

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Abril 2010

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Coordenação de edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Júlio César Sousa Gomes – Coordenador

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista

Carla de Araújo Rego

Etiene Gomes de Carvalho

Fernanda Cristina Costa

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Queila Maria Mendonça França Van Dongen

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Controle de texto e padronização

Fernanda Cristina Costa

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Diagramação eletrônica

Carla de Araújo Rego

Etiene Gomes de Carvalho

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Queila Maria Mendonça França Van Dongen

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.

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

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.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com o original e padronização.

A *Revista do TRF 1ª Região* está em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.584, de 29 de setembro de 2008).

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 *Jirair Aram Meguerian*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

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 *Jirair Aram Meguerian*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

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*

1ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

2ª Seção

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 *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 Diniz Gallotti Rodrigues*

4ª Seção

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 *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

2ª Turma

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva* – Presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

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 Diniz Gallotti Rodrigues* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

7ª Turma

Desembargador Federal *Catão Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
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 *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Corregedor-Geral
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Regimento

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

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida* – Presidente
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Comissão de Promoção

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargadora Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

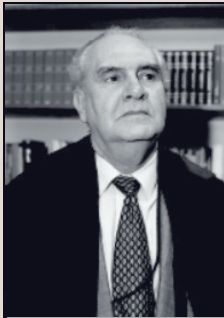
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Vice-Diretor

Seccionais

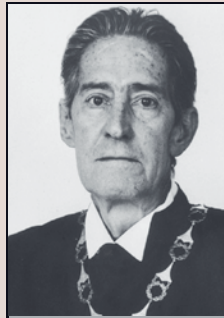
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção 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



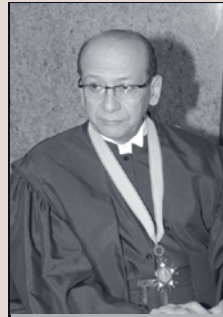
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



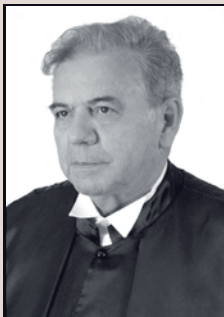
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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
Carlos Moreira Alves
a partir de setembro/2009



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

Editorial, 15

Juramento, 17

Epígrafe, 19

Atualidades: ponto de vista, 21

A previdência e assistência brasileiras desejam o social

José Amilcar de Queiroz Machado

Discurso, 25

Discurso em comemoração ao 21º aniversário do TRF 1ª Região

Maria do Carmo Cardoso

Gastando o Latim, 29

***Habeas Verbum*: língua do Direito, 31**

Nunca separe por vírgula – parte I

Variedades, 37

A Carta,

Pero Vaz de Caminha

Artigos doutrinários

A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação, 49

Paulo Adyr Dias do Amaral

Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do Direito, 68

Danilo Nascimento Cruz

O novo conceito de sentença e a natureza jurídica do ato judicial que resolve questões incidentais, 79

Daniel Carneiro Machado

Tópicos jurídicos

Juiz imparcial, 87

Vállisney de Souza Oliveira

Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, 89

Waltenberg Lima de Sá

Inovações Legislativas, 97

Súmulas do Superior Tribunal de Justiça – 417 a 421

Constitucional, Administrativo e Previdenciário. Arguição de Inconstitucionalidade do Art. 22, I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216/2004, convertido no art. 22, I e II e parágrafo único, da Lei 11.090/2005, posteriormente alterado pelo art. 22, I, “a” e “b”, e II, “a” e “b”, da Medida Provisória 431/2008, convertido no art. 22, I, “a” e “b”, e II, “a” e “b”, da Lei 11.784/2008. Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária (Gdara). Paridade de vencimentos e proventos/pensões. Tratamento diferenciado dos servidores inativos e pensionistas, protegidos pelo art. 7º da EC 41/2003, pelo art. 2º e pelo parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, que não tiveram reconhecida a paridade de vencimentos e proventos/pensões. Afronta ao art. 7º da EC 41/2003, ao art. 2º e ao parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005. Inconstitucionalidade reconhecida, em relação àqueles em favor dos quais ainda se acha assegurada a paridade de vencimentos e proventos/pensões.

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Arguição de Inconstitucionalidade 2004.34.00.042629-0/DF

Numeração única: 0033543-72.2004.4.01.3400

Acórdãos: inteiros teores

Corte Especial – Suspensão de Liminar. Decisão que susta os efeitos de portaria expedida para apurar falta disciplinar pode causar grave lesão à ordem administrativa. Pedido de suspensão de segurança deferido, 119

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.054752-0/AM

Numeração única: 0055344-20.2008.4.01.0000

1ª Seção – Previdenciário. Processual Civil. Embargos Infringentes. Revisão de aposentadoria. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário deste TRF/1ª Região. Regimento interno. Art. 354 e parágrafo único. Cessaçãõ da vinculaçãõ pela decisãõ do Plenário do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do artigo 29, § 2º, da Lei 8.213/1991. Embargos Infringentes providos, 128

Rel.: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

Embargos Infringentes em Apelação Cível 2001.01.99.029556-5/MG

Numeração única: 0024423-73.2001.4.01.9199

2ª Seção – Penal e Processual Penal. Inquérito policial. Denúncia. Prefeito Municipal. Imputação da prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 90 da Lei 8.666/1993, 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e 288 do Código Penal. Não configuração de elementos mínimos de culpabilidade. Rejeição da denúncia, 132

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Inquérito Policial 2008.01.00.012002-5/MG

Numeração única: 0013576-17.2008.4.01.4000

3ª Seção – Processual Civil. Mandado de Segurança. Licitação. Inabilitação de Empresa por falta de capacidade técnica. Ausência de tratamento desigual entre os participantes. Excesso de rigor não caracterizado. Segurança denegada, 146

Rel.: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)

Mandado de Segurança 2009.01.00.059333-9/TO

Numeração única: 0057253-63.2009.4.01.0000

4ª Seção – Ação Rescisória. Ausência de contestação. Revelia. Efeitos: não ocorrência (art. 320, II, CPC). Dolo e coisa julgada (art. 485, III e IV, CPC). Liminar deferida em Medida Cautelar (posteriormente)

revogada por sentença extintiva do processo. Lavratura de auto de infração. Mandado de Segurança. Impetração posterior à extinção da cautelar. Objeto: descumprimento da decisão judicial na Medida Cautelar. Dolo processual. Pedido rescisório procedente. Multa por litigância de má-fé (art. 18 do CPC), 150

Rel.: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)

Ação Rescisória 2000.01.00.138798-7/DF

Numeração única: 0128599-89.2000.4.01.0000

1ª Turma – Administrativo. Servidor público. Responsabilidade civil decorrente de ato praticado por agente público. Danos materiais e morais. Assédio moral caracterizado. Exoneração de cargo, a pedido. Reconvenção. Obrigatoriedade de ressarcimento dos vencimentos correspondentes ao período de afastamento para realização de mestrado. Honorários advocatícios: sucumbência recíproca. Apelação da autora parcialmente provida. Apelação da Universidade Federal de Rondônia – Unir e Remessa Oficial não providas, 158

Rel.: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)

Apelação Cível e Reexame Necessário 1997.41.00.001282-3/RO

Numeração única: 0001271-06.1997.4.01.4100

2ª Turma – Previdenciário e Processual Civil. Conversão de tempo de serviço especial em comum. 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, 166

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2000.40.00.005760-8/PI

Numeração única: 0005762-60.2000.4.01.4000

3ª Turma - Penal e Processual Penal. Homicídio privilegiado. Art. 121, § 1º, do Código Penal. Tribunal do Júri Federal. Quesitos contraditórios referentes à relevante valor moral motivo fútil. Homicídio privilegiado e qualificado. Circunstâncias subjetivas inconciliáveis. Ausência de protesto da defesa durante a audiência. Soberania do veredicto dos jurados. Decretação pelo Juiz Presidente da prejudicialidade do 6º quesito relativo a motivo fútil. Decisão favorável ao condenado. Inexistência de prejuízo para defesa. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Primariedade e bons antecedentes. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Atenuante de relevante valor moral. Causa de diminuição de pena por injusta provocação da vítima. Redução menor que o mínimo legal. Majoração da causa de diminuição para 1/5 (um quinto). Perda do cargo público. Necessidade de fundamentação específica. Art. 92, parágrafo único, do Código Penal. Não ocorrência. Anulação da parte do dispositivo da Sentença que decretou a perda do cargo público. Apelação parcialmente provida, 176

Rel.: Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira

Apelação Criminal 2007.01.00.039861-3/AC

Numeração única: 0001758-20.2004.4.01.4200

4ª Turma - Penal. Apelação Criminal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/1986. Arts. 4º, “caput” e 17. Empréstimos. Concessão a administrador da instituição financeira mediante fraude. “Emendatio libelli”. Aplicabilidade. Condição pessoal do agente. Comunicabilidade aos corrêus. Art. 30 do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Crime meio. Consunção. Pena. Dosimetria, 196

Rel.: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Apelação Criminal 1999.35.00.013392-0/GO

Numeração única: 0013368-24.1999.4.01.3500

5ª Turma – Direito Ambiental. Constitucional. Administrativo. Desocupação de área dentro de Parque Nacional. CF, Art. 225, § 1º, III. Decreto 97.656/1989. Comprovação de dano ao meio ambiente. Princípio

da precaução. Apelação e Remessa Providas, 211

Rel.: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Apelação Cível 2000.36.00.001021-5/MT

Numeração única: 1021-13.2000.4.01.3600

6ª Turma – Constitucional e Administrativo. Recursos repassados pela Petrobrás a título de fundo especial. Incompetência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação dos recursos pagos ao município. Precedente do STF, 218

Rel.: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Apelação Cível 2000.33.00.018195-2/BA

Numeração única: 18192-10.2000.4.01.3300

7ª Turma – Tributário e Administrativo. Auto de infração. Tributos não recolhidos. Importação de mercadoria de origem Argentina, procedente de Zona Franca localizada no Uruguai. Certificado de origem do bem importado. Exigência legalmente prevista. Decreto 35019/1991, anexo II, artigos sétimo, nono, décimo, décimo primeiro e décimo terceiro. Tratado Mercosul . Inexistência do documento não suprida por simples declaração do fabricante. Autuação. Legitimidade. Autora condenada ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R\$ 300,00. Valor ínfimo. Majoração deferida, 221

Rel.: Desembargador Federal Catão Alves

Apelação Cível 1998.35.00.015237-8/GO

Numeração única: 15222-87.1998.4.01.3500

8ª Turma – Processual Civil. Tributário. Mandado de Segurança. Quebra de sigilo bancário por procedimento administrativo. Lei complementar 105/2001. Possibilidade. Retroatividade. Art. 144, § 1º, do CTN, 228

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2001.33.00.008955-7/BA

Numeração única: 0008955-15.2001.4.01.3300

Decisões Monocráticas

Ação Civil Pública. Sindicato. Substitutos processuais. Crédito tributário. Dívida ativa. CADIN, 231

Rel.: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Apelação Cível 2006.33.07.008460-6/BA

Numeração única: 8459-86.2006.4.01.3307

Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Cobrança de IRPJ e CSLL sobre os juros de mora e correção monetária. Valor principal. Parcelas indenizatórias. Taxa Selic. Depósitos judiciais levantados e de créditos e tributos recuperados, 237

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2009.01.00.066220-0/MG

Numeração única: 75622-08.2009.4.01.0000

Suspensão dos efeitos de medida liminar. Ação Civil pública. Licitação. Floresta Nacional Saracá-Taquera/PA. Exploração econômica sustentável dos recursos florestais territórios quilombolas. Interesse público primário. Meio ambiente. Grave lesão à ordem, economia e segurança públicas, 239

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela

Numeração única: 0009520-67.2010.4.01.0000/PA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Cancelamento de expedição de precatório em valor excedente a sessenta salários mínimos referente ao débito do INSS e de RPV correspondente aos honorários de sucumbência. Valor atribuído à causa inferior a sessenta salários mínimos. Competência do Juizado Especial Federal. Inaplicabilidade de renúncia tácita pelo autor ao crédito excedente. Súmula 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Expedição de precatório. Possibilidade. Art. 14, § 4º da Lei 10.259/2001. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido, 247

Rel.: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida

Agravo de Instrumento 2006.34.00.700653-2

Numeração única: 38097-79.2006.4.01.3400

Agravo de Instrumento. Tributário. Imposto de renda. Abono de permanência. Não incidência. Natureza indenizatória reconhecida. Decisão reformada. Agravo provido, 249

Rel.: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida

Agravo de Instrumento

Numeração única: 0060626-87.2009.4.01.3400

Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança contra ato da Turma Recursal que fixa competência do JEF para causas em que o valor exceda o teto legal durante a execução de sentença. Controle de competência. Possibilidade. Precedente do STJ. Agravo provido, 250

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança 2009.36.00.701972-2

Previdenciário. Labor sob condições especiais. Agente nocivo eletricidade. Lei 9.528/1997. Laudo pericial. Tempo atingido. Benefício devido. Sentença reformada, 254

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Inominado 2009.36.00.702321-5

Constitucional. Atualização de salário- de- contribuição. Correção monetária. Incidência sobre benefício de salário maternidade. Valor do salário mínimo vigente à época do parto. Preservação do valor real. Irrelevância de o requerimento ter ocorrido após o parto, 259

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.32.00.703438-0/AM

Numeração única: 0012344-70.2008.4.01.3200

Administrativo. Processual Civil. PIS. Levantamento de saldo. Situações excepcionais. Possibilidade mesmo diante da ausência de expressa previsão legal. Sentença reformada. Recurso provido. Honorários advocatícios incabíveis. Isenção quanto às custas processuais, 262

Rel.: Juiz Federal Cláudio José Coelho Costa

Recurso Inominado 2005.38.00.719451-7

Breviário, 265

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

Penal e Processual Penal. Queixa-Crime subsidiária. Petição inicial apresentada pelo próprio querelante, sem representação de advogado. Incapacidade postulatória. Juíza Federal. Determinação de instauração de inquérito,

Administrativo. Servidor público. Ingresso na classe e padrão iniciais da carreira. Reenquadramento na classe "D" padrão "V", ou seja, padrão intermediário de acordo com o Edital do concurso. Lei 8.460/1992 e Lei 8.112/1990.

Impossibilidade. Embargos Infringentes improvidos,

Processual Civil. Ação de Improbidade. Ação Rescisória. Embargos Infringentes. Ausência de notificação para manifestação prévia. Art. 17, §§ 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/1992. Ausência de contestação. Revelia. Prejuízo. Nulidade. Ofensa ao preceito legal e ao devido processo legal,

Processual Civil. Agravo Regimental. Antecipação de tutela que susta execução de honorários exorbitantes. Equitatividade. Incidência do art. 20, § 4º, do CPC. Decisão agravada mantida. Agravo improvido,

Processual. Tributário. Ação rescisória. Imposto de renda sobre complementação de aposentadoria. Leis 7.713/1988 e 9.250/1995. Vedação de bitributação. Prescrição decenal,

Administrativo. Militar. FAB. Soldado de primeira classe. Lei 6880/1980. Decreto 880/1993. Tempo máximo de permanência no serviço militar. Licenciamento. Ato vinculado. Desnecessidade de processo administrativo,

Processual Civil e Administrativo. Apelação em Mandado de Segurança. Servidor. Pensão militar. Lei 5.774/1971. Filha adotiva. Decisão Monocrática. Negativa de seguimento ao recurso. Lei 8.059/1990. Fundamentação imperpertinente. Agravo parcialmente acolhido. Manutenção da decisão. Fundamento remanescente. Adoção por escritura pública. Finalidade fraudulenta. Adoção feita pelo sogro,

Processual Penal. Apelação criminal. “Escândalo dos gafanhotos”. Sonegação fiscal. Beneficiária dos gafanhotos. Atipicidade da conduta. Precedente do STJ,

Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Descaminho (cigarros de fabricação estrangeira). Prisão em flagrante. Princípio da insignificância. Excesso de prazo,

Administrativo. Ensino superior. Mandado de Segurança. Universidade pública. Matrícula em dois cursos de graduação. Impossibilidade,

Civil e Processual Civil. Embargos à Execução. Contrato de refinanciamento. Novação. Excesso de execução. Reconhecimento pelo exequente,

Processual Civil e Tributário. Veículo importado: regular importação. Expedido o termo de liberação do bem apreendido: não há razão para retenção do veículo,

Processual Civil. Mandado de Segurança. Conselho Regional de Administração. Fiscalização. AGU. Representação processual. Art. 22 da Lei 9.028/1995. Impossibilidade,

Repositórios oficiais de jurisprudência, 271

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 273

Cinquenta anos de existência representam sempre um marco e, por isso mesmo, motivo de intensa comemoração. Neste mês de abril, Brasília, cidade sede do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e capital dos brasileiros, divisor de águas na história moderna do País, cumpre seu cinquentenário. Jovem, mas madura, marca sua trajetória gloriosa na vida da Nação, espelhando a grandeza que lhe inspirou a criação.

É abril, também, mês de troca de comando nesta Corte Regional, com a posse dos eleitos à composição de seu corpo diretor para o biênio 2010/2012. Aos que saem, com a certeza do dever cumprido, o agradecimento dos que viram o empenhar de forças na busca do melhor; àqueles que os sucedem, a renovação dos votos de que tenham gestão profícua, na continuação da marcha iniciada aos 30 de março de 1989.

Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal
Diretor da Revista

“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”.

“O primeiro fim proposto á vontade humana, traça-lho a natureza como o traça ao animal: é a conservação da sua existência. O mal-estar e a dor ensinam-lhe o que é nocivo á sua natureza e impellem-no a evital-o; o attractivo, o prazer e a saúde, dão-lhe a certeza de se haver conformado com as condições da sua existência.”

Rudolf Von Jhering

In: (http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61574)

A Previdência e Assistência brasileiras desejam o social

José Amilcar de Queiroz Machado*



Luiz Xavier/ASCOM

A Previdência Social é seguro social para o indivíduo que contribui com o Instituto. É de natureza pública e tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A Previdência Social utiliza a contribuição para substituir a renda do trabalhador contribuinte quando ele perde a capacidade de trabalho, seja por doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário ou mesmo maternidade e reclusão.

Revista: *A previdência social como seguro coletivo, público, compulsório visa a proteger o segurado e sua família de fatos que o impossibilitem de auferir sua subsistência por meio do trabalho. Devido ao enorme número de lides previdenciárias em nosso Tribunal Regional Federal, podemos dizer que o INSS deve conciliar mais que litigar em juízo com o segurado ou tais conflitos são inevitáveis em razão dos interesses conflitantes diante do atual sistema previdenciário?*

José Amilcar de Queiroz Machado: A litigância judicial do INSS com o segurado é inevitável em razão de uma miríade de fatores. O Instituto de Previdência, há que se reconhecer, tem se empenhado na melhoria do atendimento à sua clientela. Em números aproximados são mais de vinte e cinco milhões de benefícios em manutenção. Isso implica organização administrativa de ponta, não só na gestão em sistema burocrático rígido, para prevenir e reprimir fraudes contra o sistema – que são frequentemente detectadas –, como erros administrativos que também acabam por resultar em prejuízo para o sistema. É visível a melhoria do INSS no seu desempenho gerencial. A realidade, contudo, é que o serviço de excelência ainda dista a anos-luz da população, visto que as deficiências

são incontroversas. A falta de capilaridade nacional do Instituto concorre diretamente para o excesso de demandas judiciais, pois o acesso ao Judiciário por vezes se apresenta como a única alternativa do cidadão para encaminhar as questões relacionadas aos seus eventuais benefícios. No que concerne à conciliação, as limitações legais que envolvem transações com interesses indisponíveis restringem-na sobremodo. Mesmo assim, sob a Presidência da Desembargadora Assusete Magalhães, e o impulso do Conselho Nacional de Justiça para resolução de litígios judiciais mediante transação, o INSS, sensível à situação de congestionamento do Judiciário, engajou-se na campanha conciliatória e formatou um procedimento processual que culminou no encerramento de muitos processos sem, todavia, reduzir expressivamente o estoque de processos para julgamento nas 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal, especializadas em matéria previdenciária. A iniciativa foi por tudo louvável, mas o resultado é tímido com relação aos processos pendentes de recurso neste Tribunal. Repito: a questão gerencial do Instituto é fundamental no excesso das demandas, sendo que, em suma, a falta de investimentos substanciais para implementar modelo de gestão mais eficiente desguarnea o segurado e resulta no aumento do custo das decisões judiciais, pois a Justiça Federal tem que sobraçar o conflito de interesses por missão constitucional – garantia do

* Desembargador Federal do TRF - 1ª Região

amplo acesso ao Poder Judiciário. Essa situação, sobre gerar custos expressivos para o erário, frustra o direito constitucional do jurisdicionado ao razoável prazo de duração do processo.

A ênfase na conciliação, ao que entendo, é irrefutavelmente um propósito a ser empregado de maneira mais ampla, resolvendo o problema dos segurados e, ao mesmo tempo, consultando o interesse público, considerado o ganho social advindo da resolução de milhares de processos: pacificação.

Revista: *Os critérios de avaliação da carência econômica para assegurar benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou idosa são absolutos?*

José Amilcar de Queiroz Machado: A Constituição da República impõe ao Estado a assistência à pessoa portadora de deficiência ou idosa que não seja capaz de prover a própria subsistência. Portanto, o conceito de carência econômica é fundamental para se compreender em qual extensão deva ser prestado o amparo. Ocorre que o legislador constituinte remeteu à lei a regulamentação dessa assistência social. Os critérios de asserimento da carência são razoáveis e o contexto dessa hipossuficiência é inteligível para qualquer juiz. Com o que nunca concordei foi a exigência inserida pelo legislador ordinário, no texto legal regulamentador, do critério da percepção de no máximo um quarto do salário-mínimo *per capita* do grupo familiar para a configuração do estado de carência econômica. Essa expressão aritmética, que costumo chamar de a dosimetria da miséria, em um primeiro momento foi considerada variável de natureza objetiva para o deferimento do benefício, na inteligência de julgamento da Suprema Corte, em Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo INSS, ainda que em decisão não unânime. Posteriormente, o ministro Gilmar Mendes, ao indeferir tutela liminar em procedimento cautelar ajuizado pelo INSS, versando sobre este tema específico, sinalizou que o Plenário da Suprema Corte teria de reenfrantar a quaestio juris.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, sempre relativizou a expressão aritmética da referida renda, dizendo-a uma variável componente em um contexto econômico, nada obstante, sem valor absoluto. É oportuna a referência de que o INSS tem produzido satisfatoriamente, no que interessa ao

processo, laudo de estudo sócio-econômico, a respeito da hipótese de carência do segurado, para fins de obtenção do benefício. Este documento tem sido mais prestigiado nas instâncias ordinárias, e, pelo que penso, é suficiente para orientar a formação do juízo e aplicar corretamente a norma constitucional assecuratória do amparo, independentemente da observação do limite a uma renda ínfima.

Revista: *Alguns magistrados federais chamaram a Procuradoria Federal da União para buscar melhores soluções para as ações que tramitam contra o INSS, a exemplo da execução invertida das ações previdenciárias na Primeira Instância da Justiça Federal. Novas posturas dos entes federais resultarão no fim da morosidade processual ou somente uma reformulação normativa dos procedimentos para concessão de amparos sociais podem tornar melhor a vida dos segurados?*

José Amilcar de Queiroz Machado: Maior vontade política dos entes federais envolvidos em processos judiciais, e não só do INSS, resultaria no desafogamento do Judiciário. Mas para isso, repito, é fundamental a gestão eficiente dos negócios relacionados à Administração Pública em geral. A reformulação normativa de procedimentos, bem como mudanças estruturais na legislação processual, com adoção de uma linha processualística pragmática, particularmente no respeitante ao excesso de recursos e/ou incidentes postulatorios que, na realidade, obliteram a celeridade na dirimência dos conflitos formalizados perante o sistema judiciário. Essa situação de fato que vivenciamos quando recorremos à Justiça em busca das suas decisões normativas, frustra o sentimento de cidadania, pois o Estado-Juiz não consegue dar a resposta em hiato temporal adequado. Não adianta a boa intenção que constitucionalizou o direito à duração razoável do processo, se está subjacente uma cultura processual anacrônica, incompatível com o mundo atual, de relações sociais e econômicas complexas que são apresentadas em tempo real, enquanto a forma exacerbada e o detalhamento excessivo de questões recoráveis impregnam o processo e impedem a pronta resolução de lides. Remanesce no culto ao formalismo processual indesejável excesso de jurisdição, o que prejudica o sistema e compromete a finalização do seu produto (julgamento).

Revista: *O mecanismo de contrapesos utilizado para valorar o desempenho de empresas ante o emprego do Fator Acidentário Previdenciário – Decreto 6.957/2009 – serve de modelo para outros campos da previdência e assistência social ou não passa de nova modalidade de onerar as empresas?*

José Amilcar de Queiroz Machado: O Fator Acidentário Previdenciário (FAP) é um exemplo de planejamento orientador, não vinculante, utilizado para aplicar uma política pública por indução dos comportamentos objetivados. Com efeito, além de servir de modelo para outros campos da Administração Pública, não pode ser simplistamente caracterizado como oneração para as empresas. Isso porque, na lógica de um capitalismo tardio que experimentam os países em desenvolvimento, conforme concluem alguns autores, mantém-se nesse nível baixa interação capital/trabalho. Ausência de políticas industriais arrojadas, possibilidades angustas de mercado que são objeto de concorrência com base exclusiva de maximização de resultados por meio, quase sempre, de redução indiscriminada de custos e desprestígio para o fator de produção trabalho, baixas condições para investimentos, reduzindo o equipamento industrial à obsolescência, além de equívocos conceituais sobre a realidade do econômico, demandam a adoção de mecanismos que possam reforçar os elementos de circulação entre empregadores e empregados, de cuja sinergia deverá resultar benefícios para estas pessoas protagônicas na produção das riquezas e da política da nação. Tem-se assim, que considerado o índice de acidentes em uma determinada unidade produtora, este resultado poderá implicar benefícios para o produtor, ou seja, terá a contrapartida em função de ter obtido um padrão satisfatório de prevenção a acidentes e doenças do trabalho. Toda a questão da previdência e assistência social pontuou o modelo de mercado nas nações ricas, quando representado o *well fare State* em contraponto ao socialismo máximo dos países marxistas. No momento, o mundo desenvolvido discute o assim chamado Estado pós-moderno, enquanto temos de vivenciar a tormentosa quadra de capitalismo incipiente. É nesse compasso que deve manter-se a formulação política: intensa conectividade entre trabalhadores e empregadores; sociedade e Estado.

Revista: *São constantes as notícias de desequilíbrio atuarial do sistema de previdência e de assistência*

sociais. As buscas de novas formas de captação de recursos ou a melhoria da gestão dos atuais recursos são solução para manter os atuais benefícios da previdência e assistência sociais?

José Amilcar de Queiroz Machado: O desequilíbrio atuarial do sistema da Previdência não pode ser constatado sob a análise contábil, exclusiva, das contas do INSS. Há muita falácia a propósito. O sistema atuarial propriamente dito não se encontra comprometido, se considerados os benefícios previdenciários – estes é que devem parametrar a relação atuarial. Ocorre que, e isso é mais relevante, foram integrados à Previdência Social aproximadamente sete milhões de segurados especiais, assim definidos na Constituição Federal de 1988: os rurícolas. Tenha-se que não há possibilidade de que, qualquer que seja o sistema atuarial, este venha a ter capacidade de solvência, após absorver os referidos milhões de novos beneficiários que nunca verteram contribuição alguma ao sistema. É neste ponto que está divisado um aparente desequilíbrio das contas do INSS. A Constituição da República criou esse segurado especial, valorando a dimensão social da necessária atribuição da renda mínima aos chamados hipossuficientes, com objetivo de inclusão, em um esforço notável de distribuição de renda. Isso não pode ser considerado um seguro, porém inequívoca assistência social que, a toda evidência, terá de ser suportada pelo Tesouro Nacional. D'outra margem, reputa-se imprescindível na relação atuarial a criação de novas fontes de custeio, o que está imbricado na política pública de inserção no mercado de trabalho formal. Penso que seria inteligente adotar fórmulas que facilitassem a adesão de famílias e empresas à economia formal; disso resultaria um maior universo de contribuintes, o que poderia gerar aumento de receita, com redução de custos para essas famílias e empresas que não seriam tão oneradas para formalizar os vínculos como atualmente se verifica. A integração da economia formal, além de incremento direto na receita, possibilitaria um planejamento estratégico menos complexo e mais factível, que seguramente teria repercussão positiva na gestão, tornando-a mais eficiente. Também não se pode olvidar que são imprescindíveis os investimentos na área previdenciária: tecnologia da informação, gerência de recursos humanos e materiais, utilizando-se cada vez mais conhecimentos pertinentes a uma administração vigorosamente científica, mesmo no plano das decisões

políticas. Fato é que a perspectiva de vida humana tem aumentado em todo o mundo, sendo visível no nosso país. O IBGE tem os dados sobre a população brasileira e suas faixas etárias. O INSS os interpreta diuturnamente, fazendo projeções e prospecções por meiodecenários que demonstram a evolução do sistema no tempo, quantificando entrantes, identificando fatores de impacto, ponderando um complexo de variáveis e corrigindo percurso (reformas). Nenhuma gestão de seguro social poderá deixar de estar atenta às consequências desses fenômenos se pretender formular uma política previdenciária responsável, com suporte em uma relação atuarial equilibrada e realista que revele política de Estado ante o compromisso com as futuras gerações.

Discurso em comemoração ao 21º aniversário do TRF 1ª Região

Maria do Carmo Cardoso*



Agradeço ao Senhor Presidente, Desembargador Federal Jirair Aran Meguerian, a deferência do convite para falar nesta ocasião, apesar de ter argumentado, ao recebê-lo, não me sentir à altura do desiderato, uma vez que faço parte do grupo que mais recentemente veio a compor esta Corte. Aceitar representou um desafio.

Honrada em desincumbir-me da grata missão de saudar esta Casa pela passagem do seu 21º aniversário, busco na inspiração gerada pela força espiritual as palavras a dizer.

Em sua trilha de crescimento, a Humanidade caminha passo a passo, faceando as dificuldades que a evolução das relações impõe.

O homem das cavernas tinha necessidades muito básicas, e as questões sociais advindas das necessidades pessoais eram resolvidas pela força bruta, único recurso das mentes primárias, incapazes de maiores elaborações mentais e emocionais.

Com o tempo, como em obediência a um Determinismo Maior, essas mentes primárias foram-se modificando, tornando-se capazes de elaborações mentais mais complexas. Entretanto, essas mentes recém-saídas do primarismo mental ainda viam no uso da força a forma de resolver as questões íntimas e sociais. Assim, a vida humana não tinha valor, e as questões derivadas das relações com o outro eram resolvidas com a extinção da vida: morto o indivíduo, findo o problema.

Mas o homem é um ser filho de Deus; de acordo com as Escrituras, foi *criado à sua semelhança*. À parte a questão da fé, a lógica nos diz que, se a Humanidade foi criada à semelhança de alguém perfeito, pelo menos perfectível ela deverá ser, ou seja, caminhará num contínuo aperfeiçoamento.

* Desembargadora Federal do TRF 1ª Região

Todas as evoluções sociológicas profundas por que tem passado o nosso Mundo desde o aparecimento do Homem são prova de crescimento, da evolução da capacidade de raciocínio do homem moderno, da complexidade das relações sociais, mesmo que o formato ideal esteja ainda muito longe de ser alcançado.

O Direito é o resultado dessa evolução da Humanidade. Uma necessidade advinda da complexidade das relações estabelecidas entre seres que já deixaram para trás sua infância intelectual, mas cujo senso de fraternidade, que tornaria mais suaves essas relações, é ainda muito tímido para ser considerado.

A criação de um Tribunal, numa proposta de entender a prestação jurisdicional tão necessária às massas que se digladiam em busca de seus interesses, de seus direitos, é sempre um passo largo na direção desse caminho de evolução social contínua.

O eminente Juiz Euclides Aguiar, em seu discurso proferido no primeiro aniversário da Casa, citou que a Constituição Federal de 1988 *criou os Tribunais Regionais Federais em proveito do dever de vigilância da Justiça Federal e como esperança maior de agilização funcional que tanto se reclama da Justiça.*

Para que isso acontecesse, muitas dificuldades tiveram de ser transpostas pelo grupo que recebeu a incumbência de instalar o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Um conjunto tão heterogêneo de caracteres venceu suas diferenças para enfrentar os percalços da estruturação material — pois que tudo ainda estava por organizar — e a resistência dos que não criam, ou dos que, ainda no dizer do Juiz Euclides Aguiar, *deslembra- dos de que nenhum poder se põe acima da lei, opuseram toda sorte de dificuldades.*

Sua Excelência passa a discorrer sobre os resultados auferidos ao longo daquele primeiro ano de existência desta Casa de Justiça:

(...) a resposta aí está: — o Tribunal em pleno funcionamento, exatamente nesta hora em que o País mais necessita dos Tribunais. É um momento histórico e de extrema gravidade, a lhes exigir o equilíbrio na medida exata, que preserve a ordem jurídico-institucional.

Foi difícil, mas valeu a pena.

E em sintonia com as palavras do apóstolo Paulo, quando assinalou no capítulo 5, versículo 3, de sua Carta aos Romanos: *mas também nos gloriamos nas tri-*

bulações; sabendo que a tribulação produz a fortaleza, dirige-se ao Presidente Pioneiro, Juiz Alberto Vieira da Silva, a quem, em nome deste Tribunal, rendo homenagens, assim referindo-se ao corpo de trabalho:

Valeu, porque V. Excia., no embate de todas as tarefas, pode experimentar o doce sabor da solidariedade, definida pelo gênio de Clóvis “como uma das idéias fundamentais do próprio direito”; valeu pela constatação do real significado de uma assessoria direta, que a par da confiabilidade ilimitada, deu mostra de dedicação ímpar, como indicar que, além do cumprimento de suas obrigações, imprimia aos seus misteres o sentimento da estima e da amizade; valeu, enfim, pela constatação de que este numeroso corpo de funcionários, aos poucos arregimentado, logo que chegou, tomou consciência da relevância dos afazeres de cada um, e imbuído do verdadeiro sentido de equipe e do sentimento de amor ao Poder a que serve, em tão pouco tempo já nos dá provas de segurança, eficiência e amadurecimento.

E as tribulações dos primeiros dias produziram um Tribunal forte. Forte em todos os sentidos. Forte o suficiente para enfrentar adversidades que dez anos depois provocaram o desabafo do Desembargador Catão Alves, orador daquela solenidade:

(...) não me lembro de, sem medo de errar, ter visto a magistratura ser acoimada de responsável pelos problemas nacionais, de castelo de privilégios, de instituição corrupta e de inoperância funcional. Ao contrário, o Poder Judiciário foi considerado ponto de equilíbrio entre as normas inconstitucionais oriundas do Legislativo, e os abusos do Executivo, corrigindo-os para garantir o direito do cidadão, minudência que o tornava, à unanimidade, indispensável à paz e à tranquilidade sociais.

Momentos de grande ingerência externa eram então vividos pelo Judiciário. Pelos desvarios de uns, muito sofreu o todo: uma Comissão Parlamentar de Inquérito foi instaurada e a todos afetou de forma contundente.

Sua Excelência, Desembargador Catão Alves, assim concluiu sua fala naquele dia:

Dez anos desde aquela manhã de 30 de março de 1989!

Tenho consciência, e isso ficou demonstrado, que este é um momento difícil para toda a sociedade, particularmente, para o Poder Judiciário, diante do desafio de demonstrar ao cidadão que é confiável; (...) de demonstrar um Tribunal que re-

presente, realmente, o anelo de justiça de seus jurisdicionados.

Nos vinte anos da Casa, coube ao Desembargador Luciano Amaral proferir o discurso de aniversário. Sua Excelência, de forma muito feliz, poética, comparou a vida deste Órgão Judicante à de alguém que nasce e, naturalmente, cresce para a vida passando pelas mudanças que são próprias do viver:

Aos 20 anos de existência desta Corte, parece perder-se em longínquo horizonte a “infância” difícil, como todas em geral. A adolescência também já passou. A Corte goza hoje do início, que se quer auspicioso, da vida adulta, da maturidade, quando dezenas de seus membros já se foram e os sonhos ou se realizaram ou bateram asas para bem longe.

(...)

Os sonhos da adolescência são como gotas de água: gigantes como o oceano, voláteis como a atmosfera, vigorosos e vibrantes como o coração.

A idade da razão que a vida adulta, a maturidade real ou fictícia, impõe e cobra é um processo contínuo e continuado de reflexão.

(...)

O sacramental compromisso legal do Juiz o há de investir com aura de homem público de conduta diuturna íntegra, ilibada, exemplar, aonde quer que vá, onde quer que esteja e no que quer que faça na sua vida cotidiana, sem espaço para o “mais ou menos”.

Para quem abraça a judicatura, o interesse público, bem maior, há de prevalecer sempre sobre o seu próprio interesse particular, em níveis e graus tão elevados que o juiz devesse saber discernir a oportunidade de, a despeito de seu particular momento infeliz, ouvir a voz interior da obrigação, que assumiu, de preservar a honra e a dignidade da instituição a que pertença e de cultivar o respeito a seus pares.

Assim, senhores, chegamos à hora da emancipação — 21 anos!

À parte o sentido jurídico do verbo emancipar, o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa atribui a esse verbete, entre outras, as acepções de *livrar-se do pátrio poder ou de tutela; tornar-se livre; libertar-se*.

Presume-se gozar de maturidade para gerir sua vida aquele que recebeu emancipação.

Este Tribunal chega à idade da emancipação credenciado por anos de trabalho sério e denodado de seus membros e servidores. E dispensa a interferência

de terceiros, uma vez que tem consciência das suas responsabilidades.

Como o indivíduo sério e esforçado, que luta contra as adversidades da vida com as armas que tem — e com aquelas que busca adquirir por meio de trabalho incessante —, a fim de melhor aparelhar-se para a refrega, está atento ao seu papel na sociedade e ao tamanho da tarefa que tem em suas mãos.

Conhece as suas dificuldades, mas também reconhece que a maior parte delas lhe é imposta por problemas estruturais do país. Sabe que as mudanças são necessárias e busca fazer a sua parte de maneira intrépida e incansável.

Compõem atualmente esta Corte homens e mulheres vindos de várias partes deste país continental — e até de fora dele. Todos a emprestar, a conceder à nossa Casa a capacidade de seus intelectos privilegiados para que ela cumpra o seu dever de distribuir a Justiça, a fim de que harmonia se faça dentro dele.

E assim, das terras longínquas do Egito veio o Desembargador Jirair prestar o seu quinhão de trabalho.

Minas Gerais concedeu seus filhos Catão Alves, Mário César Ribeiro, Luciano Amaral, Carlos Olavo, José Amílcar Machado, João Batista, Francisco de Assis Betti, Ângela Catão e Mônica Sifuentes.

A Bahia nos cedeu Olindo Meneses, Tourinho Neto, Hilton Queiroz, Selene Almeida e Neuza Alves da Silva.

Do Maranhão vieram Cândido Ribeiro, Leomar Amorim e Reynaldo Fonseca.

Sergipe nos deu Antônio Souza Prudente; do Piauí veio Daniel Paes Ribeiro; do Rio de Janeiro, Carlos Moreira Alves; de Mato Grosso, Ítalo Mendes; de Goiás veio Fagundes de Deus; do Distrito Federal veio Isabel Gallotti, e eu, do Paraná. Como canta o Hino do nosso Tribunal: *Afinal, somos tantos, diferentes, cada qual, um país dentro de si; a balança da justiça alça o voo de um futuro convergente, pra que, em paz, o Brasil se cumpra enfim*.

A diversidade se reúne para formar a unidade. E dessa unidade temos muito orgulho. A essa unidade que chamamos Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a quem dedicamos grande parte de nossas vidas, temos muito amor!

Todos nós, membros do Tribunal e servidores, hoje completamos vinte e um anos. Porque renascermos no dia em que aqui chegamos para uma jornada a que nos creditou o próprio destino; nossa Instituição merece aplausos efusivos, não críticas desarrazoadas, sem qualquer lógica ou técnica. Somos ciosos da nossa responsabilidade. Hoje estamos com vinte e um anos, repito, e não queremos conselhos, mas sim orientação técnica, que não adentre as nossas responsabilidades, porque delas somos conscientes.

Trago novamente o Desembargador Luciano Amaral, que pontificou ainda em suas falas:

A verdadeira reforma do Poder Judiciário (...) é aquela que vem de dentro de cada um de nós, da consciência, do saber, da entrega total à realização de uma vocação, de um ideal nascido de um sonho.

Ser juiz não me parece ser apenas um “jugador”. Julgador todos podem ser. Juiz, não!

E Juízes, este Tribunal sempre os teve, mesmo aqueles que vieram compô-lo oriundos da não menos honrada classe dos advogados, da qual sou originária, e da também brava classe do Ministério Público.

São nossos pilares os nossos servidores: brava gente que, enfrentando percalços, está sempre ao nosso lado, sem a qual seria impossível a realização do julgamento de 112.197 processos no ano de 2009 e daqueles outros que aguardam julgamento.

Nossos Juízes Federais são guerreiros aguerridos: inicialmente eram em número de 45 para a composição de 18 membros deste Tribunal.

Para a composição atual, de 27 membros, a nossa base atualmente é composta de 191 juízes titulares e de 158 substitutos, distribuídos em 194 varas localizadas no espaço geográfico dos 14 Estados da Federação abrangidos pela nossa jurisdição, responsáveis por ações que vão do direito do índio às ações que decidem o destino de cidades inteiras, afora as questões de privatização, que envolvem valores inimagináveis, por vezes oriundas da irresponsabilidade do ente público.

Somos todos tão diferentes, mas todos orgulhosos de participar da história deste país.

Parabéns, *Tribunal Regional da Primeira Região!*

- 333. *Annexi, et connexi, idem esse iudicium, etiam si annexum majoris sit valoris.* (Aph. Jur.)

Annexos e connexos estão em igualdade de condições em juízo ainda que seja maior o valor do anexo.

- 364. *Apices juris non sunt jura.* (Aph. Jur.)

As subtilezas do direito não constituem o direito.

- 366. *A posteriori.* (Form. Escol.)

Segundo as consequências. // Raciocinar a posteriori, é argumentar segundo as consequências necessárias de uma proposição; provar-se a posteriori que as desordens em um Estado são quasi sempre produzidas pelas más paixões. Em todos os países, as leis são feitas a posteriori, isto é, resultam das necessidades da sociedade.

