harmônica, posto tratem de assuntos diversos, sendo a primeira voltada para fins de sanções penais (art. 183), ao passo que a segunda (Lei 9.612/1998) estabelece condutas de ordem meramente administrativas (dentre elas, aliás, a necessidade de autorização do poder público para o funcionamento de rádios comunitárias)’.

4. Princípio da insignificância.

É certo que a tendência generalizada da política criminal moderna é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal. O fato penalmente insignificante deve ser excluído da tipicidade penal e receber tratamento adequado, se necessário, como ilícito civil, administrativo, fiscal etc. O Estado só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

A propósito, destaco do voto do eminente Ministro Hélio Quaglia Barbosa (relator), que foi acompanhado, à unanimidade, pelos seus ilustres pares da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 50.863/PE, *verbis*:

(...)

O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar da respectiva seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Claus Roxin, a quem se atribui a formulação do princípio, afirma que sua aplicação permite excluir, logo de plano, ‘lesões de bagatela da maioria dos tipos’ e que, juntamente com o princípio da adequação social (que para Hans Welzel traduz-se em condutas que, se não necessariamente exemplares, se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social), atuam no sentido de se proceder a uma correta e restritiva interpretação dos tipos penais, realizando ‘a natureza fragmentária do direito penal’ e mantendo íntegro ‘o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico’ (Claus Roxin in “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47).

Esta é a lição da doutrina de Rogério Greco:

(...) o princípio da insignificância, introduzido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas infrações consideradas como de bagatela’ (in Direito Penal – Lições, Ed. Impetus, 2000, p. 68).

De seu turno, a sempre firme orientação de Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (in Princípios básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1994, p. 133).

E os ensinamentos de Carlos Vico Mañas:

‘Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica social. Todavia, não dispõe de meios para evitar também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desta espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do nullum crime sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentada do direito penal’ (in O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal, Ed. Saraiva, 1994, p. 56).

O em. Ministro Celso de Mello, em recente decisão (Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 351), delimitou os requisitos necessários à aplicação do princípio da insignificância, cujas lições peço venia para reproduzir:

‘O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa,

pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.' (HC 84.412, STF, rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 02/08/2004)

(...) (DJ 26/06/2006)

Ocorre que, na espécie, cuidam os arts. 70, da Lei 4.117/1962, e 183, da Lei 9.472/1997 de crimes de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado, no caso, é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, podem causar sérios distúrbios por interferência em serviços regulares de rádio, TV, e até em navegação aérea ou marítima.

Assim, basta para a sua consumação que alguém desenvolva atividades de telecomunicações de forma irregular, ou clandestinamente, ainda que não se concretize, ou não se apure prejuízo concreto para as telecomunicações, para terceiros ou para a segurança em geral. É que o fim visado pela lei consiste em evitar o perigo de serem utilizadas as instalações irregulares ou clandestinas contra interesses nacionais, além dos inconvenientes decorrentes do uso de frequências, sistemas ou processos não autorizados.

Por outro lado, igualmente não se pode aplicar o princípio da insignificância, em crimes tais, ao argumento de que equipamentos de baixa potência, instalados de forma irregular, ou clandestina, não são capazes de provocar danos.

É que, conforme destacou o Dr. Valtan Furtado, Procurador da República em Brasília-DF, no art. O *crime de rádio clandestina ou 'pirata' e sua classificação legal*:

(...)

Por não operarem de acordo com as normas e não estarem sujeitas ao prévio controle dos requisitos de segurança e técnicos, as rádios clandestinas representam riscos de dois tipos: a) risco à saúde e à segurança das pessoas que trabalham ou moram na estação ou nas proximidades; e b) risco de

interferência em outras estações e serviços de telecomunicação.

A faixa de frequência oficialmente destinada à radiodifusão comunitária está definida em plano básico formulado pela Anatel. Normalmente, trata-se da faixa de 87,8 a 88 MHz (canal 200), podendo, em caso de impossibilidade técnica, ser utilizada uma frequência alternativa, dentro da canalização destinada à radiodifusão sonora em FM. Contudo, tais limites não são obedecidos pelas rádios clandestinas, que acabam interferindo em faixas destinadas a outros usuários.

Ademais, a potência de uma rádio comunitária não pode exceder 25 watts e o sistema irradiante, trinta metros (art. 1º, § 1º, da Lei 9.612/1998). Mas a simples satisfação de tais requisitos não garante que não haverá radiointerferência. Há vários outros, sendo necessário seguir um projeto técnico assinado por profissional habilitado, a fim de que não se comprometa a segurança das pessoas próximas à estação e de que não se corra o risco de problemas com harmônicos, espúrios e intermodulação.

O harmônico é o múltiplo da frequência principal, e o espúrio é um 'resto' de frequência que afeta canais inferiores (TV) e superiores (FM). Normalmente, são provocados por irregularidades no equipamento (modulação, filtro, linearidade etc.). Irregularidades no equipamento ou no sistema radiante são as causas frequentes da intermodulação, que é a junção de mais de uma frequência, produzindo uma terceira, que pode afetar outro usuário do espectro de radiofrequências.

A respeito da interferência em outros equipamentos e de aspectos de segurança, o expert Francisco Artur Cabral Gonçalves perito criminal federal, graduado em Engenharia eletrônica, Engenharia Cartográfica e Engenharia de Segurança do Trabalho, em art. publicado na revista 'Perícia Federal', *explica que*:

– equipamentos de emissoras desprovidas dos requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.) podem causar interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos – TVs e rádios – adjacentes à emissora, pelo aparecimento de frequências espúrias;

– normalmente, transmissores de construção caseira não apresentam condições de serem certificados pelo órgão competente, por desatenderem aos requisitos normativos; sua produção artesanal, com técnica rudimentar, pode levar à emissão de frequências harmônicas espúrias múltiplas, recaindo

sobre faixas do espectro ocupadas por outros serviços;

– equipamentos de emissoras desprovidas dos requisitos de segurança (blindagem, aterramento etc.) expõem a risco de vida seus operadores, clientes e vizinhos contíguos, pelo risco de eletrochoques, bem como de descargas atmosféricas nas proximidades do local.

De acordo com Relatório da Anatel,

‘A instalação de um sistema radiante de forma inadequada pode expor trabalhadores e população em geral à emissão radioelétrica, denominada Radiação Não Ionizante – RNI, que pode causar riscos à saúde humana, de acordo com o prescrito no Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequências entre 9 KHz a 300 GHz (...)’ (Relatório Técnico sobre Radiointerferência Prejudicial Provocada por Emissões em Frequência Modulada – FM 001/2003, item 7).

Por isso, é importante que a instalação de uma estação de rádio seja precedida de um projeto bem elaborado, que obedeça a todos os critérios técnicos, de modo a não colocar em risco as pessoas que nela trabalharão ou que dela estiverem próximas, nem prejudicar outros usuários do espectro.

Vários casos de interferência já foram comprovados, alguns trazendo riscos à vida humana. Por exemplo, em 30 de setembro de 1997, a Diretoria Elétrica de Proteção ao Voo do Ministério da Aeronáutica reclamou que várias emissoras de FM estavam interferindo nas frequências de 118.250 MHz a 123.700 MHz, causando problemas nas operações de pista com as aeronaves do Aeroporto de Cumbica (Relatório Anatel 001/2003, já citado, item 8).

No livro ‘Aspectos Cíveis e Criminais na Radiodifusão e Telecomunicações’, Agapito Machado relata caso em que, por comprovada interferência de rádios ‘piratas’, o Aeroporto de Fortaleza ficou sem comunicação com várias aeronaves que pretendiam pousar, o que adicionou risco à vida de um total aproximado de 1.200 pessoas (Agapito Machado e Agapito Machado Júnior, Ed. Universidade de Fortaleza, 2004, p. 79/81).

(...)

Como visto (...), muitos são os detalhes técnicos – além da simples potência do transmissor – a serem considerados, motivo pelo qual alegar que não há lesividade porque o transmissor tem até 25 watts de potência, como em muitos julgados ocorre,

não corresponde necessariamente à verdade. Um simples fato científico já derruba esse argumento:

‘(...) a área de cobertura de um sistema de telecomunicações deve ser avaliada não só pela potência do transmissor em utilização, mas também pelo conjunto transmissor e sistema irradiante. Assim sendo, no local onde está instalado o sistema irradiante da emissora ilegal, a potência irradiada pode, no mínimo, ser o dobro da potência nominal do transmissor’ (Francisco Artur Cabral Gonçalves)

(...) (in Boletim dos Procuradores da República 67, maio/2005, p. 3/8 – grifei)

A propósito, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça: “*Como a Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1997, a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária*, continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma, *não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei*” (REsp 509.501/RS, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02/08/2004); A transmissão de rádio sem a obrigatoria permissão do Poder Público, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, configura, em tese, figura típica (REsp 636.056/CE, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 19/06/2006).

Assim sendo, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de radiodifusão irregular, ou clandestina.

5. Hipótese dos autos.

Na espécie, compulsando os presentes autos verifico que os equipamentos apreendidos pelos agentes da Anatel em 11/02/2004, quando, portanto, já estava em vigor a Lei 9.472/1997, no endereço onde funcionava a rádio clandestina em questão, foram assim descritos: a) 1 (um) conjunto de som 3x1, marca *Panasonic*, Modelo SS-6100 *Stereo Music System*, na cor preta, usado; b) 1 (um) toca-disco digital a *laser*, Modelo CDP-M28, marca *Sony*, série 2239814, na cor preta, usado; c) 1 (um) *remote control compact disc player* CDP-3000, marca *Gradiente*, série 50D005154A1L, na cor preta usado; e) 1 (um) processador de áudio, marca *Wattsom*, Modelo MXS 8II – *Professional Áudio Mixer*, na cor preta; f) 1 (um) transmissor *Synthesized Transmitter Link LF 3006A*, na cor bege, usado; g) 1 (um) receptor *Sythesized Receiver Link LF 3006B*, na cor bege usado;

h) 1 (um) microfone *Le Son*, Modelo SM 58 P4, com cabo, usado; i) 1 (um) transmissor de rádio-frequência, operando na frequência 107.7 Mhz, sem caracterização, na cor preta, usado; j) 2 (dois) cabos de RF (rádio-frequência), sem caracterização; k) 1 (uma) antena *Iagy*, utilizada no *link* estúdio transmissor, sem caracterização de modelo e fabricante, usada; l) 1 (uma) antena monopolo vertical, com plano terra, sem caracterização de modelo e fabricante, usada; e m) 2 (dois) pedaços de canos metálicos de fixação (suportes), usados (fls. 24).

Nesse Auto de apresentação e apreensão consta, ainda, o seguinte histórico: *“Compareceram, nesta Delegacia, nesta data, às 17h, os agentes fiscais da Anatel: João Garcia Lemes e Ulbyrajara da Silva Pinto, comunicando que estavam investigando a Rádio Alternativa FM, localizada na Quadra 19, Conjunto F, lote 16, Arapoanga, Planaltina/DF, desde 22/03/2003, e que precisavam de acompanhamento policial para averiguar o local e apreender equipamentos. Atendendo aos fiscais, os Agentes Roberto e Sanlac, desta DP, os acompanharam, quando, no endereço retrocitado, foi realizada a apreensão dos equipamentos acima relacionados, por estar funcionando como rádio clandestina. No local foram encontradas as pessoas de Julimar Gonçalves de Carvalho e de Lindoberto Tavares de Sousa, responsáveis pelo funcionamento da rádio, que foram conduzidas a esta Delegacia, onde foi lavrado termo circunstanciado”*.

Há Laudo de Exame em Aparelhos Eletrônicos (Transmissores de FM) emitido em 27/05/2005 por Peritos Criminais Federais, acerca de *“um equipamento radiotransmissor FM, modelo Synthesized Transmitter Link LF 3006A e de um equipamento radiotransmissor FM, sem indicação de marca ou modelo”* apreendidos por fiscais de Telecomunicações da Anatel, conforme Termo Circunstanciado de Ocorrência 068/04 (fls. 16/17), dando conta de que os *“equipamentos examinados são capazes de provocar interferência nas comunicações de outros equipamentos instalados nas suas proximidades que operem nas suas frequências de transmissão ou em frequências próximas”* (cf. fls. 36).

Pois bem. O Denunciado Julimar Gonçalves de Carvalho afirmou, por ocasião de seu interrogatório em juízo, que *“não é proprietário da Rádio Alternativa”* e que *“atuava apenas como locutor na área social, voltado para a comunidade.”* Afirmou, também, que *“o estúdio*

da rádio estava no bairro Arapoanga; que não sabe dizer onde a torre estava instalada; que conhece o Sr. Augusto Ferreira da Costa e há 8 anos solicitou a ele a instalação de uma torre em sua chácara; que por tal fato foi processado criminalmente, mas quanto ao fato debatido no presente feito não mantém nenhuma relação; que é apenas locutor; que conhece o Sr. Lindoberto Tavares e o mesmo fazia um programa na Rádio Alternativa; que a pessoa identificada como J. Alves cedeu-lhe um espaço para que fizesse um programa social; que não sabe dizer quem é a pessoa responsável pela rádio (cf. fls. 87/88). Não consta, porém, nos presentes autos qualquer documento que comprove a propriedade da Rádio em questão e nem autorização pedida ao Ministério das Comunicações.

Quanto ao réu Lindoberto Tavares de Souza, embora devidamente citado (fls. 78/79), não compareceu ao interrogatório, sendo decretada a sua revelia (fls. 86) e lhe concedido defensor dativo (fls. 93), que apresentou defesa prévia (fls. 97/100).

Por outro lado, por ocasião do depoimento prestado em juízo, afirmou a testemunha Augusto Ferreira da Costa que *“o Sr. Julimar era vizinho de chácara do depoente, sendo que o Sr. Julimar residia, de fato em Planaltina; que o Sr. Julimar lhe procurou em sua chácara solicitando que fosse instalado naquela área uma antena e um transmissor; que a instalação foi realizada no ano de 2004, não sabendo precisar o depoente o mês”*; e que *“somente Julimar visitava a chácara, objetivando checar o funcionamento da aparelhagem; que conhece alguém chamado J Alves, mas que este não é seu verdadeiro nome, não sabendo informar qual seria o verdadeiro nome; que o Sr. J Alves é proprietário de chácara na região, vizinho distante, não sendo o proprietário da antena e transmissor instalados na chácara Grotão”* (cf. fls. 129/130), informação que é acrescida pela testemunha Ubirajara da Silva Pinto, agente de fiscalização de telecomunicações, que, conforme depoimento prestado em juízo, asseverou que, *“encontraram inicialmente o transmissor e a antena, em uma área afastada, em uma chácara subindo o morro; que rastream o local de onde estava sendo transmitida a programação no local onde estava o transmissor, através de um link encontrado no local; que a transmissão do estúdio até o transmissor onde se localizava a antena era feita utilizando a frequência UHF, chegando o sinal ao transmissor era irradiado para a comunidade de Planaltina; que o transmissor localizado no estúdio era*

de baixa potência e se destinava unicamente a direcionar a transmissão do estúdio até o transmissor e antena; que o estúdio era localizado em uma residência; que foi franqueada a entrada no estúdio; que encontraram somente o locutor no local; que já estando na delegacia, pelo que se recorda, o Sr. Julimar compareceu, alegando ser proprietário de equipamento apreendido” (cf. fls. 131 - grifei). E, ainda, a testemunha Carlos Roberto Martins de Jesus, agente de polícia, informou que: “na diligência empreendida no estúdio da rádio o locutor Lindoberto indicou Julimar como sendo o proprietário da rádio” (cf. fls. 133 – grifei).

Quanto ao acusado Lindoberto Tavares de Sousa, embora tenha sido flagrado no momento em que se encontrava no interior do estúdio da rádio em comento (fls. 16 e 20), compulsando os presentes autos, não se verifica nenhum indício que demonstre ser o mesmo proprietário da rádio. Pelo conjunto probatório carreado aos autos, a princípio, mostram-se insuficientes as evidências que lhe ensejem um decreto condenatório.

O que há de concreto em relação a este é a informação de que ao ser ouvido perante a autoridade policial “(...) admitiu que trabalhava na rádio há aproximadamente duas semanas, como locutor e operador do sistema, mas afirmou que no momento da prisão, estava na rádio fora do seu horário de trabalho, apenas ouvindo música e que a rádio não estava em funcionamento”; afirmou, ainda, que “não conhecia o proprietário da rádio e que foi convidado para trabalhar no local por uma mulher conhecida como ‘Dina Nunes’, sem qualquer vínculo empregatício e sem receber salário, apenas prestando serviço comunitário” (cf. Termo Circunstanciado de Ocorrência 068/2004 – fls. 17).

Ressalte-se que por ocasião do depoimento policial da testemunha Augusto Ferreira da Costa, proprietário da Chácara Grotão, onde teria sido instalada a antena de transmissão da referida emissora, colhe-se a informação de que os equipamentos de transmissão apreendidos relacionados ao funcionamento da rádio eram de propriedade exclusiva de Julimar, evidenciando a inexistência de indício em relação ao envolvimento do acusado Lindoberto na instalação da emissora, conforme trecho a seguir transcrito:

(...) que o depoente é proprietário da Chácara Grotão, 32, situada no Núcleo Rural Córrego do Atoleiro/DF;

que reside no local há mais de 20 anos; que há cerca de quatro anos atrás, Julimar Gonçalves de Carvalho, solicitou ao depoente autorização para instalar a antena de transmissão de uma rádio comunitária em seu imóvel; que até onde tem conhecimento a rádio e os equipamentos nela existentes pertenciam a Julimar; que não se recorda do nome da pessoa de Lindoberto Tavares de Sousa, todavia, sabe que outras pessoas andavam em companhia de Julimar sem saber seus nomes; que Julimar prometia ao depoente o pagamento pela energia elétrica utilizada na rádio, todavia, não efetuou tais pagamentos, tendo o depoente arcado com as despesas (...) (fls. 44/45 – grifei).

Por outro lado, não se descarta a hipótese de que o acusado Lindoberto tenha colaborado de forma menos gravosa no evento delituoso, pois o próprio Julimar perante a autoridade policial afirmou que “(...) Lindoberto Tavares de Sousa, frequentava a rádio em algumas ocasiões e apresentava um programa na emissora; que não sabe da existência de outros locutores (...)” (fls. 52).

E, em juízo, Julimar ratificou o relacionamento profissional de Lindoberto com a emissora de rádio, conforme depoimento abaixo:

(...) que é apenas locutor; que conhece o Sr. Lindoberto Tavares e o mesmo fazia um programa na Rádio Alternativa (...) (fls. 88).

Diante do acima exposto, extrai-se que o acusado Lindoberto tinha, também, plena consciência da operação clandestina da rádio, devendo ser penalizado, ainda que pela menor participação no delito que lhe é imputado na peça acusatória, conforme demonstra o conjunto probatório produzido nos autos, por ocasião da fase instrutória.

A propósito, são pertinentes as alegações do Ministério Público em suas razões recursais, ao asseverar que “(...) Lindoberto não apenas era o locutor, mas operava a rádio no momento do flagrante/apreensão”; e que era “a única pessoa presente, portanto, não haveria a irradiação da rádio clandestina – naquele momento e em todos em que ali se encontrava – sem sua conduta”. E, mais, reconheceu em depoimento policial “que operava o sistema da estação de radiodifusão há pelo menos duas semanas, no momento da apreensão (fl. 21)” (cf. fls. 160 – grifos no original).

Assim sendo, resultam configuradas e devidamente comprovadas, nos presentes autos, a materialidade e a autoria da conduta dos réus descrita no art. 183, da Lei 9.472/1997, consistente

no “desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação (radiodifusão)”.

Isso posto, por tais razões e fundamentos, dou provimento ao recurso para, reformando a r. sentença recorrida, condenar Julimar Gonçalves de Carvalho e Lindoberto Tavares de Sousa pela prática do crime previsto no art. 183, da Lei 9.472/1997.

Considerando as diretrizes estabelecidas pelo art. 59, do Código Penal, verifico, pelo conjunto probatório trazido aos autos, que os acusados não registram quaisquer antecedentes, que nada há em desabono as suas condutas social; que suas personalidades aparentemente são ordeiras, não tendo eles demonstrado periculosidade; que o crime não provocou graves consequências e as demais circunstâncias judiciais igualmente não lhes são desfavoráveis, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de detenção.

Em relação à pena de multa, é certo que a orientação jurisprudencial deste Órgão fracionário era no sentido de que aplicável, à espécie, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), haja vista que expressamente consignada no tipo incriminador (cf. ACr 2003.34.00.023047-6/DF, DJ de 10/11/2006, de minha relatoria).

Todavia, em face de recente posicionamento desta Turma, ao entendimento de que a imposição de multa em quantia invariável ofende o princípio da

individualização da pena, deve ser estipulada dentro dos parâmetros estabelecidos nos arts. 49, 59 e 60, da Lei Adjetiva Penal, de modo a não caracterizar a infringência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Esta 4ª Turma ajustou-se a essa nova linha de orientação, podendo ser citados, dentre outros, os seguintes julgados: ACR 2005.38.02.003739-9/MG, rel. Des. Federal *Hilton Queiroz*, DJ de 02/07/2009, p. 368; ACR 2008.33.04.000333-5/BA, rel. Des. Federal *Italo Mendes*, DJ de 21/05/2009, p. 170.

Destarte, tendo em vista que a pena aplicada aos réus foi de 2 (dois) anos de detenção, a pena de multa deverá ser fixada em 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea c).

Tendo em vista que os condenados satisfazem os requisitos do art. 44, incs. I a III, do Código Penal, com fundamento no §2º, parte final, do mesmo art., substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0000320-84.1998.4.01.4000

Apelação Cível 1998.40.00.000320-6/PI

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Antônio de Almeida Freitas Neto e outros
Advogado: Dr. Lourenço Barbosa Castello Branco Neto
Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – PI
Publicação: e-DJF1, de 09/04/2010, p. 188

Ementa

Civil e Processual Civil. Acidente de veículos. Direito de indenização afastado. Apelação e remessa oficial não providas.

I. O juízo autorizou a utilização pela Polícia Federal de veículo apreendido em persecutório de roubo contra agência da Caixa Econômica Federal.

II. O veículo utilizado pela polícia judiciária foi abalroado por particular, sendo completamente destruído.

III. Ajuizou a União ação de indenização por danos materiais contra o motorista e o proprietário do veículo causador do acidente.

IV. Na sentença, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que a União não tem direito a indenização, porquanto não provada a propriedade do veículo utilizado pela polícia judiciária.

V. Apela a União, ao raciocínio de que, com a apreensão e depósito judicial, assenhorou-se do bem, razão pela qual faz jus a indenização, contra o causador do acidente, pela destruição do veículo.

VI. A apreensão e o depósito judicial trazem como consequência para o Estado o dever de guarda da coisa apreendida, até que a autoridade judiciária, nos estritos limites da lei, lhe dê destinação.

VII. Não se sustenta, pois, a tese de que, com a apreensão e depósito judicial, o veículo fora “incorporado” ao patrimônio da União.

VIII. É relevante considerar, ainda, que o único pedido de restituição do bem foi indeferido, em decisão transitada em julgado. É descartada, pois, hipótese de o Estado ter de indenizar o proprietário do veículo. O recebimento da indenização, nessas linhas, parece ensejar enriquecimento sem causa, que é vedado pelo ordenamento (Código Civil, art. 884).

IX. Poder-se-ia perscrutar se a União teria direito a indenização pela perda da possibilidade de utilizar o veículo, em face de sua completa destruição.

X. O juízo criminal nomeou a Superintendência da Polícia Federal no Estado do Piauí fiel depositária do veículo e autorizou seu uso “na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes”.

XI. Na dicção do art. 34 da Lei 6.368/76 (que regia o tráfico de entorpecentes à época dos fatos), as disposições que regem a destinação (provisória e definitiva) de bens apreendidos pela polícia judiciária somente se aplicam aos crimes nela tipificados.

XII. No mesmo sentido diz o art. 62 da Lei 11.343/2006, que atualmente rege a matéria.

XIII. Ocorre que a apreensão do veículo em questão está inserida em persecutório de crime de roubo contra empresa pública federal. Nesta Corte, já se decidiu que a previsão de utilização pela polícia judiciária de bens apreendidos na apuração de crimes previstos na lei de entorpecentes não pode ser aplicada, por analogia, a situações e crimes não tratados naquele diploma (TRF 1ª Região. 2ª Seção. MS 2008.01.00.054579-7/PA. Relator: Des. Federal Hilton Queiroz. Data do Julgamento: 04/02/2009. DJF I p. 38).

XIV. Não faz jus a União à indenização perquirida.

XV. Sentença mantida.

XVI. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 14/12/2009.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Consta que foi deferido “pedido formulado pelo Superintendente da Polícia Federal (...), nomeando-o fiel depositário do veículo e autorizando o uso do automóvel, exclusivamente, na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes” (fl. 11).

Na inicial, é narrado que,

(...) ao trafegar pela rua 1º de maio, no sentido sul-norte, nas proximidades do Hospital Areolino de Abreu, no bairro Primavera, em frente à residência n. 2011, o veículo da Polícia Federal/PI foi trombado pela (...) Veraneio D-20 que colidiu contra o setor traseiro esquerdo do Kadett, sendo este lançado contra uma árvore, o qual restou praticamente destruído (...).

Sustentou-se que, nos termos do laudo pericial, o acidente

deveu-se ao comportamento do condutor da Camioneta D-20 (...), que sem a devida atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, a levar a colidir contra o setor traseiro esquerdo do automóvel KADET GSI (...), que seguia imediatamente à sua frente, o qual em virtude da impulsão sofrida, veio a sofrer deriva à direita e a chocar-se contra o caule de uma árvore situada no passeio público.

Foi pedida a condenação do proprietário do veículo Camioneta D-20 e do motorista a pagar indenização à União, “correspondente ao dano causado”.

O réu Antônio de Almendra Freitas Neto contestou o pedido (fls. 35-38), alegando que: a) a União “não possui (...) legitimidade para propor a presente ação, direito este assegurado ao verdadeiro proprietário do veículo”; b) caberia somente ao outro réu, Valdeci da Costa Marques, a responsabilidade pelo acidente, pois fora contratado como motorista mas, “quando aconteceu o acidente, o mesmo não estava em exercício do trabalho que lhe competia”.

Na sentença (fls. 100-104), o pedido foi julgado improcedente, aos seguintes fundamentos:

(...) é fato que, em primeiro lugar, o bem não integra o patrimônio da União Federal; em segundo lugar, a União Federal nunca gastou qualquer importância em virtude do acidente noticiado;

em terceiro, o proprietário do bem jamais foi identificado, não havendo a possibilidade remota da União vir a ser demanda pelo bem do qual tinha a guarda, em ação de reparação, hipótese em que, aí sim, determinaria o surgimento de sua legitimidade para ingressar com ação regressiva contra o proprietário do veículo causador do acidente.

Portanto, se a autora não era proprietária do bem e, dele tendo a posse, não desembolsou qualquer valor por conta do acidente, o qual, pelo visto, pôs fim ao uso indevido do bem em destaque, é parte ilegítima para requerer em juízo reparação por dano ao mesmo.

Apela a União (fls. 112-119), alegando que: a) “o veículo, uma vez na posse da União, passa a integrar o patrimônio público e, portanto, é afetado com a inalienabilidade, própria dos bens públicos”; b) “ainda que seja na qualidade de fiel depositária, de certo modo, o veículo acidentado estava integrado ao patrimônio da União, a teor do disposto no art. 1.266 do Código Civil”; c) não houve qualquer gasto, “nem poderia fazê-lo pelo simples fato do veículo ter sido destruído, inviabilizando qualquer espécie de conserto, inclusive, por ser antieconômico. Assim, tal ação tem por escopo a reposição de outro veículo, em lugar do que foi destruído pelo preposto do primeiro réu”; d) é “tranquila a jurisprudência em tema de responsabilidade civil, decorrente de acidente de veículo, de que o proprietário do veículo responde solidariamente com o seu motorista, causador direto do dano, pela reparação deste”; e) “incontestável é a responsabilidade dos apelados quanto ao dever de indenizarem (...), na regra geral do art. 159 do Código Civil, sendo impertinente a argumentação” de ilegitimidade.

Não foram oferecidas contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O pedido foi julgado improcedente ao fundamento de que a União não tem direito à indenização, porquanto não provou ser proprietária do veículo sinistrado, nem

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida e o Exmo Sr. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado).

que o veículo tenha sido, efetivamente, incorporado a seu patrimônio.

A União insiste em que, com a apreensão e depósito judicial, assenhorou-se do bem, razão pela qual faz jus a indenização, contra o causador do acidente, pela destruição do veículo.

Consta que “o veículo em questão foi apreendido em diligência promovida pelo Departamento de Polícia Federal para encontrar os autores de roubo realizado contra a Agência da Caixa Econômica Federal” (fl. 08).

Na decisão de fl. 11, foi deferido pelo Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí “pedido formulado pelo Superintendente da Polícia Federal neste Estado (...), nomeando-o fiel depositário do veículo e autorizando o uso do automóvel, exclusivamente na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes”.

Não foi trazida prova sobre destinação definitiva do bem, dada pelo Juízo Criminal ou Cível.

A União não trouxe prova de que tenha promovido transferência da propriedade do veículo no respectivo Departamento de Trânsito (Lei 9.503/1997, art. 123).

A polícia judiciária, ao apreender coisa envolvida em crime, não é movida por ânimo de domínio, mas apenas pelo cumprimento do dever de fazer cessar ou de evitar a atividade criminosa.

De sua vez, o depositário judicial “acha-se (...) obrigado, sob pena de responsabilidade civil e criminal, a guardar, conservar e restituir a coisa quando lhe for determinado” (ROMS 1645/SP). “(...) é o ‘longa manus’ do juízo (...) e órgão auxiliar da Justiça, devendo subordinação hierárquica ao Juiz, motivo pelo qual está sujeito à prisão civil, no caso de descumprimento de suas atribuições” (HC 18115/SP).