- 370. *Approbare quis non potest, quod semel impugnavit.* (Aph. Jur.)

Approvar não pôde, quem uma vez impugnou.

- 371. *Approbare censetur rem, vel personam, qui ea utitur.* (Aph. Jur.)

Julga-se aprovar a cousa, ou a pessoa, quem della usa.

- 372. *Approbari debet ab omnibus, quod omnes tangit.* (Aph. Jur.)

Approvado deve ser por todos, o que a todos toca.

- 373. *Approbatione totius, quaelibet eius pars approbata censetur.* (Aph. Jur.)

Approvação de todo importa a de cada uma das partes.

- 374. *Approbatum semel, non potest amplius reprobari.* (Aph. Jur.)

Approvado uma vez, não pôde mais ser reprovado.

- 375. *A priori* (Form. escolast.)

Do que precede, primeiro que tudo; sem vêr as consequências. // Raciocinar *a priori* é basear seu raciocínio sobre nyptheses, sobre systemas criados pela imaginação, e não sobre systemas criados pela imaginação, e não sobre factos positivos e já demonstrados.

- 393. *A quo.*

De que, do qual, de quem. // *A quo* designa a primeira instancia judicial, donde parte um processo ou um pleito para seguir os seus tramites, até ás resoluções dos tribunaes superiores. Juiz ou tribunal *a quo* é o ponto de partida de um processo. Ficar *a quo* diz-se de alguma cousa, que ficou num ponto ou termos, donde se desejou que saisse, e não saiu. (C. Figueiredo, Estrangeirismos, vol. 2, pag. 367).

- 397. *Arbitrio iudicis relinquitur quod in jure difinitum non est.* (Aph. Jur.)

Ao arbitrio do juiz se deixa o que por direito não é definido.

- 447. *Assuéta fieri, facile praesumuntur.*

Facilmente presumimos o que costumamos fazer.

- 553. *Beneficium juris nemini est denegandum.* (Aph. Jur.)

A ninguem se deve negar a favor da lei. Beneficio de direito a ninguem se deve negar.

- 554. *Beneficium legis frustra implórat, qui committit in legem.* (Aph. Jur.)

Beneficio da lei debalde implora, quem contra a lei commette.

- 555. *Beneficium non confertur in invitum. (Aph. Jur.)*

Benefício não se confere contra a vontade.

- 578. *Bonae fidei non congruit de apicibus juris disputare. (Ulpiano, Aph. Jur.)*

Não é próprio da boa fé discutir subtilezas de direito.

- 606. *Bonus quilibet praesumitur. (Aph. Jur.)*

Bom qualquer se presume. // Costuma-se dizer: *até que prove o contrario.*

- 616. *Caeca est in propriis rābulae sententia causis.*

Ninguém é bom juiz em causa própria.

Nunca separe por vírgula - parte I*

Um dos sinais de pontuação sobre o qual pairam as mais diversas dúvidas é a vírgula. As perguntas giram em torno das que se seguem. Quais as circunstâncias em que é usada? Quando é terminantemente proibida? As regras são taxativas? Sua necessidade é puramente estilística ou depende do fôlego do escritor? E, de acordo com este último critério, caso ele tenha problemas de respiração, se seu texto deverá estar repleto delas? Enfim, há uma série de questões ligadas a esse assunto que podemos abordar. Entretanto, vamos por partes para que o acúmulo de informações em um mesmo artigo não sobrecarregue o estudante.

A regra básica é a que se segue, dividida em duas partes.

Nunca separe 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 complemento: Os sindicatos apresentaram, uma lista de 15 reivindicações. (Errado) / Os governos devem lutar, pelo bem-estar do povo. (Errado)

Primeiramente estudaremos a parte “a” da regra básica: não se coloca vírgula entre o sujeito e o seu predicado. E a proibição vale, inclusive, para o sujeito colocado após o verbo. Todavia, há uma exceção: pode-se colocar um par de vírgulas entre sujeito e predicado se for para isolar uma expressão de caráter explicativo.

É verdade que quem sabe analisar sintaticamente uma frase saberá, com certeza, pontuá-la. Vamos então recordar as definições de sujeito e de predicado.

O sujeito e o predicado são termos essenciais da oração.

Definições de sujeito: “O sujeito é o ser sobre o qual se faz uma declaração” (Celso Cunha). Ou: “Sujeito é o termo da oração (palavra ou conjunto de palavras) a respeito do qual se enuncia alguma coisa” (Nilson Teixeira de Almeida). Seu núcleo pode ser um substantivo, um pronome substantivado ou, ainda, uma palavra substantivada.

Definição de predicado: O predicado é a parte da oração em que, por meio de um verbo, faz-se uma declaração a respeito do sujeito (salvo, é claro, nas orações sem sujeito, em que a oração é formada apenas pelo predicado).

Ressalte-se que sujeito e predicado podem vir representados por apenas uma palavra ou por várias palavras aglomeradas em torno de um núcleo. Neste último caso eles se constituem em sintagmas.

Sintagma é uma unidade da análise sintática composta de um núcleo (por exemplo, um verbo, um nome, um adjetivo etc.) e de outros termos que a ele se unem, formando uma locução que entrará na formação da oração.

O que via de regra ocorre com o autor do texto jurídico é compor uma oração em que o sujeito e o predicado, devido a uma necessidade de seu melhor detalhamento, resultam em longos sintagmas, e o escritor, incomodado com a falta de pausa, coloca uma vírgula súbita, incorrendo na violação da regra que ora se explica.

A referida vírgula separadora do sintagma do sujeito de seu sintagma verbal sempre estará incorreta. Pode ocorrer, todavia, uma explicação que se intercala em um ou outro sintagma, e, nesse caso, duas vírgulas a isolarão. Caso contrário, todas as palavras que se agregarem aos núcleos de ambos (sujeito e predicado) serão palavras de restrição.

* 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*.

E vamos agora explicar o funcionamento desses dois conceitos, quais sejam: **restrição** e **explicação**.

Faz-se uma **restrição** quando se destaca um ser do restante de sua espécie ou grupo por meio de um adjetivo, uma locução adjetiva ou uma oração adjetiva. Exemplos: “Os candidatos negros farão inscrição pelo sistema de quotas.” / “Os candidatos de cor negra farão inscrição pelo sistema de quotas.” / “Os candidatos que se declararem negros farão inscrição pelo sistema de quotas.” Ou seja, do meio do grupo maior de candidatos, retiram-se os candidatos de cor negra para formar um grupo restrito, com uma característica especial em relação ao grupo geral.

Realiza-se uma **explicação** quando os termos que se aglomeram ao considerado o nuclear do sintagma têm equivalência a ele e servem apenas para repeti-lo com outras palavras, de forma que seja melhor entendido. Exemplos: “As duas pernas, grossas e brancas, estavam cobertas de tatuagens.” / “As duas pernas, que eram grossas e brancas, estavam cobertas de tatuagens.” Ou seja, a pessoa dona das pernas não tem mais de duas, não se está destacando aquelas duas pernas de um grupo delas, apenas se esclarece o seu aspecto: “grossas e brancas”.

Se o que se faz ao núcleo do sujeito é uma restrição, as palavras que a realizam passam a fazer parte dele, não cabendo nenhuma vírgula entre todo o seu sintagma e o verbo. Mas se o que se acrescenta a ele é uma expressão explicativa, esta deverá vir isolada entre duas vírgulas.

Como já dito, restrições e explicações podem ser feitas por meio de um adjetivo, locução adjetiva ou de uma oração que desempenha a função de adjetivo, isto é, a oração subordinada adjetiva.

Para recapitular: as orações subordinadas adjetivas desempenham a função sintática própria de um adjetivo – adjunto adnominal ou aposto explicativo. Observe: “Os trabalhadores grevistas foram demitidos.” Nesse caso, o adjetivo ‘grevista’ exerce a função de adjunto adnominal do substantivo trabalhadores. Podemos substituí-lo por uma oração de igual função: “Os trabalhadores que fizeram greve foram demitidos.”

Essas orações são introduzidas por pronomes relativos (que, o qual, a qual, os quais, as quais, cujo, cuja, cujos, cujas etc.).

As orações subordinadas adjetivas podem acrescentar ao substantivo ou pronome de outra oração (principal em relação à adjetiva) uma ideia de maior ou menor importância para o sentido do período todo, daí receberem a classificação de **restritivas** ou **explicativas**.

As orações **restritivas** especificam ou limitam a significação do núcleo do sintagma (tanto do sujeito quanto do predicado), acrescentando-lhe um elemento indispensável à sua caracterização como ser; não é possível suprimi-las sem prejudicar o sentido do período. Por essa razão, não são isoladas por vírgulas: “A gripe que surgiu recentemente é fatal.” Aqui temos o exemplo de um longo sujeito: A gripe que surgiu recentemente. E o autor estaria tentado a colocar uma vírgula após a palavra recentemente, o que resultaria em virgulação incorreta, por provocar a separação de sujeito e predicado.

No período do exemplo, a oração adjetiva “que surgiu recentemente” é **restritiva**, sem ela, a natureza do sujeito seria outra e o período teria outro sentido. A saber: A gripe é fatal. Qual gripe? O que quer significar o falante com essa frase? Que a gripe em geral é uma doença incurável e mortífera? Sabemos que não. É óbvio que o sentido da oração será prejudicado se retirarmos a restritiva.

Quanto às orações **explicativas**, elas não dão especificidade ao núcleo do sintagma, simplesmente acrescentam um esclarecimento sobre aquele ser. Funcionam como uma espécie de informação acessória, podendo ser suprimidas sem que se prejudique o sentido do período. Exemplo: “Minha mãe, que é muito católica, vai à missa todos os domingos.” Nesse caso, a oração adjetiva que é muito católica é **explicativa**. Se ela for retirada, o significado do período não sofrerá alterações: “Minha mãe vai à missa todos os domingos.” Toda oração adjetiva explicativa aparece isolada por vírgulas – bem observado: vírgulas; mais especificamente, duas.

A vírgula nas orações adjetivas é de fundamental importância na escrita. Às vezes, o significado de uma frase pode mudar de acordo com o seu emprego. Observe:

“O irmão *que mora em Recife* será visitado por ele.”

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

“O irmão, *que mora em Recife*, será visitado por ele.”

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

Resumindo: não há vírgula se o termo ou a oração restringe o sentido do sujeito, isto é, funciona como adjunto adnominal ou oração subordinada adjetiva restritiva.

Exemplos: “A decisão que denegou seguimento ao recurso interposto pela empregadora está eivada de inconstitucionalidade.”

O sujeito desta frase é: *A decisão que denegou seguimento ao recurso interposto pela empregadora*. Tornando a lembrar o conceito de sujeito: “é o ser sobre o qual se faz alguma declaração”.

Que declaração se faz sobre esse sujeito? Ou seja: qual é seu predicado?

A declaração que se faz sobre o longo sujeito acima, portanto seu predicado, é: *está eivada de inconstitucionalidade*.

O autor da frase pode ficar tentado a colocar uma vírgula depois da palavra *decisão* (núcleo do sujeito), a qual estará incorreta porque o restante do sintagma – *que denegou seguimento ao recurso interposto pela empregadora* – não é uma explicação que pode ser retirada da frase sem alterar-lhe o sentido. Ao contrário, faz parte da natureza do sujeito, ou melhor, da especificidade dele. Estamos falando desta decisão específica – *que denegou seguimento ao recurso interposto pela empregadora*. Não estamos nos referindo a nenhuma outra decisão constante dos autos, mas apenas a essa.

Vejamos mais um exemplo:

“Os julgados do TST que dão ganho de causa aos trabalhadores pleiteantes de horas *in itinere* vêm sendo utilizados há anos como precedentes jurisprudenciais nas decisões deste Relator.”

Eis um longo período, mas nele nenhuma vírgula a rigor é necessária.

Observe a extensão do sintagma que funciona como sujeito: *Os julgados do TST que dão ganho de causa aos trabalhadores pleiteantes de horas in itinere*. E o predicado: *vêm sendo utilizados há anos como precedentes jurisprudenciais nas decisões deste Relator*. O escritor terá a tentação de colocar a vírgula depois da sigla TST ou antes da locução verbal (“vêm sendo utilizados”), mas não poderá fazê-lo porque tanto o sintagma “que dão ganho de causa aos trabalhadores” quanto o que se lhe segue, “pleiteantes de horas *in itinere*”, são sintagmas de caráter restritivo que delimitam a natureza do núcleo do sujeito, isto é, restringem o ser (ou a coisa) destacando-o do grupo geral representado pela palavra “julgados”.

Quanto às orações *explicativas*, elas dão a possibilidade de se colocar vírgulas entre sujeito e verbo, só que, ressalte-se, devem ser duas. Em outras palavras, a vírgula separando o sujeito do seu verbo deve vir sempre seguida de seu par, como uma ponte que une margem direita e esquerda, garantindo o fluir da frase, apesar da interrupção temporária da ideia principal expressada por ela. Retirem-se as palavras *explicativas* delimitadas pelo par de vírgulas, e a frase manterá intocado seu sentido.

Vejamos alguns exemplos:

“O acórdão contestado pelo agravante, o qual denegou seguimento a seu recurso, não traz nenhuma violação a artigo constitucional.”

Sujeito (da oração principal): *O acórdão contestado pelo agravante*. Predicado (da oração principal): *não traz nenhuma violação a artigo constitucional*.

No exemplo acima, a vírgula após a palavra *agravante* abre espaço para a explicação que se fecha com a vírgula após a palavra *recurso*, da forma como funcionam os parênteses. Se tirássemos a oração “o qual denegou

seguimento a seu recurso”, teríamos a oração principal plena de sentido: “O acórdão contestado pelo agravante não traz nenhuma violação a artigo constitucional.”

Assim, não se trata de pausa entre sujeito e predicado, mas, sim, de oração explicativa intercalada à oração principal.

Mais um exemplo:

“As tarefas desempenhadas pelo operário paradigma, e cujo padrão salarial o reclamante tem como objetivo, não apresentam as mesmas características daquelas desempenhadas pelo autor da reclamação.”

Da mesma forma podemos retirar a oração entre vírgulas (e cujo padrão salarial o reclamante tem como objetivo) e teremos a oração principal com seu sentido completo: “As tarefas desempenhadas pelo operário paradigma não apresentam as mesmas características daquelas desempenhadas pelo autor da reclamação.”

Esses períodos estariam incorretos se estivessem assim virgulados: “O acórdão contestado pelo agravante, que denegou seguimento a seu recurso não traz nenhuma violação a artigo constitucional.” / ou / “O acórdão contestado pelo agravante que denegou seguimento a seu recurso, não traz nenhuma violação a artigo constitucional.” (Incorreto.)

“As tarefas desempenhadas pelo operário paradigma e cujo padrão salarial o reclamante tem como objetivo, não apresentam as mesmas características daquelas desempenhadas pelo autor da reclamação.” / ou / “As tarefas desempenhadas pelo operário paradigma, e cujo padrão salarial o reclamante tem como objetivo não apresentam as mesmas características daquelas desempenhadas pelo autor da reclamação.” (Incorreto.)

Conclusão: precisamos estar atentos à identificação e aos limites do sujeito, cujo núcleo pode, muitas vezes, vir acompanhado de vários acessórios e mais “penduricalhos”, que o estendem em um longo sintagma e confundem o autor do texto quanto ao que seja restrição ou explicação e em que pontos pode ou não ocorrer segmentação. Identificando-se a totalidade do sintagma que desempenha a função de sujeito e conectando-o ao que se declara sobre ele, isto é, a seu predicado, jamais colocaremos uma vírgula entre esses termos, que são os essenciais de uma oração.

Exercícios

Coloque a vírgula (ou não) nos seguintes períodos, de acordo com a norma padrão explanada neste artigo.

1. Os cabelos que tinha fartos e lisos caíram-lhe todos.
2. Ele que era muito sério não gostou da piada.
3. O aluno cujo pai não vier à reunião não terá seu boletim liberado.
4. A situação apresentada antiga e recorrente já foi objeto de análise detida e exaustiva.
5. A reclamante inconformada sustenta que a decisão do Regional violou a literalidade da Lei n. 1.060/1950.
6. Requer a parte reclamante o reconhecimento da sucessão de empregadores.
7. A ausência de ressalva específica do sindicato não obsta o pedido relativo às diferenças salariais ocorridas no decorrer do contrato de trabalho.
8. A decisão do Regional que mesmo declarando a nulidade do contrato de trabalho firmado sem o necessário concurso público reconheceu ao trabalhador direitos de estabilidade foi contestada pelo poder municipal.
9. O pai que gosta dos filhos faz tudo por eles.
10. O mais velho dos deputados que estavam presentes abriu a sessão da Câmara.
11. O criminoso já condenado à morte recusava-se a admitir a culpa.
12. Paulo e José participantes da festa nada viram de anormal.
13. O advogado que lê revistas de jurisprudência apresentou decisões que o juiz desconhecia.
14. Márcio que me ajuda usualmente fala várias línguas.
15. Entre as atividades que mais agradam aos que assessoram o juiz está a análise de questões que são novas.

Gabarito

1. Os cabelos, que tinha fartos e lisos, caíram-lhe todos.
2. Ele, que era muito sério, não gostou da piada.
3. O aluno cujo pai não vier à reunião não terá seu boletim liberado.
4. A situação apresentada, antiga e recorrente, já foi objeto de análise detida e exaustiva.
5. A reclamante, inconformada, sustenta que a decisão da 4ª Turma violou a literalidade da Lei n. 1.060/1950.
6. Requer a parte reclamante o reconhecimento da sucessão de empregadores.
7. A ausência de ressalva específica do sindicato não obsta o pedido relativo às diferenças salariais ocorridas no decorrer do contrato de trabalho.
8. A decisão do Regional que mesmo declarando a nulidade do contrato de trabalho firmado sem o necessário concurso público reconheceu ao trabalhador direitos de estabilidade foi contestada pelo poder municipal.
9. O pai que gosta dos filhos faz tudo por eles.
10. O mais velho dos deputados que estavam presentes abriu a sessão da Câmara.
11. O criminoso, já condenado à morte, recusava-se a admitir a culpa.
12. Paulo e José, participantes da festa, nada viram de anormal.
13. O advogado, que lê revistas de jurisprudência, apresentou decisões que o juiz desconhecia.
14. Márcio, que me ajuda usualmente, fala várias línguas.
15. Entre as atividades que mais agradam aos que assessoram o juiz está a análise de questões que são nova

Do amor ás riquezas* **

Se o ouro e riquezas, por um dia
Pudesse a vida prolongar,
Por certo que o ouro eu cavaria,
Para que, vindo, a Morte fria
Tomasse a oferta em meu lugar.
Mas, se comprar, mesmo um momento
De vida nega-se aos mortais,
Por que, bradando em vão lamento,
Soltar, precoces, os meus ais?!
Morte é marcada por destino,
Que ajuda o ouro em casos tais?
Eu quero é, pois, beber somente
E, ebrifestivo, alegremente
Entre os amigos me encontrar,
E, enfim, num leito, molemente,
Tambem no amor, perfeitamente,
Um culto a Venus tributar.

ΕΙΣ ΦΙΛΑΡΓΥΡΟΝ

Ὁ πλοῦτος εἴ γε χρυσοῦ
τὸ ζῆν παρείχε θνητοῖς,
Ἐκαρτέρουν φυλάσσειν,
Ἴν' ἂν θάνατος ἐπέλθῃ,
λάβῃ τι, καὶ παρέλθῃ.
εἰ δ' οὖν μὴ τὸ πρῆσθαι
τὸ ζῆν ἔνεστι θνητοῖς,
τί καὶ μάτην στενάζω;
τί καὶ γόους προπέμπω;
θαλεῖν γὰρ εἰ πέρωται,
τί χρυσὸς ὠφελεῖ με;
Ἐμοὶ γένοιτο πίνειν,
πιόντι δ' οἶνον ἡδύν
Ἐμοῖς φίλοις συνεῖναι,
Ἐν δ' ἀπαλαῖσι κοίταις
τελεῖν τὴν Ἀφροδίταν.

* ANAKPEONTOΣ ΟΔΑΙ – Odes de Anacreonte. Tradução de Almeida Cousin. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, Editores, 1948.

**Replicado em decorrência de falhas técnicas na edição anterior.

Senhor,

posto que o Capitão-mor desta Vossa frota, e assim os outros capitães escrevam a Vossa Alteza a notícia do achamento desta Vossa terra nova, que se agora nesta navegação achou, não deixarei de também dar disso minha conta a Vossa Alteza, assim como eu melhor puder, ainda que -- para o bem contar e falar -- o saiba pior que todos fazer!

Todavia tome Vossa Alteza minha ignorância por boa vontade, a qual bem certo creia que, para aformosentar nem afeiar, aqui não há de pôr mais do que aquilo que vi e me pareceu.

Da marinagem e das singraduras do caminho não darei aqui conta a Vossa Alteza -- porque o não saberei fazer -- e os pilotos devem ter este cuidado.

E portanto, Senhor, do que hei de falar começo:

E digo quê:

A partida de Belém foi -- como Vossa Alteza sabe, segunda-feira 9 de março. E sábado, 14 do dito mês, entre as 8 e 9 horas, nos achamos entre as Canárias, mais perto da Grande Canária. E ali andamos todo aquele dia em calma, à vista delas, obra de três a quatro léguas. E domingo, 22 do dito mês, às dez horas mais ou menos, havemos vista das ilhas de Cabo Verde, a saber da ilha de São Nicolau, segundo o dito de Pero Escolar, piloto.

Na noite seguinte à segunda-feira amanheceu, se perdeu da frota Vasco de Ataíde com a sua nau, sem haver tempo forte ou contrário para poder ser!

Fez o capitão suas diligências para o achar, em umas e outras partes. Mas... não apareceu mais!

E assim seguimos nosso caminho, por este mar de longo, até que terça-feira das Oitavas de Páscoa, que foram 21 dias de abril, topamos alguns sinais de terra, estando da dita Ilha -- segundo os pilotos diziam, obra de 660 ou 670 léguas -- os quais eram muita quantidade de ervas compridas, a que os mareantes chamam botelho, e assim mesmo outras a que dão o nome de rabo-de-asno. E quarta-feira seguinte, pela manhã, topamos aves a que chamam furabuchos.

Neste mesmo dia, a horas de véspera, havemos vista de terra! A saber, primeiramente de um grande monte, muito alto e redondo; e de outras serras mais baixas ao sul dele; e de terra chã, com grandes arvoredos; ao qual monte alto o capitão pôs o nome de O Monte Pascoal e à terra A Terra de Vera Cruz!

Mandou lançar o prumo. Acharam vinte e cinco braças. E ao sol-posto umas seis léguas da terra, lançamos ancoras, em dezenove braças -- ancoragem limpa. Ali ficamo-nos toda aquela noite. E quinta-feira, pela manhã, fizemos vela e seguimos em direitura à terra, indo os navios pequenos diante -- por dezessete, dezesseis, quinze, catorze, doze, nove braças -- até meia légua da terra, onde todos lançamos ancoras, em frente da boca de um rio. E chegaríamos a esta ancoragem às dez horas, pouco mais ou menos.

E dali avistamos homens que andavam pela praia, uns sete ou oito, segundo disseram os navios pequenos que chegaram primeiro.

Então lançamos fora os batéis e esquifes. E logo vieram todos os capitães das naus a esta nau do Capitão-mor. E ali falaram. E o Capitão mandou em terra a Nicolau Coelho para ver aquele rio. E tanto que ele começou a ir-se para lá, acudiram pela praia homens aos dois e aos três, de maneira que, quando o batel chegou à boca do rio, já lá estavam dezoito ou vinte.

Pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos, e suas setas. Vinham todos rijamente em direção ao batel. E Nicolau Coelho lhes fez sinal que pousassem os arcos. E eles os depuseram. Mas não pôde deles haver fala nem entendimento que aproveitasse, por o mar quebrar na costa. Somente arremessou-lhe um barrete vermelho e uma carapuça de linho que levava na cabeça, e um sombreiro preto. E um deles lhe arremessou um sombreiro de penas de ave, compridas, com uma copazinha de penas vermelhas e pardas, como de papagaio. E outro lhe deu um ramal grande de continhas brancas, miúdas que querem parecer de aljófar, as quais peças creio que o Capitão manda a Vossa Alteza. E com isto se voltou às naus por ser tarde e não poder haver deles mais fala, por causa do mar.

À noite seguinte ventou tanto sueste com chuvaceiros que fez caçar as naus. E especialmente a Capitaina. E sexta pela manhã, às oito horas, pouco mais ou menos, por conselho dos pilotos, mandou o Capitão levantar ancoras e fazer vela. E fomos de longo da costa, com os batéis e esquifes amarrados na popa, em direção norte, para ver se achávamos alguma abrigada e bom pouso, onde nós ficássemos, para tomar água e lenha. Não por nos já minguar, mas por nos prevenirmos aqui. E quando fizemos vela estariam já na praia assentados perto do rio obra de sessenta ou setenta homens que se haviam juntado ali aos poucos. Fomos ao longo, e mandou o Capitão aos navios pequenos que fossem mais chegados à terra e, se achassem pouso seguro para as naus, que amainassem.

E velejando nós pela costa, na distância de dez léguas do sítio onde tínhamos levantado ferro, acharam os ditos navios pequenos um recife com um porto dentro, muito bom e muito seguro, com uma mui larga entrada. E meteram-se dentro e amainaram. E as naus foram-se chegando, atrás deles. E um pouco antes de sol-pôsto amainaram também, talvez a uma légua do recife, e ancoraram a onze braças.

E estando Afonso Lopez, nosso piloto, em um daqueles navios pequenos, foi, por mandado do Capitão, por ser homem vivo e destro para isso, meter-se logo no esquife a sondar o porto dentro. E tomou dois daqueles homens da terra que estavam numa almadia: mancebos e de bons corpos. Um deles trazia um arco, e seis ou sete setas. E na praia andavam muitos com seus arcos e setas; mas não os aproveitou. Logo, já de noite, levou-os à Capitaina, onde foram recebidos com muito prazer e festa.

A feição deles é serem pardos, um tanto avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem feitos. Andam nus, sem cobertura alguma. Nem fazem mais caso de encobrir ou deixa de encobrir suas vergonhas do que de mostrar a cara. Acerca disso são de grande inocência. Ambos traziam o beijo de baixo furado e metido nele um osso verdadeiro, de comprimento de uma mão travessa, e da grossura de um fuso de algodão, agudo na ponta como um furador. Metem-nos pela parte de dentro do beijo; e a parte que lhes fica entre o beijo e os dentes é feita a modo de roque de xadrez. E trazem-no ali encaixado de sorte que não os magoa, nem lhes põe estorvo no falar, nem no comer e beber.

Os cabelos deles são corredios. E andavam tosquiados, de tosquia alta antes do que sobre-pente, de boa grandeza, rapados todavia por cima das orelhas. E um deles trazia por baixo da solapa, de fonte a fonte, na parte detrás, uma espécie de cabeleira, de penas de ave amarela, que seria do comprimento de um coto, mui basta e mui cerrada, que lhe cobria o toutiço e as orelhas. E andava pegada aos cabelos, pena por pena, com uma confeição branda como, de maneira tal que a cabeleira era mui redonda e mui basta, e mui igual, e não fazia minguia mais lavagem para a levantar.

O Capitão, quando eles vieram, estava sentado em uma cadeira, aos pés uma alcatifa por estrado; e bem vestido, com um colar de ouro, mui grande, ao pescoço. E Sancho de Tovar, e Simão de Miranda, e Nicolau Coelho, e Aires Corrêa, e nós outros que aqui na nau com ele íamos, sentados no chão, nessa alcatifa. Acenderam-se tochas. E eles entraram. Mas nem sinal de cortesia fizeram, nem de falar ao Capitão; nem a alguém. Todavia um deles fitou o colar do Capitão, e começou a fazer acenos com a mão em direção à terra, e depois para o colar, como se quisesse dizer-nos que havia ouro na terra. E também olhou para um castiçal de prata e assim mesmo acenava para a terra e novamente para o castiçal, como se lá também houvesse prata!

Mostraram-lhes um papagaio pardo que o Capitão traz consigo; tomaram-no logo na mão e acenaram para a terra, como se os houvesse ali.

Mostraram-lhes um carneiro; não fizeram caso dele.

Mostraram-lhes uma galinha; quase tiveram medo dela, e não lhe queriam pôr a mão. Depois lhe pegaram, mas como espantados.

Deram-lhes ali de comer: pão e peixe cozido, confeitos, fartéis, mel, figos passados. Não quiseram comer daquilo quase nada; e se provavam alguma coisa, logo a lançavam fora.

Trouxeram-lhes vinho em uma taça; mal lhe puseram a boca; não gostaram dele nada, nem quiseram mais.

Trouxeram-lhes água em uma albarrada, provaram cada um o seu bochecho, mas não beberam; apenas lavaram as bocas e lançaram-na fora.

Viu um deles umas contas de rosário, brancas; fez sinal que lhas dessem, e folgou muito com elas, e lançou-as ao pescoço; e depois tirou-as e meteu-as em

volta do braço, e acenava para a terra e novamente para as contas e para o colar do Capitão, como se dariam ouro por aquilo.

Isto tomávamos nós nesse sentido, por assim o desejarmos! Mas se ele queria dizer que levaria as contas e mais o colar, isto não queríamos nós entender, por que lho não havíamos de dar! E depois tornou as contas a quem lhas dera. E então estiraram-se de costas na alcatifa, a dormir sem procurarem maneiras de encobrir suas vergonhas, as quais não eram fanadas; e as cabeleiras delas estavam bem rapadas e feitas.

O Capitão mandou pôr por baixo da cabeça de cada um seu coxim; e o da cabeleira esforçava-se por não a estragar. E deitaram um manto por cima deles; e consentindo, aconchegaram-se e adormeceram.

Sábado pela manhã mandou o Capitão fazer vela, fomos demandar a entrada, a qual era mui larga e tinha seis a sete braças de fundo. E entraram todas as naus dentro, e ancoraram em cinco ou seis braças -- ancoradouro que é tão grande e tão formoso de dentro, e tão seguro que podem ficar nele mais de duzentos navios e naus. E tanto que as naus foram distribuídas e ancoradas, vieram os capitães todos a esta nau do Capitão-mor. E daqui mandou o Capitão que Nicolau Coelho e Bartolomeu Dias fossem em terra e levassem aqueles dois homens, e os deixassem ir com seu arco e setas, aos quais mandou dar a cada um uma camisa nova e uma carapuça vermelha e um rosário de contas brancas de osso, que foram levando nos braços, e um cascavel e uma campainha. E mandou com eles, para lá ficar, um mancebo degredado, criado de dom João Telo, de nome Afonso Ribeiro, para lá andar com eles e saber de seu viver e maneiras. E a mim mandou que fosse com Nicolau Coelho. Fomos assim de frecha direitos à praia. Ali acudiram logo perto de duzentos homens, todos nus, com arcos e setas nas mãos. Aqueles que nós levamos acenaram-lhes que se afastassem e depusessem os arcos. E eles os depuseram. Mas não se afastaram muito. E mal tinham pousado seus arcos quando saíram os que nós levávamos, e o mancebo degredado com eles. E saídos não pararam mais; nem esperavam um pelo outro, mas antes corriam a quem mais correria. E passaram um rio que aí corre, de água doce, de muita água que lhes dava pela braga. E muitos outros com eles. E foram assim correndo para além do rio entre umas moitas de palmeiras onde estavam outros. E ali pararam. E naquilo tinha ido o degredado

com um homem que, logo ao sair do batel, o agasalhou e levou até lá. Mas logo o tornaram a nós. E com ele vieram os outros que nós levávamos, os quais vinham já nus e sem carapuças.

E então se começaram de chegar muitos; e entravam pela beira do mar para os batéis, até que mais não podiam. E traziam cabaças d'água, e tomavam alguns barris que nós levávamos e enchiam-nos de água e traziam-nos aos batéis. Não que eles de todo chegassem a bordo do batel. Mas junto a ele, lançavam-nos da mão. E nós tomávamo-los. E pediam que lhes dessem alguma coisa.

Levara Nicolau Coelho cascavéis e manilhas. E a uns dava um cascavel, e a outros uma manilha, de maneira que com aquela encarna quase que nos queriam dar a mão. Davam-nos daqueles arcos e setas em troca de sombreiros e carapuças de linho, e de qualquer coisa que a gente lhes queria dar.

Dali se partiram os outros, dois mancebos, que não os vimos mais.

Dos que ali andavam, muitos -- quase a maior parte -- traziam aqueles bicos de osso nos beiços.

E alguns, que andavam sem eles, traziam os beiços furados e nos buracos traziam uns espelhos de pau, que pareciam espelhos de borracha. E alguns deles traziam três daqueles bicos, a saber um no meio, e os dois nos cabos.

E andavam lá outros, quartejados de cores, a saber metade deles da sua própria cor, e metade de tintura preta, um tanto azulada; e outros quartejados d'escaques.

Ali andavam entre eles três ou quatro moças, bem novinhas e gentis, com cabelos muito pretos e compridos pelas costas; e suas vergonhas, tão altas e tão cerradinhas e tão limpas das cabeleiras que, de as nós muito bem olharmos, não se envergonhavam.

Aliporentão não houve mais fala ou entendimento com eles, por a barbana deles ser tamanha que se não entendia nem ouvia ninguém. Acenamos-lhes que se fossem. E assim o fizeram e passaram-se para além do rio. E saíram três ou quatro homens nossos dos batéis, e encheram não sei quantos barris d'água que nós levávamos. E tornamo-nos às naus. E quando assim vínhamos, acenaram-nos que voltássemos. Voltamos, e eles mandaram o degredado e não quiseram que ficasse lá com eles, o qual levava uma bacia pequena e duas ou

três carapuças vermelhas para lá as dar ao senhor, se o lá houvesse. Não trataram de lhe tirar coisa alguma, antes mandaram-no com tudo. Mas então Bartolomeu Dias o fez outra vez tornar, que lhe desse aquilo. E ele tornou e deu aquilo, em vista de nós, a aquele que o da primeira agasalhara. E então veio-se, e nós levamo-lo.

Esse que o agasalhou era já de idade, e andava por galanteria, cheio de penas, pegadas pelo corpo, que parecia seteado como São Sebastião. Outros traziam carapuças de penas amarelas; e outros, de vermelhas; e outros de verdes. E uma daquelas moças era toda tingida de baixo a cima, daquela tintura e certo era tão bem feita e tão redonda, e sua vergonha tão graciosa que a muitas mulheres de nossa terra, vendo-lhe tais feições envergonhara, por não terem as suas como ela. Nenhum deles era fanado, mas todos assim como nós.

E com isto nos tornamos, e eles foram-se.

À tarde saiu o Capitão-mor em seu batel com todos nós outros capitães das naus em seus batéis a folgar pela baía, perto da praia. Mas ninguém saiu em terra, por o Capitão o não querer, apesar de ninguém estar nela. Apenas saiu -- ele com todos nós -- em um ilhéu grande que está na baía, o qual, aquando baixamar, fica mui vazio. Com tudo está de todas as partes cercado de água, de sorte que ninguém lá pode ir, a não ser de barco ou a nado. Ali folgou ele, e todos nós, bem uma hora e meia. E pescaram lá, andando alguns marinheiros com um chinchorro; e mataram peixe miúdo, não muito. E depois volvemo-nos às naus, já bem noite.

Ao domingo de Pascoela pela manhã, determinou o Capitão ir ouvir missa e sermão naquele ilhéu. E mandou a todos os capitães que se arranjassem nos batéis e fossem com ele. E assim foi feito. Mandou armar um pavilhão naquele ilhéu, e dentro levantar um altar mui bem arranjado. E ali com todos nós outros fez dizer missa, a qual disse o padre frei Henrique, em voz entoada, e oficiada com aquela mesma voz pelos outros padres e sacerdotes que todos assistiram, a qual missa, segundo meu parecer, foi ouvida por todos com muito prazer e devoção.

Ali estava com o Capitão a bandeira de Cristo, com que saíra de Belém, a qual esteve sempre bem alta, da parte do Evangelho.

Acabada a missa, desvestiu-se o padre e subiu a uma cadeira alta; e nós todos lançados por essa areia.

E pregou uma solene e proveitosa pregação, da história evangélica; e no fim tratou da nossa vida, e do achamento desta terra, referindo-se à Cruz, sob cuja obediência viemos, que veio muito a propósito, e fez muita devoção.

Enquanto assistimos à missa e ao sermão, estaria na praia outra tanta gente, pouco mais ou menos, como a de ontem, com seus arcos e setas, e andava folgando. E olhando-nos, sentaram. E depois de acabada a missa, quando nós sentados atendíamos a pregação, levantaram-se muitos deles e tangeram corno ou buzina e começaram a saltar e dançar um pedaço. E alguns deles se metiam em almadias -- duas ou três que lá tinham -- as quais não são feitas como as que eu vi; apenas são três traves, atadas juntas. E ali se metiam quatro ou cinco, ou esses que queriam, não se afastando quase nada da terra, só até onde podiam tomar pé.

Acabada a pregação encaminhou-se o Capitão, com todos nós, para os batéis, com nossa bandeira alta. Embarcamos e fomos indo todos em direção à terra para passarmos ao longo por onde eles estavam, indo na dianteira, por ordem do Capitão, Bartolomeu Dias em seu esquife, com um pau de uma almadia que lhes o mar levava, para o entregar a eles. E nós todos trás dele, a distância de um tiro de pedra.

Como viram o esquife de Bartolomeu Dias, chegaram-se logo todos à água, metendo-se nela até onde mais podiam. Acenaram-lhes que pousassem os arcos e muitos deles os iam logo pôr em terra; e outros não os punham.

Andava lá um que falava muito aos outros, que se afastassem. Mas não já que a mim me parecesse que lhe tinham respeito ou medo. Este que os assim andava afastando trazia seu arco e setas. Estava tinto de tintura vermelha pelos peitos e costas e pelos quadris, coxas e pernas até baixo, mas os vazios com a barriga e estômago eram de sua própria cor. E a tintura era tão vermelha que a água lha não comia nem desfazia. Antes, quando saía da água, era mais vermelho. Saiu um homem do esquife de Bartolomeu Dias e andava no meio deles, sem implicarem nada com ele, e muito menos ainda pensavam em fazer-lhe mal. Apenas lhe davam cabaças d'água; e acenavam aos do esquife que saíssem em terra. Com isto seolveu Bartolomeu Dias ao Capitão. E viemo-nos às naus, a comer, tangendo trombetas e

gaitas, sem os mais constranger. E eles tornaram-se a sentar na praia, e assim por então ficaram.

Neste ilhéu, onde fomos ouvir missa e sermão, espraia muito a água e descobre muita areia e muito cascalho. Enquanto lá estávamos foram alguns buscar marisco e não no acharam. Mas acharam alguns camarões grossos e curtos, entre os quais vinha um muito grande e muito grosso; que em nenhum tempo o vi tamanho. Também acharam cascas de berbigões e de amêijoas, mas não toparam com nenhuma peça inteira. E depois de termos comido vieram logo todos os capitães a esta nau, por ordem do Capitão-mor, com os quais ele se aportou; e eu na companhia. E perguntou a todos se nos parecia bem mandar a nova do achamento desta terra a Vossa Alteza pelo navio dos mantimentos, para a melhor mandar descobrir e saber dela mais do que nós podíamos saber, por irmos na nossa viagem.

E entre muitas falas que sobre o caso se fizeram foi dito, por todos ou a maior parte, que seria muito bem. E nisto concordaram. E logo que a resolução foi tomada, perguntou mais, se seria bem tomar aqui por força um par destes homens para os mandar a Vossa Alteza, deixando aqui em lugar deles outros dois destes degredados.

E concordaram em que não era necessário tomar por força homens, porque costume era dos que assim à força levavam para alguma parte dizerem que há de tudo quanto lhes perguntam; e que melhor e muito melhor informação da terra dariam dois homens desses degredados que aqui deixássemos do que eles dariam se os levassem por ser gente que ninguém entende. Nem eles cedo aprenderiam a falar para o saberem tão bem dizer que muito melhor estoutros o não digam quando cá Vossa Alteza mandar.

E que portanto não cuidássemos de aqui por força tomar ninguém, nem fazer escândalo; mas sim, para os de todo amansar e apaziguar, unicamente de deixar aqui os dois degredados quando daqui partíssemos.

E assim ficou determinado por parecer melhor a todos.

Acabado isto, disse o Capitão que fôssemos nos batéis em terra. E ver-se-ia bem, quejando era o rio. Mas também para folgarmos.

Fomos todos nos batéis em terra, armados; e a bandeira conosco. Eles andavam ali na praia, à boca

do rio, para onde nós íamos; e, antes que chegássemos, pelo ensino que dantes tinham, puseram todos os arcos, e acenaram que saíssemos. Mas, tanto que os batéis puseram as proas em terra, passaram-se logo todos além do rio, o qual não é mais ancho que um jogo de mancal. E tanto que desembarcamos, alguns dos nossos passaram logo o rio, e meteram-se entre eles. E alguns aguardavam; e outros se afastavam. Com tudo, a coisa era de maneira que todos andavam misturados. Eles davam desses arcos com suas setas por sombreiros e carapuças de linho, e por qualquer coisa que lhes davam. Passaram além tantos dos nossos e andaram assim misturados com eles, que eles se esquivavam, e afastavam-se; e iam alguns para cima, onde outros estavam. E então o Capitão fez que o tomassem ao colo dois homens e passou o rio, e fez tornar a todos. A gente que ali estava não seria mais que aquela do costume. Mas logo que o Capitão chamou todos para trás, alguns se chegaram a ele, não por o reconhecerem por Senhor, mas porque a gente, nossa, já passava para aquém do rio. Ali falavam e traziam muitos arcos e continhas, daquelas já ditas, e resgatavam-nas por qualquer coisa, de tal maneira que os nossos levavam dali para as naus muitos arcos, e setas e contas.

E então tornou-se o Capitão para aquém do rio. E logo acudiram muitos à beira dele.

Ali verieis galantes, pintados de preto e vermelho, e quartejados, assim pelos corpos como pelas pernas, que, certo, assim pareciam bem. Também andavam entre eles quatro ou cinco mulheres, novas, que assim nuas, não pareciam mal. Entre elas andava uma, com uma coxa, do joelho até o quadril e a nádega, toda tingida daquela tintura preta; e todo o resto da sua cor natural. Outra trazia ambos os joelhos com as curvas assim tintas, e também os colos dos pés; e suas vergonhas tão nuas, e com tanta inocência assim descobertas, que não havia nisso desvergonha nenhuma.

Também andava lá outra mulher, nova, com um menino ou menina, atado com um pano aos peitos, de modo que não se lhe viam senão as perninhas. Mas nas pernas da mãe, e no resto, não havia pano algum.