Assim, o depositário assemelha-se ao detentor (fâmulo da posse), “achando-se em relação de dependência para com o outro” (Código Civil, art. 1.198). Não pode, pois, em nome próprio, dispor da coisa. É mister frisar que a intransferibilidade e a inalienabilidade são intrínsecas ao depósito judicial (RMS 1645/SP).

Na verdade, a apreensão e o depósito judicial trazem como consequência para o Estado o dever

de guarda da coisa apreendida, até que a autoridade judiciária, nos estritos limites da lei, lhe dê destinação.

Não se sustenta, pois, a tese de que, com a apreensão e depósito judicial, o veículo fora “incorporado” ao patrimônio da União.

É relevante considerar, ainda, que o único pedido de restituição do bem foi indeferido, em decisão transitada em julgado. É descartada, pois, hipótese de o Estado ter de indenizar o proprietário do veículo. O recebimento da indenização, nessas linhas, parece ensejar enriquecimento sem causa, que é vedado pelo ordenamento (Código Civil, art. 884).

Poder-se-ia perscrutar se a União teria direito a indenização pela perda da possibilidade de utilizar o veículo, em face de sua completa destruição.

A Lei 6.368/1976 era o diploma que tratava do tráfico ilícito de entorpecentes, à época dos fatos.

Na dicção do art. 34, as disposições que regem a destinação (provisória e definitiva) de bens apreendidos pela polícia judiciária somente se aplicam aos crimes nela tipificados:

Art. 34. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos *crimes definidos nesta lei*, após a sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente.

(...)

A Lei 11.343/2006, que atualmente rege a matéria, dispõe no mesmo sentido:

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos *crimes definidos nesta Lei*, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

Ocorre que a apreensão do veículo ocorreu em investigação de crime de roubo contra empresa pública federal.

Nesta Corte, já se decidiu que a previsão de utilização pela polícia judiciária de bens apreendidos na apuração de crimes previstos na lei de entorpecentes

não pode ser aplicada, por analogia, a situações e crimes não tratados naquele diploma.

Colhe-se:

Processual Penal. Mandado de segurança. Bens apreendidos. Veículo. Suspeita de ter sido adquirido com recursos de atividade ilícita. Utilização pela Polícia Federal. Autorização judicial. Art. 62, § 1º, da Lei 11.343/2006 c/c o art. 3º do CP. Aplicação analógica. Incabimento. Regra específica para os crimes de tráfico de entorpecente.

1. Sendo o direito de propriedade um direito fundamental, reconhecido pela Constituição Federal (art. 5º, XXII, CF/1988), a sua limitação tem que se conformar com as condições previstas na lei.

2. A analogia invocada pela autoridade coatora para aplicação do art. 62, § 1º, na espécie, somente incidiria na lacuna involuntária da lei, não sendo cabível nas hipóteses em que a lei processual tem caráter taxativo.

3. A Segunda Seção desta Corte Regional, quanto à matéria, já decidiu não ser possível ao

juiz, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, dispor dos bens apreendidos, cedendo-os, gratuitamente, a diversos órgãos públicos, quer federais, estaduais ou autárquicos.

4. Segurança concedida.

(TRF-1ª Região. 2ª Seção. MS 2008.01.00.054579-7/PA. Relator: Des. Federal Hilton Queiroz. Data do julgamento: 04/02/2009. DJF I p. 38).

Ante o todo o exposto, a União não faz jus à indenização perquirida.

Nego, por isso, provimento à apelação e à remessa oficial.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado): – Após analisar o processo, convenci-me do acerto do voto do eminente relator, de modo que o acompanho integralmente.

Sexta Turma

Numeração única: 0040446-46.2001.4.01.0000

Apelação Cível 2001.01.00.046273-7/TO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Fazenda Nova Quaresma Empreendimentos Agropecuários Ltda.
Advogado: Dr. Ezemi Nunes Moreira e outro
Apelada: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab
Advogada: Dra. Maria Angélica Minharro Lima
Publicação: e-DJF1 de 12/04/2010, p. 48

Ementa

Civil e Processual Civil. Ação de depósito. Prescrição trimestral. Princípio da especialidade. Incidência do Decreto 1.102/1903 (art. 11, § 1º). Prisão civil do depositário infiel. Impossibilidade. Contrato de armazenagem. Cláusula de quebra zero. Observância pacta sunt servanda.

I. A prescrição da pretensão de obter a restituição da mercadoria parcialmente desaparecida ou o ressarcimento em pecúnia é de três meses, nos termos do disposto no art. 11, §1º, do Decreto 1.102/1903, em observância ao princípio da especialidade. Precedentes do STJ.

II. No caso, tendo sido verificada a perda parcial do produto estocado (arroz em casca), em vistorias conjuntas realizadas por fiscais do Banco do Brasil S.A. e da Companhia Nacional de Abastecimento, em 07/05/1996 e

09/07/1996, encontra-se prescrita a pretensão da autora de reclamar a perda constatada na vistoria realizada em 07/05/1996, considerando que o ajuizamento da ação se deu em 18/09/1996.

III. Não é mais cabível a prisão civil do depositário infiel, porquanto o Supremo Tribunal Federal (REs 349.703/RS) admitiu o *status de supralegalidade* do Pacto de São José da Costa Rica, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, restringindo, portanto, a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia.

IV. Firmado pelas partes *Contrato de quebra zero*, pelo qual a depositária se responsabiliza pela perda de qualquer natureza, inclusive quebra técnica e de redução de teor de umidade, hipótese dos autos, há de prevalecer o que foi pactuado, em obediência ao princípio *pacta sunt servanda*.

V. Honorários advocatícios que se compensam, em face da sucumbência recíproca.

VI. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 26/02/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de ação de depósito proposta pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) contra Fazenda Nova Querência Empreendimentos Agropecuários Ltda., objetivando a devolução de 171.275 kg de arroz em casca, nos mesmos padrões em que fora depositado, ou o seu equivalente em dinheiro, além da prisão civil do depositário infiel.

A sentença (fls. 399-410), prolatada pela MM. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, Dra. Ednamar Silva Ramos, julgou procedente o pedido ao entendimento de que, apesar de ser viável a probabilidade de perda em produto depositado, quer seja por quebras técnicas, quer seja por perda de umidade, no caso, o contrato firmado entre as partes prevê *quebra zero*, mediante o pagamento de uma sobretaxa, não sendo pertinente, portanto, o argumento “no sentido de que jamais aceitou os termos do contrato” (fl. 408), para rever cláusula contratual, até porque há de ser respeitado o princípio *pacta sunt servanda*.

Apela a ré, alegando, nas razões de seu apelo (fls. 416-420), em síntese, que a cláusula quarta não prevê a obrigatoriedade do ressarcimento com referência

a redução do teor de umidade, mas tão somente à chamada quebra técnica, cláusula essa que deve ser analisada em conjunto com a décima quarta, que estabelece o percentual de sobretaxa em 0,15%.

Afirma que o “Decreto 1.102, em seu art. 11, estabelece que cessa a responsabilidade nos casos de avarias ou vícios provenientes da natureza e acondicionamento das mercadorias, pelas quais não deu causa a apelante” (fls. 419).

Sustenta que, por se tratar de bem fungível, devem ser aplicadas as mesmas disposições referentes ao mútuo, conforme previsto no art. 1.280 do Código Civil, e não as regras atinentes ao depósito, não cabendo ainda a prisão civil, porquanto ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir uma obrigação contratual, como disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos e no Pacto de São José da Costa Rica.

Aduz, por último, que a pretensão da autora, ora apelada, encontra-se fulminada pela prescrição, pois o mesmo Decreto 1.102/1903 (art. 11) estabelece o prazo de 3 (três) meses para o depositante reclamar da falta de produto, a contar da data em que foi ou deveria ser entregue a mercadoria, sendo que, no caso, a ação foi ajuizada vários anos após a sua entrega.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Inicialmente, analiso a prejudicial de mérito arguida pela apelante, a de que incide a prescrição trimestral, prevista no art. 11, § 1º, do Decreto 1.102, de 21.11.1903, o qual dispõe, *verbis*:

Art. 11. As empresas de armazéns gerais, além das responsabilidades especialmente estabelecidas nesta Lei, respondem:

§ 1º A indenização devida pelos armazéns gerais, nos casos referidos neste artigo, será correspondente ao preço da mercadoria em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue.

O direito de indenização prescreve em 3 (três) meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue.

A Quinta Turma deste Tribunal vem decidindo pela incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, que previa o prazo prescricional de vinte anos, por se fundar em obrigação contratual e não em direito real.

Esta Sexta Turma, todavia, com amparo em entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo que se aplica, à hipótese, o art. 11, § 1º, do Decreto 1.102, de 21/11/1903, por tratar-se de lei especial, que, no ponto, não foi revogado pelo Código Civil de 1916.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

Recurso especial. Ação de cobrança. Depósito em armazéns gerais. Indenização. Quebra parcial da mercadoria depositada. Prescrição. Momento da arguição. Decreto 1.102/1903.

I. A teor do art. 162 do Código Civil/1916, que hoje encontra correspondência no art. 193 do Código Civil vigente, a prejudicial de prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a que aproveita. Assim, cuidando-se de prescrição extintiva, arguida ainda em grau de jurisdição ordinária, irrelevante o fato da questão ter sido trazida apenas em sede de apelação, mesmo que não deduzida na fase própria de defesa.

II. Inegável a aplicação do disposto no art. 11 do Decreto 1.102/1903 quando o pedido é de indenização em pecúnia ou restituição dos

produtos estocados em armazém geral, em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer. Conquanto seja demasiado exíguo o prazo prescricional de três meses, esta é a vontade do legislador e deve-se aplicar a regra albergada na legislação específica.

III. O Código Civil de 1916, por seu artigo 1807, revogou todas as anteriores normas de Direito Civil incompatíveis com o Diploma ou que por ele passaram a ser inteiramente reguladas. Deste modo, considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, não há se falar em revogação do Decreto 1.102/1903 que traz as regras específicas a respeito das empresas de armazéns gerais.

IV. *Tomando-se em conta que a presente ação traduz pretensão de restituição de mercadoria ou ressarcimento em pecúnia em virtude de perda de produtos estocados em armazém geral, valendo-se do princípio da especialidade, é de se aplicar a prescrição trimestral estabelecida no art. 11, do Decreto 1.102/1903.* Assim, proposta a ação somente em 1997, forçoso o reconhecimento de que, *in casu*, operou-se a prescrição, sendo de rigor a extinção da ação nos moldes do art. 269, IV, do CPC.

V. Recurso especial do réu conhecido e provido.

(STJ): REsp 767246/RJ – Rel. Ministro Jorge Scartezzini – DJ de 27.11.2006, p. 289)

Civil e Processual. Recurso especial. Prequestionamento. Armazém geral. Desaparecimento parcial de mercadoria confiada à guarda. Ação de depósito. Prescrição. Decreto 1.102/1903, art. 11, § 1º. Incidência.

I. Prequestionamento cuja insuficiência não permite o exame das teses recursais em toda a sua extensão.

II. *A prescrição da ação de depósito para obter a restituição da mercadoria parcialmente desaparecida ou o ressarcimento em pecúnia é de três meses, consoante o disposto no art. 11, §1º, fine, do Decreto 1.102/1903.*

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação extinta, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

(STJ): REsp 89494/MG. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. DJ de 29/08/2005, p. 345)

Armazém geral. Indenização. Prescrição.

Prescreve em três meses a pretensão indenizatória contra armazém geral, por danos sofridos em mercadorias nele depositadas. Art. 11 do Dec. 1102/1903.

Recurso não conhecido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues e Carlos Moreira Alves.

(STJ): REsp 302737/SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ de 18/03/2002, p. 256)

Civil e Processual Civil. Depósito celebrado com armazém geral. Decreto 1.102/1903. Ação de depósito. Prescrição trimestral. Princípio da especialidade. Extinção do processo.

I. Caso em que pretende a Conab ressarcir-se das perdas decorrentes de contrato de depósito celebrado com a requerida, na condição de armazém geral, consubstanciadas em quebra de peso dos volumes depositados. Parcialmente acolhido o pedido exordial, a Conab recorre da sentença para que seja declarada a prisão civil do depositário, bem como a condenação da requerida à indenização do prejuízo, em espécie, enquanto esta postula a reforma integral do provimento.

II. O Código Civil de 1916, conquanto tenha revogado as normas que regessem matéria por ele inteiramente regulada, disciplinou genericamente os contratos de depósito, ao passo que o Decreto 1.102/1903 normatiza a atividade dos armazéns gerais, inclusive no que concerne à responsabilização decorrente das empresas enquanto depositárias de bens, razão porque, pela especialidade na regência da matéria, não foi suplantado.

III. Assim, “prescreve em três meses a pretensão indenizatória contra armazém geral, por danos sofridos em mercadorias nele depositadas. Art. 11 do Dec. 1102/1903” (REsp 302737. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. DJU de 18/03/2002). Outros precedentes do STJ (REsp 767246/RJ. Rel. Min. Jorge Scartezzini; REsp 89.494/MG. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior) e desta Turma (AC 200235000153949. Rel. Des. Fed. Souza Prudente).

IV. Considerando que a ação foi ajuizada em 20/11/1997, a prescrição trimestral de há muito se consumou, quer considerando a data da emissão da última nota fiscal (14/11/1991), do envio da carta-cobrança (22/06/1992), ou da correspondência da Requerente dirigida à Requerida (15/09/1992), em que reconhece a discrepância entre os volumes e as respectivas pesagens.

V. A apelante arguiu a prescrição da pretensão autoral apenas na contestação, deixando de reiterá-lo na apelação. Todavia, à luz do art. 269, IV, CPC, o pronunciamento da prescrição importa na extinção do processo com resolução de mérito, em qualquer fase deste, porque, por se tratar de matéria de ordem pública, não admite preclusão. Ademais, o advento da Lei 11.280/2006, que inseriu § 5º ao art. 219, do CPC, permite reconhecer de ofício a prescrição, independentemente de arguição do interessado.

VI. Reconhecimento da prescrição com espeque no art. 219, § 5º, do CPC, para declarar extinto o

processo, com resolução de mérito, a teor do art. 269, IV, do mesmo Codex, julgando-se prejudicadas as apelações interpostas.

(TRF 1ª Região: AC 1997.37.01.001120-1/MA, Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, DJ de 22/09/2008)

Cabe ainda, por pertinente, reproduzir, no que interessa, o voto do Ministro Jorge Scartezzini, no REsp 767246/RJ, DJ de 27/11/2006, com os seguintes fundamentos, *verbis*:

De pronto, fundamental firmar qual o prazo prescricional aplicável a situação *sub examen*, para tanto imprescindível a análise do disposto no art. 11, do Decreto 1102/1903:

(...)

Inegável a aplicação do dispositivo supracitado ao presente litígio, em que há pedido de indenização em pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral, em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer.

Conquanto seja demasiado exiguo o prazo prescricional de três meses, esta é a vontade do legislador e deve-se aplicar a regra albergada na legislação específica.

A corroborar com o explanado louvo-me no judicioso voto proferido pelo e. Min. Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do REsp 302.737/SP, *in verbis*:

I. O tema a examinar está circunscrito à prescrição da pretensão indenizatória contra o armazém geral.

A recorrente sustenta a aplicação das regras do Direito Civil sobre a prescrição, enquanto o r. acórdão aceitou a incidência do art. 11 do Decreto 1102/1903.