Em seguida o Capitão foi subindo ao longo do rio, que corre rente à praia. E ali esperou por um velho que trazia na mão uma pá de almadia. Falou, enquanto o Capitão estava com ele, na presença de todos nós; mas ninguém o entendia, nem ele a nós, por mais coisas que

a gente lhe perguntava com respeito a ouro, porque desejávamos saber se o havia na terra.

Trazia este velho o beijo tão furado que lhe cabia pelo buraco um grosso dedo polegar. E trazia metido no buraco uma pedra verde, de nenhum valor, que fechava por fora aquele buraco. E o Capitão lha fez tirar. E ele não sei que diabo falava e ia com ela para a boca do Capitão para lha meter. Estivemos rindo um pouco e dizendo chalaças sobre isso. E então enfadouse o Capitão, e deixou-o. E um dos nossos deu-lhe pela pedra um sombreiro velho; não por ela valer alguma coisa, mas para amostra. E depois houve-a o Capitão, creio, para mandar com as outras coisas a Vossa Alteza.

Andamos por aí vendo o ribeiro, o qual é de muita água e muito boa. Ao longo dele há muitas palmeiras, não muito altas; e muito bons palmitos. Colhemos e comemos muitos deles.

Depois tornou-se o Capitão para baixo para a boca do rio, onde tínhamos desembarcado.

E além do rio andavam muitos deles dançando e folgando, uns diante os outros, sem se tomarem pelas mãos. E faziam-no bem. Passou-se então para a outra banda do rio Diogo Dias, que fora almoxarife de Sacavém, o qual é homem gracioso e de prazer. E levou consigo um gaiteiro nosso com sua gaita. E meteu-se a dançar com eles, tomando-os pelas mãos; e eles folgavam e riam e andavam com ele muito bem ao som da gaita. Depois de dançarem fez ali muitas voltas ligeiras, andando no chão, e salto real, de que se eles espantavam e riam e folgavam muito. E conquanto com aquilo os seguiu e afagou muito, tomavam logo uma esquivada como de animais montezes, e foram-se para cima.

E então passou o rio o Capitão com todos nós, e fomos pela praia, de longo, ao passo que os batéis iam rentes à terra. E chegamos a uma grande lagoa de água doce que está perto da praia, porque toda aquela ribeira do mar é apaulada por cima e sai a água por muitos lugares.

E depois de passarmos o rio, foram uns sete ou oito deles meter-se entre os marinheiros que se recolhiam aos batéis. E levaram dali um tubarão que Bartolomeu Dias matou. E levavam-lho; e lançou-o na praia.

Bastará que até aqui, como quer que se lhes em alguma parte amansassem, logo de uma mão para outra

se esquivavam, como pardais do cevadouro. Ninguém não lhes ousa falar de rijo para não se esquivarem mais. E tudo se passa como eles querem -- para os bem amansarmos!

Ao velho com quem o Capitão havia falado, deu-lhe uma carapuça vermelha. E com toda a conversa que com ele houve, e com a carapuça que lhe deu tanto que se despediu e começou a passar o rio, foise logo recatando. E não quis mais tornar do rio para aquém. Os outros dois o Capitão teve nas naus, aos quais deu o que já ficou dito, nunca mais aqui apareceram -- fatos de que deduzo que é gente bestial e de pouco saber, e por isso tão esquiva. Mas apesar de tudo isso andam bem curados, e muito limpos. E naquilo ainda mais me convenço que são como aves, ou alimárias montezinhas, as quais o ar faz melhores penas e melhor cabelo que às mansas, porque os seus corpos são tão limpos e tão gordos e tão formosos que não pode ser mais! E isto me faz presumir que não tem casas nem moradias em que se recolham; e o ar em que se criam os faz tais. Nós pelo menos não vimos até agora nenhuma casa, nem coisa que se pareça com elas.

Mandou o Capitão aquele degredado, Afonso Ribeiro, que se fosse outra vez com eles. E foi; e andou lá um bom pedaço, mas a tarde regressou, que o fizeram eles vir: e não o quiseram lá consentir. E deram-lhe arcos e setas; e não lhe tomaram nada do seu. Antes, disse ele, que lhe tomara um deles umas continhas amarelas que levava e fugia com elas, e ele se queixou e os outros foram logo após ele, e lhas tomaram e tornaram-lhas a dar; e então mandaram-no vir. Disse que não vira lá entre eles senão umas choupaninhas de rama verde e de feteiras muito grandes, como as de Entre Douro e Minho. E assim nos tornamos às naus, já quase noite, a dormir.

Segunda-feira, depois de comer, saímos todos em terra a tomar água. Ali vieram então muitos; mas não tantos como as outras vezes. E traziam já muito poucos arcos. E estiveram um pouco afastados de nós; mas depois pouco a pouco misturaram-se conosco; e abraçavam-nos e folgavam; mas alguns deles se esquivavam logo. Ali davam alguns arcos por folhas de papel e por alguma carapucinha velha e por qualquer coisa. E de tal maneira se passou a coisa que bem vinte ou trinta pessoas das nossas se foram com eles para onde outros muitos deles estavam com moças e mulheres. E trouxeram de lá muitos arcos e barretes

de penas de aves, uns verdes, outros amarelos, dos quais creio que o Capitão há de mandar uma amostra a Vossa Alteza.

E segundo diziam esses que lá tinham ido, brincaram com eles. Neste dia os vimos mais de perto e mais à nossa vontade, por andarmos quase todos misturados: uns andavam quartejados daquelas tinturas, outros de metades, outros de tanta feição como em pano de ras, e todos com os beijos furados, muitos com os ossos neles, e bastantes sem ossos. Alguns traziam uns ouriços verdes, de árvores, que na cor queriam parecer de castanheiras, embora fossem muito mais pequenos. E estavam cheios de uns grãos vermelhos, pequeninos que, esmagando-se entre os dedos, se desfaziam na tinta muito vermelha de que andavam tingidos. E quanto mais se molhavam, tanto mais vermelhos ficavam.

Todos andam rapados até por cima das orelhas; assim mesmo de sobranceiras e pestanas.

Trazem todos as testas, de fonte a fonte, tintas de tinta preta, que parece uma fita preta da largura de dois dedos.

E o Capitão mandou aquele degredado Afonso Ribeiro e a outros dois degredados que fossem meter-se entre eles; e assim mesmo a Diogo Dias, por ser homem alegre, com que eles folgavam. E aos degredados ordenou que ficassem lá esta noite.

Foram-se lá todos; e andaram entre eles. E segundo depois diziam, foram bem uma légua e meia a uma povoação, em que haveria nove ou dez casas, as quais diziam que eram tão compridas, cada uma, como esta nau capitaina. E eram de madeira, e das ilhargas de tábuas, e cobertas de palha, de razoável altura; e todas de um só espaço, sem repartição alguma, tinham de dentro muitos esteios; e de esteio a esteio uma rede atada com cabos em cada esteio, altas, em que dormiam. E de baixo, para se aquecerem, faziam seus fogos. E tinha cada casa duas portas pequenas, uma numa extremidade, e outra na oposta. E diziam que em cada casa se recolhiam trinta ou quarenta pessoas, e que assim os encontraram; e que lhes deram de comer dos alimentos que tinham, a saber muito inhame, e outras sementes que na terra dá, que eles comem. E como se fazia tarde fizeram-nos logo todos tornar; e não quiseram que lá ficasse nenhum. E ainda, segundo diziam, queriam vir com eles. Resgataram lá por cascavéis e outras coisinhas de pouco valor,

que levavam, papagaios vermelhos, muito grandes e formosos, e dois verdes pequeninos, e carapuças de penas verdes, e um pano de penas de muitas cores, espécie de tecido assaz belo, segundo Vossa Alteza todas estas coisas verá, porque o Capitão vo-las há de mandar, segundo ele disse. E com isto vieram; e nós tornamo-nos às naus.

Terça-feira, depois de comer, fomos em terra, fazer lenha, e para lavar roupa. Estavam na praia, quando chegamos, uns sessenta ou setenta, sem arcos e sem nada. Tanto que chegamos, vieram logo para nós, sem se esquivarem. E depois acudiram muitos, que seriam bem duzentos, todos sem arcos. E misturaram-se todos tanto conosco que uns nos ajudavam a acarretar lenha e metê-las nos batéis. E lutavam com os nossos, e tomavam com prazer. E enquanto fazíamos a lenha, construíam dois carpinteiros uma grande cruz de um pau que se ontem para isso cortara. Muitos deles vinham ali estar com os carpinteiros. E creio que o faziam mais para verem a ferramenta de ferro com que a faziam do que para verem a cruz, porque eles não tem coisa que de ferro seja, e cortam sua madeira e paus com pedras feitas como cunhas, medidas em um pau entre duas talas, mui bem atadas e por tal maneira que andam fortes, porque lhas viram lá. Era já a conversação deles conosco tanta que quase nos estorvavam no que havíamos de fazer.

E o Capitão mandou a dois degredados e a Diogo Dias que fossem lá à aldeia e que de modo algum viessem a dormir às naus, ainda que os mandassem embora. E assim se foram.

Enquanto andávamos nessa mata a cortar lenha, atravessavam alguns papagaios essas árvores; verdes uns, e pardos, outros, grandes e pequenos, de sorte que me parece que haverá muitos nesta terra. Todavia os que vi não seriam mais que nove ou dez, quando muito. Outras aves não vimos então, a não ser algumas pombas-seixeiras, e pareceram-me maiores bastante do que as de Portugal. Vários diziam que viram rolas, mas eu não as vi. Todavia segundo os arvoredos são mui muitos e grandes, e de infinitas espécies, não duvido que por esse sertão haja muitas aves!

E cerca da noite nós volvemos para as naus com nossa lenha.

Eu creio, Senhor, que não dei ainda conta aqui a Vossa Alteza do feitio de seus arcos e setas. Os arcos são pretos e compridos, e as setas compridas; e os ferros

delas são canas aparadas, conforme Vossa Alteza verá alguns que creio que o Capitão a Ela há de enviar.

Quarta-feira não fomos em terra, porque o Capitão andou todo o dia no navio dos mantimentos a despejá-lo e fazer levar às naus isso que cada um podia levar. Eles acudiram à praia, muitos, segundo das naus vimos. Seriam perto de trezentos, segundo Sancho de Tovar que para lá foi. Diogo Dias e Afonso Ribeiro, o degredado, aos quais o Capitão ontem ordenara que de toda maneira lá dormissem, tinham voltado já de noite, por eles não quererem que lá ficassem. E traziam papagaios verdes; e outras aves pretas, quase como pegas, com a diferença de terem o bico branco e rabos curtos. E quando Sancho de Tovar recolheu à nau, queriam vir com ele, alguns; mas ele não admitiu senão dois mancebos, bem dispostos e homens de prol. Mandou pensar e curá-los mui bem essa noite. E comeram toda a ração que lhes deram, e mandou dar-lhes cama de lençóis, segundo ele disse. E dormiram e folgaram aquela noite. E não houve mais este dia que para escrever seja.

Quinta-feira, derradeiro de abril, comemos logo, quase pela manhã, e fomos em terra por mais lenha e água. E em querendo o Capitão sair desta nau, chegou Sancho de Tovar com seus dois hóspedes. E por ele ainda não ter comido, puseram-lhe toalhas, e veio-lhe comida. E comeu. Os hóspedes, sentaram-no cada um em sua cadeira. E de tudo quanto lhes deram, comeram mui bem, especialmente lacão cozido frio, e arroz. Não lhes deram vinho por Sancho de Tovar dizer que o não bebiam bem.

Acabado o comer, metemo-nos todos no batel, e eles conosco. Deu um grumete a um deles uma armadura grande de porco montês, bem revolta. E logo que a tomou meteu-a no beijo; e porque se lhe não queria segurar, deram-lhe uma pouca de cera vermelha. E ele ajeitou-lhe seu adereço da parte de trás de sorte que segurasse, e meteu-a no beijo, assim revolta para cima; e ia tão contente com ela, como se tivesse uma grande jóia. E tanto que saímos em terra, foi-se logo com ela. E não tornou a aparecer lá.

Andariam na praia, quando saímos, oito ou dez deles; e de aí a pouco começaram a vir. E parece-me que viriam este dia a praia quatrocentos ou quatrocentos e cinqüenta. Alguns deles traziam arcos e setas; e deram tudo em troca de carapuças e por qualquer coisa que lhes davam. Comiam conosco do que lhes dávamos,

e alguns deles bebiam vinho, ao passo que outros o não podiam beber. Mas querme parecer que, se os acostumarem, o hão de beber de boa vontade! Andavam todos tão bem dispostos e tão bem feitos e galantes com suas pinturas que agradavam. Acarretavam dessa lenha quanta podiam, com mil boas vontades, e levavam-na aos batéis. E estavam já mais mansos e seguros entre nós do que nós estávamos entre eles.

Foi o Capitão com alguns de nós um pedaço por este arvoredo até um ribeiro grande, e de muita água, que ao nosso parecer é o mesmo que vem ter à praia, em que nós tomamos água. Ali descansamos um pedaço, bebendo e folgando, ao longo dele, entre esse arvoredo que é tanto e tamanho e tão basto e de tanta qualidade de folhagem que não se pode calcular. Há lá muitas palmeiras, de que colhemos muitos e bons palmitos.

Ao sairmos do batel, disse o Capitão que seria bom irmos em direitura à cruz que estava encostada a uma árvore, junto ao rio, a fim de ser colocada amanhã, sexta-feira, e que nos puséssemos todos de joelhos e a beijássemos para eles verem o acatamento que lhe tínhamos. E assim fizemos. E a esses dez ou doze que lá estavam, acenaram-lhes que fizessem o mesmo; e logo foram todos beijá-la.

Parece-me gente de tal inocência que, se nós entendéssemos a sua fala e eles a nossa, seriam logo cristãos, visto que não têm nem entendem crença alguma, segundo as aparências. E portanto se os degredados que aqui hão de ficar aprenderem bem a sua fala e os entenderem, não duvido que eles, segundo a santa tenção de Vossa Alteza, se farão cristãos e hão de crer na nossa santa fé, à qual praza a Nosso Senhor que os traga, porque certamente esta gente é boa e de bela simplicidade. E imprimir-se-á facilmente neles qualquer cunho que lhe quiserem dar, uma vez que Nosso Senhor lhes deu bons corpos e bons rostos, como a homens bons. E o Ele nos para aqui trazer creio que não foi sem causa. E portanto Vossa Alteza, pois tanto deseja acrescentar a santa fé católica, deve cuidar da salvação deles. E prazerá a Deus que com pouco trabalho seja assim!

Eles não lavram nem criam. Nem há aqui boi ou vaca, cabra, ovelha ou galinha, ou qualquer outro animal que esteja acostumado ao viver do homem. E não comem senão deste inhame, de que aqui há muito, e dessas sementes e frutos que a terra e as árvores de si

deitam. E com isto andam tais e tão rijos e tão nédios que o não somos nós tanto, com quanto trigo e legumes comemos.

Nesse dia, enquanto ali andavam, dançaram e bailaram sempre com os nossos, ao som de um tamboril nosso, como se fossem mais amigos nossos do que nós seus. Se lhes a gente acenava, se queriam vir às naus, aprontavam-se logo para isso, de modo tal, que se os convidáramos a todos, todos vieram. Porém não levamos esta noite às naus senão quatro ou cinco; a saber, o Capitão-mor, dois; e Simão de Miranda, um que já trazia por pagem; e Aires Gomes a outro, pagem também. Os que o Capitão trazia, era um deles um dos seus hóspedes que lhe haviam trazido a primeira vez quando aqui chegamos – o qual veio hoje aqui vestido na sua camisa, e com ele um seu irmão; e foram esta noite mui bem agasalhados tanto de comida como de cama, de colchões e lençóis, para os mais amansar.

E hoje que é sexta-feira, primeiro dia de maio, pela manhã, saímos em terra com nossa bandeira; e fomos desembarcar acima do rio, contra o sul onde nos pareceu que seria melhor arvorar a cruz, para melhor ser vista. E ali marcou o Capitão o sítio onde haviam de fazer a cova para a fincar. E enquanto a iam abrindo, ele com todos nós outros fomos pela cruz, rio abaixo onde ela estava. E com os religiosos e sacerdotes que cantavam, à frente, fomos trazendo-a dali, a modo de procissão. Eram já aí quantidade deles, uns setenta ou oitenta; e quando nos assim viram chegar, alguns se foram meter debaixo dela, ajudar-nos. Passamos o rio, ao longo da praia; e fomos colocá-la onde havia de ficar, que será obra de dois tiros de besta do rio. Andando-se ali nisto, viriam bem cento cinqüenta, ou mais. Plantada a cruz, com as armas e a divisa de Vossa Alteza, que primeiro lhe haviam pregado, armaram altar ao pé dela. Ali disse missa o padre frei Henrique, a qual foi cantada e oficiada por esses já ditos.

Ali estiveram conosco, a ela, perto de cinqüenta ou sessenta deles, assentados todos de joelho assim como nós. E quando se veio ao Evangelho, que nos erguemos todos em pé, com as mãos levantadas, eles se levantaram conosco, e alçaram as mãos, estando assim até se chegar ao fim; e então tornaram-se a assentar, como nós. E quando levantaram a Deus, que nos pusemos de joelhos, eles se puseram assim como nós estávamos, com as mãos levantadas, e em tal maneira

sossegados que certifico a Vossa Alteza que nos fez muita devoção.

Estiveram assim conosco até acabada a comunhão; e depois da comunhão, comungaram esses religiosos e sacerdotes; e o Capitão com alguns de nós outros. E alguns deles, por o Sol ser grande, levantaram-se enquanto estávamos comungando, e outros estiveram e ficaram. Um deles, homem de cinqüenta ou cinqüenta e cinco anos, se conservou ali com aqueles que ficaram. Esse, enquanto assim estávamos, juntava aqueles que ali tinham ficado, e ainda chamava outros. E andando assim entre eles, falando-lhes, acenou com o dedo para o altar, e depois mostrou com o dedo para o céu, como se lhes dissesse alguma coisa de bem; e nós assim o tomamos!

Acabada a missa, tirou o padre a vestimenta de cima, e ficou na alva; e assim se subiu, junto ao altar, em uma cadeira; e ali nos pregou o Evangelho e dos Apóstolos cujo é o dia, tratando no fim da pregação desse vosso prosseguimento tão santo e virtuoso, que nos causou mais devoção.

Esses que estiveram sempre à pregação estavam assim como nós olhando para ele. E aquele que digo, chamava alguns, que viessem ali. Alguns vinham e outros iam-se; e acabada a pregação, trazia Nicolau Coelho muitas cruces de estanho com crucifixos, que lhe ficaram ainda da outra vinda. E houveram por bem que lançassem a cada um sua ao pescoço. Por essa causa se assentou o padre frei Henrique ao pé da cruz; e ali lançava a sua a todos -- um a um -- ao pescoço, atada em um fio, fazendo-lha primeiro beijar e levantar as mãos. Vinham a isso muitos; e lançavam-nas todas, que seriam obra de quarenta ou cinqüenta. E isto acabado -- era já bem uma hora depois do meio dia -- viemos às naus a comer, onde o Capitão trouxe consigo aquele mesmo que fez aos outros aquele gesto para o altar e para o céu, (e um seu irmão com ele). A aquele fez muita honra e deu-lhe uma camisa mourisca; e ao outro uma camisa destouras.

E segundo o que a mim e a todos pareceu, esta gente, não lhes falece outra coisa para ser toda cristã, do que entenderem-nos, porque assim tomavam aquilo que nos viam fazer como nós mesmos; por onde pareceu a todos que nenhuma idolatria nem adoração têm. E bem creio que, se Vossa Alteza aqui mandar quem entre eles mais devagar ande, que todos serão tornados e convertidos ao desejo de Vossa Alteza. E por

isso, se alguém vier, não deixe logo de vir clérigo para os batizar; porque já então terão mais conhecimentos de nossa fé, pelos dois degredados que aqui entre eles ficam, os quais hoje também comungaram.

Entre todos estes que hoje vieram não veio mais que uma mulher, moça, a qual esteve sempre à missa, à qual deram um pano com que se cobrisse; e puseram-lho em volta dela. Todavia, ao sentar-se, não se lembrava de o estender muito para se cobrir. Assim, Senhor, a inocência desta gente é tal que a de Adão não seria maior -- com respeito ao pudor.

Ora veja Vossa Alteza quem em tal inocência vive se se convertera, ou não, se lhe ensinarem o que pertence à sua salvação.

Acabado isto, fomos perante eles beijar a cruz. E despedimo-nos e fomos comer.

Creio, Senhor, que, com estes dois degredados que aqui ficam, ficarão mais dois grumetes, que esta noite se saíram em terra, desta nau, no esquife, fugidos, os quais não vieram mais. E cremos que ficarão aqui porque de manhã, prazendo a Deus fazemos nossa partida daqui.

Esta terra, Senhor, parece-me que, da ponta que mais contra o sul vimos, até à outra ponta que contra o norte vem, de que nós deste porto havemos vista, será tamanha que haverá nela bem vinte ou vinte e cinco léguas de costa. Traz ao longo do mar em algumas partes grandes barreiras, umas vermelhas, e outras brancas; e a terra de cima toda chã e muito cheia de grandes arvoredos. De ponta a ponta é toda praia... muito chã e muito formosa. Pelo sertão nos pareceu, vista do mar, muito grande; porque a estender olhos, não podíamos ver senão terra e arvoredos -- terra que nos parecia muito extensa.

Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos. Contudo a terra em si é de muito bons ares frescos e temperados como os de Entre-Douro-e-Minho, porque neste tempo d'agora assim os achávamos como os de lá. Águas são muitas; infinitas. Em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo; por causa das águas que tem!

Contudo, o melhor fruto que dela se pode tirar parece-me que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar. E que não houvesse mais do que ter Vossa Alteza aqui

esta pousada para essa navegação de Calicute bastava. Quanto mais, disposição para se nela cumprir e fazer o que Vossa Alteza tanto deseja, a saber, acrescentamento da nossa fé!

E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. E se a um pouco alonguei, Ela me perdoe. Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, mo fez pôr assim pelo miúdo.

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro -- o que d'Ela receberei em muita mercê.

Beijo as mãos de Vossa Alteza.

Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500.

Pero Vaz de Caminha.

* Fonte:

Carta a El Rei D. Manuel, Dominus : São Paulo, 1963.

Texto proveniente de:

A Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro

<<http://www.bibvirt.futuro.usp.br>>

A Escola do Futuro da Universidade de São Paulo

Permitido o uso apenas para fins educacionais.

Texto-base digitalizado por:

NUPIII - Núcleo de Pesquisas em Informática, Literatura e Linguística

<<http://www.cce.ufsc.br/~alckmar/literatura/literat.html>>

Universidade Federal de Santa Catarina

Este material pode ser redistribuído livremente, desde que não seja alterado, e que as informações acima sejam mantidas. Para maiores informações, escreva para <bibvirt@futuro.usp.br>.

A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação

Paulo Adyr Dias do Amaral*

1. A necessidade da tributação. A ideia de confiança

1.1. Tributação: necessidade social

Vivemos, hoje, no Estado Fiscal¹. Em todo o mundo, justifica-se a tributação pela necessidade de se manter os serviços públicos essenciais, de redistribuir renda etc, como assevera, *v.g.*, Richard A. Posner: “*Taxation is sometimes intended to change the allocation of resources (...) or the distribution of wealth, but mainly it is used to pay for public services, though invariably with both allocative and distributive consequences...*” (grifou-se)².

Essa imposição esteve presente em todos os tempos da humanidade. Régis Fernandes de Oliveira,

v.g., mostra o fenômeno tributário na Bíblia, na Grécia antiga, no Império Romano, no Império Macedônico, no governo visigodo e na Idade Média³.

Há necessidades públicas a satisfazer. Conforme o mesmo Oliveira: “Amplamente, pois, pode-se falar que tudo aquilo que incumbe ao Estado prover, em decorrência de uma decisão política, inserida em norma jurídica, é necessidade pública”⁴. Para alcançar esse desiderato, o Estado precisa de recursos – que são obtidos, basicamente, de dois modos:

a) sob a forma de *receitas originárias*: advindas da própria atividade estatal, mormente quando o Estado atua no domínio econômico – art. 173 da Constituição da República;

b) sob a forma de *receitas derivadas*: aquelas que o Estado busca no patrimônio do particular. Aqui surgem os tributos.

1.2. Proteção da confiança legítima

Para que haja reciprocidade na relação juridico-tributária faz-se necessário o clima de *segurança*.

Nesse campo, para além da ideia genérica de *segurança jurídica*, é preciso conceituar algumas figuras específicas e distintas como: proteção da confiança legítima; boa-fé objetiva e *nemo potest venire contra factum proprium*. Aliás, já se disse que *teoria* nada mais é senão o conjunto de conceitos que nos serve para conhecer determinado domínio da realidade. Daí a importância da conceituação (e consequente distinção) dessas noções que, embora correlatas, não se confundem.

* Doutor em Direito Público – UFMG. Mestre em Direito Tributário – UFMG. Diretor da Associação Brasileira de Direito Tributário – Abradt. Membro do Grupo de Estudos da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF/Minas. Membro da Associação Latino-Americana de Direito Comparado. Professor nos Cursos de Pós-graduação em Direito Tributário: da PUC/Minas; das Faculdades Milton Campos; do Centro de Estudos na Área Jurídica Federal – Ceajufe. Professor de Direito Constitucional na Pós-graduação do Centro de Atualização em Direito – CAD (em convênio com a Universidade Gama Filho).

¹ Começa, hoje em dia, a ser trivial afirmar que o actual Estado é, na generalidade dos países contemporâneos, e mormente nos desenvolvidos, um Estado fiscal. Contudo, é de referir que, nem a realidade que lhe está subjacente, nem o conceito que tal expressão procura traduzir, constituem uma novidade nos tempos que correm. Pois, sendo o Estado fiscal o Estado cujas necessidades são essencialmente cobertas por impostos, facilmente se compreende que ele tem sido (e é) a regra do Estado moderno. Todavia, se é certo que este, pela própria natureza da realidade económica moderna, é necessariamente um Estado financeiro – um Estado cujas necessidades são cobertas através de meios de pagamento, ou seja, de dinheiro que ele obtém, administra e aplica, e não, salvo em casos muito excepcionais e limitados, através de prestações naturais (prestações em espécie ou de facere) exigidas aos seus cidadãos –, não é menos certo que ele nem sempre se tem apresentado como um Estado fiscal, havendo Estados que claramente configuraram (ou configuram) verdadeiros Estados proprietários, produtores ou empresariais. (NABAIS, José Casalta. O Dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 191-2).

² POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6a. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 489.

³ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

⁴ E prossegue: “Cabe ao Estado prestar serviços públicos (art. 21 – União; art. 30, V – Municípios; e art. 25, § 2º – Estados-membros), regular a atividade económica (art. 174), prestar serviços públicos, mediante permissão ou concessão (art. 175), explorar a atividade económica (art. 173), inclusive em regime de monopólio (art. 177), exercer poder de polícia (arts. 192, 182 e outros) e documentar a vida política, económica e pessoal da nação etc”. (cf. *op.cit.* p.59)

Helena Taveira Tôres, em conferência proferida no X Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário – Abradt, começa por advertir que, embora comumente apresentados na doutrina como expressões sinônimas ou meras decorrências um do outro, ou, ainda, aspectos diversos de uma mesma ideia, trata-se aqui de institutos diferenciados. E salienta que não podem jamais ser utilizados como panaceia para qualquer situação, quando, por exemplo, não se encontra argumento específico para discutir o caso concreto (observa Tôres que tal prática é comum no Poder Judiciário, seja em pedidos, seja em decisões, servindo a *boa-fé* a qualquer dificuldade). Esses excessos estariam, na verdade, a prejudicar a utilidade e importância desses institutos no âmbito do Direito Positivo e, especialmente, no Direito Tributário.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que há grande controvérsia na doutrina sobre se *proteção da confiança legítima e boa-fé objetiva* seriam, por um lado, realidades distintas e estanques ou, por outro, componentes de um mesmo tópico da teoria jurídica. Ferrenhas discussões são travadas a esse propósito (ao nosso sentir, desnecessária e inutilmente). Preferimos vislumbrar tais temas como fenômenos conceitualmente distintos (como ensina Tôres), porém correlacionados entre si (como são, aliás, os diversos institutos do Direito – que, embora pertencentes a ramificações diferenciadas, jamais se apartam da unidade geral do sistema, conferindo-se-lhes a ideia de harmonização e implicação recíproca). Em ciência, é necessário que cada realidade autônoma tenha designação própria, a fim de que haja precisão técnica da linguagem, bem como dos respectivos conceitos. Mas isso não significa, de forma alguma, que tais realidades sejam incomunicáveis. É com esse espírito que traçaremos, a seguir, algumas reflexões em derredor das lições de Tôres e Derzi.

De início, como adverte Tôres, é preciso afastar qualquer hipótese de vinculação desses conceitos a situações ilícitas, bem como afastá-los da ideia de *segurança jurídica* genérica (aquela *segurança* de proteção do sistema integral), e, ainda, dos casos que já estão regulados pelo Direito Positivo. Tais conceitos são nitidamente inspiradores de diversas regras legais

já constantes de nosso sistema tributário⁵. Nessas hipóteses, o problema já é naturalmente solucionado pelo critério da regra positiva. Por isso mesmo, não é para esses casos que eles se aplicam (mas, ao revés, para aquilo que não se encontra legislado).

Em que sentido se pode falar em *segurança jurídica*? A expressão comporta mais de uma noção. Alfredo Augusto Becker sempre lembrava: o jurista nada mais é que o semântico da linguagem do Direito. A cada momento que pensamos numa expressão jurídica, numa palavra jurídica, o que nos vem à mente é o campo de irradiação semântica desse termo.

Para melhor compreensão, partamos da bipartição do princípio da *segurança jurídica*, tantas vezes ensinada, em aulas e conferências, por Paulo de Barros Carvalho. Noutras palavras: *segurança jurídica* tem dupla conotação, ou bidirecionamento. Ela se volta para o passado e se arma para o futuro. Volta-se para o passado quanto protege aquelas situações já definitivamente consolidadas no pretérito: coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, garantia de irretroatividade do direito etc. Arma-se para o futuro quanto garante o administrado contra as mudanças que ocorrerão (ou poderão ocorrer), permitindo-lhe que se prepare; é a previsibilidade da atuação estatal – que no direito positivo se manifesta nos princípios da não surpresa, da anterioridade tributária, da espera nonagesimal etc. Até aqui se trata da *segurança jurídica* em seu sentido genérico.

Porém, o princípio da *proteção da confiança legítima* é um aspecto bem mais sutil desse contexto. Direciona-se para o futuro (previsibilidade, imutabilidade das situações etc.), mas não para aqueles casos já garantidos pela estrita legalidade. Relaciona-se com o *ambiente de direito seguro*. Aqui se passa a falar

⁵ Como exemplo, temos, no Código Tributário Nacional: art. 146 (ao tratar das mudanças de orientação no que tange ao lançamento): “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”; art. 149, parágrafo único (limites para efetuação e revisão do lançamento): “A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública”; art. 156, incisos IX e X (ao estabelecer que extinguem o crédito tributário: a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória, bem como a decisão judicial passada em julgado).

no “estado de confiança” – que não mais se restringe à legalidade. O cidadão confia nos comportamentos do Estado e não pode ser prejudicado em razão da confiança que nele depositou. Acredita deter o direito legitimamente, até porque tal direito lhe fora concedido pelo próprio Estado. Enfim, nesses casos, o panorama fático no qual se encontra o indivíduo é gerado pela própria atuação estatal⁶.

⁶Na conferência mencionada, Heleno Taveira Tôres fixa a data de nascimento do princípio da confiança legítima: 14/11/1956, numa decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, acerca de certa senhora que entendia fazer jus a pensão da Alemanha Ocidental. Posteriormente, já em pleno gozo desse benefício, a Administração Pública passa a entender que a pensão era irregular, resolvendo revogar o ato administrativo de concessão. A decisão final manteve a benesse, com amparo no princípio da confiança legítima.

Esse episódio, aliás, já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, no MS 24268/MG, como consta do Informativo 343 daquela Corte (12 a 16 de abril de 2004). Destaca-se a seguinte passagem:

Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14/11/1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289).

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2º).

Como exemplo da quebra do princípio da proteção da confiança legítima, Tôres menciona o caso da Cide-combustíveis: o contribuinte suporta uma carga tributária específica, na expectativa legítima de que tais recursos sejam aplicados diretamente na construção ou recuperação de rodovias, em projetos ambientais ligados ao setor etc. E, no fim das contas, o Estado mantém retidos, em fundo próprio, esses recursos e não os transfere para a devida destinação.

Outro exemplo concreto:

Supremo Tribunal Federal

Relator: Ministro Eros Roberto Grau

Agravante: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: João Francisco Mota Ramalhet

Ementa: Agravo Regimental em Recurso Extraordinário Estabilidade das relações jurídicas constituídas. 1. Observância ao princípio da segurança jurídica. Estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do

Instala-se esse estado de confiança, no âmbito do Poder Judiciário, *verbi gratia*, quando o Tribunal decide reiteradamente em certo sentido, levando o jurisdicionado a crer que continuará a adotar a mesma

princípio da segurança jurídica. 2. Concurso público. Princípio da consumação dos atos administrativos. A existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, questão dirimida somente após a concretização dos contratos, não tem o condão de afastar a legitimidade dos provimentos, realizados em conformidade com a legislação então vigente. 3. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Agravos regimentais não providos.

(Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AgR no Recurso Extraordinário 348.364-1/Rio de Janeiro-RJ, Relator: Min. Eros Roberto Grau. Julgamento: 14/12/2004. DJ. 11/3/2005)

O caso concreto tratava de admissões realizadas na Infraero, por processo seletivo, sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão do Tribunal de Contas da União. Os servidores permaneceram na Administração por mais de dez anos. Posteriormente, a Administração vem a entender que aquelas admissões foram irregulares. E decide anulá-las. O STF reconheceu, aqui, cabível o princípio da *proteção da confiança legítima* que os servidores depositavam na licitude de seu ingresso.

Consta do corpo do Acórdão: “... a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido (...)”.

A Corte se ampara, ainda, na doutrina de Miguel Reale (*In: Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*), citando a seguinte passagem: “(...) o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que obrigatoriamente as comprometia (...). Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituía uma situação merecedora de amparo e, mais que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalidar, – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato”.

Nessa ordem de ideias, Tôres argumenta que, hoje, a legalidade deve vir acompanhada do *estado de confiança*, sendo certo que, no caso concreto citado, os servidores não concorreram para a ilegalidade da admissão. Aqui haveria duas consequências possíveis: *a)* proteção da permanência e continuidade do ato, embora inválido; *b)* invalidação do ato, ensejando, porém, justa indenização aos prejudicados. Dessa forma, as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal comportam, hoje, uma releitura: cabe à Administração Pública anular seus próprios atos inválidos, salvo comprovada boa-fé e nos limites da *proteção da confiança legítima*.

(A proteção da confiança legitimamente criada no Direito Tributário. Boa-fé subjetiva ou objetiva. Nulli conceditur venire contra factum proprium. A teoria dos atos contraditórios. Conferência proferida no X Congresso Internacional da Abradt – Associação Brasileira de Direito Tributário. Agosto de 2006. Belo Horizonte-MG. In: Revista Internacional de Direito Tributário da Abradt. Vol. VI. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 23-32).

orientação no que tange aos casos idênticos futuros. Essa justa expectativa, por vezes, se frustra.

Pode-se mencionar como exemplo desse fenômeno a sequência de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a Corte rejeita a aplicação de sua antiga Súmula 584⁷ (aprovada em Sessão Plenária de 15/12/1976), por considerá-la ofensiva ao princípio da irretroatividade tributária, mormente após o advento da Constituição da República de 1988. Embora a Súmula não tenha jamais sido cancelada, houve a justa expectativa de que o Tribunal não mais a aplicasse. Expectativa esta que se quebrou com a recente *ressurreição* da Súmula 584 – e, com ela, ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica⁸.

⁷ Dispõe a Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal: “Ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício em que deve ser apresentada a declaração”.

⁸ Misabel Derzi faz referência expressa ao problema da Súmula 584/STF:

“(…) à luz da Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, nas suas duas Turmas e na Seção, consolidou o entendimento de que a súmula havia caído, não poderia ser aplicada – porque era retroativa. O STF, da mesma forma, no Pleno, em decisões unânimes – sendo relator o Ministro Moreira Alves, e, em outras oportunidades, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso – também derrubou a própria súmula. Recentemente volta tudo: de repente, o STF passa a entender que essa súmula não é mais inconstitucional. E como ele examina casos antigos que estão em juízo, a tendência é aplicar sempre a sua jurisprudência a casos que já estão em juízo há 2, 3 ou 4 anos. É isso que nós chamamos de decisões retroativas, de modo que o contribuinte não sabe para que lado vai, pois a oscilação em nosso país é inconcebível. (...) com isso o grau de litigiosidade prossegue de forma insuportável (...)”.

(Litigiosidade, Evasão e Soluções Contemporâneas. Conferência proferida no X Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário – *Abardt. In: Revista Internacional de Direito Tributário*. Vol. VI. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp.16-7)

E, mais recentemente, em artigo ainda não publicado:

“Quando os contribuintes já consideravam encerrada a polêmica, com a pacificação do entendimento de que a lei aplicável ao imposto sobre a renda seria a lei em vigor no primeiro dia do ano-base e não aquela em vigor no primeiro dia do ano da declaração (que necessariamente é posterior à data do encerramento do balanço), o Supremo Tribunal Federal passou a rever o seu entendimento em diversos julgados”.

E faz referência aos seguintes:

a) RE 194612-1/SC, 1ª T., Rel. Min. Sidney Sanches, unânime, pub. 8/5/1998;

b) AI 180776 AgR-ED/MG, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, pub. 27/8/2004.

De resto, enfatiza: “Nada mais anacrônico, em um mundo globalizado, esforçado em atrair investimentos, em um contexto em que a segurança jurídica é fator decisivo de concorrência, do que ressuscitar a velha e superada Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal”.

Daí a lição de Misabel Derzi, com apoio em Niklas Luhmann:

(...) o juiz, diferentemente do legislador, está vinculado às suas decisões e às premissas que as fundamentaram, sendo mais estreito o seu espaço de liberdade (...). Ou seja, o princípio da igualdade impõe que a sentença seja obrigatoriamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição). E a mesma fundamentação deverá nortear idênticas decisões futuras, em casos idênticos. Permitir a alteração do juízo, sem a demonstração das diferenças em um novo caso concreto posterior, seria consentir no arbítrio e no querer qualquer judicial, afrontoso à isonomia.

E, após examinar as ideias de Luhmann acerca do fechamento operacional do sistema, ressaltando que no Direito Tributário esse fechamento é expresso e mais rígido, Derzi conclui: “Interpretações imprevisíveis instalam a arbitrariedade, que desiguala injustamente os contribuintes e projetam insegurança. A segurança é condição da igualdade e não sua contradição, traço formal limitativo do sistema, que necessariamente o separa do ambiente restante”⁹.

Helena Taveira Tôres adverte que o princípio em questão (*proteção da confiança legítima*) não é universal: rejeitado pela França, já é contemplado pelas legislações espanhola e portuguesa. E tem encontrado crescente aceitação no Brasil. Mas não pode ser

(*A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário* – artigo não publicado. 2007)

⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito sob o signo da segurança e da proteção da confiança. In: Tratado de Direito Constitucional Tributário. Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 245-284.

Na obra citada por Derzi destaca-se a seguinte passagem: “O juiz compromete-se com suas decisões e as premissas a ela vinculadas, mas o legislador não. Se esse compromisso assume a forma jurídica ou resulta da compreensão do papel do juiz é secundário, da mesma forma que a questão se o autocomprometimento de um juiz amplia-se ou não aos outros juizes através do ordenamento jurídico. O decisivo é que apenas o juiz se vê confrontado com situações repetidas, tendo que decidir de forma repetidamente igual quando se apresentam premissas idênticas. O juiz submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas também decidir da mesma forma os casos iguais. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes”.

(LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol.II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 34)

visto jamais como princípio subjetivo, casuístico ou discricionário. Tórres é enfático ao sustentar que este princípio não é uma panaceia. Não é como o *leito de Procrusto* – que serve a qualquer fim¹⁰.

Nessa ordem de ideias, os requisitos da *proteção da confiança legítima* são: *a)* atuação lícita da Administração Pública (caso contrário, se o ato for ostensivamente ilícito, não haverá dúvida quanto à sua invalidade); *b)* competência do órgão administrativo na matéria (da mesma forma, se o órgão for incompetente, teremos a invalidade natural do ato); *c)* a Administração deve objetivar situação que produza *estado de confiança*, na qual o administrado tenha essa noção; *d)* que o cidadão mantenha-se em boa-fé (não se pode pleitear direito que corresponda à atitude de má-fé, pois a ninguém é dado alegar a própria torpeza).

Por fim, são pertinentes os seguintes dispositivos da Lei Geral do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784, de 29/1/1999), a propósito dos limites para a invalidação de atos dessa natureza (especialmente prazo):

Capítulo XIV

Da anulação, revogação e convalidação

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

¹⁰ Procrusto, o esticador, construiu duas camas: uma para os gigantes e outra para os normais. Na cama para os normais, ele colocava os gigantes e lhe cortava as pernas – para que ali coubessem. Já os normais, ele colocava na cama dos gigantes e os esticava, até que estes a ela se adequassem. Inquirido por Palas Atena, justificou-se: comecei a refletir sobre a desigualdade dos homens. Ela é injusta. Tal operação aqui procedida torna ambos iguais, pois através dela ambos se tornam aleijados. E se eles morrem em consequência da operação, eles também são iguais entre si, pois a morte torna todos iguais. Àqueles que torturava, Procrusto sempre esclarecia que o fazia em nome da justiça. Assim, a localidade de Coridalos tornou-se um inferno, repleta dos gritos dos martirizados, que podiam ser ouvidos em toda a Grécia. Os deuses, embaraçados, tapavam os ouvidos com as mãos. Isso fez com que eles não mais intervissem na história. Diante disso, gigantes e normais amaldiçoavam Procrusto – o que por ele não era compreendido, pois se considerava um benfeitor. Para ele, a justiça consistia em tornar todos iguais.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

1.3. Boa-fé objetiva

Noção distinta da *proteção da confiança legítima*, segundo Heleno Taveira Tórres, está na *boa-fé objetiva*. Novamente, cumpre fazer distinções (*boa-fé subjetiva* e *boa-fé objetiva* – diferenciação que não tem aceitação unânime na doutrina).