II. Tenho que a egrégia Câmara deu à lei a melhor interpretação, fazendo incidir a regra especial. A doutrina que compulsei é uniforme no entendimento de que o prazo prescricional para a pretensão indenizatória contra o armazém geral é de três meses:

“Caso não possam devolver a mercadoria recebida, salvo a hipótese examinada no parágrafo anterior (19), devem os armazéns-gerais indenizar os depositantes, mediante o pagamento do preço da mercadoria em bom estado, no lugar e no tempo em que devia ser entregue, prescrevendo o direito à indenização em três meses contados do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (art. 11, § 1º)” (Dos Armazéns-

Gerais seus Títulos de Crédito, J.C. Sampaio de Lacerda, editora Forense, p. 44).

-Tratando-se de verificação de extravio, no dia em que se teria exigido a entrega da mercadoria, a partir da data da verificação da ocorrência do extravio, começam a correr os distintos prazos de prescrição:

- a) para a ação de cobrança fiscal da Fazenda, de conformidade com a legislação tributária;
- b) para a ação de indenização do depositante, contra o depositário, que é de três meses, de acordo com o § 1º do art. 11 do Dec. 1.102, de 21/11/2003, sem qualquer interferência daquele sobre este e vice-versa' (José da Silva Pacheco e outras doutrinas Armazéns Gerais, RT 626, p. 23).

III. Ainda relembro o voto no AGA 231177/SP:

'Aplica-se ao caso o disposto no Dec. 1.102/1903, ainda que se tenha a operação como de armazém ou depósito alfandegado, nos termos do art. 53 da Lei 5.025/1966”.

Em outra oportunidade, esta mais recente, tornou a e. 4ª Turma a examinar a questão. Observe-se:

Civil e Processual. Recurso especial. Prequestionamento. Armazém geral. Desaparecimento parcial de mercadoria confiada à guarda. Ação de depósito. Prescrição. Decreto 1.102/1903, art. 11, § 1º. Incidência.

I. Prequestionamento cuja insuficiência não permite o exame das teses recursais em toda a sua extensão.

II. A prescrição da ação de depósito para obter a restituição da mercadoria parcialmente desaparecida ou o ressarcimento em pecúnia é de três meses, consoante o disposto no art. 11, §1º, fine, do Decreto 1.102/1903.

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação extinta, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

(REsp 89494/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 29/08/2005)

Não se diga, ainda, que a regra especial já não vigorava.

O Código Civil de 1916, por seu art. 1807, revogou todas as anteriores normas de Direito Civil incompatíveis com o Diploma ou que por ele passaram a ser inteiramente reguladas. Deste modo, considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, não há se falar em revogação do Decreto 1.102/1903 que traz as regras específicas a respeito das empresas de armazéns gerais.

Destarte, tomando-se em conta que a presente ação traduz pretensão de restituição de mercadoria ou ressarcimento em pecúnia em virtude de perda de produtos estocados em armazém geral, valendo-se do princípio da especialidade, é de se aplicar a prescrição trimestral estabelecida no art. 11, do Decreto 1.102/1903.

Proposta a ação somente em 1997, forçoso o reconhecimento de que, *in casu*, operou-se a prescrição, sendo de rigor a extinção da ação nos moldes do art. 269, IV, do CPC.

Observo que, no caso, somente foi verificada a perda parcial do produto estocado (arroz em casca), em vistorias conjuntas realizadas por fiscais do Banco do Brasil S. A. e da Companhia Nacional de Abastecimento, em 07/05/1996 (fls. 140 e verso) e 09/07/1996 (fls. 141 e verso).

Como o ajuizamento da presente ação só se deu em 18/9/1996, entendo que prescreveu a pretensão da autora de cobrar 85.011 kg (13.171 kg mais 71.840 kg), perdas essas detectadas na vistoria realizada em 07/05/1996, porquanto o termo final para o ajuizamento da ação seria o dia 07/08/1996.

Prejudicial de mérito que se acolhe parcialmente, para reconhecer o direito da autora apenas em relação à perda de 86.264 kg de arroz em casaca, constatada na vistoria realizada em 09/07/1996.

Sobre a prisão civil em ações de Depósito, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 755.479/RS, de relatoria da Ministra Denise Arruda, deixou consignado:

Considerando a nova orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, impõe-se o acolhimento dos presentes embargos.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão ordinária realizada no dia 3 de dezembro de 2008, “ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia” (STF-HC 92.817/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13/02/2009). Além disso, “na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (‘A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu

o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito)” (Informativo 531/STF).

Assim, impõe-se a adequação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para, admitindo o “status de supralegalidade” do “Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7)”, entender-se “derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel” (Informativo 531/STF), e reconhecer-se a ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel, mesmo na hipótese de depositário judicial.

Diante do exposto, os presentes embargos devem ser acolhidos, com a atribuição de efeitos infringentes, para que o recurso especial seja desprovido.

O acórdão paradigma do STF (REs 349.703/RS) ficou assim ementado:

Prisão Civil do Depositário Infiel em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Interpretação da parte final do inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição Hierárquico-Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002). *Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei 911/1969. Equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade.* A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de

excesso, em sua tripla configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei 911/1969, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso Extraordinário conhecido e não provido.

(STF: Tribunal Pleno. RE 349703/RS. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ de 05/06/2009).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Habeas corpus. *Dilação probatória. Impossibilidade. Prisão civil do depositário infiel. Inadmissibilidade. Recente alteração na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Pacto de San José da Costa Rica: Status Supralegal. Revogação da Súmula 619 do STF. Recurso ordinário provido. Ordem concedida.*

I. Não se admite dilação probatória ou análise de fatos controvertidos em sede de habeas corpus, segundo entendimento pacificado neste Tribunal.

II. Alteração da jurisprudência da Suprema Corte (Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e Habeas Corpus 87.585 e 92.566), reconhecendo o Pacto de San José da Costa Rica como norma supralegal proibitiva da prisão civil por dívida.

III. A prisão do depositário infiel é questão constitucional relevante, de repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte (RE 562051 RG).

IV. Consequente revogação da Súmula 619 do STF, com o seguinte teor: A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

V. O Superior Tribunal de Justiça vem prestigiando o entendimento da Suprema Corte sobre o tema - precedentes.

VI. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Ordem concedida.

(STJ): RHC 25.352/SP. Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA). DJ de 04/06/2009)

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Habeas corpus. Ordem concedida pelo tribunal de origem. Execução Fiscal. Prisão civil do depositário infiel. Impossibilidade.

I. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão ordinária realizada no dia 3 de dezembro de 2008, “ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou

orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia” (STF-HC 92.817/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 13/02/2009). Além disso, “na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (‘A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito’)” (Informativo 531/STF).

II. Assim, impõe-se a adequação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para, admitindo o “status de supralegalidade” do “Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7º)”, entender-se “derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel” (Informativo 531/STF), e reconhecer-se a ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel, mesmo na hipótese de depositário judicial.

III. Embargos de declaração acolhidos, com a atribuição de efeitos infringentes. Recurso especial desprovido.

(ST): EDcl no REsp 755.479/RS. Rel. Ministra Denise Arruda. *DJ* de 11/05/2009)

Constitucional, Civil (Responsabilidade civil do Estado) e Processual Civil. Indenização por ato judicial (ordem de prisão). Danos morais. Dever de indenizar. Inexistência. Apelação não provida.

I. Na sentença, consignou-se impossibilidade jurídica do pedido de declaração de que o autor fora vítima de erro judiciário e foram julgados improcedentes os pedidos de obrigação de fazer (publicação da sentença, reconhecendo erro judiciário) e de indenização por danos morais.

II. Não se vislumbrando conflito intersubjetivo ou normativo, “a Ação Declaratória não é servil ao accertamento de simples fato, nem substitui Ação Desconstitutiva, uma vez que seu objeto restringe-se à declaração acerca de relação jurídica, exceto na hipótese prevista no art. 4º, inc. II do Código de Processo Civil” (REsp 457121/PR).

III. Não há no ordenamento, especialmente no Código de Processo Civil, dispositivo que preveja publicação de decisão judicial, mesmo aquela em que há reconhecimento de *erro*, na forma requerida pelo autor.

IV. Decisões errôneas, assim entendidas aquelas posteriormente reformadas ou anuladas, não são incomuns na lida do Judiciário. Fazer publicar com destaque e em jornais de grande circulação os atos em que são corrigidas aquelas decisões errôneas poderia inviabilizar a própria atividade judicante.

V. Não é razoável exigir-se que o magistrado, pela simples leitura da inicial, possa suspeitar dos alegados interesses espúrios das partes.

VI. Não se coloca em dúvida que os juízes exercem um poder e onde há poder deve haver responsabilidade, em relação diretamente proporcional.

VII. O decreto de prisão, ao que consta, foi expedido sem maior adensamento. Mas o fato é que a cominação de prisão do depositário infiel está prevista no art. 902, § 1º, do Código de Processo Civil, aplicável, subsidiariamente, no âmbito da Justiça Trabalhista.

VIII. Sob este prisma, porque defensável a tese de que houve erro grosseiro sobre a condição de depositário do autor, a decisão pode ter sido equivocada; porém, não padeceu de falta de motivação.

IX. Cumpre frisar que à época dos fatos estava em vigor o Enunciado 619 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, prevendo que “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

X. A condenação da União ao pagamento de indenização por danos morais nestas condições, em que a ordem de prisão é devidamente motivada, não é agasalhada pela jurisprudência (v.g. AgRg no REsp 945435/PR, AC 2000.41.00.001540-8/RO, AC 1999.01.00.054517-7/PA).

XI. O fato é que não houve prisão. A ordem foi afastada por decisão liminar proferida pelo Relator do habeas corpus impetrado pelo autor junto ao TRF-1ª Região, confirmada pela Turma.

XII. O autor, possivelmente, teve que arcar com despesas para sua defesa judicial e é admissível que a necessidade de ir ao Judiciário possa lhe ter causado irritação.

XIII. Não se perquire sobre danos materiais e, frisando que a composição judicial é nota do Estado Democrático de Direito, a circunstância de o autor ver-se envolvido na lide instaurada entre terceiros e ser obrigado a se defender perante a Justiça é vicissitude a que estão sujeitos os cidadãos, mormente em se tratando de autoridades - como no caso -, sendo, inclusive, vedado, em norma dirigida a todos, o embaraço ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14).

XIV. No particular, não se vislumbra anormalidade ou excepcionalidade na ação judicial, a ensejar dano moral, decorrente de sua mera tramitação.

XV. O autor alega, ainda, que a ordem de prisão fora objeto de matéria jornalística, causando prejuízos a sua imagem.

XVI. Ocorre que não foi a União que ordenou a publicação da matéria. Não há prova de que a União, por seus agentes, tenha “vazado” a notícia para o jornalista, que, em princípio, é quem responde pelo teor das informações veiculadas.

XVII. Não hánexo de causalidade entre a decisão em que se ordenou a prisão e o dano que teria sido provocado à imagem do autor, em virtude da veiculação do fato, em matéria jornalística. Basta ver que, afastando-se a publicação, inexistiria dano moral, porquanto não haveria repercussão, pelo menos não aquela idônea a representar “uma mácula” à imagem do autor junto aos “seus eleitores” e à “comunidade baiana em geral”.

XVIII. Inexistente dever de indenizar da União.

XIX. Apelação não provida.

(TRF 1ª Região: AC 2001.33.00.023645-0/BA. Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira. DJ de 11/12/2009)

Com se vê, não é mais cabível a prisão civil do depositário infiel, porquanto o STF admitiu o *status de supralegalidade* do Pacto de São José da Costa Rica, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, restringindo, assim, a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia.

No mérito, não assiste razão à apelante.

Com efeito, foi firmado entre as partes *contrato de quebra zero*, pelo qual a depositante se responsabiliza pela perda de qualquer natureza, inclusive quebra técnica e de redução de teor de umidade, como se pode verificar da cláusula quarta do contrato de depósito 236/1992 (fls. 13) e da cláusula décima sexta do Contrato de Depósito 236/1992 II (fls. 35 verso):

Cláusula Quarta – das sobretaxas

A Depositária se obriga, mediante o recebimento da(s) sobretaxa(s) convencionada(s) entre as partes, nas formas dos §§ 1º e 2º desta Cláusula, a indenizar à depositante as perdas de quaisquer natureza (inclusive as quebras técnicas e as de redução por decréscimo do teor de umidade), avarias, depreciações ocorridas ao produto, sinistro (quando o seguro for contratado pela depositária) e os eventos não acobertados pela apólice de seguro da depositante (quando o seguro for contratado pela depositante), ainda que em decorrência de caso fortuito ou força maior.

Cláusula Décima Sexta – da indenização

A depositária se obriga, mediante o recebimento de um valor adicional, denominado sobretaxa, estabelecido na forma da Cláusula Décima Sétima, a indenizar à depositante pelas perdas de quaisquer natureza (inclusive as quebras técnicas e as de peso por redução do teor de umidade), avarias, depreciações ocorridas ao produto e os eventos não acobertados pela apólice de seguro da depositante.

Não há, portanto, como se acolher o argumento da apelante, de que as “perdas quantitativas do produto depositado, foram em razão das quebras técnicas e redução de teor de umidade” (fls. 420), pois há que ser respeitado o pactuado entre as partes, em obediência ao princípio *pacta sunt servanda*.

A propósito:

Direito Civil, Administrativo e Processual Civil. Depósito de produto da Conab. Contrato de armazenagem. Ação de depósito. Cabimento. Prescrição. Prazo de vinte anos (regime do CC/1916). Cláusula de “Quebra Zero”. Pacta Sunt Servanda. Observância. Quebras. Prova. Ônus do depositário. Insuficiência.

I. Cabe ação de depósito para o depositante obter do armazém geral depositário a restituição do produto agrícola (milho) objeto de contrato de depósito. Dec. 1102, de 21/11/1903. Situação diversa do depósito de coisa fungível e consumível, bens próprios dados em garantia do contrato bancário, efetuado em nome de devedor que não exerce atividade de armazém geral, hipótese que se sujeita às regras de mútuo (REsp 302126/MG. No mesmo sentido: AC 199701000405292, AC 1998.35.00.012473-6/GO).

II. A prescrição trimestral é incompatível com a natureza do interesse que, na espécie, a ação de depósito visa a proteger. É que a Companhia Nacional de Abastecimento - Conab desempenha o serviço público de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, da Constituição), atividade a que se aplica o princípio da indisponibilidade do interesse público.

III. Não foi recepcionado pela Constituição de 1988, em relação aos estoques garantidores de alimentos, a disposição do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/2003: “O direito de indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”. Significaria, na prática, transigir com o interesse público, principalmente se contado o prazo “do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”.

IV. Nesta Turma, já se entendeu que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria da Conab posta em armazém geral

era de vinte anos, conforme previsão do art. 177 do Código Civil de 1916 (AC 2000.01.00.033523-3/TO).

V. Na sentença, foi julgado “procedente o pedido formulado pela Companhia Nacional de Abastecimento - Conab em face de Tucano Armazéns Gerais Ltda. e outros, condenando-a a entregar à Autora, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, na mesma qualidade e quantidade, 298.889 kg (duzentos e noventa e oito mil, oitocentos e oitenta e nove quilogramas) de arroz em casca (ensacado), relativa à safra 93/94, ou o equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão depositária infiel, Ana Leussidone Benedetti Ottoni (art. 904, parágrafo único do Código de Processo Civil combinado com o art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal e com os arts. 11, I, e 35, IV, ambos do Decreto 1.102, de 21/11/1903)”.

VI. No mérito, também deve ser confirmada a sentença, na parte em que se afirma, observando o princípio *pacta sunt servanda*, “que, no caso sub examine, a restituição do quantitativo de grãos faltantes, seja essa falta oriunda de quebras legalmente admissíveis ou de qualquer outro evento, fez-se imperiosa, uma vez que o contrato de depósito firmado entre as partes previa a intolerância de absorção de qualquer tipo de perda”.

VII. Ainda que fosse possível afastar, por abusividade, a mencionada cláusula contratual, o Réu não se muniu de prova suficiente das alegadas quebras, com os respectivos quantitativos e causas.

VIII. Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não prevalece a cominação de prisão do depositário infiel. RE 349703/RS.

IX. Apelação parcialmente provida apenas para afastar do dispositivo a cominação de prisão do(s) réu(s).

(AC 1998.43.00.001100-7/TO. Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira. DJ de 16/10/2009)

Civil. Contrato de depósito. Perdas naturais. Ação de indenização. Cláusula quebra zero. Validade.

I. A cláusula de quebra zero encontra validade expressa no art. 37, parágrafo único, do Decreto 1102/1903, além de que não é válida qualquer redução de responsabilidade do armazém geral na luz desse mesmo Decreto. Precedente.

II. Depósito comprovado por documentos, tendo as perdas passado como fato incontroverso nos autos, sendo que mesmo na apelação o Armazém se limita a discutir a validade da cláusula de quebra zero tendo em mira que as perdas no depósito foram, em sua visão, apenas de causas naturais.

III. Apelação improvida.

(AC 2001.35.00.016978-9/GO. Rel. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado). DJ de 31/07/2008)

Além disso, a cláusula de *quebra zero* encontra abrigo no art. 37, parágrafo único, do Decreto 1.102/1903, o qual dispõe:

Art. 37. São nulas as convenções ou cláusulas que diminuam ou restrinjam as obrigações e responsabilidades que, por esta Lei, são impostas às empresas de armazéns gerais e aos que figurem nos títulos que elas emitirem.

Parágrafo único. Ao contrário, podem os armazéns gerais se obrigar, por convenção com os depositantes e mediante a taxa combinada, a indenizar os prejuízos acontecidos à mercadoria por avarias, vícios intrínsecos, falta de acondicionamento e mesmo pelos casos de força maior.

Os honorários advocatícios deverão ser compensados, em face da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação, para acolher parcialmente a prescrição, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhora Presidente, com a ressalva de meu entendimento em sentido contrário no tocante à questão da prisão civil do depositário infiel, mas à luz da orientação jurisprudencial da Suprema Corte, acompanho integralmente o relator.

Sétima Turma

Numeração única: 0031009-34.1999.4.01.3400

Apelação Cível 1999.34.00.031056-3/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Apelante: Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal e outro
Advogado: Dr. Pedro Miranda
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Aldenor Moreira de Sousa
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara – DF
Assistente: Conselho Federal de Contabilidade
Publicação: e-DJF1 de 09/04/2010, p. 306

Ementa

Ação civil pública. Conselho Regional de Contabilidade. Aplicação de multa. Condomínios residenciais. Execução de serviços contábeis. Decreto-Lei 9.295/1946. Impossibilidade.

I. A obrigatoriedade de comprovação da existência de profissionais habilitados e registrados nos Conselhos de Contabilidade apenas se destina aos “indivíduos, firmas, sociedades, associações, companhias e empresas em geral” (Decreto-Lei 9.295/1946, art. 15) que tenham como atividade-fim a contabilidade, o que não é o caso dos autos.

II. A atividade desenvolvida pelo condomínio não está sujeita ao registro e à fiscalização pelo Conselho Regional de Contabilidade, daí a impossibilidade de aplicação de multa por execução de ofício contábil.

III. Apelações desprovidas.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 23/03/2010.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Reynaldo Fonseca*:
— Trata-se de apelações interpostas por CRC – Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal (fls. 253/299) e Conselho Federal de Contabilidade (fls. 302/316) em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Civil Pública 1999.34.00.031056-3/DF, proposta pelo Ministério

Público Federal, julgou procedente o pedido para que o Conselho Regional de Contabilidade/DF abstenha-se de aplicar multas aos condomínios em edificações em todo Distrito Federal por falta de prova de que os serviços contábeis tenham sido realizados por profissional registrado no CRC/DF.

Sustenta o primeiro apelante, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que o Conselho de Contabilidade não integra a estrutura da

Administração Pública, razão pela qual não pode este ser considerado uma entidade autárquica. Alega, ainda, que o “*Ministério Público Federal não tem legitimidade de agir, nem possui interesse processual para defender os interesses dos Condomínios e de impedir a ação do Conselho.*” (fl. 283).

No mérito, propugna que a multa aplicada ao condomínio tem arrimo no Decreto-Lei 9.295/1946, tendo em vista que a escrituração contábil a que está obrigado o condomínio (Lei 4.591/1964) deve ser realizada, exclusivamente, por profissional da Contabilidade.

O segundo apelante, por sua vez, aduz que “*os conselhos foram criados para fiscalizar o exercício profissional. Nesse campo de competência, há de se verificar se os trabalhos técnicos de contabilidade são realizados por profissional registrado em CRC.*” E continua: “*Admite a sentença que possa haver trabalho contábil em Condomínio. Mas, essa contabilidade poderá ser feita por leigo. Esse leigo está praticando o ilícito penal – exercício profissional sem habilitação.* Requer, por fim, que a r. sentença seja reformada. (fl. 315).

Contrarrazões apresentadas às fls. 355/370.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — A questão sob debate consiste em indagar-se se a atividade básica desenvolvida por condomínio residencial encontra-se sujeita ao registro e fiscalização pelo Conselho Regional de Contabilidade e exposta à imposição de multa pelo exercício irregular de serviços contábeis.

Inicialmente, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Federal suscitada pelo primeiro apelante, uma vez que o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin 1717-9, suspendeu o art. 58 da Lei 9.649/1998, mantendo a natureza autárquica dos Conselhos de Fiscalização Profissional, o que redundou, por conseguinte, no

restabelecimento da competência da Justiça Federal e na aplicação da Lei 6.830/1980 às execuções dos créditos dessas entidades.

Nesse sentido, confira-se precedente deste Tribunal, *in verbis*:

Tributário e Processual Civil. Crédito do Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia. Execução de título extrajudicial. Certidão de débito. Validade: aplicação temporal do art. 58, §4º, da Lei 9.649/1998. Declaração de inconstitucionalidade superveniente. Irregularidades extrínsecas sanáveis e justificáveis ao tempo - interesse recursal.

I. Legítimo o CRC/BA para o polo ativo da EF, uma vez que a indicação do interventor quando do ajuizamento da execução aconteceu como representante do Conselho, não em nome próprio.

II. Se a Lei 9.649, de 27 mai 1998, retirou dos conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas a sua natureza jurídica de autarquia federal especial, a competência para as execuções dos seus créditos passou a ser da Justiça Comum Estadual.

III. A execução, então, passou a ser processada pelo rito comum do CPC, sem que necessário qualquer eventual requisito para a certidão do crédito exequendo, nos termos do art. 58, § 4º, da Lei 9.649/1998.

IV. Ajuizada a execução para cobrança dos créditos do CRC/BA quando vigente a Lei 9.649/1998, restaram observados todos os requisitos legais exigidos ao tempo.

V. O STF declarou inconstitucional o art. 58 e seus parágrafos da Lei 9.649/1998, restabelecendo a natureza jurídica de autarquia federal especial aos Conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas, o que, de consequência, redundou no restabelecimento da competência da Justiça Federal e na aplicação da Lei 6.830/1980 às execuções dos créditos dessas entidades. (grifei)

VI. Diante da confusão estabelecida em razão da pouca técnica legislativa, o que justificou o ajuizamento na Justiça Comum Estadual da execução, sem que observados os requisitos da Lei 6.830/1980 para o título executivo, não é razoável a extinção, após remessa à Justiça Federal, da agora EF, em razão da nulidade do título por não preenchimento dos requisitos da Lei 6.830/1980.

VII. Determinável o credor, o valor da dívida, o motivo da cobrança e o procedimento que gerou tal cobrança, hígido o título.

VIII. Restabelecido o rito da EF, prudente oportunizar-se ao credor a adequação do título à nova norma de regência, porque evidente a

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado).

aplicação no curso intertemporal da legislação adequada (vigente no momento do ajuizamento da ação).

IX. Apelação provida. Autos à origem.

X. Peças liberadas pelo relator, em 06/10/2009, para publicação do acórdão.

(AC 2000.33.00.026891-7/BA, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 162 de 23/10/2009)

Em relação à segunda preliminar suscitada, tenho que deve ser também rechaçada. Na hipótese, não se pode cogitar da falta de interesse jurídico do Ministério Público Federal para propor a presente Ação Civil Pública, porquanto a Lei atribui ao *parquet* a função institucional de defesa dos interesses difusos e coletivos. Logo, não há que se falar em ilegitimidade ativa. Rejeito, portanto, a segunda preliminar.

No que tange ao mérito, convém observar que o artigo 1º, da Lei 6.839/1980, diz expressamente que “o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

Dessa forma, é indubitável concluir que o condomínio residencial não exerce ou explora serviços técnicos contábeis como atividade-fim nem explora tal serviço para prestação a terceiros, não estando sujeito à fiscalização do Conselho Regional de Contabilidade, uma vez que as atividades por ele exercidas não são privativas dos profissionais da Contabilidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos:

Condomínio residencial. Conselho Regional de Contabilidade. Multa por execução de serviços contábeis. Registro. Atividade básica. Impossibilidade. Precedentes.

I. A atividade desenvolvida pelo apelado não se enquadra como sujeita ao registro e fiscalização pelo Conselho Regional de Contabilidade, porquanto os serviços contábeis não configuram atividade fim de condomínio residencial, daí a impossibilidade de aplicação de multa por execução de ofício contábil. Precedentes desta Corte.

II. Apelação desprovida.

(AC 96.01.44777-6/GO. TRF/1ª Região – Rel. Juiz Federal Convocado Evandro Reimão dos Reis. Julg. em 12/09/2001)

Administrativo. Conselho Regional de Contabilidade. Empresa que não explora serviços na área contábil.

Não está a empresa, que não explora serviços técnicos contábeis nem tem seção com essa finalidade, obrigada a registrar-se no Conselho Profissional.

(AC 1997.01.00.057450-1/MG – TRF/1ª Região - Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ2, 22/05/1998).

Administrativo. Conselho Regional de Contabilidade. Condomínio residencial. Autuação por não comprovação de existência de profissional habilitado e registrado no CRC. Atividades não privativas dos profissionais da contabilidade. Decreto-Lei 9.249/1946. Inaplicabilidade.

I. A pretensão autoral consiste em pedido de anulação de Auto de Representação lavrado pro conselho de contabilidade contra condomínio residencial, em virtude da não comprovação de que possui profissional habilitado perante o referido conselho, nos termos do art. 15 do Decreto-Lei 9.295/1946.

II. A obrigatoriedade de comprovação da existência de profissionais habilitados e registrados nos Conselhos de Contabilidade apenas se destina aos “indivíduos, firmas, sociedades, associações, companhias e empresas em geral” que tenham como atividade-fim a contabilidade, o que não é o caso dos autos.

III. O condomínio residencial não exerce ou explora serviços técnicos contábeis como atividade-fim nem explora tal serviço para prestação a terceiros, não estando sujeita à fiscalização do Conselho Regional da Contabilidade, uma vez que as atividades por ele exercidas não são privativas dos profissionais da contabilidade, não se aplicando o art. 15 do Decreto-Lei 9.295/1946.

IV. Apelação não provida.

(AC 372343/CE – TRF/5ª Região – Rel. Des. Federal Manuel Maia – Julg. em 16/06/2009).

Pelo exposto, nego provimento às apelações interpostas.

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0001275-33.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.001257-9/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Apelada: Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.
Advogado: Dr. Carlos Eduardo Fontoura dos Santos Jacinto
Remetente: Juízo Federal da 22ª Vara – DF
Publicação: *e-DJF1*, de 07/05/2010, p. 530.

Ementa

Administrativo. Processual. Multa ANP. Ilegitimidade passiva ad causam da União. Extinção.

I. Cabe à Agência Nacional do Petróleo – ANP, desde a sua instituição (Lei 9.478/1997), a legitimidade exclusiva para figurar no polo passivo das ações que buscam a decretação da nulidade dos autos de infração lavrados pelo extinto Departamento Nacional de Combustíveis – DNC.

II. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento, para reconhecer a ilegitimidade passiva da União e julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, e julgar extinto o processo, nos termos do voto da relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/02/2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esta apelação foi interposta pela União (Fazenda Nacional) à sentença que julgou procedente o pedido, para reconhecer a nulidade do Auto de Infração 102411 e do respectivo procedimento administrativo (PA 48300.014123/94-23), notadamente quanto à multa aplicada, e extinguiu o processo sem resolução do mérito (art. 269, I, do CPC).

A União sustenta, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, tendo em vista que o art. 7º da Lei 9.478/1997, ao criar a Agência Nacional do Petróleo – ANP em sucessão ao extinto DNC, conferiu-lhe natureza jurídica própria, submetida ao regime autárquico especial.

No mérito, alega a inexistência de prescrição e a legalidade da Portaria MINFRA 843/1990.

Contrarrazões apresentadas às fls. 357-363.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Em obediência à Constituição Federal de 1988, a Lei 9.478/1997 criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP, em sucessão ao extinto Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia (art. 7º).

A partir da sua implantação, foram transferidos à ANP o acervo técnico-patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do DNC (art. 78), bem como todas as atribuições relacionadas às atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool (art. 9º).

Portanto, nos termos do art. 1º da mencionada lei, a nova autarquia também sucedeu o DNC, na estrutura administrativa da União, em sua função fiscalizadora.

Nesses termos, cabe à ANP, desde a data de sua instituição, a legitimidade exclusiva para figurar no polo passivo das ações que buscam a decretação da nulidade dos autos de infração lavrados pelo DNC.

No presente caso, o Auto de Infração 102411 foi lavrado pelo Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, e a ação foi ajuizada após a criação da ANP, em 18/01/2002, posteriormente, portanto, à extinção do DNC.

Dessarte, não ficam dúvidas sobre a ilegitimidade passiva da União (Fazenda Nacional) quanto ao auto de infração trazidos aos presentes autos.

Nesse diapasão, confira-se o seguinte julgado:

Processual Civil e Administrativo. Auto de infração. Multa. Portaria 843/1990 Minfra. Ilegalidade. Departamento Nacional de Combustíveis. União. Sucessão da Agência Nacional do Petróleo. Autarquia Federal. Ilegitimidade passiva ad causam da União.