Boa-fé subjetiva é o estado psicológico da consciência individual no sentido do atuar em ambiente de lealdade, com intenção cordata e legítima.

Já a *boa-fé objetiva* apresenta cunho social, a depender sempre da situação concreta na qual essa condição possa ser avaliada. Seu requisito fundamental é a *alteridade* – a compreensão do outro. Misabel Derzi esclarece este tópico:

Se o princípio da “boa-fé é dever de consideração para com o *alter*”, realçam os juristas do Direito Privado as funções mais importantes da boa-fé na formação e execução das obrigações: *a)* como fonte criadora de deveres especiais nos contratos, a saber, de informar, de colaborar, de avisar, de cuidar “do outro”; *b)* como limitação ao exercício dos direitos subjetivos, coibindo-se o abuso e a não razoabilidade da conduta de cada uma das partes; *c)* como fonte de concreção das relações e de interpretação e reinterpretção dos contratos¹¹.

Para Derzi, a boa-fé objetiva se desenvolve na proibição do *venire contra factum proprium*, nos institutos da *supressio* e da *surrectio*, ou, ainda, no

¹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito sob o signo da segurança e da proteção da confiança. In: Tratado de Direito Constitucional Tributário. Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 245-284.

instituto processual anglo-saxão do *stoppel*, ressaltando que “no Direito Privado e, com mais razão, no Direito Público, a proteção da confiança das expectativas criadas e o respeito à lealdade transformam-se em importantes equivalentes funcionais ou em acopladores estruturantes e estabilizadores do sistema”¹².

A propósito do axioma *nemo potest venire contra factum proprium*, Judith Martins-Costa (que também insere esse instituto no âmbito do *princípio da boa-fé objetiva*) anota que incorre nessa proibição “quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo”. E esclarece que “o verdadeiro desenvolvimento do *venire contra factum proprium*, na Alemanha, ocorreu por volta da década de 70 do Século XX, com as construções que lograram associá-lo ao princípio da boa-fé objetiva”. Demonstra, nesse passo, a incompatibilidade entre a contradição própria e a responsabilidade jurídica:

Daí estabelecer-se a relação entre o *venire* e boa-fé objetiva, isto é, a boa-fé ética ou “regra de conduta leal”, que prescinde da atenção aos aspectos psicológicos, não pressupondo, necessariamente, a errônea crença, nem a má-fé ou a negligência culpável como elementos da expectativa criada na contraparte. (...) Nessa perspectiva, não consubstancia uma específica proibição da má-fé e da mentira, mas, verdadeiramente, uma aplicação do princípio da confiança no tráfico jurídico¹³.

Fala-se, aqui, pois, no *dever de coerência*. Em Direito Administrativo, essa orientação obriga a Administração Pública a se conformar com as regras que ela própria instituiu. Exemplo concreto nos foi trazido por Tórres, na conferência mencionada¹⁴.

¹² Cf. op.cit.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito* (Coordenação: Miguel REALE et alii). Campinas/SP: Millennium Editora, 2004, pp. 24 e 33.

¹⁴ Trata-se do seguinte Acórdão:

Ementa: Mandado de Segurança. Desistência requerida pelo impetrante para viabilizar a adesão ao Refis. Homologação. Precedentes.

I. A homologação da desistência do mandado de segurança não implica qualquer juízo sobre o direito da impetrante de aderir ao Programa de Recuperação Fiscal – Refis, matéria que, de resto, nem é objeto do mandado de segurança.

Sobre os termos *supressio*, *surrectio*, *stoppel*, *tu quoque* e o próprio *venire contra factum proprium*, Judith Martins-Costa enfatiza: “O que todas estas expressões refletem, em suma, é que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé”¹⁵.

Os vocábulos *supressio* e *surrectio* não oferecem maiores dificuldades: tratam como os próprios nomes sugerem, da insegurança gerada pela abrupta supressão de práticas reiteradamente adotadas (e cuja repetição se espera) ou pela repentina ressurreição de práticas já abolidas e esquecidas (de cujo exercício já nem mais se cogita). Numa ou noutra hipótese, o efeito é o mesmo: a indesejável surpresa.

Já o *stoppel* é conceituado por Judith Martins-Costa como uma “barreira ou freio erigido às pretensões de quem reclama algo em contradição com o que anteriormente havia aceitado”. Adverte que essa figura admite diversas configurações, mas assevera que, de modo geral, por meio dela se “impede, em virtude de uma presunção *iuris et de iure*, uma pessoa de afirmar ou negar a existência de um fato determinado se antes exercitara um ato, fizera uma afirmação ou formulara uma negativa em sentido precisamente oposto”. Exemplifica com o Caso Sião, ocorrido em 1908, no campo do Direito Internacional¹⁶.

II. Mandado de Segurança: desistência que independe da anuência do impetrado ou da pessoa jurídica de Direito Público, de que haja emanado o ato coator sem distinção, na jurisprudência do STF, entre a hipótese de impetração de competência originária e aquela pendente do julgamento de recurso.

(Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 233.095-4, Minas Gerais. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 30/6/2006).

Neste tópico, Tórres comenta a exigência, contida na Lei do Refis, de o contribuinte desistir das ações judiciais para ter acesso ao programa. Posteriormente, a Administração (Procuradoria da Fazenda) comparece no mesmo processo e diz que tem interesse em continuar com a demanda. Fundamentou o Relator: “A jurisprudência do STF já pacificou o entendimento de que, no mandado de segurança, a desistência não depende de aquiescência do impetrado”. Desse modo, o impetrado não poderia limitar a faculdade processual (desistência) que a lei concede ao impetrante. Haveria aqui a adequada aplicação do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*.

¹⁵ *Op.cit.* p. 26.

¹⁶ “Tratava-se de litígio entre Tailândia e Sião sobre fronteiras que estariam registradas em mapa de conhecimento de ambos os países. A Corte Internacional de Justiça decidiu que, ainda

Por fim, sobre o *tu quoque*, que tem origem na lendária expressão “*até tu Brutus?*” explica Judith Martins-Costa: “A má-fé de quem alega o prejuízo afasta, evidentemente, a sua incidência [*do venire*], pois do contrário a torpeza estaria tutelada. Aliás, nesse caso, pode haver a conjugação entre o *venire* e a figura nomeada por Menezes Cordeiro como ‘*tu quoque*’, que significa imputar a alguém – requerendo a proteção do direito – determinada conduta que já se praticou naquela mesma situação jurídica”. O exemplo, oriundo dos Tribunais argentinos, é curioso: “(...) foi censurada a conduta de quem abandonou a esposa, passou a conviver com outra pessoa e, mais tarde, veio alegar em juízo ‘injúria’ por parte da esposa que se mostrava em público com outro homem”¹⁷.

1.4. Boa-fé como princípio constitucional. A implicitude como parte constitutiva do texto

Paulo de Barros Carvalho traça a distinção entre princípios constitucionais expressos e implícitos, salientando que ambas as categorias operam com a mesma força no sistema:

Inspirando esse conjunto, que forma o sistema constitucional tributário nacional, temos uma série de princípios: expressos e inexpressos (implícitos). A implicitude é parte constitutiva do texto. O texto é formado pelo plano da expressão e pelo plano do conteúdo. O plano do conteúdo não aparece; há de ser construído. Mas esse plano construído é constitutivo do texto. Noutras palavras, essa implicitude faz parte do texto, tanto como as normas explícitas.

Figure-se exemplo bem característico dessa afirmação: o direito administrativo brasileiro se firma em dois fundamentos básicos: *princípio da supremacia do interesse público ao do particular* e *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*. Onde estão gravados esses princípios no texto constitucional (ou em outras leis de inferior hierarquia)? Não encontraremos. E vem a pergunta: como posso evocá-los? Esses princípios

são implícitos, mas decisivos para a compreensão do fenômeno jurídico administrativo no Brasil.

Outro exemplo: onde está o *princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)? Encontraremos suportes normativos para esse princípio (mas não o princípio expressamente referido). Vislumbra-se, nessa ordem de ideias, a existência de princípios expressos e princípios implícitos.

O *princípio da Justiça*, para alguns, é o princípio soberano, o princípio maior de todo o ordenamento jurídico. Onde está gravado no nosso texto constitucional? E que dizer do *princípio da segurança jurídica*? E o *princípio da certeza do Direito*?

E, assim por diante, é grande o número de princípios implícitos, que serão construídos a partir do plano da expressão do texto constitucional brasileiro. Lendo o texto, passamos a construir, a partir dele, esses princípios, que são proclamados e reconhecidos por todos. Então, há princípios expressos e princípios implícitos.

Entre os princípios expressos e os princípios implícitos, há aqueles que dizem respeito a toda a ordem jurídico-positiva (princípios gerais – que valem para todo o direito positivo), e, já que valem para todo o direito posto, valerão para o subsistema constitucional tributário também. São princípios que se aplicam a todos os subsistemas do sistema geral.

Estes princípios são enunciados prescritivos. Todo enunciado que está no Direito tem a força de enunciado prescritivo. Ainda que a forma seja descritiva (v.g.: “O Brasil é uma república federativa”), a função é prescritiva, porque toda a linguagem do Direito está a cumprir essa função prescritiva de condutas. Ela se projeta sobre o contexto social para disciplinar as condutas intersubjetivas, canalizando-as em direção a certos valores, que a sociedade quer ver realizados. Desse modo, tudo que estiver no texto, ainda que sob forma descritiva, tem função prescritiva. E esses princípios todos valem para o direito posto (para o Direito como um todo) e, por isso mesmo, valerão para o subsistema constitucional tributário.

Repito: os princípios são expressos e são implícitos. Os implícitos com a mesma força dos expressos¹⁸.

existente dúvida sobre a aceitação pelo Sião, em 1908, do mapa, e, por consequência, da fronteira nele indicada, tendo conta acontecimentos posteriores, a Tailândia, em razão de sua conduta, não podia afirmar que não aceitara o mapa, porque durante 50 anos desfrutara, quanto ao menos, das vantagens de uma fronteira estável, e tanto a França quanto o Camboja confiaram nessa aceitação”. (Op.cit. p. 31)

¹⁷ *Idem*. pp. 46-7.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípios Constitucionais da Igualdade, Segurança Jurídica e Capacidade Contributiva – Valores, Princípios e Normas*. Conferência proferida no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário da Abradt – Associação Brasileira de Direito Tributário. Agosto de 2002. Belo Horizonte-MG).

(Grifou-se)

No mesmo sentido ensinou Geraldo Ataliba, citando, por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello: “Entende-se por princípio a disposição, *expressa ou implícita*, de natureza categorial em um sistema, que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva” (grifou-se)¹⁹.

Por vezes, a grande força do princípio constitucional reside exatamente na sua implicitude. Ao migrar, do plano inexpresso para o texto expresso, corre o risco de ser esvaziado em seu conteúdo e tornar-se letra morta. Helenilson Cunha Pontes, *v.g.*, conhecido por todos como aguerrido defensor do princípio da *proporcionalidade* (especialmente no que tange a *sanções fiscais*), declara abertamente preferir que este princípio continue a residir no plano inexpresso. Pois, se migrasse para o texto constitucional expresso, poderia, um dia, dele ser retirado (via Emenda à Constituição). Em seguida, poder-se-ia argumentar que, a partir dessa supressão, tal princípio teria deixado de existir na ordem jurídica brasileira. Ou seja: a positivação do princípio poderia ser o primeiro passo da estratégia que resultaria na sua própria extinção²⁰. Outro exemplo claro desse fenômeno é dado por Paulo de Barros Carvalho, na aula já mencionada:

Até a Constituição da República de 1988, nunca existira, no Brasil, imperativo constitucional expresso que estabelecesse a progressividade do imposto sobre a renda da pessoa física. E esse imposto era progressivo. As alíquotas aumentavam, à medida que aumentassem as bases de cálculo, a ponto de vigorar tabela com nove faixas de incidência, além da de isenção. O imposto era, pois, progressivo. Não havia nenhum mandamento constitucional expresso nesse sentido. Com a promulgação da Constituição de 1988, firmou-se a linha mediante a qual o imposto sobre a renda deveria respeitar o princípio da generalidade, universalidade e da progressividade (inciso I do § 2º do artigo 153). Foi o que bastou para essa tributação (imposto sobre a renda da pessoa física) deixar de

ser progressiva. Hoje há apenas duas faixas de alíquotas, que não resolvem nada em termos de progressividade. Essa expectativa de que, havendo o princípio da progressividade expressamente colocado na Constituição, o imposto seria efetivamente progressivo, frustrou-se²¹.

Essa introdução se faz necessária para sustentarmos: *boa-fé* é princípio constitucional – da categoria dos implícitos.

Trata-se de princípio subjacente ao sistema constitucional brasileiro – e que emerge do texto expresso, imperativamente. Melhor dizendo, o princípio da *boa-fé* decorre diretamente de um dos *Princípios Fundamentais* assentados logo no primeiro artigo da Carta Maior. Isso porque a República Federativa do Brasil tem, como um de seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana* – art. 1º, inciso III. Como anotou Celso Ribeiro Bastos, “é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”²². E nenhuma pessoa alcança o patamar da *dignidade humana* se sua *boa-fé* não é respeitada ou se, em torno de suas atitudes, o Estado faz operar presunção de *má-fé*. *Dignidade humana* é valor incompatível com tratamento de desconfiança, gratuito e implausível, por parte do Estado para com seus administrados. Em suma: não é desconfiando de seus súditos que o Estado realizará o princípio da dignidade humana, mas, ao revés, fazendo prevalecer a presunção de *boa-fé*. Daí constituir a *boa-fé* princípio constitucional – da categoria dos inexpressos, mas com a mesma força e imperatividade dos princípios expressos.

Observa, a propósito, Aroldo Plínio Gonçalves:

A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre o foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la já. Compreende-se, então, o apelo para que o Direito seja o elemento transformador da sociedade. Mas não se pode esquecer que a sociedade contemporânea não tem a pureza das primitivas, e já não aceita profetas com suas tábuas de leis. Quer fazer o seu destino e quer ser agente da sua história²³.

¹⁹ *República e Constituição*. 2ª ed. 2ª tiragem. Atualizada por Folgosi, Rosolea Miranda. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

²⁰ Cf. Pontes, Helenilson Cunha. *O Princípio da Praticidade no Direito Tributário (substituição tributária, plantas de valores, retenções de fonte, presunções e ficções etc): sua necessidade e seus limites*. Conferência proferida no VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário da Abradt – Associação Brasileira de Direito Tributário. 23/6/2004. Belo Horizonte-MG).

²¹ *Op.cit.*

²² BASTOS, Celso Ribeiro et MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988, p.425.

²³ *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992, p.11.

No campo do Direito Tributário, Ivan Tauil Rodrigues, após asseverar que “o positivismo parece ter dado mostras de esgotamento enquanto paradigma único para estruturação dos sistemas jurídicos” e advertir que “parece apresentarem-se como anacrônicos os discursos que insistem em cânones formalistas absolutos”, nos traz oportuna lição:

A análise do princípio da boa-fé revela novos parâmetros dos quais a relação, antes fundada determinadamente no princípio da autonomia da vontade, deve ser enquadrada no sistema jurídico. Esses novos parâmetros que, no caso específico da boa-fé, sinalizam para o dever de cooperação entre as partes vinculadas por uma relação obrigacional, para o dever, enfim, de consideração pelos interesses alheios à luz do escopo econômico-social da relação em questão, poderiam ser resumidos através do imperativo ético de solidariedade e responsabilidade na prática de atos ou celebração de negócios. A preocupação ética com o enquadramento social dos atos e negócios individuais, e sua conseqüente responsabilidade social, atua, desde a Primeira Grande Guerra, na ampliação do princípio da boa-fé, na integração da teoria da vontade através do princípio da proteção da confiança, no esforço direcionado à justiça material, na limitação do uso da propriedade através da ênfase em sua vinculação social. O imperativo da boa-fé fornece precioso instrumento de moralização do Direito e sua ressonância lhe garante uma simpatia geral.

Essa moralização, ou *eticização* do Direito, contudo, exige do intérprete argumentos de natureza axiológica e não mais simplesmente de natureza lógico-formal, já que o fim perseguido será doravante a concretização de princípios e valores estabelecidos no Texto Maior. (...) O princípio da boa-fé se materializa, igualmente, no respeito recíproco, principalmente no seio daquelas relações jurídicas que requerem uma extensa colaboração. É efetivamente, no conceito de extensa colaboração que se pode descrever a relação que vincula os obrigados à satisfação das prestações derivadas dos tributos com a Administração Tributária. A multiplicidade e a complexidade dos atos jurídicos, derivados da existência de diversas obrigações tributárias que surgem ao longo da vida, criam uma prolongada relação entre os administrados e a Administração tributária, sendo de relevo ressaltar que, *se a tensão entre o interesse privado e o público não se resolve em uma projeção dos valores que encarnam a boa-fé, vêem-se ameaçadas a paz e a segurança jurídica* (grifou-se).

E conclui, em absoluta consonância com o pensamento que até aqui se expôs:

A ideia da boa-fé está unida ao contexto da relação tributária, tal como a clareza, certeza, previsibilidade e estabilidade, sendo todas elas condições do exercício leal de um direito ou do cumprimento leal de uma obrigação.

(...)

No que tange ao Fisco, há que se esperar igual lealdade e colaboração, sendo certo que *a motivação dos atos administrativos é, também, sinal materializador da boa-fé do Administrador, podendo-se sem dúvida afirmar que o princípio da boa-fé sugere-obriga à motivação de qualquer atividade administrativa* (grifou-se)²⁴.

Recentemente, a supremacia da *presunção da boa-fé* tem sido regularmente reconhecida pela jurisprudência, como ilustra o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário.Importação. Apreensão de mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno.Pena de perdimento. Terceiro de boa-fé. Precedentes.

A aquisição, no mercado interno, de mercadoria importada, mediante nota fiscal emitida por firma regularmente estabelecida para integrar o ativo imobilizado da empresa gera a *presunção de boa-fé do adquirente, cabendo ao Fisco a prova em contrário*. Recurso conhecido e provido.

(Grifou-se).

(RESP 0015073-DF, 2ª T., Rel. Min. Peçanha Martins, decisão de 27/4/1994, DJ de 15/8/1994, p. 20.320)²⁵

1.5. Boa-fé como princípio da ordem dos valores

Visto que a boa-fé é princípio constitucional implícito, necessário se faz situá-lo em outra ordem de classificação: aquela proposta por Paulo de Barros Carvalho, na mesma aula já mencionada, segundo a qual os princípios são:

²⁴ *O princípio jurídico da boa-fé e o planejamento tributário. O pilar hermenêutico para a compreensão de negócios estruturados para obter economia tributária. In Revista Dialética de Direito Tributário* 93. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 37-38.

²⁵ *Apud* CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p.145.

a) *limites objetivos* ou

b) *valores* em si mesmos.

Isso significa dizer:

- ou os princípios são valores (*princípios axiológicos*);
- ou são instrumentos de efetivação dos valores.

Carvalho propõe essa teorização a partir da Teoria dos valores – corrente de pensamento filosófico que se desenvolveu entre a segunda metade do século XIX e a primeira do século XX e que contou com profundas contribuições de Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein, Johannes Hessen²⁶ e Miguel Reale²⁷.

Assim, alguns princípios são *limites objetivos*, ou seja: instrumentos de efetivação dos valores. Exemplo: princípio da não cumulatividade – não encarna um valor em si mesmo. O *ser não cumulativo* não é um valor que o legislador constituinte queira realizar. Ele não se satisfaz com esse tópico. Na verdade, a não cumulatividade aponta para certos fins, provoca uma série de efeitos – e estes, sim, é que são perseguidos pelo legislador (neutralidade de mercado, não verticalização das empresas, não deformação dos preços no mercado etc.).

Miguel Reale dizia que o fim, apresentando-se como razão de ser da conduta humana, é sempre valor. Quando a conduta humana aponta para um fim, este fim é valor. É isso que encontraremos nos limites objetivos: procedimentos que revelam uma razão de ser para a obtenção de um fim. Há outros exemplos: princípio da anterioridade tributária, irretroatividade do Direito, legalidade, tipicidade, progressividade, seletividade etc.

Outros princípios são, em si mesmos, *valores* (e não meros procedimentos técnicos). Nesse campo estão os fins propriamente ditos: justiça, segurança jurídica, certeza do Direito, não surpresa, previsibilidade da atuação estatal, capacidade contributiva, igualdade, democracia, liberdade, vedação do confisco.

Se estivermos diante de um princípio jurídico, como saber se se trata de limite objetivo ou valor? Johannes Hessen traça um roteiro sintático, adotado por Miguel Reale, apontando traços lógicos inerentes aos valores:

a) *bipolaridade*: “o valor é sempre bipolar. (...) a um valor sempre se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético”. Essa dialeticidade e bipolaridade dos valores deitará reflexos no campo processual: “Não é por mera coincidência que existe sempre um autor e um réu, um contraditório no revelar-se do Direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e negativos. O Direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores”. Tal noção é essencial para a compreensão da própria finalidade do Direito: “até certo ponto, poder-se-ia dizer que o Direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência”²⁸;

b) *implicação recíproca*: “Se os valores são bipolares, cabe observar que eles também se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais”²⁹;

c) *necessidade de sentido ou referibilidade*: “Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. (...) Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível”³⁰;

d) *preferibilidade – possibilidade de ordenação ou graduação preferencial ou hierárquica*: “o valor envolve, pois, uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a preferibilidade. (...) fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta”. É curioso notar que, onde quer que sejam lançados valores, logo haverá certa organização para que um deles assuma a posição de preeminência. “É aqui que encontramos outra característica do valor: sua possibilidade de ordenação ou graduação preferencial ou hierárquica”³¹. Essa hierarquização

²⁶ Cf. HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁷ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.187-216.

²⁸ REALE, Miguel. *Op.cit.*, p.189.

²⁹ Idem, p.189.

³⁰ Idem, pp.190-1.

³¹ Idem, p.191.

ocorre na conformidade da ideologia do intérprete. Somente a força ideológica do intérprete, com sua experiência pessoal, com sua trajetória de vida, com suas vivências psíquicas, poderá dizer se, neste ou naquele caso concreto, a legalidade deve prevalecer sobre a igualdade, se a dignidade humana pode se sobrepor à segurança, se o contraditório e a ampla devem prevalecer sobre a celeridade processual etc. São problemas dessa natureza que os Tribunais têm enfrentado em sua lida diária³²;

e) incomensurabilidade: os valores não podem ser medidos. Não faz sentido atribuir números, medidas quaisquer, para dimensionar valores. Não é compreensível dizer que uma sentença atingiu 9,5 pontos de Justiça ou que uma obra de arte alcançou 8,7 graus de beleza. A mensuração não é cabível no campo dos valores. “(...) os objetos ideais são quantificáveis; os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação. Não podemos dizer que o Davi de Miguel Ângelo valha cinco ou dez vezes mais que o Davi de Bernini. A ideia de numeração ou quantificação é completamente estranha ou elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois, de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma

impossibilidade absoluta de mensuração³³. No plano do Direito Tributário, o princípio da vedação do confisco é, v.g., nitidamente, de cunho axiológico. Até que ponto se considera admissível a tributação? A partir de marco se pode considerar caracterizado o confisco? Todas as tentativas de “quantificação” do confisco, em todo o mundo, falharam;

f) dificuldade de se encontrar critérios objetivos de solução: enfim, que é confisco? A doutrina mundial tem escrito sobre o tema sem encontrar critérios objetivos de solução. Isso denota, imediatamente, a presença de um valor. Em que consiste o princípio da igualdade? Em que medida os “iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente”? Qual a circunscrição delimitadora da capacidade contributiva? Que é democracia? Que é liberdade? Se a controvérsia diz respeito a valores, as dificuldades vêm de todos os lados, os discursos carregados de expressividade emocional e jogos de metáfora se prolongam, múltiplas teorizações se formam e as pessoas não ficam convictas. Quando, ao contrário, a discussão se circunscreve a limites objetivos, a decisão é fulminante. É rápida. Não suscita maiores indagações. Exemplos: determinado diploma cumpriu (ou não) o princípio da anterioridade de exercício financeiro? Basta que o magistrado perfaça o confronto de datas entre a publicação da norma e o momento da exigência do gravame. Outrossim, foi (ou não) observado o princípio da irretroatividade tributária? Basta fazer o cotejo entre o período de eficácia da lei e o momento da ocorrência do fato ao qual se reporta;

g) necessidade de objetivação: os valores estão sempre objetivados. Não há o *belo* fora de telas, de esculturas, de paisagens etc. O *belo* não está solto no ar. Ele necessita de uma situação material na qual possa estar presente. Da mesma forma é a *justiça*. Não há o valor *justiça* fora de decisões, sentenças, deliberações etc. A *justiça* não existe isoladamente, mas, ao revés, pressupõe a situação material e fática na qual se concretizará;

h) inexauribilidade: os valores são inexauríveis. Não se esgotam. Por mais que se considere bela determinada obra de arte, haverá sempre *beleza* para outras obras. Por mais que se considere justa determinada sentença, haverá sempre o valor *justiça* para decisões distintas;

i) historicidade: os valores não caem do céu. As significações não vêm prontas e construídas – elas vão sendo, gradativamente, construídas por nós. Os objetos não portam, em si mesmos, valores.

³² Na verdade, as maiores discussões do Direito gravitam em torno de *conflitos de valores*. Como hierarquizá-los? Como exemplo vivo e concreto, tivemos, recentemente, interessante exemplo em Minas Gerais, na comarca de Contagem, envolvendo soltura de expressivo número de presidiários. Conflito dessa natureza estava ali presente: de um lado, a *dignidade humana* (embora houvesse, entre aqueles presidiários, criminosos de extrema periculosidade, nem por isso sua condição de *ser humano* foi afastada; alguns, aliás, já tinham cumprido sua pena) – valor proclamado pela Constituição da República, de observância imperativa nas decisões judiciais; de outro lado, a *segurança da sociedade*. Qual desses valores devia prevalecer? Naquele caso concreto, o Juiz fez o valor *dignidade* sobrepor-se ao valor *segurança*. Outro Juiz, porém, poderia ter feito o inverso. E qual dessas sentenças seria tecnicamente correta? Ambas.

Que força faz com que a hierarquização de valores ocorra num ou noutro sentido? A ideologia do intérprete: sua trajetória existencial, suas vivências psíquicas, seu apego ou desapego à tradição ou às instituições da sociedade, seus traumas, suas manias, sua concepção de mundo etc. É com tudo isso (e não com a simples expressão literal da lei) que o intérprete constrói o sentido dos textos e opera a hierarquização. Por vezes, o Direito é comparável à música. É possível ouvir, v.g., várias interpretações diferentes da nona sinfonia de Beethoven, conforme as diversas orquestras, maestros etc. Aqueles maestros e músicos estão a ler a mesma partitura, estão a tocar os mesmos instrumentos, mas o resultado varia. E varia porque a interpretação é diferente. E qual dessas interpretações é tecnicamente correta? Todas.

Assim é o Direito. Os juízes, por vezes, lêem a mesma lei (a partitura do magistrado). Apreciam as mesmas provas. Ouvem as mesmas alegações. E o resultado varia. Qual deles é correto? Não há esse dado objetivamente considerado.

³³ REALE, Miguel. *Op.cit.* p.187.

Nós é que lhes atribuímos valores. A *Vênus de Milo* é apenas uma peça de mármore que não traz, em si mesma considerada, nenhum valor. Nós é que lhe atribuímos valor (histórico e cultural), por força de nossa cultura e de nossos conhecimentos. Assim, a atribuição de valores aos objetos do conhecimento depende, fundamentalmente, de nossa cultura³⁴;

j) *presença dos valores nos modais deonticos (obrigatório, permitido e proibido)*: só há três modais deonticos na Filosofia: obrigatório, permitido e proibido. As condutas são assim modalizadas na conformidade do valor que o legislador lhes atribui. Quando o legislador diz que certa conduta é obrigatória, isso significa que a valorou positivamente, entendendo que ela é boa para o contexto social, e, por isso, deve ser exercida. Se disser que outra conduta é proibida, significa que a valorou negativamente, entendendo que ela é nociva ao convívio social, devendo, portanto, ser coibida. Se, finalmente, disser que a conduta é permitida, quer com isso dizer que ela é compatível com o contexto social e, pode, por isso, ser tolerada. Em qualquer desses três modais sempre estará presente o valor.

O princípio que não apresentar qualquer desses traços lógicos não será valor.

E *boa-fé*, evidentemente, é valor. Não se trata de mera regra técnica, nem tampouco de simples procedimento. Constitui um dos fins do Direito que as relações jurídicas sejam orientadas pela *boa-fé* e pela lisura de postura. Daí a *presunção* que em seu derredor deve militar.

1.6. Boa-fé no Direito Comparado

Adentrando o Direito Comparado, cumpre registrar a experiência espanhola. Na *Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (Ley 1, de 26 de febrero de 1998)*, o princípio da *boa-fé* é expresso com

³⁴ Certa feita, ministrando aula em Itabira-MG, abordávamos este tópico, quando atento aluno, graduado em História, desandou a chorar. Relatou que certo funcionário municipal fora incumbido de zelar pela casa na qual vivera Carlos Drummond de Andrade. Defronte o imóvel pairava, soberanamente, o Carvalho centenário sob o qual o grande mineiro redigira diversos de seus poemas, e, por isso mesmo, muito caro aos Itabiranos. Julgando incômoda aquela grande árvore, logo tratou o zelador de derrubá-la – o que provocou profunda indignação. Esse lamentável episódio só faz confirmar a tese de Hessen: os Itabiranos cultos, admiradores de Drummond, atribuíam ao velho Carvalho imenso valor histórico. Já o pobre zelador, padecendo de grande vazio intelectual, não lhe atribuía valor algum.

uma clareza com a qual não estamos acostumados. Logo na *Exposición de Motivos* consta: “*En el capítulo VII se consagra la presunción de buena fe e se prevé la separación entre el procedimiento sancionador y el de comprobación e investigación, así como la suspensión de la ejecución de las sanciones tributarias hasta que adquieran firmeza en vía administrativa*”. Vejamos o que diz o texto de lei:

Capítulo VII

Derechos y garantías en el procedimiento sancionador

Artículo 33. Presunción de buena fe.

1. La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe.

2. Corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias.

Este dispositivo desmente o argumento autoritário e truculento de que a propalada *presunção de legitimidade do ato administrativo* teria o condão de eximir a Fazenda Pública do encargo probatório quando aponta intenção malévola do administrado. Entre todas as *presunções* subjacentes ao sistema, é a *presunção de boa-fé* que goza da supremacia.

Noutra passagem, a lei da Espanha afasta a figura da preclusão, permitindo ao contribuinte a ampla possibilidade de deduzir alegações e produzir provas, em qualquer momento processual anterior ao julgamento:

Artículo 21. Alegaciones.

Los contribuyentes podrán, en cualquier momento del procedimiento de gestión tributaria anterior al trámite de audiencia o, en su caso, a la redacción de la propuesta de resolución, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

Este preceito é mais favorável ao administrado que aquele constante de nosso Decreto 70.235, de 6/3/1972 (artigo 16, § 4º), que, salvo algumas hipóteses, dispõe que “a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual”.

Essas breves referências oriundas da *Monarquia espanhola* bem nos dão noção do respeito de que

goza o contribuinte entre os povos cultos. Respeito este que se materializa, não apenas pela iniciativa de se aprovar lei específica – apenas para tratar de direitos e garantias do cidadão-contribuinte³⁵, mas também pela criação do *Consejo para la Defensa del Contribuyente, efetivada pelo Real Decreto 2458/1996, de 2 de diciembre*, com vistas ao cumprimento e eficácia da Lei em questão (como igualmente consta do item II da Exposição de motivos). É o inverso do que ocorre na *República brasileira*, onde as leis específicas tratam tão somente dos ônus e encargos que recaem sobre seus administrados (já esmagados pela crescente carga tributária) e as Emendas Constitucionais são concebidas apenas para suprimirem direitos (ignorando-se por completo a árdua trajetória social de lutas que resultara na inserção desses mesmos direitos na Constituição originária). São aqui oportunas as lições de Teoria do Estado ministradas por Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nas quais o experiente mestre preconiza que o *regime político* (autocrático ou democrático) se efetiva em função das *concepções de mundo* dominantes no seio da sociedade (e seus consequentes métodos de criação e exercício da ordem jurídica), independentemente da *forma de governo* adotada pelo Estado soberano (monarquia ou república). Cabe aqui lembrar as palavras de Misabel Derzi: “Sejamos coerentes. Se for para imitá-los, que imitemos tudo!”.

Enfim, evidencia-se, no Brasil, um problema cultural. Nossa cultura, infelizmente, ainda é a da desconfiança recíproca. Os contribuintes desconfiam do Fisco e vice-versa. Precisamos, urgentemente, nos mirarmos em outros exemplos.

Em 11/3/2004, v.g., o Sistema Fiemg – Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, em parceria com a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, promoveu a conferência: “*Aproximação do setor privado com a administração fiscal – A experiência canadense*”. Compareceu a diretoria da *Association de Planification Fiscale et Financière*, organização não governamental situada em *Québec*, que, há vários anos, desenvolve, no Canadá, belíssimo trabalho de aproximação e diálogo entre Fazenda Pública e

contribuintes, inclusive no que tange à elaboração legislativa. Mostrou-se, naquele notável evento, a importância da cultura da *confiança recíproca*, que vigora naquele país, e sem a qual não há sistema tributário que possa funcionar na prática. É, sem dúvida alguma, um dos exemplos que deveríamos seguir.

1.7. Reciprocidade na relação jurídico-tributária

Não há, em nenhum país, sintonia perfeita e absoluta entre Estado arrecadador e o administrado que se vê compelido ao pagamento de tributos. Em certa medida, é natural a aversão do indivíduo à cobrança tributária, da mesma forma como é instintiva e imediata a reação do proprietário contra o invasor de seu território.

Não obstante, é sabido que, em muitos Estados estrangeiros, alcançou-se elevado nível de confiança recíproca entre Fazenda Pública e cidadão. Nesses países, tributos são instituídos democraticamente e o administrado percebe facilmente a contraprestação do Estado – que se traduz em serviços públicos de qualidade e na garantia de bem-estar a todos. Em tais condições, a aceitação da carga tributária pela sociedade se dá de forma relativamente pacífica. As razões são claras: o contribuinte tende a se conformar com o encargo fiscal ao constatar que a receita é empregada com eficiência e probidade.

Para que esse ambiente de confiança seja formado, a ideia da *cooperação* é desenvolvida. A boa convivência é necessária. Para tanto, a atitude do Estado é de fundamental importância. O contribuinte deve ser visto como aliado (e não como o *adversário inevitável*); deve ser participante desse processo (e não mero espectador passivo); deve ser tratado com confiança (ao invés de ser tido, aprioristicamente, como infrator). Não deve o Estado descartar a garantia do *contraditório*, sob a premissa (por vezes infundada) da desonestidade. A noção de parceria precisa se concretizar. O Fisco deve se interessar em resolver conflitos e eliminar discussões inúteis em juízo; deve cativar o contribuinte, tratá-lo bem, ouvi-lo mais, procurar se entender com ele. A *declaração* deve ser vista como atitude de cidadania do contribuinte (que, por sua vez, precisa sentir segurança ao prestar suas informações). Deve o administrado contar com sistema de proteção contra os erros que cometeu

³⁵ Cumpre notar o disposto no “Artículo 1º, item 2: *Los derechos que se reflejan en la presente Ley se entienden sin perjuicio de los derechos reconocidos en el resto del ordenamiento*”.

(aperfeiçoando-se, nessa toada, institutos como o da *retificação*). Outros institutos processuais, como o da *confissão* (que nem sempre se traduz em *verdade final*) e o da supremacia do interesse público (que, por sua vez, não pode se converter em abuso) precisam ser mais bem compreendidos. A defesa do contribuinte há, pois, de ser erigida em *interesse público*.

Não se deve perder de vista que o prolongamento excessivo do contencioso fiscal, motivado pelo cerceio, por parte do Estado, às garantias constitucionais do direito ao acerto, é até mesmo prejudicial aos interesses arrecadatórios, na medida em que se constitui em fator de demora ao recebimento dos créditos tributários. Se se desse maior atenção ao procedimento administrativo, com observância de todas as suas etapas, o contencioso não seria tão necessário. Muitas controvérsias judiciais poderiam ser eliminadas. O procedimento é, necessariamente, corretivo. Quanto mais ele se aperfeiçoa, mais se afasta o autoritarismo. A eliminação de conflitos deveria ser interesse do próprio Fisco.

2. Identidade constitucional. A boa despesa como fator de confiança. A importância do bom exemplo.

A experiência dos países desenvolvidos revela que o bom gasto, efetivado com honestidade e eficiência, e traduzido em retorno à sociedade, provoca satisfação no contribuinte, desenvolvendo ambiente mais amistoso entre Fazenda Pública e cidadão. Cabe ao Estado ser bom Fisco e bom provedor. Klaus Tipke, em capítulo denominado *La conexión entre moral tributaria del estado y del contribuyente*, é um dos autores partidários da tese de que o exemplo deve partir do Estado. Primeiramente, adverte: “*No se trata aquí de analizar si una incorrecta moral tributaria del Estado puede justificar una incorrecta moral del contribuyente. Lo que intenta dilucidarse es si la mala actuación del Estado influye de hecho de forma negativa sobre la moral del contribuyente*”. Em seguida, chama atenção para o tópico da reciprocidade: “*Puede leerse con frecuencia que el ciudadano sólo queda obligado frente al Estado a condición de reciprocidad, que el Estado solo puede esperar que el contribuyente obre con rectitud si ha recibido el buen ejemplo moral del Estado*

en cuanto a la tributación y al gasto se refiere”³⁶ (grifou-se).

E por que o exemplo deve partir do Estado?

Por que ele é o *grande pai*, ou, noutras palavras, o responsável pela formação da *identidade constitucional* (cf. Michel Rosenfeld e Paula Derzi Botelho).

O pai que aconselha seu filho a não fumar será ouvido?

Depende. Se o pai nunca fumou, é provável que o conselho seja seguido. Se, no entanto, o mesmo conselho é solenemente pronunciado, tendo o pai um cigarro entre os dedos, tais palavras serão quase inúteis, pois o exemplo será muito mais forte que o discurso: o filho, provavelmente, se tornará fumante – pois essa é sua referência.

Assim é a relação do Estado com seus súditos.

O Estado diz: “– Cidadão: pague seus tributos”. Antes de atender a esse comando, o administrado se perguntará: “O Estado é bom pagador? Quita seus débitos para com o particular espontaneamente? Ou o obriga a submeter-se a longas pendengas judiciais e a intermináveis filas dos precatórios?”. Que atitude terá, *v.g.*, aquele funcionário público, que, após longos anos de batalha processual, buscando receber seus créditos de natureza alimentícia, ainda espera *ad aeternum* pelo cumprimento do precatório? Quitará suas obrigações tributárias com presteza? Ou resistirá?

Não hesitamos em afirmar: a semente da resistência é plantada no cidadão pelo próprio Estado. Esse é o exemplo recebido pelo administrado. Essa é a sua referência.

3. Os motivos da resistência no Brasil. As diversas formas de abuso na tributação

No Brasil, tem sido notada, de há muito, grande tensão entre a prerrogativa do Estado de arrecadar tributos e a resistência do contribuinte. É de se questionar por que razões ainda não atingimos aquele desejado patamar de confiança que se vislumbra noutras paragens.

³⁶ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p.121.

Em primeiro lugar, conquanto a tributação seja inevitável em qualquer sociedade organizada sob a forma de Estado³⁷, ela configura, antes de tudo, uma das modalidades de limitação da esfera patrimonial do indivíduo.

Por três formas o Estado expropria bens dos administrados, diminuindo o patrimônio destes:

a) *desapropriação* – acompanhada da indenização respectiva;

b) *tributação* – por meio da qual se absorve parte dos bens ou rendimentos do administrado, sob o pressuposto de que todos estão obrigados a contribuir, na proporção de seus haveres, para o enfrentamento das despesas do Estado – que, por sua vez, dará sua contraprestação aos indivíduos (sob a forma de prestação de serviços essenciais: segurança, saúde, urbanização, educação etc);

c) *confisco*: apropria-se o Estado de bens do administrado, arbitrariamente, sem lhe ofertar qualquer contraprestação (seja na forma de indenização, seja por serviços públicos).

Nas duas primeiras modalidades, a expropriação ocorre, tratando-se de Estado de Direito, no âmbito da relação jurídica: por força da lei, na medida e com os parâmetros estabelecidos pela lei – garantindo-se ao particular alguma retribuição (ainda que sob a forma de serviços gerais – não direcionados especificamente ao contribuinte). Já o confisco é puramente ato de força, praticado ao arrepio do Direito. Essa é a noção corrente. Autores afirmam que os tributos não vinculados (impostos), especialmente os diretos, apresentariam, eles próprios, em certa medida, caráter confiscatório. Pagamos pesadamente, *v.g.*, o imposto de renda, o IPTU e o IPVA. Mas sofremos com a precariedade dos

serviços públicos de saúde e segurança, percorremos estradas esburacadas que estouram nossos pneus e temos que pagar pelo ensino fundamental privado, haja vista que as escolas públicas já se deterioraram.

Por essa ótica, na desapropriação, haveria o respectivo ressarcimento. Mas não nos impostos. O Estado não retribuiria àquele mesmo administrado em proporção equivalente. Haveria, pois, confisco, ainda que parcial. A primeira reação seria contra esse caráter *confiscatório* (ou, no mínimo, expropriatório – redutor de patrimônio) que apresenta o tributo³⁸.