1. Até a edição da Lei 9.847/1997 a União era parte legítima em ação ajuizada cuja pretensão tivesse por objetivo anular auto de infração lavrado pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC.

2. Com a extinção do DNC e simultânea criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP, por meio da Lei 9.847/1997, a ANP tornou-se parte legítima nos processos em curso, como sucessora do Órgão extinto em todos os direitos e obrigações (art. 78), desde a data da publicação da lei que a criou.

3. No caso dos autos, ajuizado o feito em 15/10/2001, não possui a União legitimidade passiva ad causam.

4. O auto de infração vergastado está fundamentado na Portaria 843/1990 do Minfra.

5. Portaria, como ato administrativo hierarquicamente inferior, não se presta ao preenchimento de lacunas e omissões da lei, e assim, não pode acrescentar conteúdo material à norma regulamentada, devendo restringir-se ao fim de facilitar a aplicação e execução da lei que disciplina a matéria.

6. Sendo a multa administrativa fundada apenas em portaria resta insubsistente o auto de infração lavrado, bem como os atos administrativos dele decorrentes.

7. Precedentes deste TRF 1ª Região (AC 1999.01.00.009537-1/MG, Rel. Des. Federal Eliana Calmon; AC 1998.01.00.034038-5/DF, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira (Conv.); AC 1998.01.00.034554-5/DF, Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (Conv.), DJ de 27/04/2007).

8. Apelação da União provida, para excluir do polo passivo da ação, ante sua ilegitimidade passiva ad causam. Apelação da Agência Nacional do Petróleo improvida. Remessa provida, em parte, no que se refere à exclusão da União da lide.

9. Condeno o apelado, Minas Gás Combustível Ltda, ao pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente corrigido, a favor da União, face o princípio da sucumbência.

10. Condeno a ANP ao pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido, a título de honorários advocatícios, a favor de Minas Gás Combustível Ltda ante o princípio da sucumbência.

11. Custas pro rata entre a Agência Nacional do Petróleo-ANP e Minas Gás Combustível Ltda.

(AC 2001.34.00.028129-9/DF, 8ª Turma, rel. convocado Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso, DJ de 11/10/2007, p.181 – sem grifo no original).

Ante o exposto, reconheço a ilegitimidade passiva da CEF e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos (convocado) e Cléberon José Rocha (convocado).

Numeração única: 170381120104010000

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0017038-11.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Presidente
Requerente: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Juízo Federal da 5ª Vara – MG
Autor: Ministério Público Federal
Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Publicação: e-DJF1, de 15/04/2010, p. 47

Decisão

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de medida antecipatória da tutela, fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF - 1ª Região, formulado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Iphan em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, nos autos da Ação Civil Pública 2009.38.00.033904-3/MG, ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 155-159).

A ação civil pública em comento foi proposta objetivando provimento jurisdicional que determine ao requerido que proceda à delimitação, em caráter emergencial e preventivo, em 60 dias, da área do entorno da Capela de Nossa Senhora do Rosário de Itabirito, a ser divulgada por meio de portaria publicada no *Diário Oficial da União*; que exerça o poder de polícia administrativa sobre todas as edificações e obras irregulares existentes na área do entorno da referida capela, sob pena de multa cominatória pelo descumprimento no valor de R\$ 10.000,00, acrescida de multa diária de R\$ 1.000,00, sem prejuízo da responsabilidade criminal e por improbidade administrativa (fl. 155).

O pedido foi julgado parcialmente procedente para determinar ao requerido que realize os estudos para delimitação do perímetro de tombamento e do perímetro do entorno da Capela de Nossa Senhora do Rosário de Itabirito e conclua estes no prazo razoável de 180 (cento e oitenta) dias, bem assim para determinar ao requerido que mantenha o regular exercício do poder de polícia, fiscalizando a regularidade das construções dos imóveis no entorno do bem em questão, tomando as medidas necessárias à sua efetividade, nos termos do art. 18 do Decreto 25/1937, sob pena de multa cominatória pelo descumprimento no valor de R\$ 10.000,00, por ocorrência de descumprimento, acrescida de multa diária de R\$ 1.000,00, sem prejuízo da responsabilidade criminal e por improbidade administrativa (fl. 159).

Segundo o requerente, a decisão impugnada causa grave lesão à ordem pública, argumentando que:

O Iphan não se encontra devidamente aparelhado com servidores, equipamentos e outros materiais para o cumprimento da decisão no diminuto espaço de tempo fixado, mesmo porque inexistente previsão orçamentária para tanto, razão pela qual de ser levada em consideração a cláusula da reserva do possível;

A decisão atacada invade a esfera da discricionariedade administrativa, com a ilegítima transferência para o Poder Judiciário das funções típicas do Poder Executivo, com infringência ao art. 2º da Constituição Federal – princípio da harmonia e separação dos poderes; e

A medida antecipatória da tutela viola o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992, pois esgota, em todo ou em parte, o objeto da ação.

No mais, tece considerações a respeito de questões afetas ao mérito da ação civil pública, tais como a existência de nulidades na decisão de primeiro grau, a incompatibilidade entre os pedidos formulados e a ausência dos requisitos para a antecipação da tutela.

É o relatório. Decido.

A via excepcional prevista nos arts. 15 da Lei 12.016/2009 e 4º da Lei 8.437/1992 está adstrita à análise dos requisitos que elenca, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não cabe, portanto, em regra, tecer considerações acerca dos fundamentos da decisão atacada, ou mesmo sobre o mérito da ação civil pública, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria.

Nesse sentido:

Agravo Regimental. Suspensão de segurança. Ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. Teto. Subteto. Art. 37, XI, da Constituição da República, redação da Emenda Constitucional 41/3. Decreto Municipal 7.026/2005.

I. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

II. No presente caso, a imediata execução do acórdão impugnado impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003.

III. Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

IV. Possibilidade de ocorrência do denominado 'efeito multiplicador'.

V. Precedentes do Plenário.

VI. Agravo regimental improvido. (SS-AgR 2773/RJ, Relator(a): Ministro(a) Presidente. DJ de 07/04/2008. Tribunal Pleno. p-00280.)

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Ação reivindicatória proposta pelo Incra. Imissão de posse indeferida. Ofensa à ordem e segurança públicas não evidenciada.

– *In casu*, não há assentamento de trabalhadores rurais sem-terra na área em litígio, além de constar dos autos que o interessado ocupa a área reivindicada há mais de dez anos, não se vislumbrando, assim, risco de dano irreparável à União, pelo que se mostra razoável a manutenção do *status quo* até que se ultime o julgamento da ação reivindicatória.

– Questões referentes ao mérito são insuscetíveis de apreciação em suspensão de liminar.

Agravo não provido. (AgRg na SLS. 806/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, julgado em 13.3.2008, DJ 10/04/2008 p. 1.)

Primeiramente, cumpre salientar que, segundo precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em grave lesão à ordem jurídica na via estreita da suspensão de segurança, questão essa que deve ser analisada por intermédio das vias ordinárias.

Nesse sentido:

Processual Civil. Suspensão de segurança. Servidor público. Reintegração. Grave lesão à ordem e à economia públicas não configurada.

I. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei 4.348/1964, art.4º.

II. A reintegração dos três impetrantes não tem potencial para causar gravame a quaisquer dos bens tutelados pela norma de regência.

III. No pedido de suspensão não há que se falar em lesão à ordem jurídica, cuja análise se acha resguardada para as vias recursais ordinárias. Tampouco se examina questões relativas ao mérito da controvérsia.

IV. O pedido de suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, sendo defeso ao ente público dele se utilizar como simples via de atalho para reforma de decisão que lhe é desfavorável.

V. Agravo a que se nega provimento. (AgRg na SS 1540/CE, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 20/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 98).

Complemento a citação jurisprudencial com os seguintes precedentes do colendo STJ, destacando nos votos do relator, eminente Ministro Edson Vidigal:

EDcl no AgRg na Suspensão de Segurança 1.049/AM:

Ademais, não ficou evidenciado como um caso, aparentemente isolado e restrito em consideração ao universo de empresas contribuintes do ICMS, possa repercutir de forma a pôr em risco a normal atividade exercida pela administração pública estadual e ao erário. Os valores que o Estado apresenta como prejuízo não são de modo algum vultosos a constituir razão, isoladamente ou em conjunto com as demais, ao deferimento da suspensão.

Por fim, relativamente a alegação de que no conceito de ordem pública inclui-se a ordem jurídica, o entendimento que esta Corte Especial vem prestigiando é no sentido de rechaçá-la porquanto não seria adequado na via da suspensão o exame de eventuais *error in procedendo* e *error in iudicando* na decisão impugnada. Caso tal exame fosse possível, haveria sem dúvida uma desvirtuação total da estrutura recursal e da sistemática de distribuição de competências do Poder Judiciário, a transformar a Presidência do STJ em instância revisora das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

EDcl no AgRg na Suspensão de Segurança 1.353/RJ:

A comprovação de ameaça aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência não emerge da simples alegação de que é proibida a importação de pneus usados, ou que a resolução do Conama 258/1999 vem sendo descumprida ou, ainda, o processo de remoldagem produz resíduos sem destinação. É indispensável a demonstração e comprovação da lesão, o que repito, não ocorreu.

Destaco, assim, que não houve omissão quanto à alegada infringência à ordem jurídica. A ordem pública a que se refere a Lei 4.348/1964, art. 4º, não abrange a ordem jurídica, porquanto a via não permite a apreciação de questões que dizem respeito a juridicidade ou antijuridicidade da liminar ou da sentença que se busca suspender. (precedentes AgRg na SS 1358; AgRg na SLS 11).

Da mesma forma vemos na doutrina:

Revista de Processo 140, RT, p. 269 e segs., petição de recurso do eminente Procurador Regional da República, Domingos Sávio Tenório de Amorim:

2.4 Da ausência de ofensa à ordem pública ou ao manifesto interesse público

O conceito de ordem pública está bem expresso na doutrina de De Plácido e Silva, *in verbis*:

‘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 ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.’ (Vocabulário jurídico. V. III, J-P, Rio/São Paulo: Forense, 1973, p. 1.101).

O grande argumento contido na inicial, tido por ela como justificador de grave perigo para a ‘ordem pública’, está centrado no objetivo estatal, advindo da Lei 10.826/2003, de simbolizar na destruição das armas a melhor forma de conter a violência, estimular cada vez mais o desarmamento e tornar ainda mais difícil a aquisição de armas pelos meliantes.

Pois bem. Difícil enxergar o objetivo pretendido pelo Ministério Público Federal, na Ação Civil Pública, como acarretador de riscos para a ordem pública, pois, pelo menos em tese (e aqui o que interessa é o exame do aspecto em abstrato), não há como se entender que a destinação das armas de boa qualidade e igualmente de utilidade para as Forças Armadas ou Forças Policiais possa vir a gerar situações de instabilidade em detrimento da população.

In Mandado de Segurança – Questões Controvertidas, Editora *Podium*, José Henrique Mouta Araújo, p. 133 a 135:

Os conceitos estão intimamente relacionados aos do interesse público diferenciado, a provocar intervenção da presidência do tribunal competente. Contudo, analisando o permissivo legal, mister indagar: o que é grave lesão a provocar a apresentação do pedido de suspensão de liminar ou de sentença mandamental? A simples lesão não é suficiente para suportar o incidente, eis que deve possuir a qualificadora de grave. Mas como sopesar os conceitos e as qualidades? Qualquer lesão, para aquele que a sofreu, pode ser reputada como grave.

Portanto, a interpretação do grave, necessariamente passa pela análise do princípio da proporcionalidade, consagrando o cabimento do incidente apenas naquelas situações que realmente podem gerar o comprometimento real, concreto e objetivo do interesse público em discussão.

Ademais, a grave lesão também pode ser observada quando há risco de irreparabilidade grave e *in natura*, ou mesmo nos casos do chamado efeito multiplicador – efeito cascata (ampliação do teor da decisão para situações sucessivas que, na somatória, podem gerar risco de dano irreversível ao interesse público).

Outras lesões, que não ensejam a qualificadora de qualificada (excepcional, em grandes proporções, etc), não legitimam a apresentação do SS, inclusive podendo este ser rechaçado liminarmente pelo presidente do tribunal.

E a grave lesão ligada à ordem pública, em qual grau seria?

Com certeza, também aqui há conceito indeterminado voltado a preservação do interesse público e do próprio estado de direito. Refere-se à ordem administrativa em geral e à própria preservação e continuidade dos serviços públicos.

O Ministro Willian Patterson, em decisão proferida no Agravo regimental em suspensão de segurança 188-5, afirmou que:

É indubitoso que a ordem pública aludida no preceito das Leis 4348 e 8036 alcança a ordem administrativa. O saudoso Hely Lopes Meirelles, em sua consagrada obra ‘Mandado de Segurança’ 14ª edição, p. 62, ao comentar o assunto asseverar: ‘Interpretando construtivamente e com largueza a ‘ordem pública’, o então Presidente do TRF e atual Ministro do STF José Néri da Silveira, explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna (RSTJ 53/452).

Ainda sobre o conceito de ordem pública, o Ministro do STF, Néri da Silveira, prelecionou o seguinte:

Nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Sobre o mesmo assunto, o Ministro Carlos Veloso, em despacho exarado nos autos da Suspensão de Segurança 1.494 – RJ, assim se manifestou:

Quando a Lei 4.348/1964, art. 4º, faz menção à ameaça de lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende aí, apenas, a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º da Lei 4.348/1964. Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa a sua eficácia pelo Presidente do Tribunal (grifamos).

Portanto, na interpretação do conceito de grave lesão à ordem pública deve ser verificado o grave risco de transtornos de grande monta à ordem administrativa em geral e à normal execução de serviços públicos, como nos casos de suspensão de concursos públicos, licitações, etc.

Contudo, o Judiciário tem que ter bastante cautela ao analisar os pedidos de suspensão fulcrados na grave lesão à ordem pública, evitando que o incidente seja utilizado em situações de menores repercussões, isso sem falar na sua apresentação violando direitos fundamentais.

Destarte, como instrumento excepcional, não se deve ampliar o conceito de ordem pública, bem como os demais previstos no art. 4º da Lei 4.348/1964, evitando-se deferimento de pedidos de suspensão em situações de real dúvida quanto a consequência coletiva da decisão, também sendo resguardados os direitos fundamentais dos cidadãos e da própria efetividade do mandado de segurança.

Em uma frase: a disseminação e o excesso de controle do presidente do tribunal sobre a eficácia de decisões proferidas em mandado de segurança ultrapassando a razoabilidade poderá comprometer a própria viabilidade desse instrumento constitucional de controle.

Destaco ainda a nota 18, *idem*, p. 133: Ordem pública não é sinônimo de ordem jurídica. Aquela está ligada à continuidade da atividade administrativa, enquanto esta refere-se ao aspecto processual (acerto ou desacerto da decisão), somente provocando revisão mediante atividade recursal. De fato, razoável é afirmar que ocorre desvio de finalidade caso seja utilizado o SS para resguardar a ordem jurídica.

De outra parte, o egrégio Supremo Tribunal Federal possui um entendimento que explana e aponta os reais limites da suspensão de segurança, conforme Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1149-9-PE, relator Ministro Sepúlveda Pertence, plenário, unânime:

I. Suspensão de segurança: compatibilidade com a Constituição.

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das 'razões de Estado'; não é o que sucede na suspensão de segurança, que susta apenas a execução provisória da decisão recorrível: assim como a liminar ou a execução provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades criadas por lei de tutela cautelar do direito provável – mas ainda não definitivamente acertado – do impetrante, a suspensão dos seus efeitos, nas hipóteses excepcionais igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso da entidade estatal.

II. Suspensão de segurança; deliberação cabível e necessária do mérito do processo principal: precedente (AgSS 846, Pertence, DF 08/11/1996).

Sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.

Destaco do voto do eminente relator o que segue:

Por isso mesmo, revendo entendimento a que ainda se apegava o agravante, o Tribunal abandonou o preconceito segundo o qual, ao deferimento da suspensão de segurança, seria de todo estranha a indagação, ainda que em juízo de deliberação, da plausibilidade das razões jurídicas opostas pelo Estado à sentença cuja eficácia se pretenda suspender.

A nova orientação da Corte ficou sintetizada na ementa do referido AgSS 846, de 29/05/1996, DJ 08/11/1996, quando o Plenário endossando decisão individual que proferira, assentou:

'A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.

Não vislumbrado em que medida a decisão de primeiro grau tem potencial para causar grave lesão à ordem pública, conforme afirmado na peça inicial, pois, em sede de suspensão de medida liminar, antecipação de tutela ou sentença, essa grave lesão deve ser demonstrada de forma efetiva, não cabendo para tanto meras alegações e conjecturas, e o argumento de que o Iphan não possui estrutura para o seu cumprimento não pode servir como justificativa para tanto.

Com efeito, apesar de detalhadamente fundamentadas, todas as alegações do requerente não são suficientes para demonstrar a ocorrência dessa grave lesão, pois são matérias afetadas ao mérito do feito principal e devem ser impugnadas por intermédio da via recursal cabível prevista na legislação em vigor.

Também não antevejo a suposta violação ao principal da separação dos poderes, pois a decisão de primeiro grau apenas determinou ao Iphan o cumprimento de suas atribuições legalmente previstas.

Melhor sorte não assiste ao requerente ainda que ao argumento de violação ao art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992, pois não houve o esgotamento do objeto da ação, tendo o juízo a *quo* apenas determinado a adoção das medidas necessárias para a proteção do patrimônio histórico.

Ademais, verifico a possibilidade de ocorrência de *periculum in mora* inverso, pois a determinação posta na decisão impugnada visar a evitar a deterioração de construção datada do século XVIII, de grande valor histórico e que, apesar de tombada há mais de cinquenta anos, parece-me que órgãos competente não se desincumbiu de adotar as providências necessárias para a sua preservação, e as edificações efetuadas em suas imediações podem colocar em risco a integridade do monumento.

Pelo exposto, Indefiro o pedido.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo legal sem manifestação, dê-se baixa e arquivem-se.

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, presidente

Numeração única 007935-77.2010.4.01.0000

Agravo de Instrumento 0037538-20.2009.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Magazine Luiza S/A
Advogada: Dra. Cristiane Romano e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 24/03/2010, pp. 163/164

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende *Magazine Luiza S/A* ver reformada a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, determinou a citação da União e, após apresentada a contestação, a conclusão dos autos para nova análise do pedido de antecipação (fls. 1.122-1.124).

Sustenta a agravante que, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, deve ser reconhecido seu direito de se apropriar dos créditos referentes ao PIS e à Cofins originados da despesa com os contratos de prestação de serviço das administradoras de cartão de crédito e débito. Afirma que os custos das despesas geram direito ao crédito, em razão da não cumulatividade desses tributos (art. 195, §12, da Constituição Federal).

Requer, assim, o provimento do presente recurso, para *autorizar, desde já e doravante, a escrituração dos créditos da Agravante referentes à contribuição ao PIS e Cofins decorrentes das despesas pagas às administradoras de cartões de crédito e de débito*, o que deverá ser mantido ao final do processo.

Este agravo de instrumento, protocolizado em 02/02/2010, veio-me concluso em 1º/03/2010.

Decido.

A agravante defende ter direito aos créditos resultantes das taxas pagas às administradoras de cartões de crédito, por considerá-las verdadeiro insumo a sua atividade e em decorrência lógica do regime não cumulativo da contribuição ao PIS e à Cofins.

A decisão agravada está assim fundamentada, *verbis*:

Em sede de exame sumário da causa não vislumbro presente a concomitância dos pressupostos autorizadores da antecipação de tutela na modalidade cautelar (CPC, art. 273, inciso VII).

Na espécie, não se pode desconhecer que o uso de cartões de crédito/débito concorre diretamente para a eficiência comercial da autora. O balanço positivo de sua atividade empresarial está intrinsecamente ligado a sua capacidade de oferecer essa comodidade eletrônica a seus clientes, que podem lançar mão, de forma simplificada, do recurso de financiamento na compra de bens de consumo oferecidos pela autora. Todavia, a norma constitucional que estabeleceu a não cumulatividade do PIS /Cofins remeteu ao legislador ordinário o poder de definir “os setores da atividade econômica que serão alcançados pela desoneração. Com efeito, o exame sumário da causa, não nos permite concluir que o ramo de atividade da autora está autorizado a promover a apropriação do crédito nas operações que envolvem contratação de administradora de cartão de crédito/débito para efeito de lançamento contábil que lhe garanta o abate do valor na sua obrigação.

Confesso ter simpatia pela tese sustentada no inicial, em razão da necessidade de se dar máxima efetividade às normas constitucionais. Contudo, somente com a integração da lide pela Ré teremos maiores elementos para o deslinde da causa que exige verossimilhança da alegação.

Apesar das considerações expostas pelo douto Juízo *a quo* e do entendimento adotado pela Receita Federal — de que embora a taxa de administração de cartão de crédito constitua despesa financeira, não é cabível o creditamento do PIS e da Cofins, dessarte, neste momento processual —, há plausibilidade na tese defendida pela agravante.

Nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, a base de cálculo das contribuições em exame é o faturamento mensal, entendido como as receitas auferidas pela pessoa jurídica.

A taxa paga às administradoras de cartão de crédito e débito não deve ser considerada receita definitiva para a empresa contribuinte. Ainda que a totalidade dos valores decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços ingresse nas contas da empresa transitoriamente, apenas o montante pago pela administradora do cartão de crédito configura receita definitiva e de titularidade do comerciante, de forma a justificar a incidência tributária das contribuições ao PIS e à Cofins.

Plausível, ainda, a interpretação conferida ao art. 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, no que se refere ao conceito de *insumo*, em consonância com o regime da não cumulatividade, para alcançar as taxas pagas às administradoras de cartões pelos contribuintes do ramo de comercialização de produtos e prestadores de serviços.

Diante do exposto, *defiro o pedido de tutela antecipada recursal*, para autorizar a escrituração dos créditos *vincendos* referentes à contribuição ao PIS e à Cofins decorrentes das despesas pagas às administradoras de cartões de crédito e de débito.

Comunique-se ao MM. Juiz prolator da decisão agravada.

Cumpra-se o disposto no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de março de 2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso, relatora.*

Recurso contra Sentença 2006.34.00.702260-9

Relator: Juiz Federal Alysson Maia Fontenele
Recorrente: Margarete Maria de Lima
Advogado: Dr. Nilo Sulz Gonsalves
Recorrida: União Federal
Advogada: Dra. Rejane Rocha de Vasconcelos
Publicação: e-DJF1 de 19/03/2010, p. 514

Ementa

Administrativo. Constitucional. Cargo em comissão. Exoneração ad nutum. Servidora gestante. Ausência de justa causa. Indenização pecuniária. Art. 7º, I e art. 10, II, b, ADCT, da CF. Recurso provido. Sentença reformada.

I. A possibilidade de o servidor comissionado poder ser exonerado *ad nutum*, em face da precariedade do vínculo funcional que se estabelece entre ele e a Administração, não se sobrepõe às garantias sociais que lhe são destinadas.

II. A proteção à maternidade foi erigida como garantia constitucional a todos aqueles que mantêm vínculo empregatício, independentemente de sua natureza, seja ela pública (estatutária) ou privada (CLT), tendo sido expressamente estendida aos ocupantes de cargos públicos na redação original do §2º do art. 39 da Constituição Federal, mantida pela Emenda Constitucional 19/1988 no §3º desse mesmo artigo.

III. Com efeito, servidora pública, ainda que ocupante só de cargo em comissão, não pode ser dispensada sem justa causa durante a gravidez, porquanto encontra-se amparada pelo art. 7, I, da Constituição e art. 10, II, b, do ADCT.

IV. Recurso provido para reformar a sentença e condenar a União a indenizar a recorrente no valor correspondente aos vencimentos que receberia desde a data do afastamento até 120 dias após a data do nascimento de seu filho, inclusive férias, décimo terceiro salário e demais benefícios, com correção monetária desde a data em que cada pagamento era devido e acrescido de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação.

V. Sem honorários advocatícios.

Acórdão

A Turma Recursal, por unanimidade, *deu provimento ao recurso*.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal.

Brasília, 04/03/2010

Juiz Federal *Alysson Maia Fontenele*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alysson Maia Fontenele:

— Trata-se de recurso interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento do salário maternidade, remuneração e respectivo décimo terceiro e férias a servidora ocupante de cargo em comissão que foi exonerada quando se encontrava grávida.

Em razões recursais, para pedir a reforma da sentença, a recorrente reafirma que não poderia ter sido exonerada quando se encontrava grávida.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 176/182.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alysson Maia Fontenele:

— *In casu*, a autora foi nomeada para o cargo em comissão de Secretária Parlamentar, nível SP-13, junto à Câmara dos Deputados, em 1º/10/1996. Posteriormente, foi exonerada do cargo em comissão a juízo da autoridade competente, sem justa causa por iniciativa do empregador (fls. 27), nos termos do art. 35, I, da Lei 8.112/1990. Ao ser exonerada, encontrava-se a recorrente grávida, fato que é comprovado com a certidão de nascimento de seu filho em 10 de maio de 1999 (fl. 18).

Não há dúvida de que a nomeação e exoneração de servidor para cargo em comissão configura ato administrativo discricionário, submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública competente. Assim, a exoneração não precisa ser motivada, sendo “*ad nutum*”.

Entretanto, no exercício dessa discricionariedade, a autoridade competente não pode violar direitos e garantias sociais assegurados pela Constituição Federal. Assim dispõe o art. 10, inc. II, alínea *b*, do ADCT da CF/1988, *in verbis*:

Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II. fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Por sua vez, estabelece o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII. licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Com efeito, ainda que ocupante apenas de cargo em comissão, a recorrente não poderia ter sido exonerada sem justa causa desde a confirmação da gravidez, em razão de usufruir da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *b*, dos ADCT da CF/1988.

Ademais, extrai-se dos preceitos constitucionais transcritos que a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, retirando-se do âmbito do direito do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado de gravidez. Trata de um direito social (art. 7º, *caput*, CF/1988), cuja aplicabilidade independe de regulamentação, inclusive. Ou seja, seu gozo é assegurado a todo e qualquer cidadão que mantenha um vínculo empregatício, independentemente de sua natureza (funcional ou estatutária - no caso dos servidores públicos, ou privada - submetida às regras da CLT). Na verdade, a prevalecer a tese defendida pela recorrida, segundo a qual aos servidores ocupantes de cargo comissionado teria sido negada a proteção estatuída, visto que os reais destinatários dos preceitos em comento seriam, tão só, os empregados celetistas, propiciada estaria a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), princípio esse que nada mais é do que um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inc. I do art. 5º daquele mesmo diploma normativo. Nesse sentido, cumpre salientar, que aos servidores ocupantes de cargo público – e o exercente de cargo comissionado o é – foi estendida aquela mesma garantia, conforme estabelecido na redação original do §2º do art. 39, mantida no §3º desse mesmo artigo pela Emenda Constitucional 19/1988.

Nesse sentido, vejamos os seguintes julgados:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rui Costa Gonçalves e Náiber Pontes de Almeida.

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Licença-gestante. Exoneração. C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b.

I. Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante: a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b.

II. Remuneração devida no prazo da licença-gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF.

III. Recurso provido.

(RMS. 24.263/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ de 09/05/2003, p. 68.)

Administrativo e Constitucional. Cargo em comissão. Exoneração ad nutum. Servidora pública federal. Gestante. Ausência de justa causa. Indenização pecuniária. Art. 7º, I e art. 10, II, b, ADCT, ambos da CF/1988. Precedentes. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

I. A servidora pública, embora ocupante, tão somente, de cargo em comissão, não pode ser dispensada, sem justa causa, durante o período de sua gravidez, à luz do disposto no art. 7º, I e no art. 10, II, b, do ADCT, ambos da CF/1988.

II. Precedentes: TRF/1ª Região - AC 1999.34.00.025178-4/DF, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, 2ª T, unânime, DJ 22/04/2002

p. 42, REO 95.01.21186-0/DF, Rel. Des. Federal Plauto Ribeiro, 1ª T, unânime, DJ 03/06/1996 P.37134, AC 1998.01.00.068844-9/MT, Rel. Conv. Antônio Sávio O. Chaves, 2ª T, unânime, DJ 23/11/2000 P.12; STJ - RMS 3.313-9/SC, Rel. Ministro Adhemar Maciel, 6ª T, STJ, por maioria, data de julg. 28/11/1994.

III. Apelação e Remessa Oficial, tida por interposta, improvidas.

(AC 2000.34.00.013130-3/DF, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ p.18 de 22/11/2004)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e *julgar procedente o pedido* para condenar a União a indenizar a recorrente no valor correspondente aos vencimentos que receberia desde a data do afastamento (fevereiro de 1999) até 120 dias após a data do nascimento de seu filho, inclusive férias, décimo terceiro salário e demais benefícios, todos proporcionais ao período indenizatório, com correção monetária desde a data em que cada pagamento era devido e acrescido de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação.

Sem honorários advocatícios.

É como voto.

Numeração única: 0021708-05.2009.4.01.3500

Recurso JEF 2009.35.00.700288-8

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araujo
Recorrente: Marley Bueno de Araujo
Advogado: Dr. Iraides Franco Borges
Recorrido: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
Procurador: Dr. Wilmar Pereira Gonçalves
Publicação: e-DJF1 de 13/04/2010, p. 808

Voto/Ementa*

Previdenciário. Filho maior e inválido. Dependência. Presunção.

I. Trata-se de recurso interposto em face de sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito ao argumento de que a pretensão da recorrente, obtenção de pensão por morte sem possuir condição de dependente, é vedada pelo ordenamento jurídico.

II. Na espécie, aduz a recorrente que, na condição de filha maior e inválida, é dependente da segurada falecida Ana Luiza de Freitas. A sua invalidez está devidamente comprovada nos autos, porquanto titular de aposentadoria previdenciária por invalidez instituída em 1º/03/1986.

III. Relatado o essencial, decido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Paulo Ernane Moreira Barros e Roberto Carlos de Oliveira.