³⁸ Nesse ponto, cabe ligeira digressão, para tratar de outro importante instrumento de realização do bem comum, que é a tributação. É com o produto da arrecadação dos tributos que o Estado custeia os serviços públicos, de modo geral. Teoricamente, cada cidadão, ao pagar tributos, estaria, apenas, remunerando por serviços que recebe. Na realidade, porém, isso não ocorre exatamente. No Brasil, o sistema tributário previsto no direito positivo conhece três espécies de tributo, a saber: imposto, taxa e contribuição de melhoria. Os impostos não têm finalidade contraprestacional, isto é, nem sempre quem paga é quem recebe o benefício, ou então não o recebe na mesma proporção em que pagou. As taxas, somente as de serviço, embora se destinem ao custeio de serviço público específico e divisível – divisibilidade que pressupõe sua natureza contraprestacional – também estão sujeitas a princípios de extrafiscalidade, como o da capacidade contributiva: deve pagar mais quem pode mais. E não se deve esquecer de que os tributos, nos Estados modernos, tornaram-se, cada vez mais, instrumentos de distribuição mais equitativa da riqueza entre pessoas ou regiões. É forçoso concluir, assim, que a tributação, pelo menos em parte, representa perda ou prejuízo real. Comparem-se a desapropriação e a tributação, ambas instrumentos de realização do bem comum. Admita-se que todos os recursos tributários se convertam em serviços públicos. Conceda-se que cada um contribua na exata medida de suas possibilidades, isto é, que a tributação seja *justa*. Aceite-se que a consciência cívica de cada cidadão seja suficientemente desenvolvida, a ponto de inexistir sonegação fiscal: todos pagariam ao Fisco o devido por lei... Mesmo assim, não se poderia negar uma evidência: o tributo é prestação pecuniária compulsória e seu pagamento significa redução no patrimônio do contribuinte. Cada centavo pago representa perda patrimonial idêntica! Ocorreria o mesmo na desapropriação? Evidentemente, não. Por disposição constitucional expressa, a desapropriação sujeita-se a prévia e *justa* indenização. A expropriação é instrumento jurídico de transferência compulsória de determinado bem para o Estado... Mas o expropriando não sofre nenhuma redução em seu patrimônio! O que ocorre é substituição do bem por seu valor em dinheiro. Mesmo assim, a expropriação é considerada medida violenta. E o cidadão-contribuinte é muito mais conformado que o cidadão-expropriando... Haveria justificativa para isso? Será mesmo preferível *dar* dinheiro, ao invés de *trocar* um bem por outro? Poder-se-ia até acreditar que os povos civilizados se acostumaram à tributação, por sua constância, e, pela razão inversa, isto é, por sua ocasionalidade, sempre resistiram à desapropriação... Isso é possível. Mas na realidade, acontece outra coisa: o homem é mais apegado a *sua propriedade*, especialmente quando constituída de bens de raiz, do que ao dinheiro que paga como tributo, quase sempre mediante descontos realizados em

³⁷ O escocês Adam Smith (1.723-1.790), grande representante da Escola Liberal, já justificava a necessidade da tributação, nos seguintes termos: “Os súditos de todos os Estados devem contribuir para a manutenção do governo, tanto quanto possível, em proporção das respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rédito que respectivamente usufruem sob a proteção do Estado. A despesa do governo para os indivíduos de uma grande nação é semelhante à despesa de administração para os coarrendatários de uma grande herdade, obrigados a contribuir na proporção dos seus respectivos lucros na herdade. Na observância ou não dessa máxima consiste o que se chama a igualdade ou desigualdade de tributação”. (*Riqueza das Nações*. Vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian., 1981, pp. 485-6)

Outros autores discordarão dessa ideia, argumentando que não é própria da tributação a retribuição individual e específica, tanto por tanto, a cada contribuinte. Sustentarão que o Direito é, em última análise, um sistema de limites (cf. Hugo de Brito Machado) e a propriedade já é entregue ao indivíduo com uma série de restrições jurídicas. Como instrumento de redistribuição de riqueza na sociedade, seria inerente à tributação essa contraprestação desigual: maior para uns, menor para outros. Para estes estudiosos, a noção de justiça fiscal somente poderia ser vislumbrada por meio da macrovisão.

De uma forma ou de outra, a própria expropriação em si – a redução de patrimônio – é o primeiro fator de resistência.

O segundo tópico que, nesse campo, provoca descontentamento na sociedade e leva ao agravamento da tensão entre Estado e administrado é o *abuso* na tributação.

De modo geral, a sociedade, embora reconhecendo a natureza ontologicamente expropriatória da tributação, admite sua necessidade e inevitabilidade. Mas revolta-se contra a forma abusiva com que, por vezes, ela é praticada. Por essa razão, morreram pessoas e se fizeram revoluções³⁹. Não é

seu salário, recolhidos por terceiros, ou mediante acréscimo no valor das mercadorias que adquire. O dinheiro também é seu, faz parte de seu patrimônio, é sua *propriedade*. Mas sua finalidade é circular – enquanto os bens de raiz só se transferem de quando em vez, ou permanecem com o mesmo dono durante toda a sua vida. Além dessas existem outras explicações para a resistência à desapropriação”.

(MENDES, Vicente de Paula. *A Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993, pp. 20-1)

³⁹ Em capítulo intitulado o excesso tributário como fonte de guerras e revoltas, observa Oliveira: “O materialismo histórico marxista é excelente enfoque para que se analise a cobrança excessiva de tributos. A espoliação sobre os povos leva à resistência. A história serve para que analisemos o passado e evitemos erros futuros. O Estado deve buscar apenas o montante necessário para o atingimento de suas finalidades. Havendo o suficiente para sua estruturação e o atendimento de suas necessidades materiais, não deve sufocar a sociedade com tributação excessiva. Sempre que isso ocorre há resistência que, conseqüentemente, leva à desqualificação do governante. Dai as guerras e confrontos. A ambição desmedida por petróleo, minas, riquezas minerais de forma geral e o controle de riquezas leva o mais forte a impor-se ao mais fraco. Desde os gregos e romanos havia a pilhagem, daí passando-se à empírica tributação. A sujeição à arrecadação advinha da conquista. Ardan relata diversas revoltas fiscais em decorrência da pressão fiscal. O mesmo autor indaga se tais numerosas rebeliões não seriam decorrência da luta de classes. Suponho que o problema seja o mesmo, isto é, ao falar-se em

diferente em nossos dias. A tributação em si mesma não é ofensiva ao direito de propriedade. O abuso dela é que constitui a ofensa.

A doutrina frequentemente se refere a diversas revoluções, no Brasil e no mundo, motivadas, ao menos em parte, pelo abuso na tributação⁴⁰. Entre nós, é emblemático o episódio da Inconfidência Mineira⁴¹. Alcides Jorge Costa, em memorável conferência, ilustra a arbitrariedade da tributação sobre o ouro nessa época, que devia ser levado – todo ele – às casas de fundição para a dedução do *quinto*, tendo sido fixada a quota mínima de cem arrobas por ano. A cifra que ultrapassasse esse limite era computada como *crédito*

luta de classes, fala-se no direito de não pagar tributos e no esmagamento das classes produtoras e laborais. Ao final, conclui que tudo se deve ao peso da carga tributária. Em verdade, não só as guerras de libertação decorreram dos pesados ônus que recaíam sobre os povos dominados, o que bem se vê pela independência dos Estados Unidos, do México e do Brasil. Sempre e sempre as resistências destinam-se à liberação dos encargos de pagamento que devem os povos submetidos aos outros. No fundo, tudo fica sendo uma questão financeira.

(OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp.66-7)

⁴⁰ (...) o povo contribuinte, para não suportar surpresas e excessos, impôs ao soberano que a tributação fosse realizada com o consentimento dos próprios contribuintes, por meio de representação e previsão orçamentária, como é exemplo o caso que na Inglaterra resultou na histórica Magna Carta, até hoje documento fundamental das instituições políticas inglesas e expressão da supremacia constitucional em contraposição à vontade do rei e base do parlamentarismo. Podemos lembrar outro episódio como o da Revolução Francesa. Outro movimento de rebeldia, por causas várias, entre as quais também estão os excessos e arbítrios da tributação, foi o que provocou a inconfidência mineira. (NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.5)

⁴¹ A derrama era um tributo que recaía sobre toda a população e, assim, podia ser usada por estes interesses – os interesses daqueles que, durante tantos anos, tinham sido, eles próprios, os arrecadadores e agentes da autoridade real (os opressores, portanto) – dando-lhes uma fachada respeitável e a possibilidade de atrair o apoio popular para sua causa. O quinto real era o único tributo administrado diretamente pela coroa e mandado para Lisboa. Ao insistir na rígida observância da lei da quota de ouro de 1750, Melo e Castro deu aos magnatas mineiros a mais adequada das armas para usarem contra Portugal. No início de 1789, uma formidável conspiração tinha sido organizada em Minas Gerais, apoiada por alguns dos mais ricos e mais importantes homens da capitania e contando com apoio significativo da tropa regular aquartelada na região. Se tudo ocorresse conforme os planos, e a derrama fosse imposta em fevereiro de 1789, como se esperava, teria sido desencadeada uma ação que poderia, em última instância, desfechar um golpe arrasador no domínio português sobre o Brasil.

(MAXWELL, Kenneth. *A Devassa da Devassa. A Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal. 1750-1808*. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.156)

do contribuinte. Mas, se a arrecadação não atingisse as cem arrobas, instalava-se a derrama, por meio da qual a diferença era cobrada à força (uma espécie de *executivo fiscal em massa*). A medida era aflitiva para aqueles que deveriam suportar essa diferença, haja vista que a produção de ouro, como era de se esperar, começou a decair. Assim, a partir de 1760, as derramas se tornaram cada vez mais frequentes, o que resultou na revolução. Na observação de Carlos Fernando Mathias de Souza, esse foi, portanto, um capítulo da “história da resistência tributária” (como tantos outros no mundo inteiro). A impopularidade dos quintos era tamanha que daí surgia a expressão “quintos do inferno”.⁴²

Sempre foi claro, no entanto, que o maior fator de revolta era o *destino da receita*:

Levado para além-mar, o ouro de Minas permitia a D. João V reinar numa luxuosa ostentação, a ponto de se tornar conhecido como o Roi-Soleil português. O mais perturbador é que o “fulvo metal” nem sequer servia para enriquecer a Metrópole: era apenas o ouro “que Portugal distribuía tão liberalmente para a Europa”, como observou o viajante inglês Henry Fielding. Nada mais natural, portanto, que a jovem sociedade mineira – tão diferenciada da elite rural e latifundiária do Nordeste – alimentasse um profundo estado de indignação e revolta. E essa revolta não demoraria muito para eclodir.⁴³

O abuso da tributação ocorre sob diversas formas, como, *v.g.*:

excesso na tributação – abuso com relação ao quantum cobrado (carga tributária);

desigualdade de tratamento entre contribuintes;

desigualdade de tratamento na órbita da própria relação jurídica de direito público (a relação entre Estado e administrado);

falta de contraprestação do Estado – hipótese em que o administrado, embora esmagado pelas exações, não vislumbra retribuição equivalente;

má destinação dos recursos obtidos junto ao contribuinte⁴⁴;

adoção de procedimentos administrativos arrecadatórios arbitrários⁴⁵ – que não dão ao

⁴⁴ É pertinente a observação de Paula Derzi Botelho: “Percebe-se, assim, que o descontentamento para pagar impostos não decorre somente da grande quantidade e do alto valor dos tributos (muitos deles, no Brasil, instituídos por medidas provisórias), mas também, e principalmente, da constatação de que os recursos não são aplicados pela Administração para resolver os anseios populares mais evidentes (saneamento básico, saúde, educação e assistência social), resultando em fome, miséria, ignorância (e para quem não crê que a elite se preocupe com os desprivilegiados: falta de mão de obra qualificada e aumento da criminalidade)”. (BOTELHO, Paula de Abreu Machado Derzi. *Sonegação Fiscal e Identidade Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.3)

⁴⁵ Ainda no período do Brasil Colônia, episódio ilustrativo nos foi trazido por James Marins: “O fenômeno tributário, em suas mais variadas possibilidades de investigação, sempre nos traz notícias históricas bastante curiosas. E, de uma certa forma ou de outra, todos nós sabemos que a História, mais cedo ou mais tarde, se repete. É muito importante que nós tenhamos condições de aprender com os fatos históricos, e aprender com os erros históricos, para que eles não se repitam. É muito conhecida da história de Minas Gerais uma figura chamada José Antônio de Meireles Freire. Ele foi o sétimo intendente dos diamantes do Tijuco – hoje conhecido como Diamantina. Mas, na verdade, ele não era conhecido como Meireles Freire, mas como Cabeça de Ferro. E isso por duas razões: primeiramente porque, na condição de intendente, e, portanto, fiscal do Rei (nas coisas que diziam respeito às recentemente descobertas minas de diamantes – maravilhosos do nosso país), agia com muito rigor com relação aos garimpeiros. Os garimpeiros eram aqueles que, impedidos, pela legislação, de garimpar, o faziam na ilegalidade. Portanto, aqueles que, dissimulados de lavradores, eram, na verdade, exploradores de diamantes. Na ocasião, com a finalidade de coibir a atuação dos garimpeiros, criou-se uma espécie de legislação punitiva, que foi chamada de *Livro da Capa Verde*. Era uma espécie de punição, geral, irrestrita, para aqueles que dissimulavam sua atividade de garimpo. Era, nos padrões da época, uma espécie de *norma geral antielisiva* do garimpo. *Cabeça de Ferro* tinha esse nome porque era muito rude na aplicação dessa legislação. Levava aos extremos a função que lhe havia sido confiada. E, além de tudo, também era extremamente teimoso. Não percebia, na ocasião – isto faz parte da História deste grande Estado – que os sacrifícios que se impunham à população, por conta dos rigores daquela legislação eram, e muito, danosos à própria atividade do garimpo, já que à atividade legal do garimpo acabava se agregando um sem-número de indigentes – garimpeiros perseguidos pela sua atividade de subsistência. Como nós todos sabemos, em épocas de grandes dificuldades econômicas, a criatividade dos governos tende a crescer. No nosso país, não se pode reclamar da eficácia fiscal (do ponto de vista da arrecadação). Mas temos que ter uma preocupação muito grande com os mecanismos que estão sendo utilizados para essa finalidade. Nos Estados de Direito legitimamente constituídos, sob a égide de uma Constituição Democrática, consagrada pelo seu povo, acima de tudo o que

⁴² Naquela época, como hoje, pode-se dizer que, se existem “paraísos fiscais” (ou zonas de baixa pressão), é porque também existem, em oposição, os “infernos fiscais” (ou zonas de alta pressão), nos quais a tributação chega a níveis insuportáveis (cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Norma fiscal antielisiva e sigilo bancário*. Conferência proferida no V Congresso Brasileiro de Direito Tributário da Abradt – Associação Brasileira de Direito Tributário. Agosto de 2001. Belo Horizonte-MG).

⁴³ BUENO, Eduardo. *Brasil: Uma História. A incrível saga de um país*. São Paulo: Editora Ática, 2003, p.126.

administrado oportunidade satisfatória de se explicar e se defender etc.

São essas, pois, as duas principais razões da resistência do administrado:

a) o caráter *confiscatório* (ainda que parcial) dos tributos;

b) o abuso na tributação.

Considerações finais

Os conceitos de *proteção da confiança legítima*, *segurança jurídica*, *boa-fé objetiva* e *nemo potest venire contra factum proprium* não se confundem.

Os requisitos da *proteção da confiança legítima* são: *a)* atuação lícita da Administração Pública (caso contrário, se o ato for ostensivamente ilícito, não haverá dúvida quanto à sua invalidade); *b)* competência do órgão administrativo na matéria (da mesma forma, se o órgão for incompetente, teremos a invalidade natural do ato); *c)* a Administração deve objetivar situação que produza *estado de confiança*, na qual o administrado tenha essa noção; *d)* que o cidadão mantenha-se em boa-fé (não se pode pleitear direito que corresponda à atitude de má-fé, pois a ninguém é dado alegar a própria torpeza).

Boa-fé é princípio constitucional – da categoria dos implícitos, na medida em que a implicitude é parte constitutiva do texto. Trata-se de princípio subjacente

ao sistema constitucional brasileiro – e que emerge do texto expresso, imperativamente. Melhor dizendo, o princípio da boa-fé decorre diretamente de um dos *Princípios Fundamentais* assentados na Carta Maior: *dignidade da pessoa humana* – art. 1º, inciso III – valor incompatível com tratamento de desconfiança, gratuito e implausível, por parte do Estado para com seus administrados.

Além de implícito, o princípio da *boa-fé* é axiológico. Não se trata de mera regra técnica, nem tampouco de simples procedimento. Daí a presunção que em seu derredor deve militar. E assim tem reconhecido o Direito Comparado, desmentindo o argumento autoritário e truculento de que a propalada *presunção de legitimidade do ato administrativo* teria o condão de eximir a Fazenda Pública do encargo probatório quando aponta intenção malévola do administrado. Entre todas as presunções subjacentes ao sistema, é a *presunção de boa-fé* que goza da supremacia.

Não há, em nenhum país, sintonia perfeita e absoluta entre Estado arrecadador e o administrado. Não obstante, é sabido que, em muitos Estados estrangeiros, alcançou-se elevado nível de confiança recíproca entre Fazenda Pública e cidadão. Nesses países, tributos são instituídos democraticamente e o administrado percebe facilmente a contraprestação do Estado – que se traduz em serviços públicos de qualidade e na garantia de bem-estar a todos. Em tais condições, a aceitação da carga tributária pela sociedade se dá de forma relativamente pacífica. O contribuinte tende a se conformar com o encargo fiscal ao constatar que a receita é empregada com eficiência e probidade.

Para que esse ambiente de confiança seja formado, a ideia da *cooperação* é desenvolvida. A boa convivência é necessária. Para tanto, a atitude do Estado é de fundamental importância. O contribuinte deve ser visto como aliado (e não como o *adversário inevitável*); deve ser participante desse processo (e não mero espectador passivo); deve ser tratado com confiança (ao invés de ser tido, aprioristicamente, como infrator). Não deve o Estado descartar a garantia do *contraditório*, sob a premissa (por vezes infundada) da desonestidade. A noção de parceria precisa se concretizar. O Fisco deve se interessar em resolver conflitos e eliminar discussões inúteis em juízo; deve cativar o contribuinte, tratá-lo bem, ouvi-lo mais,

conta não são as finalidades, mas sim os meios para se atingir a estabilidade econômica e o crescimento social. Nesse aspecto, as questões tributárias se apresentam como aquelas que mais assolam de problemas uma nação. Num país como o nosso, em que, em menos de oito anos, passamos de uma carga tributária, que estava em torno de 26% do PIB, para uma carga tributária hoje conhecida de 33% do PIB, e projetada para 2000, em 37% do PIB, as questões tributárias se afiguram como aquelas mais importantes do nosso país. É uma pena que não se esteja debatendo mais intensamente todas as implicações desse sistema. Esse *Livro da Capa Verde*, que era utilizado por Cabeça de Ferro, quando da independência do Brasil, em 1822, foi queimado numa grande fogueira, em praça pública. Nós temos que esperar que diversas iniciativas legislativas que nós estamos assistindo vir à luz em matéria tributária não sejam autênticos *Livros de Capa Verde*, ou que, pelo menos, se as leis vierem, que os aplicadores da legislação não sejam os nossos *Cabeças de Ferro*.

(grifou-se. In: *Regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional*. Conferência proferida no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário da Abradt – Associação Brasileira de Direito Tributário. Agosto de 2002. Belo Horizonte-MG).

procurar se entender com ele. A *declaração* deve ser vista como atitude de cidadania do contribuinte (que, por sua vez, precisa sentir segurança ao prestar suas informações). Deve o administrado contar com sistema de proteção contra os erros que cometeu (aperfeiçoando-se, nessa toada, institutos como o da *retificação*). Outros institutos processuais, como o da *confissão* (que nem sempre se traduz em *verdade final*) e o da *supremacia do interesse público* (que, por sua vez, não pode se converter em abuso) precisam ser mais bem compreendidos. A defesa do contribuinte há, pois, de ser erigida em *interesse público*.

Não se deve perder de vista que o prolongamento excessivo do contencioso fiscal, motivado pelo cerceio, por parte do Estado, às garantias constitucionais do direito ao acertamento, é até mesmo prejudicial aos interesses arrecadatários, na medida em que implica fator de demora ao recebimento dos créditos tributários. Se se desse maior atenção ao *procedimento administrativo*, com observância de todas as suas etapas, o contencioso não seria tão necessário. Muitas controvérsias judiciais poderiam ser eliminadas. O procedimento é, necessariamente, corretivo. Quanto mais ele se aperfeiçoa, mais se afasta o autoritarismo. A eliminação de conflitos deveria ser interesse do próprio Fisco.

A experiência dos países desenvolvidos revela que o bom gasto, efetivado com honestidade e eficiência, e traduzido em retorno à sociedade, provoca satisfação no contribuinte, desenvolvendo ambiente mais amistoso entre Fazenda Pública e cidadão. Cabe ao Estado ser bom Fisco e bom provedor.

Não hesitamos em afirmar: a semente da resistência é plantada no cidadão pelo próprio Estado. Esse é o exemplo recebido pelo administrado. Essa é a sua referência.

Conquanto a tributação seja inevitável em qualquer sociedade organizada sob a forma de Estado, ela configura, antes de tudo, uma das modalidades de limitação da esfera patrimonial do indivíduo. A própria expropriação em si – a redução de patrimônio – é o primeiro fator de resistência. O segundo tópico que, nesse campo, provoca descontentamento na sociedade e leva ao agravamento da tensão entre Estado e administrado é o *abuso* na tributação.

De modo geral, a sociedade, embora reconhecendo a natureza ontologicamente

expropriatória da tributação, admite sua necessidade e inevitabilidade. Mas revolta-se contra a forma abusiva com que, por vezes, ela é praticada. Por essa razão, morreram pessoas e se fizeram revoluções. Não é diferente em nossos dias. A tributação em si mesma não é ofensiva ao direito de propriedade. O abuso dela é que constitui a ofensa.

Premissas históricas e teóricas sobre a Constitucionalização do Direito

Danilo Nascimento Cruz*

Resumo

Visa o presente trabalho promover um estudo crítico sobre as premissas que culminaram com o fenômeno denominado constitucionalização do Direito. Analisar-se-á tanto o contexto histórico como as principais correntes teóricas sobre o tema, tais como efetividade constitucional, dogmática jurídica, Positivismo jurídico, Direito natural e pós-Positivismo.

Palavras-chave

Constitucionalização. Direito. Teorias.

Introdução

O fenômeno da constitucionalização do Direito tem amplo espectro de atuação sobre ordenamentos jurídicos vários em todo o mundo. A evolução do pensamento jurídico, do Direito natural ao Positivismo jurídico, passa pelo nascedouro de um embrião crítico trazido à tona pela teoria crítica do Direito com o atual deságuo na nova onda pós-positivista.

Inúmeros subdesenvolvimentos de questionamentos científicos incidentes ao fenômeno da constitucionalização permitem ao estudioso do Direito, sempre sob o enfoque da atuação efetiva da ciência jurídica sobre a sociedade, o incremento de novas teorias, que repercutindo sobre o Estado Social promovem o surgimento de uma produção legislativa mais harmônica ao contexto social.

Tópicos como a efetividade constitucional, a aferição do contexto histórico das Constituições

brasileiras, a atuação efusiva da normatividade dos princípios e a moderna visão proporcionada pela hermenêutica constitucional correspondem a uma nova ciência do Direito, típica do Estado Constitucional e preocupada com o homem em sua dignidade.

À guisa de aprofundamento da matéria, o presente artigo aborda de forma analítica, mas não exauriente, as principais premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do Direito.

2. A questão da efetividade constitucional

A preocupação com a preeminência normativa da Constituição, utilizando-se de definição apregoada por Canotilho, nasceu pela necessidade de vivificar o sentimento constitucional¹ que inexistia no contexto social europeu até meados do século XX. A tradição de contemplar o ordenamento jurídico do Estado Soberano com um texto constitucional escrito já era sedimentada nos países que tinham vínculo com o sistema jurídico romano-germânico, ao contrário dos que tinham naquele continente, por base, o sistema jurídico do *common law*.

O conteúdo das Cartas Constitucionais não passava de meros planos direcionais dotados de um apanhado de prognósticos inatos e inertes que, no mais das vezes, norteavam a atuação dos poderes públicos²,

¹Karl Loewenstein explica: "Con la expresión 'sentimiento constitucional' (Verfassungsgesühl) se toca uno de los fenómenos psicológico sociales y sociológicos de existencialismo político mas difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones político partidistas, económico sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario y obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad." in LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1986, p. 200 apud SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 74.

²"Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional." in STRECK, Lênio

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI; Especialista em Direito do Estado (Constitucional, Tributário e Processo) pela Universidade Católica de Brasília - UCB; Membro Associado da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí – TRE/PI; Coordenador (2006) e Professor (2006, 2007, 2008) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI/Campus Dom José Vasquez Diaz; *home page*: www.piauijuridico.blogspot.com; dnc_pi@hotmail.com

não os vinculando, mas tornando-os permissionários de uma atuação discricionária. Deve-se enfatizar que os poderes acima mencionados restringiam-se ao Legislativo e ao Executivo, onde nesta quadra o Judiciário era um ator menor.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

*Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se assim o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.*³

Com o fim da segunda guerra mundial, o movimento de reconstitucionalização aflorou na Europa, a derrocada do Positivismo, a reaproximação do Direito com a ética e a moral e a utilização da lei como meio justificador de atrocidades⁴ foram o campo propício para ascensão de um ideal constitucional efetivo. As normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, além do caráter vinculativo e obrigatório.

Essa imperatividade revela-se nascedoura pela força normativa constitucional. Konrad Hesse, orientando-se no sentido de buscar solução à questão da força normativa constitucional, indica três proposições: i) uma no sentido de reconhecimento da existência de uma subordinação recíproca entre a Constituição Jurídica e realidade político-social; ii) a análise acerca do espectro de atuação da Constituição

Jurídica; bem como, iii) um diagnóstico sobre a eficácia da mesma.⁵

Ora, é cediço que se encontra arraigado no âmago de cada homem componente da sociedade um sentimento vivo de ter assegurado, respeitado e concretizado seus direitos inatos e atávicos. A concretização das normas constitucionais é a certeza de que não se está diante de uma folha de papel em branco. É isso que a sociedade espera, ansiosa, de sua carta política. E essa ideia não é uma *modernidade* do século XIX, é uma ideia que remonta ao contrato social, em que os homens num pacto de consentimento procuravam preservar seus direitos inatos (naturais) legitimando o nascimento do Estado Civil.⁶

Assim, chegamos a um ponto crucial para concretizarmos a ideia de efetividade, qual seja, captar dentro da teoria do Direito o espectro de atuação concreta das normas constitucionais a partir do conceito de eficácia.

Luís Roberto Barroso conceitua eficácia nos seguintes termos:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou em menor grau, os seus efeitos típicos.⁷

Aprendemos então que, para que haja a eficácia jurídica basta a possibilidade da aplicação da norma, ou seja, basta aptidão para gerar efeitos. Situação precária para a ideia de efetividade. Deste modo, temos que partir para o conceito de eficácia social, que se

Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 153.

³ BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

⁴ "A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana." in SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, pp. 72-73.

⁶ Deve-se notar que essa ideia de legitimação para o nascimento do Estado com a preservação dos direitos naturais é patente no pensamento de Locke. Ao contrário, Hobbes entendia que haveria uma negação (que se daria em troca da proteção do Leviatã) total de qualquer direito anterior, pois, não haveria ainda um Estado que o concedesse. Vislumbra-se nesse momento, um Estado de natureza, pré-político, mas não selvagem, e onde tal conjectura não passa de uma abstração justificadora e legitimadora para o nascimento da sociedade política organizada. Para um aprofundamento crítico sobre tema veja-se: STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, pp. 28-50.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

caracteriza pela concretização do comando normativo no mundo dos fatos, a inter-relação evidente do ser e do dever-ser.

Tal conceito resume e fecha a ideia de efetividade. Evidencia o real propósito constitucional, pois não basta teorizar uma utopia ufana e fechar os olhos de forma vil às mazelas postadas às portas de nossas casas. É necessário que a norma seja sincera e factível, que as aspirações sociais realmente sejam fatores reais de poder.

3. A insinceridade normativa e a inefetividade das Constituições Brasileiras de 1824 à de 1967 c/ EC 1/1969. – doutrina de Luís Roberto Barroso

É importante começarmos esse item sob o rigor sóbrio das palavras do Prof. Oliveira Vianna em seu “O idealismo na Constituição” citado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante euritmia de sua estrutura e a insignificância de seu rendimento efetivo – e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa.⁸

O trabalho do Prof. Luis Roberto Barroso para o Direito constitucional brasileiro foi e é de importância incontestável. A disseminação de suas ideias sobre a efetividade constitucional brasileira em sua obra “*O Direito constitucional e efetividade de suas normas*”, que condensa uma substancial análise crítica sobre a atuação de nossa carta magna seus limites e suas possibilidades, tem estimulado uma fértil produção acadêmica no Brasil e de certa forma ainda faz manar uma nova forma de pensar nos operários do Direito pátrio.

Uma apreciação acurada de seu trabalho acima mencionado nos possibilita apartar um tema que é de acentuado relevo, a insinceridade normativa.

As normas constitucionais são atos políticos que atuam diretamente sobre a organização social, são imperativas sobre toda a coletividade e subordinam todo o aparelho estatal. Tais características anteriormente aludidas exigem uma materialização e uma alocação definida no ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso, ao fazer um apanhado histórico-crítico das nossas cartas constitucionais, ressalta algumas vicissitudes que embaraçaram até mesmo o bosquejo brotar de um sentimento constitucional na sociedade brasileira.

Segue breve epitome:

- Constituição de 1824 – O início pela outorga. A herança rançosa do patrimonialismo. A pseudogarantia de igualdade formalmente assegurada constitucionalmente em íntimo convívio com privilégios da nobreza, voto censitário e o regime escravocrata. Marginalização institucionalizada sob os auspícios de uma oligarquia caricatural.

- Constituição de 1891 – A primeira das Constituições da República era autoritária e avessa às questões sociais. Inquietações e revoltas sucessivas eram comuns numa ainda oligarquia institucionalizada. A onipotência de uma burguesia latifundiária. Implementação de uma fórmula (mal copiada) federalista norte-americana distorcida. Processo eleitoral desacreditado e fraudulento.

- Constituição de 1934 – A intensa influência da constituição de Weimar de 1919. O início de uma ditadura.

- Constituição de 1937 – Nas precisas palavras de Luís Roberto Barroso “Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais.”

- Constituição de 1946 – Uma Constituição de desenho social marcante, mas inefetivo, uma Carta de prognósticos. Manobras políticas eram prosaicas, refletindo às avessas a forma que de fato legitimava a escolha de nossos governantes. Representava a era do governo dos Atos Institucionais.

- Constituição de 1967 – Período de caro custo social. Autoritarismo institucionalizado. A censura e a tortura eram a regra, a liberdade uma longínqua exceção. O Brasil vivia em pleno estado de psicastenia.

⁸ VIANA, Oliveira. O idealismo na Constituição. 2ª ed. São Paulo: Nacional, 1939. *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 91.

- Constituição de 1969 – Um exemplo de carta nominal, em clássica classificação de Karl Loewenstein⁹, onde as prescrições do dever-ser não se coadunavam com as do ser.

Observando-se o quadro político, social e institucional que regeu a sociedade brasileira durante o interstício que inicia com a Constituição de 1824 e finda com a Constituição de 1967, é notório o quanto as cartas políticas que vigoraram tiveram uma função de mero formalismo. Existiam sem qualquer denotação de força cogente, nem de garantia à defesa dos direitos fundamentais. A égide de suas existências garantia apenas o interesse de castas oligárquicas polutas e demagógicas, legado de uma colonização fugidia e acovardada.

Toda essa situação causou uma verdadeira frustração constitucional e institucional. A existência de leis para tudo e que não garantiam ou serviam para quase nada, acumulavam-se numa verdadeira inflação legislativa e transfiguravam-se numa patente insinceridade normativa.¹⁰

4. O Direito natural e o ideal metafísico

A ideia de Direito natural remonta à compreensão de normas metafísicas, superior ao racionalismo humano.¹¹ Caracteriza-se pela imagem do justo, nascida da razão humana e presente no pensamento de cada homem.

Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do Direito positivo. Esse Direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente

⁹ Para Loewenstein, as constituições nominais têm caráter meramente prospectivo e educativo.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 59.

¹¹ “A noção de um direito superior às leis humanas manifesta-se já nos textos gregos. Vimos que a mitologia grega consagra o simbolismo da Justiça por meio da deusa Dikê. A missão de Dikê era defender o direito entre os homens. Possuía duas irmãs, Eunomia, que representava a ordem e segurança, e Eiroené, a paz. Dikê, Eunomia e Eiroené formavam o tripé de sustentação do direito.” in VENOSA. Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito – primeiras linhas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

filosófica de influência marcante, o Positivismo jurídico...¹²

Dentro de suas variações ao longo dos anos, suas principais facetas revelaram-se por ser: i) uma lei de vontade divina (onde a razão divina rege o universo e o comportamento humano, tem por fonte a vontade de Deus); e; ii) Direito natural ditado pela razão do homem (o Direito natural é visto como mera lei moral e não propriamente um direito)

A idade moderna traz mudanças. A reforma protestante; a formação dos Estados Nacionais; a mudança do eixo econômico do mediterrâneo para o atlântico; a derrocada da idade medieval pela quebra da unidade da fé cristã, o afloramento do racionalismo científico (...)

O jusnaturalismo passa à categoria de filosofia natural do Direito e partidária do Iluminismo, seu grande mérito foi de sublimar o conceito de justiça como centro gravitador do Direito, este impondo-se não unicamente porque emana de um poder soberano, mas porque se harmoniza com os princípios de justiça.

As ideias jusnaturalistas foram o combustível para as revoluções de cunho iluminista. A lei, símbolo maior desta época, sobrelevou-se frente ao Direito natural e assim, o criador foi superado pela criatura, o Direito natural é postado à margem da história por suas características metafísica e anticientífica, bem como pela onipotência positivista.¹³

¹² BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009, p. 13.

¹³ “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do Direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica.” in BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009, p. 15 - 16.

5. O Positivismo jurídico

Com o advento do Positivismo viveu-se a época em que o Direito era apenas aquele existente nas leis criadas pelo homem e posta pelo Estado.

O Positivismo nega em princípio a existência de juízos de valor atrelando-se aos fenômenos que podem ser observados.¹⁴

Explica Barroso:

O Positivismo jurídico foi a importação do Positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.¹⁵

O Positivismo foi concebido como uma forma de isolar o Direito da moral e da política. O tratamento de questões atinentes à legitimidade e à justiça comportava um grau de abstração que não caberia ao trabalho do intérprete ou ao aplicador da norma.

A norma e o Direito apresentam-se quase que de forma indissociável, o Estado afirma sua estatalidade como fonte autêntica de emanção dos atos normativos de forma completa, pura e dogmática, não permitindo lacunas, pois a norma contempla todas as situações a serem reguladas de forma quase hermética, o pensamento jurídico do século XIX sustentava um ordenamento sem contradições internas, nem vazios a ser integrados. A lei é para ser aplicada, pois nela se encontra a legitimação da regulação social.

O Poder Legislativo era visto como órgão supremo do Estado por representar a vontade do povo. O Poder Judiciário tinha uma atividade mecânica que impedia os juizes do exercício de uma função deliberativa, valorativa e ainda era compelido a uma aplicação literal da lei, ou nas palavras de Montesquieu, o juiz era apenas a boca da lei.

É unanimidade entre os doutrinadores¹⁶ que o Positivismo foi a porta aberta que faltava aos regimes totalitários. Sua falsa ideia de objetividade dogmática à bem do coletivo permitiu o Estado cruel do nazismo Alemão, o ferrenho comunismo da extinta União Soviética e o fascismo na Itália.¹⁷

6. Dogmática jurídica

Para manter-se intacto à sua intangibilidade imperativa, o Positivismo concebeu a dogmática jurídica como certidão de pureza.

A dogmática jurídica teve e tem por característica circunscrever o estudo do Direito às normas positivadas que compõem o ordenamento, constituindo-se uma mera descrição sistemática destas normas como dogmas. E, sendo dogmas, as normas são vistas como preceitos estabelecidos a priori e apresentados como verdades definitivas, incontestáveis, tidas como naturais, aceitas e seguidas, sem discussão ou análise crítica¹⁸. Nessa ideia, revestem-se de abstração e

¹⁶ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 377.

¹⁷ "... a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido." in BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009, p. 18.

¹⁸ O criticismo revela-se uma posição metodológica própria do Kantismo, caracterizada por considerar que a análise crítica da possibilidade, da origem, do valor, das leis e dos limites do conhecimento racional, deve ser o ponto de partida da reflexão filosófica. Nesse sentido Aurélio Buarque de Holanda – Dicionário Aurélio – Versão Eletrônica.

¹⁴ VENOSA. Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito – primeiras linhas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 17.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009, p. 13.

logicidade, com conceitos absolutos e com exclusão de interferências de outras ciências.^{19, 20}

Assinala Karl Larenz:

[...]dogmas fundamentam-se e comungam da autoridade da lei, que não pode ser posta em causa no quadro da dogmática de um determinado Direito positivo. O termo 'dogmática' significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado.²¹

Um esboço de sua superação se deu através da abordagem crítica do Direito, afinal a ciência jurídica deveria ter reflexo no contexto social, ser efetiva e transformadora de forma a moldar e adaptar as exigências decorrentes do sistema sociopolítico. A atividade de intérprete não se limitaria à aplicação das normas, mas possuiria a função precípua de criar o Direito, cujo exercício envolve não só o conhecimento jurídico, mas valores e convicções dos quais é portador.

Os resquícios do ideário positivista sob a legitimação de dogmas sofreu e ainda tem sofrido duras críticas. Hugo de Brito Machado Segundo, em denso trabalho sobre a razão da Dogmática Jurídica, ensina que, mesmo que se admita que o cientista do Direito parta de normas postas, não lhe cabendo discutir sua obrigatoriedade, tal motivo não seria suficiente para atribuir-lhe caráter dogmático, afinal, mesmo sem discutir a procedência dessa visão principialista, também nos outros ramos do conhecimento científico o objeto a ser conhecido seria também um dado não alterável pelo sujeito cognoscente, regido por leis

que não podem ser por ele modificadas, mas apenas descobertas.²²

Corroborando Hugo Segundo, o Prof. Arnaldo Vasconcelos, no prefácio da obra "*Por que dogmática jurídica*" do primeiro autor, relaciona como alguns dos prejuízos trazidos pelas posições dogmáticas a intolerância com a visão pluralista do mundo; uma postura autoritária, acrítica e antidemocrática, bem como a imobilização do pensamento, e arremata acusando o dogmatismo da mais prolífica fonte de erros dos sistemas jurídicos.²³

Não obstante, ainda existe parcela da doutrina nacional que reconhece a legitimidade da Dogmática Jurídica.²⁴

7. Teoria crítica do Direito – em busca de um Direito transformador

A necessidade de se conceber uma nova visão, menos anacrônica e mais efetiva, do Direito veio através das teorias críticas do Direito.

As teorias críticas partiam basicamente do pensamento marxista que buscava denunciar o Direito enquanto poder, instrumento de legitimação das classes dominantes, através da ideologia de superestrutura social de ocultação/alienação. O Direito não serviria como objeto de emancipação por ser ligado a uma ideologia.

¹⁹ PAES, Arnaldo Boson. *Criação judicial do Direito*. Teresina, 2004. p.23. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí / Universidade Federal do Ceará, Piauí/Ceará, 2004.

²⁰ "... o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intrasistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o Direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina não dever satisfação à vida e aos dramas humanos." in AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 29.

²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, tradução de José Lámego. 3ª. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 319.

²² "Além disso, como os próprios teóricos atuais reconhecem, mesmo os positivistas mais ortodoxos, as normas não são um dado pronto, a ser aceito de forma completamente acrítica, pelo cientista do Direito, nem um ponto de partida inelutável de qualquer investigação. De início porque não há consenso quanto ao que estejam a prescrever os textos que as enunciam, sendo certo que a norma não existe objetivamente fora do intérprete, de modo a ser simplesmente descrita por ele." in MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 34.

²³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. XV.

²⁴ Lênio Luiz Streck preceitua na apresentação do terceiro volume das Lições de Direito Processual Civil do Prof. Alexandre Freitas Câmara. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. xv. "Não há direito sem dogmática (jurídica)... Contemporaneamente, como se sabe, mormente em face do advento dos novos tempos constitucionalizantes, a dogmática jurídica pode questionar e servir e instrumento fundamental para realização de direitos dos mais variados. Basta ver, nesse sentido, a gama de direitos (ainda) não realizados em nossa sociedade."

Tais teorias identificaram-se em diversas vertentes, dentre as quais a epistemológica, a sociológica, a semiológica, a psicanalítica e a teoria crítica da sociedade. Especificar cada uma dessas vertentes não está na órbita de delimitação deste trabalho, porém é importante realçar que todas partiam da premissa que o Direito representava uma instância de poder dominador e alienador.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.²⁵

A teoria crítica proporcionou uma nova leitura da ciência jurídica frente à defasada hegemonia do Positivismo jurídico. Todavia, a nova forma da ideia de juridicidade partiu da falsa premissa de dominação, situação essa que desencadeou algumas consequências desarrazoadas, como a inviabilidade de uma dogmática emancipatória; o desprestígio do discurso jurídico; o esvaziamento da dignidade normativa, dentre outros.

Apesar do insucesso das teorias críticas sobre a onipotência positivista e a inércia em que vivia a ciência jurídica, floresceu aí o que podemos chamar de a semente do neoconstitucionalismo.

8. Neoconstitucionalismo ou Pós-Positivismo

O Pós-Positivismo ou Neoconstitucionalismo²⁶ foi a válvula de escape, o suspiro que faltava à já tão cansada fórmula positivista.

A reaproximação do Direito com ética e com os valores postos de lado pelo Positivismo promoveram uma revolução na ciência jurídica.²⁷

Reviu-se a questão da legalidade estrita, os princípios passaram a ser dotados de normatividade,

Pereira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*.

²⁷ "... mas seria numa terceira fase, desenvolvida na segunda metade do século vinte, que se reincorporariam plenamente os valores abandonados pela velha dogmática positivista, tudo sob a ponderável influência das mutações experimentadas pela sociedade e pelo Estado, notadamente após um meio século de megaconflitos dominado por radicalismos políticos, por ideologias escravizantes e por autocracias tirânicas, construídas sobre o esqueleto formal e sem valores do Estado de Direito, em que a legalidade se confundia com a legitimidade e se ignorava a dimensão ética da licitude. Essa nova fase, da jurisprudência de valores, foi a resposta ao grande vazio axiológico e teleológico criado pela legalidade formalista, suportando um Direito sem alma, sedimentada depois de breves vacilações doutrinárias em que ferveceu, num primeiro momento, a indignação de movimentos contestadores mais radicais e de menor fôlego, como, por exemplo, o da chamada teoria crítica, desenvolvida logo depois de terminada a II Guerra Mundial pela denominada Escola de Frankfurt, contando com os nomes de L. Althusser e, depois, J. Habermas, mas que acabou por negar o próprio Direito, ao predicar uma jurisprudência política. Distintamente, a jurisprudência de valores, partindo da nova concepção de justiça de John Rawls e contando com famosos próceres, como G. Bettiol, L. Legal y Lacambra, R. Dworkin e Karl Larenz, logo frutificou na doutrina e nos tribunais da República Federal da Alemanha, que à época reconstruiu seu Direito Constitucional sob o enfoque da democracia substancial, notadamente em trabalhos que logo se tornaram clássicos, como, entre outros, os de K. Engisch, P. Häberle, F. Müller, R. Alexy (na teoria dos princípios) e W. Canaris, este último definindo claramente o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa, com conteúdo de valor (axiológico) ou de fim (teleológico). Nada surpreendente, portanto, que, depois do auge e da queda das grandes potências bélicas e dos megaestados, e do pavor constante de um iminente holocausto nuclear, tenha ocorrido "essa reaproximação entre ética e direito, a partir do que se convencionou chamar de "virada kantiana" (kantische Wende), e ela viesse a se tornar um fundamento do Estado Democrático da Direito, reentronizando as dimensões éticas perdidas da legitimidade e da licitude e restabelecendo o primado da sociedade sobre o Estado e do homem sobre a sociedade, expressado nos direitos fundamentais, um conceito que passou a pairar acima dos ordenamentos jurídicos e dos Estados, para inspirá-los e informá-los." *in* NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009, p. 10.

²⁶ Sobre o tema no Direito brasileiro: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio

surge uma nova concepção hermenêutica e desenvolve-se de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

O arcabouço teórico do neoconstitucionalismo trouxe em si uma nova forma de organização política, o Estado Constitucional, representado pela justaposição simbiótica entre a democracia e constitucionalismo do pós-guerra.

Historicamente temos como marco inicial a lei fundamental de Bonn, bem como a fértil produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã. No Brasil o processo de reconstitucionalização deu-se sob o manto do nascimento de um novo Estado, com a promulgação de uma nova Constituição (1988) e dentro de uma transição de um regime ditatorial para o democrático, possibilitando um período de estabilidade constitucional.

Em clínico olhar Luis Roberto Barroso infere:

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.²⁸

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁹

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, 2, pp. 18-19, jul/dez. 2006.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola

9. O papel da nova hermenêutica constitucional

O caráter preeminente das normas constitucionais, bem como a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação frente a nova estrutura de normatividade dos princípios, foram decisivos para a elaboração de um novo conjunto de métodos de interpretação constitucional que prestigiassem a ponderação de valores e a teoria argumentativa. É necessário ressaltar que tal situação não implica defasagem dos métodos hermenêuticos tradicionais.³⁰

Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.³¹

Essa nova forma de interpretação constitucional tem por fundamento o alto nível de abertura interpretativa promovido pelo texto constitucional, com densa carga axiológica, permitindo assim um sem número de possibilidades interpretativas à vista dos

Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, 2, pp. 20-21, jul/dez. 2006.

³⁰ "Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas." in BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. *Cajur*, Teresina, a. 1, 6, 28 out. 2005. Disponível em: http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, 2, p. 25, jul/dez. 2006.

elementos do caso concreto, em busca de uma solução providente.

9.1 A normatividade dos princípios³²

Tema instigante e essencial dentro do pós-Positivismo é a normatividade dos princípios. Com a insurreição da força normativa constitucional, os princípios jurídicos insculpidos na carta constitucional passaram a gozar de um *status* de aplicabilidade relevantíssimo, superou-se a função puramente axiológica, ética e ineficaz, passando à uma incidência direta no caso concreto.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do

Positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos Direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.³³

³² Para um estudo aprofundado sobre o tema: LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional*. Fortaleza: ABC Editora, 2001. v. 1. 399p.; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 160p.; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos Do Brasil Contemporâneo. *O Pós-Positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009; ÁVILA, Humberto. *“Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

Superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional.³⁴

Assim, para Paulo Ricardo Schier, os novos sistemas constitucionais acentuam sua carga

³³ BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. *Cajur*, Teresina, a. 1, 6, 28 out. 2005. Disponível em: http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

³⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Instituto de Direito Público da Bahia, 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

axiológica, os princípios passam a caracterizar o cerne das Constituições, promovendo uma verdadeira filtragem constitucional na leitura de todas as questões da dogmática jurídica.

Avilta-se nesse momento neoconstitucional a vinculatividade especial da Constituição a permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, bem como a implementação de uma dogmática principialista.

Conclusão

A constitucionalização do Direito vem revelando-se um marco, uma nova forma de pensar a ciência jurídica. Sua vagarosa evolução ao longo dos séculos é a demonstração clara de como o pensamento científico desenvolve-se ao mesmo passo do desenvolvimento do comportamento social.

A vigência e superação de pensamentos teóricos afirmam a constante do progresso científico. A evolução do Direito natural ao Positivismo, passando pela teoria crítica do Direito, a superação da dogmática, com o deságue no pós-Positivismo embebido de uma proeminência normativa constitucional e sua efetividade é o resumo do caminho traçado pela ciência jurídica até seu atual estágio.

Superou-se o Estado Legalista e impôs-se o Estado Constitucional. A ciência jurídica deita-se sobre um novo paradigma e o homem de mero coadjuvante passa a ser ator principal, traduzido em sua dignidade.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência.”* Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.Direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 6,

setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, 2, p. 18-19, jul/dez. 2006.

_____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Cajur, Teresina, a. 1, 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti/histdirbras.zip>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

_____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, v.III*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, tradução de José Lámego. 3ª ed., Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-Positivismo chega ao Brasil. inaugura-se um constitucionalismo de transição*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

PAES, Arnaldo Bason. *Criação judicial do Direito*. Teresina, 2004. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí / Universidade Federal do Ceará, Piauí/Ceará, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

VENOSA. Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito – primeiras linhas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O novo conceito de sentença e a natureza jurídica do ato judicial que resolve questões incidentais

Daniel Carneiro Machado*

Sumário

1. Breve evolução histórica e contextualização do conceito de sentença; 2. O conceito de sentença terminativa – conteúdo e efeito do ato judicial; 3. O conceito da sentença definitiva - necessidade de interpretação sistemática e teleológica da reforma processual; 3.1 A questão da sentença parcial de mérito – inadmissibilidade; 3.2 O verdadeiro conceito da sentença definitiva – conteúdo e finalidade do ato judicial; Conclusão; Bibliografia.

1. Breve evolução histórica e contextualização do conceito de sentença

O Código Processual Civil de 1973 (CPC) definia sentença como “*o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*”. Tal disposição estava prevista no artigo 162, §1º, do diploma processual.

O referido conceito estava baseado somente nos efeitos do ato decisório. Assim, bastava o ato judicial dar fim ao processo para que estivessemos diante de uma sentença.

Com o advento da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o cumprimento das sentenças que versam sobre as obrigações de fazer e não fazer se submeteu a uma nova sistemática: julgada procedente a ação, o adimplemento forçado (ou fase executiva) dessas obrigações passa a integrar o mesmo processo.

Iniciava-se aqui uma nova fase para o Direito instrumental: o sincretismo, uma grande evolução feita pelo legislador, prestigiando o princípio da efetividade e celeridade processual. Tal inovação legislativa gerou o debate acerca da necessidade de uma nova leitura do conceito de sentença, pois, prolatado o referido ato judicial, o processo, necessariamente, não mais se extinguiria; ao contrário, dava início a uma nova fase para o cumprimento da obrigação reconhecida na sentença (fase executiva), sem a necessidade de nova citação e novo processo para o exercício da atividade jurisdicional (processo de execução).

Com o advento da Lei 10.444/2002, a necessidade de revisão do conceito de sentença dado pelo art. 162, §1º, CPC se intensificou. A referida lei acrescentou à legislação processual civil o artigo 461-A, que dispõe sobre as ações que tenham por objeto a obrigação de entrega de coisa certa ou incerta. Com a introdução do mencionado artigo, sendo o réu condenado ao cumprimento dessa obrigação, não há mais a necessidade de instauração de um processo autônomo de execução, tal como já ocorria com as obrigações de fazer e não fazer, desde 1994.

Em virtude das referidas modificações, o conceito de sentença simplista como sendo o ato que põe termo ao processo se esvaziou e foi se tornando, em última análise, incoerente com o sincretismo processual.

Em 2005, o conceito de sentença foi finalmente repensado, dando origem à Lei 11.232/2005, que alterou o art. 162, §1º nos seguintes termos: “*sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*”.

Entra em cena então um novo critério para definição deste ato judicial: o conteúdo, que deve ser analisado juntamente com os artigos 267 e 269 do Código Processual Civil.

Em face do novo conceito, muitos aplicadores do direito estão dando ênfase ao conteúdo do ato judicial, como único critério de definição do novo conceito de sentença, o que não poderá ser aceito, conforme se demonstrará a seguir.

* O autor é Juiz Federal em Belo Horizonte/MG, mestre em Direito Processual pela PUC Minas, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, do Centro Universitário Newton Paiva, e de cursos de Pós-graduação e preparatórios para concurso público do Ceajufe – Centro de Estudos Jurídicos.

É dentro desse contexto normativo que se fortaleceu a polêmica acerca da natureza do ato judicial que resolve questões incidentais - exclusão de litisconsorte, indeferimento de parte da petição inicial, reconvenção, etc - se sentença ou decisão interlocutória.

Para aprofundar o debate e sustentar a posição que se entende mais correta, serão abordados os conceitos de sentença terminativa e definitiva dentro dessa nova ordem processual.

2. O conceito de sentença terminativa – conteúdo e efeito do ato judicial

A doutrina, no que se relaciona com o conteúdo processual das sentenças, classifica-as como terminativas ou definitivas.

As sentenças terminativas extinguem o processo, sem resolução do mérito, a exemplo das que reconhecem a falta pressupostos processuais, condições da ação, ou que homologa o requerimento de desistência. As definitivas, por sua vez, respondem o pedido do autor, solucionando a lide.

Em face da nova redação do artigo 162, § 1º do CPC, o conceito da sentença terminativa deve decorrer da conjugação do referido dispositivo com o artigo 267, do CPC, que dispõe expressamente em seu *caput* sobre a necessidade de extinção do processo quando o conteúdo do ato judicial versar sobre algumas das hipóteses processuais elencadas em seus incisos.

Ou seja, a sentença terminativa pressupõe necessariamente dois requisitos para ser identificada: implicar uma das situações previstas nos incisos do artigo 267 do CPC e, por conseguinte, acarretar a extinção do processo.

Portanto, não é apenas o conteúdo da sentença que a caracterizará como terminativa, mas o efeito obrigatório de extinção do processo. Sem que ocorra a extinção, constitui, *datavénia*, equívoco de interpretação conceituar o ato judicial como sentença terminativa. A questão já é objeto de controvérsia na jurisprudência¹.

¹ Para exemplificar, cito o entendimento em alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que definiu a sentença terminativa apenas em relação ao seu conteúdo, embora haja divergência sobre o tema no próprio Tribunal: Ementa: Agravo

Por isso, alguns atos processuais praticados pelo juiz no curso do procedimento, tais como exclusão de litisconsorte, indeferimento parcial da petição inicial, homologação de desistência parcial da ação, embora impliquem as situações dos incisos do art. 267 do CPC (requisito do conteúdo), não podem caracterizar a sentença terminativa, mas mera decisão interlocutória.

Com efeito, tais atos judiciais não acarretam a extinção do processo, mas apenas a exclusão de determinada pessoa ou objeto da lide. E a melhor interpretação é aquela no sentido de que a extinção do processo prevista no *caput* do art. 267 deve acarretar o término de toda a relação processual em trâmite em determinado grau de jurisdição e não apenas de parte dela².

de Instrumento. Embargos de Devedor. Extinção da execução em relação a um dos embargantes/executados. Apelação interposta pelo embargado não recebida.- Ato judicial com natureza de *sentença*. Artigo 162, §1º, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.232/2005. Reforma da *decisão*. Embora de alguma utilidade a instrução do Agravo com os títulos executivos, não são eles indispensáveis ao entendimento da controvérsia trazida a este órgão ad quem, tampouco obrigatórios a teor do artigo 525, I, do CPC, devendo ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso arguida pelos agravados. Tratando-se o ato judicial impugnado de sentença, à luz do conceito estabelecido no artigo 162, §1º, do CPC, o recurso adequado é a Apelação, de acordo com o artigo 513, do mesmo código, ainda que o feito tenha prosseguimento em relação a uma das partes. (TJMG, AG 1.0439.08.080901-5/001, Rel. Des. Batista de Abreu, DJ 7/8/2009)

Agravo de Instrumento. *Decisão* terminativa para uma das partes *recurso cabível*. Apelação. Nova redação do artigo 162 do Código Civil. Apelação interposta. *Recurso* apropriado. *Recurso* provido. Assiste razão à parte agravante, quando argumenta que a decisão objurgada é terminativa para uma das partes, que foi excluída, sendo o recurso cabível apelação e não agravo. A Lei 11.232, de 22/12/2005, alterando o parágrafo primeiro do art. 162 do Código Civil, estabelece que 'sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta lei'. (TJMG, Ag. 1.0344.02.006716-3/001 - 9º C.C. do TJMG - Rel. Des. José Antônio Braga - j. 10/10/2006 - DJ 25/11/2006)

Agravo de Instrumento. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a um dos réus. Apelação. Possibilidade. Matéria não apreciada em 1º grau. Dar provimento. Havendo litisconsórcio passivo e tendo o douto Juiz de primeiro grau extinto o feito, por ilegitimidade de parte, quanto a um dos corréus, o recurso próprio e adequado para irressignar-se contra essa decisão é o de apelação, por se constituir em sentença que põe fim a uma das lides que compunham a cumulação subjetiva de ações. (Apelação Cível 1.0702.05.234304-4/001(1); Des. Nicolau Masselli; julgado em 26/9/2007.)

² Oportuno destacar precedentes dos Tribunais Regionais Federais que definiram como decisão interlocutória o ato judicial que exclui litisconsorte no curso do procedimento, sendo cabível o recurso de agravo e não o de apelação: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Execução fiscal. (...) Exclusão de litisconsorte

Antes mesmo da reforma processual, o Prof. Cândido Dinamarco³ já fazia distinção entre atos judiciais extintivos que, na verdade, não extinguem o processo e, portanto, não poderiam ser considerados sentença terminativa, *in verbis*:

(...) o efeito extintivo só se opera quando a razão de extinguir atinge todo o objeto do processo, todos os fundamentos da demanda e todos os sujeitos litigantes. Quando a causa atinge só parcialmente o objeto, os fundamentos ou as pessoas, o que ocorre é mera exclusão e não a extinção do processo... A decisão com que o juiz determina alguma dessas exclusões é interlocutória e não sentença, porque não põe termo a processo algum (...); consequência prática é a admissibilidade do recurso de agravo e não apelação (arts. 513 e 522) (Instituições de Direito Processual Civil, Malheiros, 2001, v. III, p. 189)

Noutra oportunidade, prosseguiu o Prof. Dinamarco⁴:

passivo. Decisão interlocutória. Cabimento do Recurso de agravo de instrumento. I. A jurisprudência desta Corte, bem como do STJ pacificou-se no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte do feito e permite a sua continuidade contra os remanescentes não possui natureza de sentença, devendo ser atacada através de agravo de instrumento e não por meio de apelação. (...)

(TRF 1ª. Região, AG. 2007.01.00.002109-0/DF, Rel. Des. Fed. Leomar Amorim, DJ 5/10/2007, p. 260.)

Agravo de Instrumento. Extinção sem julgamento de mérito para o corrêu Inss. Prosseguimento da ação com relação à União Federal. Apelação. Fungibilidade recursal. Impossibilidade. Intempestividade. I- Extinção do feito sem mérito, no que se refere aos débitos relativos ao INSS, haja vista a inadequação da via eleita, devendo o feito prosseguir em face da União Federal. II- Recurso de apelação não recebido dada sua inadequação. III- A Lei 11.232/2005, ao modificar o artigo 162, § 1º, do CPC, alterou o critério para a conceituação da sentença. A par da modificação citada, amparado pela doutrina dominante, entendo que, ato judicial que, embora possuindo conteúdo de sentença, nos termos do artigo 267 ou 269 do CPC, apenas será assim considerada se extinguir o processo no primeiro grau de jurisdição, definindo-se a sentença por critério misto, conteúdo e finalidade. Sentença é o ato judicial que tenha conteúdo previsto no artigo 267 ou 269 do CPC e, concomitantemente, ponha fim ao processo. IV- É decisão interlocutória, o ato judicial que determine a exclusão de um litisconsorte do processo, por ilegitimidade de parte, nos termos do artigo 267, VI, vez que o processo prossegue quanto ao outro litisconsorte. V- Recurso cabível é agravo de instrumento. VI- Inadmissível, in casu, o recebimento da apelação como agravo de instrumento, para que houvesse a aplicação do princípio da fungibilidade recursal seria necessário que a apelação tivesse sido interposta dentro do prazo do agravo. VII- Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. (TRF 3ª. Região, AG 200603000979314, Rel. Juiz Federal Lazarano Neto, DJLI 11/6/2007, p. 351)

³ Instituições de Direito Processual Civil. Malheiros, 2001, v. III, p. 189.

⁴ Litisconsórcio. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 9, pp. 36 e 37.

Um relevante reflexo prático dessa colocação é o recurso cabível no caso de indeferimento parcial da petição inicial, para que algum litisconsorte passivo não seja citado (ou, inversamente, para que um dos codemandantes não fique como parte). Se a demanda fosse repelida por inteiro, ter-se-ia ali um caso de extinção de processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, c/c art. 295), a desafiar recurso de apelação (art. 513, c/c art. 296). No indeferimento parcial acima figurado, entretanto, o processo vai prosseguir, apenas com menos figurantes do que o autor pretendia inicialmente; se o processo era um só e não se extinguiu, é meramente interlocutória a decisão que indeferiu a inicial em parte, sendo por isso cabível o agravo de instrumento (art. 162, § 2º, e 522). O mesmo se dá quando uma oposição interventiva é indeferida, ou quando o litisdenuciado é excluído do processo etc.

No mesmo sentido, oportuno citar a doutrina do Prof. Daniel Assumpção⁵:

Atualmente, o conceito de sentença deve resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1º, 267 e 269, todos do CPC. da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as *sentenças terminativas* passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) *conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC*; (ii) *efeito: extinção do procedimento em primeiro grau*.

A redação do art. 267, caput, do CPC – “Extingue-se o processo, sem resolução do mérito” – permite ao intérprete entender que, além do conteúdo de um de seus incisos, a decisão somente poderá ser considerada sentença se extinguir o processo.

No tocante à sentença terminativa, portanto, nenhuma alteração ocorreu em virtude da modificação do conceito legal de sentença estabelecido pelo art. 162, § 1º do CPC. *Uma decisão que tenha como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 267 do CPC, mas que não coloque fim ao procedimento de primeiro grau – como exclusão de um litisconsorte da demanda por ilegitimidade de parte, ou ainda a extinção prematura de uma reconvenção por vício processual - será considerada uma decisão interlocutória e, como tal, será recorrível por meio do recurso de agravo (art. 522 CPC). (destaquei) (Manual de Direito Processual Civil, Volume único, Ed. Método, 2009, p. 426)*

⁵ Manual de Direito Processual Civil, Volume único, São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 426.

Em lição semelhante, o Prof. Scarpinella Bueno⁶ entende que é fundamental que o ato judicial tenha, para ser sentença, além do conteúdo específico dos arts. 267 e 269 do CPC, uma específica função, qual seja, a de encerrar a etapa do processo jurisdicional. Para o referido doutrinador, não é sentença, não obstante ter como conteúdo hipóteses do art. 267 e 269, o ato do juiz que excluiu litisconsorte do processo; que rejeita liminarmente a reconvenção e a denunciação da lide; que homologa a desistência parcial da ação, entre outros.

Desse modo, a melhor interpretação é a de que a reforma processual não acarretou qualquer alteração quanto à definição da *sentença terminativa*, que pressupõe, além do conteúdo do art. 267, a necessária extinção do processo em relação a todos os seus sujeitos, não podendo se confundir com as decisões interlocutórias, como as que apenas excluem litisconsortes.

3. O conceito da sentença definitiva - necessidade de interpretação sistemática e teleológica da reforma processual

A definição atual da sentença definitiva é mais controversa do que a da terminativa na medida em que o *caput* do artigo 269 do CPC, alterado pela Lei 11.232/2005, não fez nenhuma menção à necessidade de extinção do processo para que o ato judicial seja considerado sentença de mérito.

Para identificar a natureza jurídica do ato judicial que resolve as questões de mérito no curso do procedimento é preciso realizar uma análise crítica da posição dos que sustentam a existência da sentença parcial e, em seguida, realizar interpretação sistemática do ordenamento, o que possibilitará a defesa, por meio desta pesquisa, da melhor proposta de definição do instituto.

3.1 A sentença parcial de mérito – inadmissibilidade

Uma interpretação literal dos artigos 162, § 1º, e 269 do CPC poderia levar à conclusão de que basta

haver o conteúdo de mérito para que o ato judicial seja considerado sentença definitiva.

Com base no referido entendimento, admitir-se-ia no procedimento mais de uma sentença judicial sobre o mérito da causa, o que a doutrina denomina de sentença parcial. Isso ocorreria, por exemplo, quando o juiz pronunciasse a prescrição de parte pretensão ou homologasse acordo entre algumas das partes, prosseguindo o procedimento quanto às demais pretensões e sujeitos.

A propósito, leciona Sérgio Gilberto Porto⁷:

(...) a nova redação do § 1º, do artigo 162, CPC, ao afastar a idéia de que a sentença põe – sempre – termo ao processo, ainda que somente na instância em que se encontra, abre a possibilidade de que esta possa ser proferida, sem que isto implique, necessariamente, em encerramento do processo. Esta hipótese, pois, se configura, exatamente, quando o juízo profere sentença (ou acórdão) julgando apenas parcela da demanda, remetendo para outro momento o julgamento de outra parcela da controvérsia. (...)

Esta circunstância, da admissão jurídica de sentença parcial, remete a possibilidade de que um mesmo processo tenha mais de uma sentença, daí a razão pela qual a lei excluiu do conceito de sentença a idéia de que esta põe termo ao processo, haja vista que hoje, obrigatoriamente, não mais encerra a instância, eis que o mesmo juízo poderá, ao partilhar a lide, proferir mais de uma sentença, no entanto, à evidência, sempre sobre pontos diversos” (grifei)

A posição de Porto não é isolada⁸. Marcos Vinícius Gonçalves também admite a sentença parcial. De acordo com o mencionado processualista, “*com a nova sistemática, como a sentença não precisa mais pôr fim ao processo, haverá aqueles que terão mais de uma sentença cada qual julgando um dos pedidos formulados na petição inicial*”⁹.

⁷ www.tex.pro.br; in A nova definição legal de sentença: propósito e consequências.

⁸ No mesmo sentido, José Maria Rosa Tesheiner (Coordenação), in Nova Sistemática Processual Civil. 2. ed. Plenum: Caxias do Sul, 2006, p. 44.

⁹ Gonçalves, Marcos Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

⁶ Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009, pp. 327/328.

Nessa linha há quem entenda que a sentença parcial desafiará o recurso de agravo^{10 11}, vez que não põe termo ao processo. Há quem, de modo divergente, entenda que o recurso adequado será o de apelação, porém sob a forma de instrumento¹², pois se ficar retida nos autos desconfiguraria o propósito de outorgar celeridade à prestação jurisdicional.

Com o devido respeito aos ilustres processualistas, ousou discordar do entendimento acima esposado.

O princípio da taxatividade dos recursos impede a interpretação extensiva e, principalmente, a criação de novas modalidades recursais sem determinação legal expressa, de maneira que, se houvesse a possibilidade de se proferir “sentença parcial”, o único recurso cabível seria o de apelação, tal como regulado no CPC, o que, sem dúvida alguma, tumultuaria o andamento processual.

Assim, admitir-se o cabimento da *sentença parcial* de mérito atenta contra a finalidade da reforma processual. Outrossim, a interpretação de que contra tal ato judicial caberia o recurso de agravo ou *apelação de instrumento* depende, *data venia*, de lei expressa em tal sentido, o que inexistente no momento, não podendo ser aceita pelo Poder Judiciário.

3.2 O verdadeiro conceito da sentença definitiva – conteúdo e finalidade do ato judicial

É cediço que, para se aplicar a lei processual e definir a natureza jurídica do ato judicial – se sentença ou decisão, o intérprete não pode ficar adstrito ao sentido literal do novo art. 162, § 1º do CPC, senão que exige uma interpretação teleológica e sistemática do seu conteúdo e propósito.

O método teleológico refere-se à interpretação pela busca da finalidade ou do espírito da lei, procura

revelar o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito¹³.

No tocante à interpretação sistemática, o incomparável hermeneuta Carlos Maximiliano ensinava a forma como se deve analisar uma lei ou artigo, consistindo “*o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto*”.

Enriquecendo o estudo, completava que “*já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere - é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma*”¹⁴.

Como se pode observar, a interpretação teleológica leva à possibilidade de o aplicador do Direito, em caso de norma que conduza a mais de uma interpretação, optar pela interpretação que melhor corresponda ao seu objetivo, desde que consentânea com os fins pretendidos pelo legislador. No caso da interpretação sistemática, esta pressupõe, no que se refere ao objeto da presente pesquisa, que determinado dispositivo processual não se encontra isolado, mas inserido no todo da ordem jurídica, devendo ser compreendido em relação ao sistema processual em vigência e, em última análise, em relação ao propósito da reforma processual.

Pois bem. Dentro dessa ótica, não se sustenta a interpretação favorável à possibilidade de existência de mais de uma sentença definitiva no curso do procedimento, o que, ao invés de simplificar, tornaria o processo mais complexo, demorado e burocrático.

O novo conceito de sentença previsto no art. 162, §1º, do CPC, introduzido pela Lei 11.232/2005, visou tão somente consagrar o sincretismo processual, permitindo a coexistência de fase de conhecimento, de liquidação e de cumprimento da sentença dentro do

¹⁰ Gonçalves, ob. cit., p. 3.

¹¹ Mitidiero, Daniel, *In A nova execução*. P. 8. Coordenação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

¹² Bedaque, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXVI, 85, pp. 71-72, maio de 2006.

¹³ Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, p. 138.

¹⁴ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 128.

mesmo processo, proporcionando maior efetividade à tutela jurisdicional.

O fundamento da referida norma é, a toda evidência, a duração razoável do processo.

A exposição de motivos do Projeto que originou a Lei 11.232/2005 deixa claro seu propósito de dar celeridade e efetividade ao processo de conhecimento, permitindo que a sentença tenha eficácia executiva sem a necessidade de processo autônomo.

Com efeito, *“a efetivação forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um tempus iudicati, sem necessidade de um ‘processo autônomo de execução (afastam-se princípios teóricos em homenagem à eficiência e brevidade); processo ‘sincrético’, no dizer de autorizado processualista. Assim, no plano doutrinário, são alteradas as ‘cargas de eficácia’ da sentença condenatória, cuja executividade passa a um primeiro plano; em decorrência, sentença passa a ser o ato de julgamento da causa, com ou sem apreciação de mérito”*.¹⁵

A mencionada exposição de motivos demonstra a nítida intenção do legislador de adotar uma visão mais ampla e finalística do processo, considerando como seu verdadeiro objetivo a satisfação completa e real do direito, sendo a sentença, dentro desse novo contexto normativo, o ato judicial que encerra uma das etapas do processo, sem interromper a atividade jurisdicional.

De acordo com o Professor Marcelo Abelha Rodrigues, é *“(...) claro o papel finalístico da sentença, como ato que põe fim ao processo ou à fase cognitiva dos processos sincréticos (cognição com execução). Assim, melhor que se estude o conceito de sentença usando esses dois critérios conjuntamente, ou seja, é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias dos art. 269 e 267 do CPC, que tem por finalidade extinguir o processo (ou a fase processual cognitiva)”*¹⁶.

No mesmo sentido, ao interpretar o novo conceito de sentença proposto pela reforma processual, o Prof. Humberto Theodoro Junior ensina que:

(...) A dificuldade localiza-se no ato judicial que resolve alguma questão de mérito (e não todas as questões que o integram), como a exclusão de um litisconsorte na fase de saneamento, ou que acolhe a decadência e a prescrição de parte dos direitos disputados, sem solucionar o restante do litígio, ou ainda, em situações como a rejeição da ação declaratória incidental, da reconvenção e da denunciação da lide, antes de dar curso à demanda principal.

Se resolve qualquer dessas matérias, o ato judicial, sem dúvida, terá enfrentado situação prevista ou no art. 267 ou no 269 do CPC. *Mas seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? As regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia.* (...)

Segundo penso, as “situações previstas no art. 267 e 269” somente se prestam a configurar sentença (e a desafiar apelação) quando põem fim ao processo ou quando resolvem por inteiro o objeto principal do processo pendente de acerto em juízo. Para o ato judicial cognitivo ser tratado como sentença é preciso que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positiva ou negativamente. Se o pronunciamento não os abrange em toda a extensão, deixando questões para a solução no decisório final do processo, não pode ser havido como sentença. Sua natureza, dentro da lógica do sistema, é a de decisão interlocutória, ou seja, de ato que, no curso do processo, “resolve questão incidente” (art. 162, § 2º).

Pela insuficiência teórica e operacional do conceito de sentença formulado pelo §1º do art. 162, sua real delimitação há de ser feita por exclusão: só se deverá considerar como sentença o ato decisório que não configurar decisão interlocutória. Se se resolve questão incidente (questão que não encerra o acerto, nem põe fim à relação processual), o pronunciamento sobre qualquer tema dentre os previstos nos arts. 267 e 269 não assumirá a

¹⁵ EM 00034-MJ – Exposição de Motivos da Lei 11.232/2005 – fonte www.camara.gov.br.

¹⁶ Rodrigues, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4ª. Edição, São Paulo: RT, 2008, p. 450.

categoria de sentença; será decisão interlocutória, devendo sua impugnação ocorrer por meio de agravo e não de apelação.¹⁷

Por isso não é possível definir sentença definitiva apenas e tão somente pelo seu conteúdo, mas também tendo em vista a extensão deste e sua finalidade, vale dizer, se o ato judicial analisou todo o objeto da demanda e, outrossim, se encerrou o processo ou uma fase do procedimento para todas partes.¹⁸

Conclusão

O presente estudo pretendeu apresentar interpretação sistemática e análise crítica do novo conceito de sentença preconizado pelo artigo 162, § 1º do CPC, alterado pela Lei 11.232/2005.

Sem o propósito de esgotar o tema, sustentou-se que o conceito de sentença, seja ela terminativa ou definitiva, não pode ser extraído com base apenas no conteúdo do ato judicial, como parece fazer crer o novo art. 162, § 1º do CPC, mas também com base nos seus efeitos e finalidade.

A definição do conceito de sentença é de extrema relevância quando se está diante de atos judiciais que resolvem as questões incidentais do processo, tais como a homologação de desistência de parte da ação, exclusão de litisconsortes, indeferimento de parte da petição inicial, pronunciamento de prescrição em relação à parte da pretensão, homologação de acordo entre algumas das partes, etc.

Quanto à sentença terminativa, conforme demonstrado neste estudo, sua identificação pressupõe o conteúdo do art. 267 e o efeito de extinção do processo, extinção esta entendida como de toda a relação processual, afetando todos os sujeitos envolvidos e não apenas de parte dela.

A sentença definitiva, por sua vez, deve ser entendida como o ato judicial que resolve todo o mérito da demanda e que tenha por finalidade encerrar o processo ou fase processual em um grau de jurisdição para todas as partes.

Não se admite, por conseguinte, a existência de *sentença parcial*, haja vista que possui apenas o conteúdo do art. 269, mas não resolve necessariamente todo o objeto da demanda e, principalmente, não encerra a fase processual para todas as partes envolvidas. Sua admissibilidade não atende à melhor interpretação sistemática e teleológica da reforma processual.

Destarte, os atos judiciais que no curso do procedimento versem apenas sobre parte do mérito da demanda sem encerrar a fase processual, embora tenham por objeto o conteúdo do art. 269 do CPC, devem ser tidos como decisões interlocutórias de mérito e, como tal, desafiam o recurso de agravo.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas Considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Revista do Advogado, AASP, ano XXVI, n. 85, pp. 71-72, maio de 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- MITIDIERO, Daniel, *In A nova execução*. P. 8. Coordenação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- NERY, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único, São Paulo: Ed. Método, 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *A nova definição legal de sentença: propósito e consequências*. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em 17 fev. 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª. edição, São Paulo: RT, 2008.
- TESHEINER, José Maria Rosa (Coordenação). *In Nova Sistemática Processual Civil*. 2. ed. Plenum: Caxias do Sul, 2006.

¹⁷ Júnior, Humberto Theodoro. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 4/6.

¹⁸ “toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória. Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta apenas seu conteúdo, mas também sua finalidade, se o ato contiver matéria do CPC 267 ou 269, mas não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença, mas sim decisão.(...) Nery – Nery. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 9. ed., p. 162.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
Site: <www.camara.gov.br>. Acesso em 17 fev. 2010.
Site: <www.cjf.jus.br>. Acesso em 14 fev. 2010.
Site <www.tjmg.gov.br>. Acesso em 15 fev. 2010.

Juiz imparcial

Vallisney de Souza Oliveira*

A imparcialidade constitui requisito fundamental do exercício judicante. Por isso se afirma que ninguém pode ser juiz de si mesmo, sendo benéfico para a atividade judicial o magistrado manter-se presente na instrução, mas distanciado até certo ponto do conflito para que a *pólvora* da lide não lhe atinja e com isso arruíne a relação processual.

A imparcialidade sempre foi considerada necessária, chegando-se ao extremo de se vedar qualquer movimento judicial no processo para não contaminar o julgamento.

Segundo a vetusta legislação portuguesa, o juiz somente podia decidir de acordo com a verdade sabida, ou seja, com a verdade produzida pelas partes e segundo os autos, daí a origem da célebre expressão forense: “o que não está nos autos não está no mundo”.

No processo lusitano das Ordenações, o juiz estava proibido de determinar de ofício a produção de provas e a busca da verdade. Somente ao rei competia julgar segundo exclusivamente a sua consciência.

Não podendo decidir com liberdade de convencimento, o magistrado ficava preso ao movimento das partes, que eram livres para apresentar ou não os documentos, levar ou não fatos ao conhecimento judicial, requerer ou não um depoimento ou uma perícia. Ao juiz, para manter íntegra e integral a sua imparcialidade, era defeso desconsiderar, mesmo sabendo tratar-se de uma evidente falsidade, a versão formal e os elementos trazidos pelos interessados.

No processo contemporâneo, o julgador possui ampla liberdade na apreciação dos fatos e na condução do processo a fim de lhe possibilitar a isenção na prestação da justiça.

Para preservar a imparcialidade a legislação impõe vedações legais aos magistrados e como regra proíbe o juiz de iniciar uma ação sem ser provocado. A própria Constituição estabelece os direitos e as vedações aos membros do Poder Judiciário, incumbidos de interpretar e aplicar a lei diante de um litígio.

O juiz imparcial, portanto, deve observar o primordial preceito de manter-se acima de quaisquer influências destinadas a macular um julgamento justo.

Alerte-se ser utópico o absoluto neutralismo, uma vez que a jurisdição é exercida pelo ser humano, passível de sofrer influências diversas durante a sua existência, inclusive da época em que vive. O magistrado se sujeita aos estímulos de sua história de vida e de suas experiências pessoais, de seus conceitos e de seus preconceitos, de suas angústias e de suas fantasias, de seus sonhos e de suas frustrações, de reflexos psíquicos, sentimentais, religiosos e ideológicos. Até inconscientemente as circunstâncias inerentes ao caráter são transferidos para a *arte* judicante, sobretudo no momento da decisão da lide.

A imparcialidade exigida pelo Direito ao magistrado consiste não na conduta de comprometimento, deliberado ou desidioso com a verdade, em favor de uma das partes interessadas, e sim no escorreito mandamento de justiça.

Em princípio não é aceitável atuar como julgador aquele que presenciou imediata e diretamente fatos sobre litígio, se envolveu sentimental e materialmente com a questão, ordenou ou participou prévia e sigilosamente de atividades investigativas policiais, é amigo de uma das partes ou se envolveu de alguma maneira direta ou indiretamente na controvérsia.

É desejável que o juiz evite a prévia troca de informações com as partes sobre o conteúdo do seu entendimento e resultado do seu julgamento antes da publicação da decisão. A não ser que sejam questões exclusivamente jurídicas, onde seja pacífica a jurisprudência ou onde haja outros precedentes seus, e que não tenha intenção de modificar, o magistrado deve de alguma maneira guardar sigilo acerca da conclusão do veredicto, se favorável ao autor ou ao réu.

Serão as provas e o direito em confronto, em face dos pontos e das questões surgidas, que irão dizer, no momento oportuno, se ao pedido se deve dar provimento, se o demandado está com a razão, se o réu deve ou não ser condenado.

*Juiz Federal em Brasília

Do juiz exige-se a apreciação da causa sem qualquer intenção de impressionismo, sem necessidade de apresentação de falsas premissas, sem qualquer filamento de parcialidade, de perseguição, de ofensas, de preconceitos manifestos, de ressentimentos ou intenção de impor desnecessariamente o poder ou de ser beneficiado diretamente ou indiretamente da sua decisão.

Na qualidade de agente imparcial, o magistrado não pode ser precipitado no seu juízo de valor, nem desequilibrado na sua conduta, nem fazer pré-julgamentos indevidos e açodados, nem manifestar-se com impertinência, nem deixar-se levar por tendências ilegítimas ou falácias. Não condiz com o perfil da magistratura a grosseria, o desequilíbrio, a intolerância ou atitudes discriminatórias a quem quer seja o jurisdicionado, sendo missão julgadora a atuação firme, sensível e altiva.

O juiz parcial não distribui, nem restabelece o direito. Ao contrário, traduz um desacerto inconciliável com a justiça. O princípio da imparcialidade, apanágio da jurisdição, está em perfeita sintonia com a independência e com o livre convencimento. Por conseguinte, do julgador se requer a medida exata para atuar com desenvoltura, serenidade e com olhar crítico sobre as versões apresentadas.

Independência, imparcialidade e liberdade responsável são demonstradas pela conduta, provimento e decisão coerente e racional, fruto de uma visão sobre todos os ângulos do direito em disputa.

Imparcialidade não implica distanciamento do universo litigioso, mas atenção aos problemas trazidos pelas partes e aos questionamentos da lide, mediante pesquisa, reflexão e sinceridade nos atos.

Como se colhem dos *Comentários aos princípios de Bangalore sobre conduta judicial* (Brasília: CJF, 2008, p. 65): “Se a parcialidade é razoavelmente percebida, essa percepção provavelmente deixará um senso de pesar e de injustiça realizados destruindo, conseqüentemente, a confiança no sistema judicial”, uma vez que “a imparcialidade é a qualidade fundamental requerida de um juiz e o principal atributo do Judiciário”.

Portanto, para atender ao requisito da imparcialidade, o juiz deve ter como missão institucional e constitucional a desenvoltura e a dosagem de justiça dentro do razoável, para dar o direito de forma mais qualificada e mais exatamente possível de acordo com os anseios de quem tem razão.

Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Waltenberg Lima de Sá*

Resumo

O presente trabalho analisa uma das consequências do incremento das funções institucionais da Defensoria Pública pela Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, que torna explícita sua vocação para promover os direitos humanos. Discorre sobre a proteção dada aos refugiados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como seus reflexos no arcabouço jurídico brasileiro. Faz considerações sobre o devido processo legal para a análise da condição de refugiado dos estrangeiros que aportam no país. Constata a necessidade de assistência pela Defensoria Pública desde o início do procedimento perante a Polícia Federal, para tanto devendo obrigatoriamente ser comunicada de sua abertura.

Palavras-chave

Direitos humanos. Refugiados. Defensoria Pública. Devido processo legal. Deportação.

Abstract

This paper examines the consequences of an increase in institutional functions of the Public Defender by Complementary Law No. 132 of 7 October 2009, which makes explicit its purpose is to promote human rights. Discusses the protection afforded to refugees under international human rights and its impact in Brazilian legal. Raises questions regarding the due process for the analysis of refugee status of foreigners who arrive in the country. Notes the need for assistance by the Public Defender since the start of proceedings before the Federal Police, for that must always be notified of its opening.

Keywords

Human rights. Refugees. Public Defender. Due process. Deportation.

Introdução

O Direito Internacional dos Direitos Humanos já há algum tempo encontra terreno fértil no sistema jurídico brasileiro, mostrando-se um Estado de vanguarda na adesão aos tratados internacionais sobre a matéria e na absorção de seus preceitos pela legislação interna. No entanto, a implementação de tais tratados tem-se mostrado deficitária ante a insuficiência de instrumentos aptos a concretizá-los.

O presente artigo aborda a imprescindibilidade da assistência jurídica da Defensoria Pública aos estrangeiros irregulares. Para tanto, parte do Direito Internacional dos Refugiados como ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos preceitos foram incorporados pela ordem jurídica brasileira no delineamento do sistema de proteção dos refugiados.

Como corolário, a normatização interna que regula a matéria sofre os influxos dos princípios plasmados no referido sistema protetivo, dentre os quais o devido processo legal, a ser necessariamente observado quando do procedimento de deportação do estrangeiro irregular, bem como naquele destinado ao reconhecimento da sua condição de refugiado.

1. O Direito Internacional dos Refugiados como ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Com o término da Segunda Guerra Mundial, sobretudo em razão do holocausto e todas as atrocidades das quais foram vítimas milhares de seres humanos em todo o planeta, os direitos humanos ascenderam no plano jurídico como forma de garantir a proteção de pessoas perseguidas em função de sua raça, religião,

* Defensor Público Federal de 1ª Categoria e ex-Advogado da União.

nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social.

Por isso, o Direito internacional dos refugiados tem sido alvo de crescente preocupação por parte dos Estados. Atualmente, pode-se dizer que se encontra bem estruturado, sendo um dos ramos do Direito Internacional Público que mais se desenvolveram nas últimas décadas¹.

Visando assegurar direitos aos refugiados condizentes com a dignidade da pessoa humana, após a 2ª Grande Guerra, a comunidade jurídica internacional passou a editar instrumentos normativos ratificados por vários Estados, destacando-se a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967.

A definição de refugiado é trazida pela própria Convenção de 1951, que estabelece em seu art. 1º, “A”:

(...) o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: ... que ... temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Mais adiante se adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (novembro de 1969), erigindo uma gama de direitos à categoria de direitos fundamentais, inerentes a todos os indivíduos por sua simples condição de ser humano.