IV. A TNU, no incidente de Uniformização de 200771950120521, DJ 28/08/2009, da relatoria da Dra. Maria Divina Vitória, reconheceu que a presunção de dependência do filho maior e inválido é absoluta, ou seja, não admite prova em contrário, assim como a do cônjuge e do filho menor, nos moldes da Lei 8.213/1991 (Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I. o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (...)) § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada).

V. Com efeito, o pedido formulado pela recorrente é juridicamente possível, devendo o mérito ser apreciado pelo juízo *a quo*.

VI. Deixo de julgar a causa, afastado a teoria da *causa madura* (art. 515, § 3º, CPC), dada a ausência de citação da parte ré para apresentar resposta à ação que lhe é movida.

VII. Ante o exposto, *dou provimento ao recurso* para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para regular seguimento do processo e ulterior apreciação do mérito.

Sem honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juizes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso* para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para regular seguimento do processo e ulterior apreciação do mérito, nos termos do voto do Juiz Relator.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Goiás.

Goiânia, 13/03/2010.

Juiz Federal *Warney Paulo Nery Araujo*, relator.

Recurso contra Sentença 0043399-21.2008.4.01.3400 DF

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida
Recorrente: Getúlio de Deus Lopes
Procurador: Dr. Mário Hermes da Costa e Silva
Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS
Advogada: Dra. Márcia Neysa Bitu Araújo
Publicação: e-DJF1 de 16/04/2010, p. 667

Ementa*

Constitucional. Processual Civil e Previdenciário. Benefício previdenciário. Segurado residente no entorno do Distrito Federal. Competência. Faculdade concedida ao segurado. Art. 20 da Lei 10.259/2001. Art. 4º da Lei 9.099/1995. Sentença reformada. Recurso provido.

I. Trata-se de recurso inominado interposto contra sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito por reconhecer a incompetência territorial do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar e julgar ações propostas por pessoas domiciliadas fora do Distrito Federal.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rui Costa Gonçalves e Alysson Maia Fontenele.

II. A opção pelo foro do Distrito Federal, nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, restringe-se às causas intentadas contra a União. As ações em que figura autarquia, fundação ou empresa pública federal no pólo passivo da relação processual devem ser ajuizadas no juizado especial federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei 9.099/1995, consoante dispõe o art. 20 da Lei 10.259/2001.

III. Quando se trata de definição de competência de juizado especial federal, a regra do art. 4º da Lei 9.099/1995 deve ser conjugada com a do art. 20 da Lei 10.259/2001, se no domicílio do autor não houver vara da Justiça Federal. Desse modo, a opção pelo foro do Distrito Federal é válida se este for a sede de juizado especial federal mais próxima do local onde deveria ser proposta a ação. Entendimento pacificado no âmbito desta Turma Recursal conforme Enunciado 43/TRDF. Precedente

IV. Na hipótese dos autos, a parte autora reside em Águas Lindas/GO, cidade localizada próximo à divisa oeste do Distrito Federal, tendo como Juízo Federal mais próximo ao seu domicílio a Seção Judiciária do Distrito Federal, com sede em Brasília, razão pela qual há de ser reconhecida a competência deste foro para processar e julgar o feito.

V. Recurso provido para que seja reconhecida a competência deste Juizado Especial Federal para processar e julgar o presente feito, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem para normal processamento da lide. Acórdão proferido nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

VI. Sentença reformada. Incabível a condenação em honorários advocatícios conforme preceitua o art. 55 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal.

Brasília, 25/03/2010.

Juiz Federal *Náiber Pontes de Almeida*, relator.

Recurso 0013554-59.2008.4.01.3200

Recorrente: Universidade Federal do Amazonas – Ufam

Recorrido: Joao Ricardo Bessa Freire

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza

Publicação: e-DJF1 de 26/04/2010

Voto em forma de Ementa*

Ufam. Descontos em folha do autor. Entrega de atestado médico fora do prazo legal. Razoabilidade. Devolução dos valores descontados. Indenização por dano moral. Inadmissibilidade.

I. No que se refere à extinção do processo em razão da ausência do autor, sem razão a Fundação Universidade do Amazonas – FUA, pois o autor justificou a sua ausência em Juízo a qual ocorreu em razão de força maior, vez que o autor fora eleito delegado sindical e viu-se obrigado a comparecer a um congresso realizado no Sul do país, em data coincidente com a da realização da segunda audiência.

II. Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste a FUA, pois apesar do autor não ter apresentado o atestado no prazo previsto no regulamento, verifica-se que a administração agiu de forma desarrazoada. Nesse ponto, o Juízo

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jaiza Maria Pinto e Reginaldo Márcio Pereira.

a quo analisou com perfeição a questão, vejamos: “Um atraso de dois ou três dias, justificados, observandose que o servidor encontra-se em outra cidade, sendo esta a capital do Estado e sede da Reitoria e da Administração da UFAM, não deveria gerar toda esta celeuma, até porque o atestado deveria, isto sim, ser recebido no setor competente da Ufam na capital, posto que certamente este e o setor que elabora a folha de pagamento e não a unidade de Benjamin Constant, onde o servidor professor estava lotado. Se é certo que a administração da universidade tem as próprias regras a serem observadas, estas devem, na medida do possível, ser o máximo desburocratizadas, Foi apurado nesta audiência que o atestado médico em questão não foi encaminhado à junta médica, embora isso tenha sido ordenado pelo Magnífico Reitor da UFAM após requerimento por escrito e expreso do autor. Por outro lado, foi também apurado que quem expediu o atestado médico foi o próprio presidente da Junta Médica, embora na qualidade de médico particular. Tudo isso demonstra que o autor não deveria ter sofrido os descontos que sofreu, ou, tendo suportado o valor deveria ter sido restituído. Ademais, a Lei 8.112 fixa o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a justificativas das ausências. (...)”.

III. Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95 c/c art. 1º da Lei nº 10.259/01.

4. Fixação em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 55 da Lei n.º 9.099/95.

5. Recurso conhecido e improvido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Juizes da Egrégia Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas, à unanimidade, negar provimento ao recurso da Ufam. Condenação em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. Tudo nos termos do voto da relatora, o qual faz parte integrante deste julgado e ata de julgamento.

Manaus, 26/03 /2010.

Juíza Federal *Maria Lúcia Gomes de Souza*, relatora.

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

Penal. Inquérito judicial penal. Falsidade ideológica. Nepotismo. Resolução 07 do CNJ. Declarações sujeitas à verificação objetiva pela Administração. Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada.

I. Inicialmente, foi afastado o caráter sigiloso do feito para que o julgamento se fizesse com plena publicidade.

II. As declarações firmadas pelos dois denunciados — o juiz federal no sentido de que não havia nepotismo em seu juízo e o servidor no sentido de que não estava incurso nas vedações da Resolução 07 do CNJ — não caracterizam falsidade ideológica porque estavam sujeitas a confronto, à verificação objetiva pela Administração.

III. Não fora isso, é de ressaltar que havia dúvida fundada sobre o alcance da Resolução 07 do Conselho Nacional de Justiça, tanto que houve uma consulta deste Tribunal ao CNJ, no sentido de saber se os servidores requisitados, ocupantes de cargos ou funções comissionadas, não pertencentes à carreira judiciária, que mantivessem parentesco com magistrados ou servidores, se isso caracterizaria nepotismo.

IV. Constatada de plano, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa, qual seja, a não ocorrência do crime, a denúncia deve ser rejeitada.

V. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, por falta de justa causa para a instauração da ação penal.

Numeração única: 00258874020084010000

Petição 200801000260014/DF

Relatora: Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* — Corte Especial

Publicação: *e-DJFI* de 12/04/2010, p. 04

Mandado de Segurança. Necessidade de dilação probatória. Não cabimento. Alegação de inexistência de crime antecedente para a tipificação do crime de lavagem de dinheiro. Desnecessidade. Fundamento diverso do apresentado na inicial como causa de pedir. Denegação.

I. O bloqueio limitou-se aos valores oriundos das empresas MMV Consultoria e Participação Ltda e CLA Correa Participação Ltda, depositados em aplicações financeiras após o início da ação penal em desfavor do filho da impetrante, o responsável, de fato, pela gerência da empresa.

II. Dessa forma, não houve bloqueio universal dos seus bens e, por outro lado, a demonstração da origem lícita dos valores creditados em sua conta demanda exame do acervo probatório da respectiva ação penal.

III. O eg. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime, ao tipo do art. 1.º, da Lei 9.613/1998.

IV. Ademais, esse fundamento, posteriormente apresentado pela impetrante, é diverso daqueles constantes da inicial, consubstanciando a modificação da causa de pedir.

V. Mandado de segurança denegado.

Númeração única: 0040951-95.2005.4.01.0000

Mandado de Segurança Criminal 2005.01.00.072772-0/DF

Relatora: Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho* (convocada) — 2ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 12/04/2010, p.11

Conflito de competência. Execução fiscal ajuizada em comarca não sede de vara federal, em que domiciliado o devedor. Declinação de competência para vara federal de subseção judiciária: antecedente ajuizamento de AO, já sentenciada. Competência do suscitado.

I. Ajuizada a EF no domicílio do devedor, que não sede de vara federal, em cumprimento ao disposto no art. 15 da Lei 5.010/1966, não há razão jurídica ou legal para declinação de competência e remessa desses autos para Vara Federal de Subseção Judiciária, ainda que existente conexão com antecedente Ação Ordinária por ela em curso, tanto mais quando já sentenciada (Súmula 235/ST): “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”).

II. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente o suscitado.

III. Peças liberadas pelo relator, em 03/02/2010, para publicação do acórdão.

Numeração única: 69094-55.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.071689-0/MG

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral — 4ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 22/03/2010, p. 27

Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. Supressão de parcela de aposentadoria. Alegação de erro administrativo. Ausência de regular procedimento administrativo. Abstenção dos descontos. Devolução dos valores descontados. Impossibilidade. Precedentes desta Corte.

I. A garantia constitucional ao devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, não deve atuar de maneira abusiva ou arbitrária para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

II. A supressão de parcela dos vencimentos da impetrante, sob a alegação de erro administrativo somente pode ser feita após regular procedimento administrativo em que seja assegurado o direito à ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Precedentes (AC 1997.01.00.041074-3/PI, Rel. Juiz Ricardo Machado Rabelo (Convocado), publ. no *DJ-II* de 04/09/2000, pág. 08) e (AC 2000.01.00.037034-4/PI, Rel. Juíza Assusete Magalhães, publ. no *DJ-II* de 30/06/2000, pág. 51).

III. A Administração não pode ser compelida a devolver aos impetrantes os valores eventualmente já descontados de suas remunerações, uma vez que, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal procedimento “implicaria fazer com que a Administração novamente efetuasse um pagamento indevido, com o agravante de que, dessa feita, sequer poderá o servidor alegar que estará recebendo de boa-fé, dado que já está absolutamente ciente de que não faz jus a tal recebimento.” Precedente: (AC 2002.34.00.017789-8/DF; Apelação Cível. Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo. Órgão julgador: Primeira Turma. Publicação: 21/01/2010 *e-DJFI* p. 84. Data da decisão: 21/10/2009).

IV. Apelações e remessa oficial às quais se nega provimento.

Numeração única: 8755-02.1997.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1997.38.00.008795-1/MG

Relator: Desembargador Federal *José Amílcar Machado* — 1ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 13/04/2010, p. 11

Penal. Uso de documento público falso (art. 304 c/c o art. 297, ambos do CP). Visto consular falso em passaporte verdadeiro. Autoria e materialidade comprovadas.

I. A objetividade jurídica do crime de uso de documento falso é a fé pública, no que tange à autenticidade dos documentos públicos e particulares. A consumação ocorre com a produção do documento, contendo a falsidade, independentemente da ocorrência de dano, e com o seu uso. Trata-se, portanto, de crime formal.

II. O visto consular não é documento que subsiste fora do passaporte e, sendo este um documento de identificação de propriedade da União, exigível de todos que pretendem fazer viagem para o exterior, a falsificação daquele viola bem jurídico nacional, pois representa uma contrafação do passaporte.

III. O ato de introduzir visto consular falso em passaporte verdadeiro configura conduta típica, porquanto o bem jurídico, fé pública, é efetivamente violado ainda que o documento seja utilizado apenas no Brasil, eis que o denunciado tentou ludibriar as autoridades aeroportuárias no embarque para o exterior mediante o seu uso.

IV. Como o documento contrafeito foi utilizado no Brasil para que o acusado pudesse embarcar para os EUA, aplica-se princípio da territorialidade. Temos, ainda, que, ofendido interesse da União, aplicável ao caso é a lei brasileira, conforme dispõe o princípio da extraterritorialidade incondicionada.

V. Autoria e materialidade comprovadas pelos documentos e provas constantes dos autos.

VI. Apelação provida para condenar o réu.

Numeração única: 00545-0954.2003.38.00054513-2/MG

Apelação Criminal 2003.38.054513-2/MG

Relator: Desembargador Federal *Tourinho Neto* — 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 09/04/2010

Administrativo. Concurso público. Gabarito preliminar. Recurso. Alteração e anulação de respostas. Nota de corte. Prova discursiva.

I. Legalidade e constitucionalidade da regra do edital que, após prever o direito a recurso contra o gabarito preliminar da prova objetiva, proíbe a aceitação de “pedidos de revisão de recursos, recursos de recursos e/ou recurso de gabarito oficial definitivo.”

II. A restrição justifica-se porque o concurso pressupõe a aplicação do mesmo gabarito definitivo para todo o universo de candidatos. A disciplina dos recursos em concurso público deve observar as peculiaridades do procedimento em questão, não podendo ser a mesma que rege o cabimento e processamento de recursos nos processos cíveis e penais. A anulação ou alteração de resposta sempre será, em tese, favorável a um grupo de candidatos (aqueles que haviam errado a questão) e desfavorável a outro (o dos que a haviam acertado). Mesmo em caso de anulação, com a atribuição dos pontos a todos os candidatos, haverá beneficiamento dos candidatos que haviam errado a questão, os quais serão igualados àqueles que a haviam acertado, podendo haver alteração na ordem de classificação e na nota de corte. A admissão de recurso do resultado de recurso implicaria uma sequência em tese infindável de recursos, sendo o último resultado sempre passível de impugnação pelos candidatos prejudicados da cadeia, postergando indefinidamente a marcha dos concursos públicos. O último gabarito, sendo também recorrível, deixaria de ser definitivo, trazendo insegurança ao prosseguimento e resultado final do certame.

III. A intervenção do Poder Judiciário em questões referentes a concursos públicos deve restringir-se ao exame da legalidade da conduta do administrador, não devendo substituir os critérios da Banca na formulação de questões e correção de provas, sob pena de tornar inviável a aplicação, a todos os candidatos, dos mesmos critérios, fundamento essencial do concurso público.

IV. Apelação do ICMBio e da FUB provida para reformar a sentença e denegar a segurança. Apelação do impetrante a que se nega provimento.

Numeração única: 0008057-12.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.008132-5/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 12/04/2010, p. 75

Repositórios oficiais de jurisprudência*

- ★ 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 nenhuma 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 Autarquia 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*, corpo 12, 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.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos Jurídicos* entre duas e nove laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de fazer revisões gramaticais, corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor.
- 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.gov.br.