Como expressão soberana de sua vontade e em um papel de liderança, o Estado brasileiro ratificou os instrumentos normativos acima citados e hoje é um dos países que mais têm recebido requerimentos de refúgio.

Com efeito, em 1960, foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados (Decreto-legislativo 11, de 7/7/1960, promulgado pelo Decreto 50.215, de 28/1/1961, atualizado pelo Decreto 99.757, de 3/12/1990), ratificando, posteriormente, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (Decreto 70.946, de 7/8/1972). Outrossim, em 1997 foi o primeiro país do Cone Sul

a sancionar uma lei nacional de refúgio (Lei 9.474, de 22/7/1997).

No âmbito das Nações Unidas, o Alto Comissariado para os refugiados – UNHCR (Acnur em português), criado em 1951, é o órgão responsável para proteger e apoiar os refugiados de todo o mundo, por meio de repatriação voluntária, integração local e reassentamento em um terceiro país. O órgão realiza projetos de ajuda humanitária envolvendo Organizações Não Governamentais (ONG) em todo o mundo.

Atento à evolução do tema, pontifica Paulo Henrique Gonçalves Portela² que “a matéria é objeto da atenção do Direito Internacional dos Refugiados, ramo do Direito das Gentes que visa a regular a proteção de pessoas nessa situação e a estabelecer o marco legal da cooperação internacional contra o problema”.

2. O sistema de proteção dos refugiados no Brasil

Conforme já frisado, o Brasil é um dos países que mais recebem estrangeiros e que mais declaram o *status* de refugiado. Consoante dados fornecidos pela Polícia Federal³, existem 1.267.840 (um milhão, duzentos e sessenta e sete mil, oitocentos e quarenta) estrangeiros registrados no Brasil, localizados em maior quantidade nos seguintes Estados: São Paulo – 659.423, Rio de Janeiro – 268.936, Paraná – 66.040, Rio Grande do Sul – 60.807, Minas Gerais – 37.148 e Bahia – 27.088.

O Conare – Comitê Nacional para os Refugiados –, órgão da Administração Pública brasileira criado pela Lei 9.497/1997, é o responsável por receber os requerimentos e determinar se os solicitantes reúnem as condições necessárias para serem reconhecidos como refugiados. Também é de sua atribuição a coordenação de políticas assistenciais aos refugiados, bem como a aprovação ou não dos programas e orçamentos anuais do Acnur.

As Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro oferecem assistência jurídica, orientação social, cursos de português e apoio na procura de empregos e moradia, além de participar das atividades e reuniões colegiadas do Conare.

Em que pese essa posição de vanguarda do Brasil no tratamento aos estrangeiros, a assistência jurídica

era ofertada de maneira oficiosa, não alcançando os alienígenas de maneira ampla e invariável, visto que prestada por instituições paraestatais de forma esporádica e pontual, sequer abrangendo todo o território nacional.

Assim, verificava-se não haver uniformidade e constância, ou seja, regularidade decorrente da adoção sistemática de um procedimento apto a viabilizar a prestação de serviço público devidamente organizado para tanto. Ademais, não eram raros os casos em que os alienígenas não recebiam qualquer assistência jurídica, visto que os procedimentos eram ultimados sem serem oportunizado o auxílio de profissional habilitado.

Dessa forma, visando garantir a efetivação dos direitos previstos nos acordos internacionais ratificados pelo Brasil, o legislador pátrio aprovou a Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, elegendo a Defensoria Pública como a instituição vocacionada para a promoção dos direitos humanos, bem como incluindo nas suas funções institucionais a difusão e a conscientização dos direitos humanos e a legitimidade para representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos⁴.

3. O devido processo legal para o reconhecimento da condição de refugiado

3.1 O arcabouço jurídico internacional

O artigo 7º, § 1º, da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, prescreve que “ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta convenção, um Estado Contratante concederá aos refugiados o regime que concede aos estrangeiros em geral”.

Mais adiante, a Convenção continua a estabelecer outros direitos aos refugiados, inclusive direitos de ordem processual, como o direito de ser tratado no mesmo patamar que um nacional e de obter assistência judiciária gratuita. É o que está previsto no artigo 16 da referida convenção, *in verbis*:

Art. 16 – Direito de Propugnar em Juízo

Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais.

No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e isenção de cautio judicatum solvi.

Nos Estados Contratantes outros que não aquele em que tem sua residência habitual, e no que concerne às questões mencionadas no parágrafo 2, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional do país no qual tem sua residência habitual.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, traz um extenso rol de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Várias garantias judiciais foram concedidas, cuja inteligência é perfeitamente aplicável às garantias aos refugiados, vejamos:

Artigo 8 - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

Como se pode observar, a ordem jurídica internacional, sensível à situação fática vivenciada por

aqueles que buscam refúgio, concedeu tratamento isonômico entre eles e os estrangeiros de forma geral.

3.2 O arcabouço jurídico brasileiro

Conforme delineado acima, a proteção jurídica concedida aos estrangeiros tem evoluído no plano internacional no sentido de dar acolhida à efetividade dos direitos humanos. No Brasil, esta proteção tem égide, sobretudo, na Constituição Federal de 1988, nos tratados internacionais ratificados pelo país e na Lei 9.474/1997.

A nossa Constituição traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). No artigo 4º elenca, dentre os princípios aplicados às relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e a concessão de asilo político (inciso X). O artigo 5º assegura também o contraditório e a ampla defesa em processo judicial e administrativo (inciso LV) e a prestação de assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados (inciso LXXIV).

Nesse sentido, a lição de Liliana Lyra Jubilut⁵:

Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo são expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. (...) Dessa forma, além de obrigar o Brasil a zelar pelo respeito aos direitos humanos e a conceder asilo, assegurando mediatamente o refúgio, a Constituição Federal de 1988 estipula a igualdade de direitos entre os brasileiros e estrangeiros – incluindo-se os solicitantes de refúgio e os refugiados – do que se depreende que, salvo as exceções nele previstas, este documento coloca o ordenamento jurídico nacional, com todas as suas garantias e obrigações, à disposição dos estrangeiros que vêm buscar refúgio no Brasil. Desta feita, a Constituição Federal de 1988 traz as bases legais para a efetivação do instituto do refúgio no Brasil bem como dispõe sobre o tratamento jurídico a ser dispensado aos solicitantes de refúgio e refugiados – enquanto estrangeiros – no Brasil, mostrando-se consciente da importância do tema no atual momento da comunidade internacional.

Não é demais ressaltar que as referidas normas internacionais têm natureza jurídica de tratados de direitos humanos, revestindo-se do *status* de supralegalidade dentro da hierarquia normativa brasileira, revogando, assim, toda a legislação infraconstitucional que com elas sejam incompatíveis, como restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 87.585 (Informativo 531).⁶

Ademais, com a aplicação do instituto do refúgio há a transferência da responsabilidade de proteção do indivíduo de um Estado para a comunidade internacional, por meio de um de seus membros. Tal fato ocorre em função de a Organização das Nações Unidas (ONU), apesar de possuir um órgão específico para tratar do tema, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), não contar com um território que lhe seja próprio, no qual a proteção possa ser gozada.

Não bastasse, o Brasil optou por receber o instituto do refúgio não só por meio da ratificação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, mas também pela adoção de uma lei específica: a Lei 9.474/1997, cujos termos decorreram do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, o qual demonstrou claramente o desejo do governo brasileiro de se inserir na ordem internacional no que concerne à proteção da pessoa humana.

O mencionado Diploma Legal traz em seu bojo o conceito de refugiado, nos seguintes termos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Percebe-se que a possibilidade de reconhecer um indivíduo como refugiado em função de grave e generalizada violação de direitos humanos não é consagrada pela Convenção de 1951, sendo

uma inovação da lei brasileira inspirada em dois instrumentos regionais de proteção aos refugiados: a Convenção relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, da Organização da Unidade Africana, de 1969, e a Declaração de Cartagena, da Organização dos Estados Americanos, de 1984. Com a inclusão deste dispositivo, a lei brasileira permite a proteção de um maior número de pessoas, ampliando seu espectro humanitário.

Desse modo, verifica-se que o Brasil, ao adotar a Lei 9.474/1997, teve como finalidade o melhor cumprimento das obrigações que lhe foram imputadas pela ratificação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, inclusive ampliando seu âmbito de proteção, o que torna imperiosa a adoção de procedimentos internos que viabilizem seu exercício pelos destinatários, sob pena de se tornar letra morta.

Apregoa, ainda, a multicitada Lei que o refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, bem como poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado⁷, consagrando o princípio do *non-refoulement*, preceito norteador do Direito Internacional dos Refugiados, pelo qual “não se admite que o refugiado seja enviado de volta ao Estado de onde proveio e em que corre risco de perseguição ou de vida, ou seja, é a proibição de rechaço desse estrangeiro”⁸.

Portanto, é vedada a deportação do estrangeiro que manifeste interesse em receber o reconhecimento estatal de sua condição de refugiado, sobretudo quando aquela medida tenha o condão de entregá-lo ao Estado onde corra perigo de vida ou perseguição. Tal proibição de expulsão ou de *rechaço* já tinha sido consagrada na Convenção de 1951 (artigo 33):

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país.

Acerca do tema, assevera Paulo Henrique Gonçalves Portela⁹:

Com isso, é proibida a deportação do interessado no refúgio, mormente quando a medida possa levar a pessoa ao território de um Estado onde corra perigo, inclusive no caso de passageiros clandestinos ou irregulares, a menos que o potencial refugiado, ‘por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país’.

Saliente-se, ainda, que o artigo 10 do mesmo Diploma Legal preceitua que “a solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem”.

Assim, da análise de todo o arcabouço normativo, mormente do direito internacional dos refugiados encampado pelo Brasil, inegável que não só os réus em processo penal¹⁰, mas qualquer indivíduo em território alienígena, ainda que sob a condição de refugiado, possui direito à assistência judiciária gratuita, a ser fornecida pelo Estado soberano onde se encontrar, preceito este incorporado pela ordem jurídica nacional.

3.3 A necessidade de comunicar à Defensoria Pública o início do procedimento de deportação

Neste ponto, para melhor visualização do momento em que se faz necessária a intimação da Defensoria Pública para atuar na defesa daquele que pleiteia o reconhecimento de sua condição de refugiado, revela-se fundamental uma rápida análise do procedimento administrativo da deportação, uma vez que os potenciais postulantes do *status* de refugiado são, em regra, estrangeiros que estão em situação irregular no país, sujeitos, assim, à deportação.

Nas palavras de Francisco Rezek¹¹:

A deportação é uma forma de exclusão, do território nacional, daquele estrangeiro que aqui se encontra após uma entrada irregular – geralmente clandestina –, ou cuja estada tenha-se tornado irregular – quase sempre por excesso de prazo, ou

por exercício de trabalho remunerado, no caso do turista.

A deportação está disciplinada na Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e no Decreto 86.715/1981, que a regulamenta, sendo o Departamento de Polícia Federal o órgão do Poder Executivo que possui atribuição para sua efetivação.

Sobre a deportação, dispõem os arts. 57 e 58 da Lei 6.815/1980, *in verbis*:

Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

§ 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o caput deste artigo.

Art. 58. A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro.

Parágrafo único. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

Regulamentando os dispositivos legais supracitados, o Decreto 86.715/1981 delineou o procedimento da deportação nos seguintes termos:

Art. 98 - Nos casos de entrada ou estada irregular, o estrangeiro, notificado pelo Departamento de Polícia Federal, deverá retirar-se do território nacional:

I - no prazo improrrogável de oito dias, por infração ao disposto nos artigos 18, 21, § 2º, 24, 26, § 1º, 37, § 2º, 64, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigos 105 e 125, II da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980;

II - no prazo improrrogável de três dias, no caso de entrada irregular, quando não configurado o dolo.

§ 1º - Descumpridos os prazos fixados neste artigo, o Departamento de Polícia Federal promoverá a imediata deportação do estrangeiro.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação dos prazos de que tratam os incisos I e II deste artigo.

Art. 99 - Ao promover a deportação, o Departamento de Polícia Federal lavrará termo, encaminhando cópia ao Departamento Federal de Justiça.

Verifica-se dos dispositivos legais e regulamentares acima transcritos a total ausência de balizas procedimentais que proporcionem uma sistemática prestação de assistência jurídica àqueles que ingressam irregularmente no país, malferindo, assim, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, assegurado pela Carta da República em seu art. 5º, LV, bem como violando preceitos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.

Pode-se facilmente depreender que, sem a devida assistência, o estrangeiro muitas vezes sequer saberá quais requerimentos poderá formular perante as autoridades locais, já que, após ser notificado, terá no máximo apenas três dias para sair do país (a situação daquele que aporta clandestinamente no Brasil para pedir refúgio enquadra-se no inc. II do art. 98 do Dec. 86.715/1981), ao término do qual será retirado compulsoriamente pela Polícia Federal, podendo até mesmo ser deportado imediatamente, nos termos do § 2º acima transcrito.

Dessa forma, é imperiosa a necessidade de que em todos os procedimentos administrativos decorrentes da entrada irregular de estrangeiro no Brasil seja cientificado o órgão nacional oficialmente responsável pela prestação de assistência jurídica, sob pena de se fazer tábula rasa do direito de petição de refúgio (Lei 9.474/1997, art. 7º), assim como de todos os direitos assegurados na legislação aqui delineada.

Como é cediço, no âmbito do Estado brasileiro, a Defensoria Pública é órgão constitucionalmente destinado a prestar o serviço público essencial de assistência jurídica integral e gratuita, de forma permanente, nos termos do art. 134 da Constituição Federal.

Apesar de sua recente implementação, a Defensoria Pública tem importância crescente no resguardo ao contraditório e à ampla defesa, exemplo disso foi a edição da Lei 11.449/2007, que alterou a dicção do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, para os seguintes termos:

Art. 306, § 1º - Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante

acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Com essa nova sistemática, a Defensoria Pública passou a atuar na defesa do indiciado desde a sua apresentação em estabelecimento policial ou penitenciário. Desde o início do inquérito policial a Defensoria Pública já é intimada a patrocinar sua defesa.

Ressalte-se que não só o hipossuficiente econômico faz jus à assistência da Defensoria Pública, mas também o hipossuficiente jurídico, a exemplo do que acontece na curadoria especial e na defesa dativa em processo criminal, onde o resguardo da ampla defesa e contraditório por si só justificam o patrocínio do Defensor Público.

Assim, quando um estrangeiro em situação irregular é encontrado pela Polícia Federal, poderá requerer junto ao Conare o pedido de refúgio em processo administrativo (Lei 9.474/97, art. 7º). Todavia, muitas vezes, esse pedido sequer chega a ser formulado devido à falta de conhecimento.

Com efeito, a única forma de harmonizar o procedimento administrativo sumário da deportação com o direito do estrangeiro de pedir refúgio ao Brasil é efetivar-se a intimação da Defensoria Pública da União tão logo um estrangeiro em situação irregular seja detido pela Polícia Federal.

A regular intimação da Defensoria Pública da União, nesse caso, é necessária para assegurar a efetividade de todos os direitos elencados pelas normas internacionais devidamente ratificadas pelo Brasil, dos quais, vale repisar, o direito de ser tratado juridicamente como um nacional, o que engloba a defesa em processo judicial e administrativo executada por um Defensor disponibilizado pelo Estado, caso ele mesmo não constitua advogado.

Importante frisar que esses direitos não se restringem aos processos judiciais, repercutindo também em processos administrativos. O pedido de refúgio junto ao Conare e o acompanhamento do processo administrativo em sede da Polícia Federal também são alcançados por essa proteção.

Todavia, verifica-se que no cotidiano tal expediente ainda não é regularmente adotado ante a falta de obrigatoriedade explícita em norma específica

do procedimento de deportação, o que inegavelmente pode levar à supressão dos direitos dos alienígenas.

Não obstante, basta que se interprete o procedimento de acordo com os preceitos constitucionais e supralegais para restar inafastável a obrigatoriedade da comunicação ao órgão estatal de defesa desde a apresentação do estrangeiro à Polícia Federal.

Ora, obrigar-se perante a ordem internacional, bem como franquear a assistência jurídica aos estrangeiros irregulares em solo brasileiro, de nada adiantaria sem que a Defensoria Pública fosse intimada para conhecimento dos fatos, mesmo que o alienígena não tome a iniciativa de requerê-lo, pois não é incomum que desconheça a disponibilidade de tal serviço.

Conclusão

Como forma de instrumentalizar a concretização dos direitos humanos, a Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, atribui à Defensoria Pública a missão institucional de promovê-los, o que constitui um avanço do Estado brasileiro na busca do adimplemento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, a exemplo do respeito ao devido processo legal aos que pretendem o reconhecimento da condição de refugiados.

A legislação de regência do procedimento de deportação, que prevê a sumária retirada do estrangeiro irregular do território nacional, deve passar por um processo de filtragem constitucional e ser interpretada em conjunto com o arcabouço jurídico que rege o instituto do refúgio.

Assim, à luz do que foi delineado, com fulcro nas normas internacionais ratificadas pelo Brasil e na própria legislação nacional, conclui-se ser imperiosa a intimação da Defensoria Pública da União, em todo país, para atuar na defesa dos estrangeiros, desde a sua apresentação à Polícia Federal.

(Endnotes)

1 Para Paulo Henrique Gonçalves Portela *in: Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, pp. 733-734: Um dos problemas que preocupam a sociedade internacional é a frequência com que pessoas, individualmente ou em grupo, abandonam o local onde vivem em decorrência de conflitos armados, desastres naturais ou perseguições de caráter político, ideológico ou religioso e se dirigem a outro Estado com o objetivo de ali encontrar a devida proteção. Tais pessoas normalmente são conhecidas como

refugiados e necessitam de atenção especial, fazendo jus a normas peculiares de proteção enquanto permanecerem no território do ente estatal para onde se deslocaram.

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 734.

3 Ofício 206/2008 DELEMIG/SR/DPF/BA.

4 Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

(...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

(...)

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

5 JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, pp. 181-182.

6 Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual – v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. (HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3/12/2008).

7 Art. 5º: O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

(...).

Art. 7º: O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. Bem como que em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua

vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

8 DELL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.396.

9 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 735.

10 Atento à referida peculiaridade, na sessão plenária do dia 22 de outubro 2009, o Min. Celso de Melo chamou a atenção para a importância do tema: *O Min. Celso de Mello salientou, quanto ao art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que tal questão certamente deverá ser considerada por esta Corte em casos futuros se e quando ocorrer transgressão a essa norma de vital importância, a qual consubstancia uma prerrogativa que compõe hoje o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana. Afirmou ter a impressão de que, em diversos procedimentos penais instaurados no Brasil contra súditos estrangeiros, as autoridades brasileiras não têm tido a percepção de que há uma obrigação imposta em tratado internacional multilateral, subscrito pelo Brasil e incorporado ao plano do direito positivo interno. Concluiu tratar-se, portanto, de uma matéria da qual o Tribunal deve se ocupar, especialmente no contexto da garantia do devido processo e da observância de direitos básicos que assistem a qualquer pessoa e, em particular, aos estrangeiros quando efetivada a sua prisão por autoridades brasileiras. (Ext-1126, Inf. STF 564, 19 a 23/10/2009).*

11 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 195.

Bibliografia

DELL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Súmula 417

Órgão Julgador

Corte Especial

Data da Decisão

3/3/2010

Fonte

DJe Data: 11/3/2010

Ementa

Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

Referências Legislativas

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973

**** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

ART:00620 ART:00655

LEG:FED LEI:006830 ANO:1980

**** LEF-80 LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

ART:00011

Precedentes

REsp 299439 MT 2001/0003193-5 DECISÃO:07/08/2008

DJe Data: 18/8/2008

AgRg no REsp 817188 RN 2006/0023260-0 DECISÃO:03/12/2007

*DJ*Data: 14/12/2007 PG:00401

REsp 939294 SP 2007/0075059-0 DECISÃO:02/08/2007

*DJ*Data: 15/08/2007 PG:00269

EAg 746184 SP 2006/0122792-6 DECISÃO:27/06/2007

*DJ*Data: 6/8/2007 PG:00452

REsp 911303 SP 2006/0276007-6 DECISÃO:24/04/2007

*DJ*Data: 21/5/2007 PG:00564

REsp 450860 RS 2002/0094551-3 DECISÃO:18/05/2006

*DJ*Data: 1/8/2006 PG:00401

*In: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf

REsp 725587 PR 2005/0025658-8 DECISÃO:13/09/2005

*DJ*Data: 26/9/2005 PG:00242

AgRg no Ag 633357 RS 2004/0141730-5 DECISÃO:28/06/2005

*DJ*Data: 1/8/2005 PG:00447

REsp 472723 SP 2002/0130936-1 DECISÃO:15/04/2004

*DJ*Data: 17/5/2004 PG:00270

AgRg no Ag 551386 RS 2003/0170885-5 DECISÃO:01/04/2004

*DJ*Data: 10/5/2004 PG:00183

REsp 399557 PR 2002/0097211-7 DECISÃO:08/10/2003

*DJ*Data: 3/11/2003 PG:00243

REsp 445684 SP 2002/0080078-1 DECISÃO:05/12/2002

*DJ*Data: 24/2/2003 PG:00284

AgRg no Ag 447126 SP 2002/0047191-4 DECISÃO:05/12/2002

*DJ*Data: 3/2/2003 PG:00287

REsp 323540 MT 2001/0058497-0 DECISÃO:18/09/2001

*DJ*Data: 4/3/2002 PG:00264

AgRg no Ag 265932 GO 1999/0092016-3 DECISÃO:20/08/2001

*DJ*Data: 24/9/2001 PG:00296

REsp 325868 SP 2001/0058552-5 DECISÃO:07/08/2001

*DJ*Data: 10/9/2001 PG:00288

REsp 262158 RJ 2000/0055980-6 DECISÃO:22/08/2000

*DJ*Data: 9/10/2000 PG:00157

JBCC VOL.:00185 PG:00407

ROMS 47 SP 1989/0009554-4 DECISÃO:07/05/1990

*DJ*Data: 21/5/1990 PG:04427

Súmula 418

Órgão Julgador

Corte Especial

Data da Decisão

3/3/2010

Fonte

DJe Data: 11/3/2010

Ementa

É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Referências Legislativas

LEG:FED CFB:***** ANO:1988

**** CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ART:00105 INC:00003

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973

**** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

ART:00538

Precedentes

REsp 776265 SC 2005/0139887-6 DECISÃO:18/04/2007

*DJ*Data: 6/8/2007 PG:00445

EResp 796854 DF 2006/0233793-7 DECISÃO:20/06/2007

*DJ*Data: 6/8/2007 PG:00445

RSTJ VOL.:00212 PG:00025

AgRg nos EREsp 877640 SP 2009/0043058-1 DECISÃO:10/06/2009

DJe Data: 18/6/2009

REsp 852069 SC 2006/0105416-0 DECISÃO:06/09/2007

*DJ*Data: 1/10/2007 PG:00225

AgRg no AgRg no REsp 989043 SP 2007/0218273-1 DECISÃO:21/02/2008

DJe Data: 7/4/2008

REsp 984187 DF 2007/0208627-0 DECISÃO:11/03/2008

DJe Data: 7/4/2008

REsp 1000710 RS 2007/0254923-0 DECISÃO:06/08/2009

DJe Data: 25/9/2009

AgRg no Ag 896558 CE 2007/0129124-9 DECISÃO:14/08/2007

*DJ*Data: 21/9/2007 PG:00299

REsp 854235 SP 2006/0083477-9 DECISÃO:08/04/2008

DJe Data: 18/4/2008

AgRg no Ag 992922 MG 2007/0281285-0 DECISÃO:15/04/2008

DJe Data: 29/4/2008

REsp 877106 MG 2006/0175986-2 DECISÃO:18/08/2009

DJe Data: 10/9/2009

AgRg no Ag 479830 SP 2002/0136992-3 DECISÃO:22/05/2003

*DJ*Data: 30/6/2003 PG:00245

AgRg no Ag 643825 MG 2004/0168834-4 DECISÃO:29/11/2005

*DJ*Data: 19/12/2005 PG:00399

REsp 706998 RS 2004/0170485-6 DECISÃO:15/03/2005

*DJ*Data: 23/05/2005 PG:00304

REsp 681227 RS 2004/0111669-7 DECISÃO:16/08/2007

*DJ*Data: 12/11/2007 PG:00219

AgRg no Ag 948303 RS 2007/0214437-2 DECISÃO:27/11/2007

*DJ*Data: 17/12/2007 PG:00211

AgRg no Ag 949677 SP 2007/0213214-1 DECISÃO:18/12/2007

*DJ*Data: 11/2/2008 PG:00133

REsp 939436 SC 2007/0073547-1 DECISÃO:11/12/2007

*DJ*Data: 7/2/2008 PG:00462

REsp 673601 RS 2004/0128547-0 DECISÃO:17/12/2007

*DJ*Data: 7/2/2008 PG:00399

AgRg no Ag 906352 SP 2007/0119922-4 DECISÃO:20/11/2007

*DJ*Data: 10/12/2007 PG:00431

AgRg no REsp 573080 RS 2003/0127649-1 DECISÃO:17/02/2004

*DJ*Data: 22/3/2004 PG:00373

Súmula 419

Órgão Julgador

Corte Especial

Data da Decisão

3/3/2010

Fonte

DJe Data:11/03/2010

Ementa

Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Referências Legislativas

LEG:FED CFB:***** ANO:1988

**** CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ART:00005 INC:00067

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973

**** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

ART:0543C

CVC:***** ANO:1969

**** CADH CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

ART:00007 PAR:00007

LEG:FED RES:000008 ANO:2008

ART:00002 PAR:00001

(Superior Tribunal de Justiça - STJ)

Precedentes

[REsp 914253 SP 2006/0283913-8 DECISÃO:02/12/2009](#)

Dje Data: 4/2/2010

[HC 130443 PI 2009/0040173-0 DECISÃO:04/06/2009](#)

Dje Data: 23/6/2009

[RHC 26120 SP 2009/0091535-2 DECISÃO:01/10/2009](#)

Dje Data: 15/10/2009

[HC 126457 SP 2009/0010438-1 DECISÃO:16/04/2009](#)

Dje Data: 5/5/2009

[RHC 25786 MT 2009/0056015-0 DECISÃO:19/05/2009](#)

Dje Data: 4/6/2009

[RHC 25071 RS 2008/0272587-2 DECISÃO:18/08/2009](#)

Dje Data: 14/10/2009

[HC 113956 SP 2008/0184483-2 DECISÃO:02/10/2008](#)

Dje Data: 13/10/2008

[HC 115892 RS 2008/0206608-0 DECISÃO:19/02/2009](#)

Dje Data: 9/3/2009

[HC 139812 RS 2009/0119784-4 DECISÃO:08/09/2009](#)

Dje Data: 14/9/2009

AgRg no Ag 1135369 SP 2008/0283639-3 DECISÃO:18/08/2009

Dje Data: 28/9/2009

HC 96180 SP 2007/0290972-0 DECISÃO:18/12/2008

Dje Data: 9/2/2009

Súmula 420

Órgão Julgador

Corte Especial

Data da Decisão

3/3/2010

Fonte

Dje Data: 11/3/2010

Ementa

Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais.

Precedentes

AgRg nos EREsp 965703 SP 2007/0283581-1 DECISÃO:24/09/2008

Dje Data: 10/10/2008

AgRg nos EREsp 838550 RS 2007/0217083-9 DECISÃO:24/09/2008

Dje Data: 6/10/2008

AgRg nos EREsp 970260 SP 2007/0250979-7 DECISÃO:12/03/2008

Dje Data: 7/4/2008

AgRg nos EREsp 506808 MG 2006/0252486-2 DECISÃO:12/03/2008

Dje Data: 7/4/2008

AgRg nos EREsp 866458 DF 2007/0278487-4 DECISÃO:11/02/2008

Dje Data: 3/3/2008

AgRg nos EREsp 510299 TO 2006/0200390-8 DECISÃO:07/11/2007

DJ Data: 3/12/2007 PG:00247

AgRg nos EAgr 646532 RJ 2006/0064442-1 DECISÃO:07/06/2006

DJ Data: 1/8/2006 PG:00335

AgRg nos EREsp 614831 PI 2005/0095794-7 DECISÃO:08/02/2006

DJ Data: 15/3/2006 PG:00211

AgRg nos EREsp 735574 PE 2005/0162803-0 DECISÃO:14/12/2005

DJ Data: 13/2/2006 PG:00659

ERESP 663196 PR 2005/0060545-2 DECISÃO:14/09/2005

*DJ*Data: 26/9/2005 PG:00170

AgRg nos EREsp 507120 CE 2004/0113481-2 DECISÃO:27/04/2005

*DJ*Data: 30/5/2005 PG:00203

AgRg nos EREsp 613036 RJ 2004/0152337-9 DECISÃO:09/03/2005

*DJ*Data: 4/5/2005 PG:00154

AgRg nos EREsp 791595 PE 2006/0114704-0 DECISÃO:13/12/2006

*DJ*Data: 12/4/2007 PG:00210

Súmula 421

Órgão Julgador

Corte Especial

Data da Decisão

3/3/2010

Fonte

DJe Data:11/3/2010

Ementa

Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Referências Legislativas

LEG:FED CFB:***** ANO:1988

***** CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ART:00134

LEG:FED LEI:010406 ANO:2002

***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002

ART:00381

Precedentes

REsp 1108013 RJ 2008/0277950-6 DECISÃO:03/06/2009

DJe Data: 22/6/2009

ERESP 566551 RS 2004/0051572-7 DECISÃO:10/11/2004

*DJ*Data: 17/12/2004 PG:00403

ERESP 480598 RS 2004/0051650-0 DECISÃO:13/04/2005

*DJ*Data: 16/5/2005 PG:00224

REsp 852459 RJ 2006/0137180-5 DECISÃO:11/12/2007

Dje Data: 3/3/2008

LEXSTJ VOL.:00224 PG:00167

AgRg no REsp 1039387 MG 2008/0054778-0 DECISÃO:03/06/2008

Dje Data: 23/6/2008

AgRg no REsp 755631 MG 2005/0090151-2 DECISÃO:10/06/2008

Dje Data: 25/6/2008

REsp 1052920 MS 2008/0091556-2 DECISÃO:17/06/2008

Dje Data: 26/6/2008

RT VOL.:00876 PG:00182

AgRg no REsp 1054873 RS 2008/0098961-8 DECISÃO:11/11/2008

Dje Data: 15/12/2008

REsp 740568 RS 2005/0057809-5 DECISÃO:16/10/2008

Dje Data: 10/11/2008

AgRg no REsp 1084534 MG 2008/0192684-2 DECISÃO:18/12/2008

Dje Data: 12/2/2009

AgRg no REsp 1028463 RJ 2008/0018694-0 DECISÃO:25/09/2008

Dje Data: 13/10/2008

Numeração única: 0033543-72.2004.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade

2004.34.00.042629-0/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Assuete Magalhães
Autor: Segunda Turma do TRF 1ª Região
Réu: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Inkra e outros
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Réu: Maria Luiza Telles Marcilio e outros
Advogado: Dr. Alzir Leopoldo do Nascimento e outros
Interessado: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 22/3/2010, p. 2

Ementa

Constitucional, Administrativo e Previdenciário. Arguição de Inconstitucionalidade do Art. 22, I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216/2004, convertido no art. 22, I e II e parágrafo único, da Lei 11.090/2005, posteriormente alterado pelo art. 22, I, “a” e “b”, e II, “a” e “b”, da Medida Provisória 431/2008, convertido no art. 22, I, “a” e “b”, e II, “a” e “b”, da Lei 11.784/2008. Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária (Gdara). Paridade de vencimentos e proventos/pensões. Tratamento diferenciado dos servidores inativos e pensionistas, protegidos pelo art. 7º da EC 41/2003, pelo art. 2º e pelo parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, que não tiveram reconhecida a paridade de vencimentos e proventos/pensões. Afrenta ao art. 7º da EC 41/2003, ao art. 2º e ao parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005. Inconstitucionalidade reconhecida, em relação àqueles em favor dos quais ainda se acha assegurada a paridade de vencimentos e proventos/pensões.

I. A Medida Provisória 216, de 23/9/2004, posteriormente convertida na Lei 11.090, de 7/1/2005, instituiu, em seu art. 15, a Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária (Gdara), devida aos ocupantes dos cargos do Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário, estendendo-a àqueles servidores cedidos para outros órgãos ou entidades do Governo Federal e àqueles requisitados pela Presidência ou Vice-Presidência da República (art. 18, I e II, *a e b*, da MP 216/2004, convertida na Lei 11.090/2005), o que evidencia o caráter genérico da aludida Gratificação.

II. Tal Gratificação foi atribuída também aos servidores inativos e pensionistas, pelo art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertido no art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Lei 11.090/2005 – posteriormente alterado pelo art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Medida Provisória 431/2008, convertido no art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Lei 11.784/2008 –, porém, de forma diferenciada, em desrespeito à paridade de vencimentos e proventos/pensões, hoje assegurada apenas àqueles protegidos pelo art. 7º da EC 41/2003 e pelo parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005 (quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões) e pelo art. 2º da EC 47/2005 (quanto à paridade de vencimentos e proventos).

III. A Constituição Federal de 1988, na sua redação original, disciplinando o regime próprio de aposentadoria e pensões dos servidores públicos, assegurou, nos §§ 4º e 5º do seu art. 40, tanto em favor dos aposentados, como dos pensionistas, paridade de proventos/pensões com os vencimentos dos servidores da ativa, ao estabelecer que os proventos/pensões deveriam ser revistos “(...) na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”.

IV. Diversas foram as alterações introduzidas no sistema previdenciário brasileiro, destacando-se a Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, que pôs fim à paridade de vencimentos e proventos/pensões, ressalvando, contudo, as situações previstas em seu art. 7º, que garantiu a mencionada paridade àqueles ali mencionados.

V. Dentro de tal contexto constitucional, as disposições do art. 22, I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216/2004, convertidas no art. 22, I e II, e parágrafo único, da Lei 11.090/2005 – posteriormente alteradas pelo art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Medida Provisória 431/2008, convertidas no art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Lei 11.784/2008, mas com o mesmo vício de inconstitucionalidade –, resultaram inconstitucionais, ao fixar valores diferenciados da referida Gratificação para os ativos e inativos e pensionistas, fixando tais valores, indistintamente, para todas as aposentadorias e pensões concedidas anteriormente à vigência da referida Medida Provisória 216, de 23/9/2004, sem qualquer ressalva quanto aos beneficiários da paridade de vencimentos e proventos/pensões, ainda assegurada àqueles inativos e pensionistas mencionados no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005 (quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões) e no art. 2º da EC 47/2005 (quanto à paridade de vencimentos e proventos), dispositivos constitucionais que se viram, assim, contrariados.

VI. Reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertido no art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Lei 11.090, de 7/1/2005, posteriormente alterado pelo art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Medida Provisória 431/2008, convertido no art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Lei 11.784/2008, tão somente em relação àqueles servidores e pensionistas mencionados no art. 7º da EC 41/2003, no art. 2º e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertidos no art. 22, incisos I e II e parágrafo único, da Lei 11.090, de 7/1/2005, posteriormente alterados pelo art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Medida Provisória 431/2008, convertidos no art. 22, I, *a e b*, e II, *a e b*, da Lei 11.784/2008, limitando, por maioria, os efeitos, aos beneficiários das exceções previstas no art. 7º da Emenda Constitucional 41/2003, no art. 2º e no parágrafo único do art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005.

Corte Especial do TRF da 1ª Região – 17/9/2009.

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*, relatora para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 22, inciso II, da Medida Provisória 216/2001, e da Lei 11.090/2005, arguida, de ofício, pela colenda Segunda Turma deste egrégio Tribunal, nos autos da Apelação Cível 2004.34.00.042629-0/DF, interposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra contra sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação que lhe movem Maria Luíza Telles Marcílio e outros, condenando a autarquia recorrente no pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – Gdara, a que se reporta o art. 16, inciso II, alínea *a*, do Decreto 5.580/2005, que regulamentou a referida gratificação, instituída pela mencionada Lei 11.090/2005.

Concluindo a Turma julgadora que o acolhimento da pretensão postulada pelos autores reclamaria a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, suscitou o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade, restando o Acórdão assim ementado:

Constitucional e Administrativo. Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – Gdara. Lei 11.090/2005. Artigo 22, Inciso II. Violação à paridade entre servidores ativos e inativos prevista no art. 40, § 8º da CF e mantida no art. 7º da Emenda Constitucional 41/2003.

I. Com a edição da Medida Provisória 216, convertida na Lei 11.090, de 7 de janeiro de 2005, foi criado o Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário do Incra, que instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade

de Reforma Agrária – Gdara (art. 15) destinada aos servidores da autarquia, sob um sistema de pontuação individual e institucional, variando de 10 a 100 pontos.

II. A referida lei estabeleceu para os servidores ativos “enquanto não forem editados os atos referidos nos §§ 3º e 4º desta Lei e até que sejam processados os resultados do (primeiro) período de avaliação, a Gdara será paga nos valores correspondentes a 60 (sessenta) pontos” (art. 19), enquanto estatuiu no artigo 22 que a Gdara integrará os proventos de aposentadoria e das pensões, de acordo com “o valor correspondente a 30 (trinta) pontos quando percebida por período inferior a 60 (sessenta) meses” (inciso II).

III. A adoção do critério previsto no inciso II do artigo 22 da Lei 11.090/2005 aos proventos e pensões violou o princípio da paridade entre os servidores ativos e inativos, mantido pelo art. 7º da EC 41/2003 para as pensões e aposentadorias “em fruição na data da publicação desta Emenda”.

IV. Suspensão do julgamento e remessa dos autos à Corte Especial para exame da constitucionalidade do art. 22, Inciso II, da Medida Provisória 216/2004 e da lei 11.090/2005, nos termos do art. 352 do RI/TRF1 – fls. 134).

Instada a se pronunciar, nos termos do § 1º do art. 482 do CPC e do art. 351, § 1º, do RITRF 1ª Região, manifestou-se a União Federal, suscitando, preliminarmente, a prejudicialidade do presente incidente de inconstitucionalidade, ante a edição da Medida Provisória 431, de 14 de maio de 2008, alterando o teor do art. 22 da Lei 11.090/2005, sustentando, no mérito, a legitimidade do referido dispositivo legal, sob o fundamento de que, em se tratando de gratificação que possui natureza *pro labore faciendo*, aos inativos somente seria devida parcela fixa a todos garantidas, uma vez que seria impossível aferi-la pelo critério da produtividade, razão por que postula a rejeição do incidente (fls. 141/144).

Publicou-se, ainda, edital de notificação, para as finalidades dos referidos § 1º do art. 482 do CPC e do art. 351, § 1º, do RITRF 1ª Região.

A douta Procuradoria Regional da República opinou pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência (fls. 157/166).

Este é o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente: – A Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – Gdara, foi instituída pela Medida Provisória 216, de 23 de setembro de 2004, posteriormente, convertida na Lei 11.090, de 7 de janeiro de 2005, que, assim, dispôs:

Art. 15. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária - Gdara, devida aos ocupantes dos cargos do Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário, quando em exercício de atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no Incra.

Art. 16. A Gdara será atribuída em função do desempenho individual do servidor e do desempenho institucional do Incra.

§ 1º A avaliação de desempenho individual visa aferir o desempenho do servidor no exercício das atribuições do cargo ou função, com foco na contribuição individual para o alcance dos objetivos organizacionais.

§ 2º A avaliação de desempenho institucional visa aferir o desempenho coletivo no alcance dos objetivos organizacionais, podendo considerar projetos e atividades prioritárias e condições especiais de trabalho, além de outras características específicas.

§ 3º Regulamento disporá sobre os critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional da Gdara, no prazo de até cento e oitenta dias, contado a partir da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 4º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da Gdara serão estabelecidos em ato do Presidente do Incra, observada a legislação vigente.

§ 5º A Gdara será paga com observância dos seguintes limites:

I. máximo, cem pontos por servidor; e

II. mínimo, dez pontos por servidor, correspondendo cada ponto ao valor estabelecido no Anexo V.

§ 6º O limite global de pontuação mensal por nível de que dispõe o Incra para ser atribuído aos servidores corresponderá a oitenta vezes o número de servidores ativos por nível, que fazem jus à Gdara, em exercício no Incra.

§ 7º Considerando o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, a pontuação referente à Gdara está assim distribuída:

I. até vinte pontos percentuais de seu limite máximo serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional; e

II. até oitenta pontos percentuais de seu limite máximo serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho individual.

Art. 17. O titular de cargo efetivo integrante do Plano de Carreira, em exercício no Incra, quando investido em cargo em comissão ou função de confiança fará jus à Gdara, nas seguintes condições:

I - ocupantes de cargos comissionados de Natureza Especial, DAS 6, DAS 5, ou equivalentes, perceberão a Gdara calculada no seu valor máximo; e

II - ocupantes de cargos comissionados DAS, níveis 1 a 4, de função de confiança, ou equivalentes, terão como avaliação individual e institucional a pontuação atribuída a título de avaliação institucional do Incra.

Art. 18. O titular de cargo efetivo integrante do Plano de Carreira que não se encontre em exercício no Incra fará jus à Gdara nas seguintes situações:

I. quando requisitado pela Presidência ou Vice-Presidência da República, calculada como se estivesse em exercício no Incra; e

II. quando cedido para outros órgãos ou entidades do Governo Federal, da seguinte forma:

a) o servidor investido em cargo em comissão de Natureza Especial, DAS 6, DAS 5, ou equivalentes, perceberá a Gdara em valor calculado com base no seu valor máximo; e

b) o servidor investido em cargo em comissão DAS 4, ou equivalente, perceberá a Gdara no valor de setenta e cinco por cento do seu valor máximo.

Art. 19. Enquanto não forem editados os atos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 16 desta Medida Provisória e até que sejam processados os resultados do primeiro período de avaliação de desempenho, a Gdara será paga nos valores correspondentes a sessenta pontos por servidor.

§ 1º O resultado da primeira avaliação gerará efeitos financeiros a partir do início do primeiro período de avaliação, devendo ser compensadas eventuais diferenças pagas a maior ou a menor.

§ 2º A data de publicação no Diário Oficial da União do ato a que se refere o § 4º do art. 16 constitui o marco temporal para o início do período de avaliação.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se aos ocupantes de cargos comissionados que fazem jus à Gdara.

Art. 20. O servidor ativo beneficiário da Gdara que obtiver na avaliação pontuação inferior a cinquenta por cento do limite máximo de pontos destinado à avaliação individual em duas avaliações individuais consecutivas será imediatamente submetido a processo de capacitação, sob responsabilidade do Incra.

Art. 21. Para fins de incorporação aos proventos da aposentadoria ou às pensões, relativos a servidores do Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário, a Gdara:

I. somente será devida, se percebida há pelo menos sessenta meses; e

II. será calculada pela média aritmética dos valores percebidos nos últimos sessenta meses anteriores à aposentadoria ou instituição da pensão, consecutivos ou não.

Art. 22. A Gdara integrará os proventos da aposentadoria e das pensões, de acordo com:

I. a média dos valores recebidos nos últimos sessenta meses; ou

II. o valor correspondente a trinta pontos, quando percebida por período inferior a sessenta meses.

Parágrafo único. Às aposentadorias e às pensões instituídas até o dia anterior ao da vigência desta Medida Provisória, aplica-se o disposto no inciso II deste artigo.

Posteriormente, o referido art. 22, e seus incisos, da Lei 11.090/2005, restou alterado pela Medida Provisória 431, de 14/5/2008, convertida na Lei 11.784, de 22/9/2008, restando, assim, redigido:

“Art. 22. Para fins de incorporação da Gdara aos proventos de aposentadoria ou às pensões, serão adotados os seguintes critérios:

I. para as aposentadorias e pensões instituídas até 19 de fevereiro de 2004, a Gdara será:

a) a partir de 1 de março de 2008, correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e

b) a partir de 1 de janeiro de 2009, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e

II - para as aposentadorias e pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004:

a) quando aos servidores que lhes deu origem se aplicar o disposto nos arts. 3º e 6º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, e no

art. 3º da Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005, aplicar-se-ão os percentuais constantes do inciso I do caput deste artigo; e

b) aos demais aplicar-se-á, para fins de cálculo das aposentadorias e pensões, o disposto na Lei 10.887, de 18 de junho de 2004”.

Os autores sustentam a sua pretensão no argumento de que, ao dispensar tratamento diferenciado aos aposentados e pensionistas, a norma do art. 22 acima transcrito estaria a transgredir o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e o art. 7º da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, que asseguram aos servidores aposentados a paridade de seus proventos com os vencimentos pagos aos funcionários em atividade.

Corroborando desse entendimento, concluiu a sentença monocrática que, uma vez que o art. 2º e 3º, do Dec. 5.580/2005 definiram o desempenho individual como a “*contribuição individual para o cumprimento dos objetivos organizacionais*, comprovado está o caráter genérico da gratificação Gdara, vez que a condição para sua percepção [...] pode ser traduzida no cumprimento dos deveres funcionais, exigíveis de todo e qualquer servidor, inclusive daqueles que hoje são inativos” (fls. 98).

O voto condutor do julgado proferido pela colenda Segunda Turma deste egrégio Tribunal, da lavra do Relator convocado, Juiz Federal André Prado de Vasconcelos, examinou a questão deduzida nestes autos, com estas letras:

“(…) trata-se de ação ordinária em que Maria Luiza Telles Marcílio Golin e outros pleiteiam a revisão de proventos e pensões percebidos pelos inativos, com o imediato recálculo em razão da alteração nos vencimentos dos servidores ativos do quadro de pessoal do Inkra, pela aplicação da Medida Provisória 216, de 23 de setembro de 2004, que criou a Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – Gdara.

4. Com a edição da Medida Provisória 216, convertida na Lei 11.090, de 7 de janeiro de 2005, foi criado o Plano de Carreira dos Cargos de Reforma e Desenvolvimento Agrário do Inkra, que instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária – Gdara (art. 15) destinada aos servidores da autarquia, sob um sistema de pontuação individual e institucional, variando de 10 a 100 pontos:

Art. 16. A Gdara será atribuída em função do desempenho individual do

servidor e do desempenho institucional do Inkra.

§ 5º. A Gdara será paga com observância dos seguintes limites:

I. máximo, 100 (cem) pontos por servidor; e

II. mínimo, 10 (dez) pontos por servidor, correspondendo cada ponto ao valor estabelecido no anexo V desta Lei.

5. Estipulou, ainda:

Art. 19. Enquanto não forem editados os atos referidos no §§ 3º e 4º desta Lei e até que sejam processados os resultados do 1º (primeiro) período de avaliação de desempenho, a Gdara será paga nos valores correspondentes a 60 (sessenta) pontos por servidor.

6. Todavia, para os inativos convencionou o pagamento de apenas trinta pontos, ou seja, a metade do valor dos servidores ativos:

Art. 22. A Gdara integrará os proventos da aposentadoria e das pensões, de acordo com:

II. O valor correspondente a 30 (trinta) pontos, quando percebida por período inferior a 60 (sessenta) meses.

7. Em 10 de novembro de 2005 foi editado o Decreto 5.580, que regulamentou a Gdara, dispondo sobre os limites e critérios de aferição de atribuição da gratificação, que dispôs que, o pagamento da Gdara calculado de acordo com seus critérios só será efetuado “a partir do segundo mês subsequente ao término do ciclo”, que terá a duração de seis meses (art. 10 do Decreto 5.580/2005), no prazo de trinta dias a partir da data da publicação do referido Decreto (art. 9º).

No entanto, manteve no texto a determinação de que “os servidores perceberão, a título de Gdara, o valor correspondente a sessenta pontos”, até o início dos efeitos financeiros do primeiro ciclo de avaliação (art. 10, § 1º).

8. Esta Corte vem decidindo, em casos semelhantes, pela paridade, com base no § 4º do art. 40 da Constituição de 1988, em sua redação original, que assim dispunha:

Os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou

reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

9. Com a edição da Emenda Constitucional 20/1998 a garantia da isonomia entre ativos e inativos passou a abarcar também as pensões, como se vê da redação dada ao § 8º do art. 40:

Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar as remunerações dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

10. A Emenda Constitucional 41/2003, suprimindo do texto constitucional a aludida isonomia, fixou regra transitória em seu próprio texto:

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei (ressaltei).

11. Os autores levantam a questão de que a adoção de critério de aplicação da gratificação diferenciado para os inativos fere o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, I, da Constituição, e o artigo 7º da Emenda Constitucional 41/2003, que a garantiu às aposentadorias e pensões que se encontravam em vigor na data da publicação da aludida emenda.

12. De fato, a adoção do critério previsto no inciso II do artigo 22 da Lei 11.090/2005 nos proventos e pensões violou o princípio da paridade

entre os servidores ativos e inativos, mantido pelo art. 7º da EC 41/2003 para as pensões e aposentadorias “em fruição na data da publicação desta Emenda”.

13. Embora esta Corte, em casos semelhantes, tenha entendido pela inconstitucionalidade de dispositivos legais que utilizam diferentes critérios na aplicação de vantagem entre servidores ativos e inativos e pensionistas, para afirmarmos o direito à percepção da Gdara mister se faz o exame do artigo 22 da Lei 11.090/2005 em confronto com os art. 5º, caput, da Constituição e o art. 7º da Emenda Constitucional 41/2003.

14. Em face do exposto, entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 22, inciso II, da Medida Provisória 216/2004 e da Lei 11.090/2005, voto pela suspensão do julgamento e pela remessa dos autos à Corte Especial para apreciação, nos termos do artigo 352 do Regimento Interno do TRF-1ª Região” (fls. 130/132).

II

Assim posta a questão, examino, inicialmente, a preliminar de prejudicialidade do presente incidente de inconstitucionalidade veiculado pela União Federal.

Como visto, a preliminar em referência ampara-se no argumento de que, em face das alterações introduzidas pela Medida Provisória 431, de 14/5/2008, não mais subsistiria a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo legal apontado como inconstitucional.

Não obstante os fundamentos em que se ampara a referida preliminar, não se vislumbra, na espécie, a alegada prejudicialidade, tendo em vista que, da simples leitura da nova redação do art. 22 da Lei 11.090/2005, verifica-se que permanece o tratamento diferenciado dispensado aos aposentados e pensionistas, na medida em que o valor da gratificação descrita nestes autos, a eles devidas, variará, dependendo das hipóteses ali elencadas, entre 40% (quarenta por cento) e 50% (cinquenta por cento) daquele devidos aos servidores ativos, a demonstrar a presença, no caso do interesse de agir dos autores, na espécie.

Ademais, ainda que assim não fosse, não prosperaria mesmo a aludida preliminar, eis que, a alteração em referência somente se dera em 14 de maio de 2008, sendo que a presente demanda fora ajuizada em 4 de novembro de 2004.

A tais fundamentos, acrescente-se a lúcida fala da douta Procuradoria Regional da República, *in verbis*:

“(…)

A questão preliminar suscitada pelo recorrido deve ser respondida de forma negativa, em virtude da natureza deste processo. Estivesse em causa aqui uma ação direta de inconstitucionalidade, a preliminar teria procedência parcial, porque se discutiriam todas as hipóteses nas quais a norma legal impugnada incidiria e então se teria eventualmente entre os servidores admitidos antes e após a EC 41, que de fato rompeu com critério de paridade entre os servidores da ativa e os aposentados, ao introduzir em nosso sistema jurídico a chamada reforma previdenciária. Confirasse nesse sentido, por todos a nova redação do art. 40 da Constituição, dada pela EC 41 e especialmente pela EC 47/2005. Tal desfecho do controle abstrato de constitucionalidade não pode, entretanto, ser transposto para este processo, uma vez que neste processo se realiza a fiscalização concreta de constitucionalidade. Malgrado a apreciação dos incidentes de inconstitucionalidade seja cindida em duas fases, isto é, a instauração do incidente e o julgamento da causa se dê nas turmas dos Tribunais, ao passo que a verificação da inconstitucionalidade dos atos normativos ocorra no órgão especial do art. 97 da Constituição, ambas as etapas preordenam-se à resolução de litígios concretos, cujas características determinam a amplitude. Daí que o Tribunal não precisa discutir todas as hipóteses nas quais a lei possa ser aplicada, mas apenas aquelas referentes ao caso concreto discutido.

Segue-se dessa premissa que este incidente não está prejudicado, apenas por que editada a EC 41. A razão adicional está também em que os artigos 3º e 7º da EC 41 ressaltaram a situação dos servidores aposentados antes de sua edição. Ora, todos os autores deste processo são abrangidos pelas mencionadas regras exceptivas, de modo que a disciplina jurídica constante do texto permanente da Constituição não se lhes aplica. Assim, a superveniência da emenda aludida é anódina, no que diz respeito ao incidente em causa: a abolição da paridade entre ativos e aposentados somente opera prospectivamente, e não retroativamente.

A edição da MP 431/2008 tampouco implicou a prejudicialidade deste incidente. Afirma-se ali que sua disciplina, acima transcrita, teria promovido a adequação da gratificação em causa às EECC 41 e 47. Sobre isso ser o tema de mérito do incidente de inconstitucionalidade, pois o juiz deve conhecer a lei promulgada no curso do processo, cabe notar que a medida provisória não deferiu aos interessados a paridade com os servidores da ativa.

Antes pelo contrário, o art. 22, II, da MP 431 deferiu aos aposentados vantagem situada entre 40 e 50% do máximo alcançável pelos servidores da ativa. Isso não enfraquece - antes robustece - a tese de que se está diante de modo pelo qual o legislador ordinário quer adotar expediente para ladear uma garantia constitucional dos servidores: deferir-lhes a metade do que ganham seus colegas da ativa é apenas um meio de confessar, pela metade, a atuação ilícita de deferir-lhes apenas parte do que têm direito. O incidente de inconstitucionalidade deve prosseguir para permitir a discussão do direito à percepção da metade controversa, algo que se faz no tópico seguinte” (fls. 162/164).

Rejeito, pois, a preliminar, em referência.

III

No mais, conforme já assinalado pela Turma julgadora, resta manifesta, na espécie, a inconstitucionalidade do art. 22, e seus incisos, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertida na Lei 11.090, de 7/1/2005, por flagrante violação ao que dispõem os arts. 5º, *caput*, 40, § 8º, da Constituição Federal, e o art. 7º da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003, que assim estipulam:

Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(…)”

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(…)

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Emenda Constitucional 41/2003:

“Art. 7º Observado o disposto no, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos

titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”.

Conforme se vê, tendo o dispositivo legal em referência dispensado tratamento diferenciado aos servidores inativos e aos pensionistas, acabou por violar as normas constitucionais acima transcritas, daí resultando a sua inconstitucionalidade.

Em casos similares, em que se examinou a possibilidade de extensão de semelhante gratificação a servidores inativos, o colendo Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento na mesma linha do que restou consignado pela Turma julgadora, conforme se vê, dentre outros, do seguinte julgado:

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Servidor público. Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica - GDAJ. Caráter genérico. Extensão aos servidores inativos. Fatos e provas. Inviabilidade do recurso.

I. O Tribunal de origem decidiu que a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica --- GDAJ tem natureza genérica, portanto, deve ser estendida aos inativos, sob pena de violação do disposto no artigo 40, § 8º, da Constituição do Brasil.

II. Entendimento diverso exigiria o reexame de legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nesta instância. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ai-AgR605702/RJ. Relator Ministro Eros Grau. Segunda Turma. DJe de 10/5/2007).

Nessa mesma linha de entendimento, pronunciou-se a douta Procuradoria Regional da República, com estas letras:

“(...)

Discute-se aqui a licitude de se restringir o pagamento da Gratificação de Desempenho da Reforma Agrária aos servidores aposentados anteriormente a sua instituição.

Esta não é a primeira de uma série de gratificações criadas por lei e que alijam os servidores aposentados de seu âmbito de incidência, em clara violação do art. 40, § 8º, da Constituição. Ninguém menos do que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa circunstância, como bem recordado pela apelação dos autores:

“Agravo Regimental. Recurso Extraordinário. Gratificação do Desempenho de Atividade Judiciária - GDAJ. Caráter genérico. Extensão aos servidores inativos. Moldura fática delineada pelo Tribunal a quo.

Havendo o Tribunal de origem decidido que a Gratificação do Desempenho da Atividade Jurídica - GDAJ tem natureza genérica, deve ser ela estendida aos inativos, sob pena de violação ao art. 40, § 8º, da Magna Carta, na redação da EC 20/1998, conforme jurisprudência pacífica desta Casa Maior da Justiça brasileira. Precedentes: MI 211, Rel. Min. Octavio Gallotti; RE 410.288-AgR e AI 276.786-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e AI 265.373-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio. Entendimento diverso exigiria reexame da legislação infraconstitucional pertinente (Medida Provisória 2.048/2000), bem como do conjunto fático-probatório dos autos, procedimentos vedados pela jurisprudência pacífica desta colenda Corte. Agravo regimental a que se nega provimento”¹

A solução do caso parece depender, antes de tudo, da rememoração de um dado fundamental, mas que tem sido esquecido neste contexto. Tem-se dito com surpreendente mansuetude que, se o critério de avaliação da lei não abrange os aposentados, então eles não fazem jus à extensão da vantagem. O problema, definitivamente, não é esse, mas o contrário, isto é, o de se determinar se a lei é constitucional.

E isso não parece ocorrer, por uma série de razões. A começar pela de que o legislador não pode inventar um sistema de retribuição de aposentados que não lhes garanta a paridade com os servidores da ativa. Pede-se encarecidamente a leitura do art. 40, § 8º, da Constituição. Se até a transformação dos cargos está ali abrangida, com maior razão estará a modificação de modalidade de cálculo que

¹ RE-Agr 405.173.

repercuta negativamente em que já dedicou uma vida ao serviço da União. Se o sistema de cálculo da aposentadoria não permite aferir o quanto se deve pagar aos aposentados, então o sistema não vale. Desculpe-se a repetição do ululantemente óbvio: a Constituição prevalece sobre a lei, e não o contrário.

Considere-se, de resto, que os artigos 17 e 18 da Lei 11.090 desmoralizam o argumento de que se trataria, aqui, de verdadeira gratificação de produtividade. Os ocupantes de cargos comissionados - mesmo fora do Incra - têm direito à percepção dessa vantagem, pelo patamar máximo. Não se entende como alguém cedido a órgão ou entidade alheios aos fins do Incra possa, por exemplo, ter produtividade em temas de reforma agrária. Isso bem ilustra que o sistema legal, em verdade, sabota a mencionada garantia constitucional.

A concessão da ordem deve ser feita de modo a se compelir a União a avaliar o desempenho pretérito dos servidores nos moldes preconizados pela nova legislação ou pagar-lhes a íntegra da vantagem.

Em face do exposto, o Ministério Público Federal opina pela declaração da inconstitucionalidade das normas legais que desequiparam a remuneração dos servidores aposentados dos em atividade” (fls. 164/166).

IV

Com estas considerações, declaro a inconstitucionalidade do art. 22, incisos I e II, e respectivo parágrafo único, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertidos no art. 22, incisos I, alíneas *a* e *b*, e II, alínea *b*, da Lei 11.090, de 7/1/2005, e determino o retorno destes autos à colenda Segunda Turma deste egrégio Tribunal, para o regular prosseguimento do julgado, observada o quanto aqui se decidiu.

Este é meu voto.

Voto-vogal vencedor

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
– Senhor Presidente, pelo que pude perceber, a inconstitucionalidade restringe-se, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, apenas àqueles servidores e pensionistas mencionados no art. 7º da Emenda Constitucional 41/2003, ou seja, aos servidores já aposentados, à época da Emenda Constitucional 41/2003, e aos seus dependentes que percebiam pensões, à época da aludida Emenda, e aos que, mesmo não aposentados ou que os seus dependentes não percebessem pensão, à época da EC 41/2003, preenchem os requisitos para o benefício, de acordo com as normas constitucionais e legais então vigentes, porque a referida Emenda Constitucional 41/2003 rompeu com a paridade de vencimentos e proventos/pensões. Posteriormente, a EC 47/2005 assegurou, no parágrafo único do seu art. 3º, a paridade de vencimentos e proventos/pensões àqueles que tivessem ingressado no serviço público até 16/12/1998 e preenchessem as condições previstas nos incisos I a III do referido art. 3º da EC 47/2005, e, no seu art. 2º, garantiu a paridade de vencimentos e proventos, aos servidores mencionados no art. 6º da EC 41/2003, pelo que, quanto a estes, existiria também a inconstitucionalidade ora questionada.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Sim, mas a medida provisória de (...) está vigorando contrariamente à Constituição.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
– Não tenho dúvida de que ela é inconstitucional, mas ela não é inconstitucional para todos. Ela é inconstitucional apenas para aqueles mencionados no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, relativamente à paridade de vencimentos e proventos, porque, quanto aos demais, a paridade de vencimentos e proventos/pensões não mais está assegurada, a contar da EC 41/2003. Se a inconstitucionalidade for declarada

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, Jirair Aram Meguerian, Daniel Paes Ribeiro, Fagundes de Deus, Leomar Barros Amorim de Sousa, Cândido Ribeiro, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Reynaldo Fonseca, Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral e Hilton Queiroz.

amplamente, sem tal restrição, todos os servidores ou seus dependentes, indistintamente, teriam assegurada tal paridade de vencimentos e proventos/pensões, e, em consequência, não seriam alcançados pelas normas impugnadas, do art. 22 da MP 216/2004 e da Lei 11.090/2005. Penso que bastaria apenas um ajuste, no final do voto de Vossa Excelência, para restringir o alcance da inconstitucionalidade.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – O art. 7º da EC 41/2003, que manda observar o art. 37, XI, da Constituição Federal, dispõe que: “os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões de seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data da publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendido aos aposentados e pensionistas (...)”. Veja Vossa Excelência, o que sustento e vou acrescentar no meu voto.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: – Vossa Excelência está lendo o art. 7º da EC 41? Penso que a EC 41/2003, como se vê de seu art. 7º, não assegurou essa paridade de vencimentos e proventos/pensões para todos, indistintamente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Então, o que existe, aqui, o que já é decantado no direito europeu, hoje, é o princípio maior da proibição do retrocesso, isto é, o legislador brasileiro ou qualquer legislador no mundo civilizado não pode editar qualquer norma que venha a retirar a tutela de um direito que já está amparado pela ordem jurídica. É o que está acontecendo.

A Exma. Sra. Des. Assusete Magalhães: – Senhor Presidente, quanto a isso, não tenho a menor dúvida. Vou acompanhar Vossa Excelência, mas com a restrição de que a inconstitucionalidade é declarada apenas em relação àqueles contemplados no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Então, Vossa Excelência, entende que aqueles que

se aposentaram após a EC 41/2003 devem estar submetidos à normatividade da medida provisória e da lei.

A Exma. Sra. Des. Assusete Magalhães: – Penso que a Emenda Constitucional 41/2003 não assegurou a todos os servidores e pensionistas, indistintamente, essa paridade de vencimentos e proventos/pensões, como se vê de seu art. 7º. A EC 47/2005, posteriormente, assegurou tal paridade de vencimentos e proventos/pensões apenas àqueles mencionados no parágrafo único de seu art. 3º, e a paridade de vencimentos e proventos, apenas aos referidos no seu art. 2º. Os demais, desde o advento da EC 41/2003, não têm assegurada tal paridade de vencimentos e proventos/pensões. Com a mais respeitosa vênua, é o meu entendimento sobre o assunto.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Vossa Excelência, então, declara a inconstitucionalidade parcial.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: – Em menor extensão, quanto aos seus efeitos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Não vejo como se declarar parcialmente essa inconstitucionalidade.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: – Ela seria inconstitucional dentro desses limites, em relação às hipóteses previstas no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos. Vossa Excelência declara (...).

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – A Suprema Corte, como há vários precedentes, declarou a inconstitucionalidade em casos similares, com relação à gratificação de atividade jurídica, em termos genéricos, sem qualquer restrição. Em dois precedentes, citei, aqui, do Ministro Eros Grau e também em vários precedentes que o douto Procurador Regional de República colaciona em seu parecer; Ministro Otávio Gallotti, Ministro Sepúlveda Pertence, nesse sentido.

Veja Vossa Excelência; o tribunal de origem decidiu que a Gratificação de Desempenho de Atividade Jurídica - GDAJ tem natureza genérica, portanto, deve ser estendida aos inativos – e não faz qualquer restrição –, sob pena de violação do disposto no art. 40, § 8º, da Constituição do Brasil.

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: – Não tenho dúvida de que a Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária é genérica, e, por isso mesmo, deve ser estendida, sem restrições, àqueles que se encontram protegidos pelo art. 7º da EC 41/2003 e pelo parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e pelo art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos, sob pena de violação aos mencionados dispositivos constitucionais, que ressalvaram a paridade, nas hipóteses excepcionadas expressamente. Com efeito, a paridade de vencimentos e proventos/pensões era assegurada nos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, paridade que foi mantida pelo § 8º do art. 40 da EC 20/1998. A EC 41/2003 rompeu com essa paridade de vencimentos e proventos/pensões, salvo as hipóteses do art. 7º da referida EC 41/2003, que inclui também a hipótese mencionada no art. 3º da referida Emenda. A posterior EC 47/2005 manteve a extinção da paridade de vencimentos e proventos/pensões, mas ressalvou as hipóteses mencionadas no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da mesma Emenda – que remete aos beneficiados pelo art. 6º da EC 41/2003 –, quanto à paridade de vencimentos e proventos. Assim, as disposições do art. 22, I e II e parágrafo único, da Medida Provisória 216, de 23/9/2004, convertidas no art. 22, I e II e parágrafo único, da Lei 11.090, de 7/1/2005, posteriormente alteradas pelo art. 22, I, *a* e *b*, e II, *a* e *b*, da Medida Provisória 431, de 14/5/2008, convertidas no art. 22, I, *a* e *b*, e II, *a* e *b*, da Lei 11.784, de 22/9/2008, são inconstitucionais, quanto aos beneficiários das exceções previstas no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos. Peço a mais respeitosa vênia a Vossa Excelência, mas é o meu entendimento.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: – Senhor Presidente, recordo-me que, há algum tempo, houve uma discussão que dizia respeito a pensionistas do INSS, que recebiam pensões, num determinado patamar dos vencimentos do segurado. Posteriormente, veio uma lei e estendeu aos casos futuros a pensão de

100% dos vencimentos. Passou-se a entender, então, que essa lei retroagia para abarcar situações anteriores, sob pena de se ter uma distinção antiisonômica entre pensionistas, de primeira e de segunda classe.

Essa discussão foi muito veiculada, mas o Supremo Tribunal Federal, ao que me recordo, decidiu que tinha que haver mesmo essa distinção, em que não se justificava a retroatividade pretendida. Louvando-me na engenharia do precedente, peço vênia a Vossa Excelência e acompanho a Desembargadora Assuete Magalhães, que faz uma interpretação mais realista, consentânea com a realidade funcional das pessoas.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Vossa Excelência também declara a inconstitucionalidade dessa medida provisória e da lei em relação aos aposentados anteriores da vigência da EC 41/2003.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: – Exatamente, como fez a Desembargadora Federal Assuete Magalhães.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: – Senhor Presidente, com a devida vênia da divergência, vou acompanhar Vossa Excelência.

Voto-vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: – O exame dos autos deixa ver que os autores são todos eles beneficiários do preceito constitucional assecuratório de paridade entre ativos e inativos e, embora seja certo que tal garantia não é absoluta, só se fazendo extensíveis a estes, na dicção da Suprema Corte, “as gratificações ou vantagens concedidas aos servidores da ativa, com características de generalidade e impessoalidade”, a análise dos preceitos da Medida Provisória 216, de 23 de setembro de 2004, convertida na Lei 11.090, de 7 de janeiro de 2005, referentes à Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária, põe a mostra que a vantagem pecuniária em causa, a exemplo de tantas outras com igual conformação, submetidas ao controle difuso de constitucionalidade junto a esta Corte Especial e por ela tidas por contrárias à Carta Constitucional naquilo em que diferenciam os funcionários em atividade dos aposentados, não se encontra vinculada, exclusivamente, ao efetivo exercício das atribuições dos cargos para os quais instituída, à luz da produtividade individualmente obtida, porquanto os artigos 17 e 18 a

outorgam também a quem não se encontra no efetivo exercício real das atribuições de tais cargos, deixando caracterizado que a condição para sua percepção, de conformidade com a legislação que a disciplina, pode ser resumida no cumprimento dos deveres funcionais exigidos para todo e qualquer ocupante dos cargos das carreiras em benefício das quais foi outorgada, em contexto de generalidade e impessoalidade que os preceitos legais parecem pretender camuflar, com o mal escondido propósito de frustrar, por via oblíqua, a garantia constitucional de paridade daqueles que dela ainda são destinatários, atentando, assim, contra os preceitos da Lei Fundamental que a estabeleceram.

O insigne Relator, na companhia ilustre dos Desembargadores Federais Reynaldo Soares da Fonseca, Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral, Hilton Queiroz e Mário César Ribeiro, afirmam incompatíveis com a ordem constitucional o artigo 22 e seus incisos I, II e parágrafo único da Medida Provisória 216, de 2004, convertidos no artigo 22, inciso I, alíneas “a” e “b”, e inciso II, alínea “b”, da Lei 11.090, de 2005, na redação dada pela Medida Provisória 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei 11.784, de 22 de setembro subsequente. Instaurou dissidência a eminente Desembargadora Federal Assuete Magalhães, acompanhada pelos insignes Desembargadores Federais Olindo Menezes, Cândido Ribeiro e Isabel Gallotti, que reconheceram a contrariedade à Constituição tão só no tocante aos servidores enquadrados na hipótese dos artigos 7º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, e 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005, tendo eu pedido vista dos autos para examinar essa questão.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, disciplinando o regime próprio de aposentadoria dos servidores públicos, estabeleceu que os proventos de inatividade dos titulares dos cargos de provimento efetivo seriam, conforme o caso, proporcionais ou integrais em relação aos vencimentos por eles percebidos em atividade. De igual modo, disciplinou a pensão de seus dependentes, afirmando-a correspondente ao total dos vencimentos ou proventos recebidos pelo instituidor do benefício, e assegurou, na redação original dos parágrafos 4º e 5º de seu artigo 40, tanto em favor dos aposentados como dos pensionistas, paridade com os serventuários na ativa, ao estabelecer que os proventos deveriam ser revistos,

“(…) na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”.

Profundas alterações, contudo, vieram a ser introduzidas no sistema previdenciário do funcionalismo público com a promulgação da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. A par daquelas regras de transição nela estabelecidas, impôs-se ao regime contributivo a observância a critérios de preservação de seu equilíbrio financeiro e atuarial, instituindo-se a integralidade e a proporcionalidade dos estípedios em relação ao tempo de contribuição, cálculo com base na totalidade da remuneração do cargo de provimento efetivo e, quanto à aposentadoria voluntária, idade mínima e um tempo mínimo de serviço público e no cargo em que viesse a se dar a aposentação. Permitiu-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios fixar, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas à luz de seus regimes próprios de previdência, o limite máximo posto para o regime geral da previdência social, desde que criado regime de previdência complementar para os respectivos titulares de cargos de provimento efetivo, assegurado o direito de opção. Mas, principal no quanto interessa à solução da presente questão constitucional, foram mandados respeitar os direitos adquiridos e mantida, na redação dada ao parágrafo 8º do artigo 40 da Lei Fundamental, a paridade entre ativos e inativos.

Novas alterações vieram a ser introduzidas pela Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003. As aposentadorias dos titulares de cargos de provimento efetivo deixaram de ter como base de cálculo o total da remuneração do cargo ocupado, vindo a ser consideradas, para tal finalidade, as remunerações utilizadas como base para as suas contribuições ao regime previdenciário, na forma da lei. O valor das pensões por morte passou a ser igual ao da totalidade dos proventos do servidor falecido, ou ao da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse o óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social, acrescido de setenta pontos percentuais da parcela excedente a esse limite. *Pôs-se fim à paridade*

entre ativos e aposentados, ao não se reproduzir a regra que a preconizava, sendo essa garantia substituída por preceito determinante do reajuste dos proventos para, segundo critérios estabelecidos em lei, assegurar-lhes o valor real, em caráter permanente. Introduziu-se preceito mandando corrigir monetariamente todos os valores de remuneração considerados para o cálculo das aposentações. Mas, também na ocasião, *foram respeitados direitos adquiridos e, em relação a seus titulares, foi preservada a paridade remuneratória entre ativos e inativos (art. 3º)*. Àqueles quantos, à data de promulgação da Emenda Constitucional 20/98, fossem titulares de cargos de provimento efetivo na Administração Pública direta, autárquica e na fundacional, facultou-se opção por aposentadoria calculada na forma do quanto disposto nos parágrafos 3º e 7º do artigo 40, na redação por ela atribuída, assim com base no total da remuneração do cargo ocupado, e *garantiu-se, na inatividade, o benefício da paridade com os servidores em atividade (art. 2º)*. *Reafirmou-se, aos já aposentados e titulares de pensionamentos, o direito à paridade entre ativos e inativos (art. 7º)* e, ressalvado o direito de opção quanto às novas regras, permitiu-se ao serventuário ingresso no serviço público até a data da publicação da Emenda, aposentadoria com proventos integrais, correspondentes ao total da remuneração no cargo em que a mesma se desse, quando viesse a preencher, cumulativamente, as condições ditas nos incisos do *artigo 6º*. Nesse caso, contudo, não foi assegurado direito à paridade; tão só à integralidade dos proventos.

Por fim, sobreveio a Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005, *estendendo a benesse da paridade aos aposentados na forma do artigo 6º da Emenda Constitucional 41/2003 (art. 2º)* e, ressalvado o direito de opção à aposentadoria segundo as normas estabelecidas pelo artigo 40 da Constituição Federal ou pelos artigos 2º e 6º da Emenda Constitucional 41, foi por expresse assegurada aos servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e entes fundacionais, ingressos no serviço público até 16 de dezembro de 1998, a inatividade com proventos integrais e direito à paridade, desde que cumulativamente preenchidas as condições então estabelecidas (*art. 3º e parágrafo único*).

Dentro de tal contexto constitucional, fica claro que quando veio a lume a Medida Provisória 216/2004, convertida na Lei 11.090/2005, a garantia

de paridade entre ativos e inativos, *plus* em relação ao direito à integralidade dos proventos, só remanesceu para os servidores alcançados pelos artigos 2º, 3º e 7º da Emenda Constitucional 41/2003, de modo que o parágrafo único do artigo 22 dos diplomas legais referidos, ao mandar aplicar a todas as aposentadorias e pensionamentos instituídos até 24 de setembro de 2004, *sem nenhuma ressalva no tocante aos beneficiários da paridade estipendiária*, se colocou em efetiva e ostensiva contrariedade com os preceitos que a asseguraram. É bem verdade que a Medida Provisória 431/2008, convertida na Lei 11.784, do mesmo ano, tentou corrigir o vício existente e, atribuindo nova redação ao artigo 22 da Lei 11.090, de 2005, pontuou que, para as aposentações instituídas até 19 de fevereiro de 2004, aplicar-se-iam, à Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária, os percentuais do inciso I de seu *caput*, assim 40% (quarenta por cento) do valor máximo do respectivo nível, a partir de 1 de março de 2008, e 50% (cinquenta por cento) do valor máximo do respectivo nível, a contar de 1 de janeiro de 2009, “quando aos servidores que lhes deu origem se aplicar o disposto nos arts. 3º e 6º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005”. Mas, evidentemente, persistiu a mácula à ordem constitucional, na medida em que também com essa novel redação se deixou de atribuir, aos beneficiários da regra de paridade, igual direito ao conferido aos servidores na ativa, restando, tão só, reduzida a diferenciação entre eles.

Portanto, com os olhos voltados ao controle difuso de constitucionalidade, com a conformação que lhe é atribuída, os preceitos em causa atentam contra a Constituição Federal tão só quanto àqueles em favor dos quais ainda se achava assegurada a garantia de paridade entre servidores ativos e inativos, caso dos autores da presente ação sob procedimento ordinário, e por isso, pedindo a mais respeitosa licença ao eminente Relator e aos que aderiram a seu douto voto, acompanho a divergência inaugurada pela não menos ilustre Desembargadora Federal Assusete Magalhães, reconhecendo a incompatibilidade com a Lei Fundamental, dos preceitos impugnados apenas em relação aos servidores em favor dos quais ainda se achava assegurada a garantia de paridade entre ativos e aposentados.

É como voto.

Aditamento ao voto vencedor

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
– Senhor Presidente, na sessão em que inicialmente proferi meu voto, a minha Constituição Federal não estava atualizada. O Desembargador Federal Carlos Moreira Alves chamou-me a atenção, para essa Emenda posterior, ou seja, a EC 47/2005, cujo texto ele me passou às mãos, na ocasião. Naquela oportunidade, afirmei que aguardaria o voto-vista de S. Exa. e o agregaria ao meu, com maiores considerações quanto às exceções à extinção da paridade de vencimentos e proventos/pensões, previstas no art. 2º e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005. É o que faço, neste momento, agregando, ao meu voto, os fundamentos de seu voto-vista, quanto às exceções à extinção da paridade de vencimentos e proventos/pensões, previstas no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos. Assim, declaro a inconstitucionalidade do art. 22, I e II e parágrafo único da Medida Provisória 216, de 23 de setembro de 2004, convertidos no art. 22, I e II e parágrafo único, da Lei 11.090, de 7 de janeiro de 2005, posteriormente alterados pelo art. 22, I, *a* e *b* e II *a* e *b*, da Medida Provisória 431, de 14 de maio de 2008, convertidos no art. 22, I, *a* e *b*, e II, *a* e *b*, da Lei 11.784, de 22 de setembro de 2008, limitando, porém, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos beneficiários das exceções previstas no art. 7º da EC 41/2003 e no parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos/pensões, e no art. 2º da EC 47/2005, quanto à paridade de vencimentos e proventos.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: – Senhor Presidente, até a promulgação da Emenda 41 havia a paridade plena entre vencimentos dos servidores na atividade e na inatividade. Entretanto, essa paridade, essa isonomia foi extinta pela Emenda 41, de 2003. Ocorre que a Emenda Constitucional 47, de 2005, veio estabelecer regras de transição em relação aos servidores que se encontrassem nas situações casuísticas que indica. Portanto, ali há uma série de condições como tempo de contribuição, tempo de

exercício da função, idade mínima para aposentadoria etc.

Então, existe uma série de condições para a ressalva da regra de paridade. A paridade foi extinta com a Emenda 41/2003, a Emenda 47/2005 veio criar regras de transição e ressalvou a possibilidade de algumas categorias, desde que satisfizessem determinados requisitos subjetivos e objetivos, usufruissem essa paridade. Assim, fixada essa premissa, as medidas provisórias impugnadas serão ilegítimas, inconstitucionais, se estiverem em desconformidade com essa Emenda 45/2005 no que concernem as disposições constantes nos art. 2º e 3º da Constituição. Pedindo vênias ao relator, acompanho a divergência.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: – Senhor Presidente, ouvi todos os esclarecimentos que foram prestados e compreendi a questão. O meu voto é acompanhando a divergência, nos termos do voto-vista do Desembargador Carlos Moreira Alves.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: – Senhor Presidente, o meu voto é na linha do voto do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, acrescido da adesão feita pela Desembargadora Federal Assusete Magalhães.

Corte Especial

Numeração única: 0055344-20.2008.4.01.0000

**Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela
2008.01.00.054752-0/AM**

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravantes: Bianor Saraiva Nogueira Júnior e outro
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel De Medeiros Dantas
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara - AM
Autor: Beatriz Pereira de Abreu e outro
Advogado: Dr. Gilson Reis de Souza
Publicação: e-DJF1 de 8/3/2010, p. 38

Ementa

Suspensão de Liminar. Decisão que susta os efeitos de portaria expedida para apurar falta disciplinar pode causar grave lesão à ordem administrativa. Pedido de suspensão de segurança deferido.

I. O ato judicial que discute, em seus fundamentos, a discricionariedade de se deslocar ou não Procuradores Federais de uma para outra unidade jurídica do Incra, avança indevidamente em seara estritamente administrativa, causando grave lesão à ordem pública, em seu aspecto administrativo.

II. Os argumentos que afirmam que o objetivo da ação cautelar foi o de atacar a forma ilegal e inconstitucional da Portaria 410/2007, não podem ser apreciados em sede de suspensão de segurança, porquanto no restrito âmbito deste incidente não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.

III. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, negar provimento ao Agravo Regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 4/2/2010.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator

Relatório

O Exmo Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – Trata-se de agravo regimental interposto por Bianor Saraiva Nogueira Júnior e Beatriz Pereira de Abreu contra a decisão de fls. 1284/1291, por meio da qual deferi o pedido de suspensão da liminar concedida, nos autos da Ação Cautelar 2007.32.00.004590-0/AM, pelo Juízo da 1ª Vara Federal do Estado do Amazonas (fls. 508/510).

2. A questão gira em torno da Portaria nº 410, de 13 de junho de 2007, expedida pelo Procurador-Geral do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, nos seguintes termos:

“Portaria 410, de 13 de junho de 2007”

O Procurador-Geral Federal, no uso da competência de que trata o inciso VI do § 2º do art. 11 da Lei 10.480, de 2 de julho de 2002, e o contido no art. 143 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, resolve

Art. 1º Designar o Procurador Federal Dourival Garcia, Matrícula Siape 1098371, a assistente de administração Maria Domingas Santos Da Costa, Matrícula Siape 0724885 e a agente de portaria Suélia Rodrigues De Souza, Matrícula Siape 0726086, para, sob a presidência do primeiro, compor Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, visando apurar os fatos apontados nos autos do Processo Administrativo 54000.000423/2007-33 e apensos.

Art. 2º A comissão terá o prazo de sessenta dias para a realização dos trabalhos apuratórios.

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

3. A decisão de Primeiro Grau determinou que a União suspendesse imediatamente os efeitos da Portaria 410/2007, bem como que não praticasse quaisquer atos tendentes a perseguir os Procuradores Federais Bianor Saraiva Nogueira Júnior e Beatriz Pereira de Abreu, Autores da Ação Cautelar 2007.32.00.004590-0/AM (fls. 508/510).

4. No presente pedido de suspensão de liminar, a União afirmou que a instauração do procedimento administrativo disciplinar objeto da mencionada portaria, se deu em razão do descumprimento de ordens legais de superiores hierárquicos, contra os quais teriam se insurgido os agravantes e que consistiam em seus deslocamentos para a prestação de serviços jurídicos em outras unidades do Incra, localizadas mais precisamente nos Estados do Pará e Mato Grosso.

5. A União sustentou que na portaria consta apenas *“a indicação de instauração de procedimento específico, visando, única e exclusivamente, a apuração de falta disciplinar, onde restaria resguardado o contraditório e a ampla defesa, nos estritos termos da Lei 9.784/1999.”* (fl. 4).

6. Afirmou que após os autores da Ação Cautelar apresentarem representações contra os seus superiores hierárquicos (Procurador-Chefe e Subprocuradora Federal), *“a Corregedoria-Geral da Advocacia da União se manifestou sobre o caso, nos autos do processo administrativo nº 00406.000327/2006-12, e concluiu que não há qualquer ilegalidade no ato de determinar o deslocamento provisório de Procuradores Federais lotados na PFE/Incra para prestarem serviços em outras unidades jurídicas do Incra, visando o interesse público.”* (fl.06).

7. A União também afirmou que por força da liminar concedida pelo Juízo da 1ª Vara Federal/AM, o Procurador-Chefe encontra-se impossibilitado de praticar atos legais dirigidos aos autores da Ação Cautelar e que a expressão *“atos de perseguição”*, contida na medida liminar, é vaga, imprecisa, subjetiva e imprópria.

8. Para justificar o pedido de suspensão de liminar, a União sustentou que a decisão de Primeira Instância permite a usurpação de competência destinada exclusivamente ao Poder Executivo Federal, de tal forma que, se por acaso persistirem os seus efeitos, haverá grave lesão à ordem pública (*jurídica e administrativa*).

9. Sob o aspecto administrativo, a União argumentou que a liminar impõe graves riscos ao Poder Público, na medida em que ocasiona um efetivo desordenamento nas ações do Estado, tornando inviável a ação planejada e bem estruturada da Administração Pública, visto que mesmo que os autores venham a praticar outras faltas administrativas passíveis de punição, a AGU nada poderá fazer, porquanto estará impedida de instaurar o competente processo administrativo disciplinar.

10. Ressaltou que o *decisum* concede uma *“carta branca”* aos autores, visto que, enquanto persistirem os efeitos da liminar, não estarão obrigados a cumprir as recomendações e atos emanados pelos superiores hierárquicos. Além disso, a União alega que a decisão proporciona uma situação que se afigura desrespeitosa em relação aos demais Procuradores Federais, visto que gera desigualdades jurídicas entre os autores e os demais integrantes da Advocacia da União.

11. Requereu, enfim, a suspensão da medida liminar proferida às fls. 490/493 do processo cautelar 2007.32.00.004590-0 (fls. 508/510 destes autos), por entender que, neste caso, se vislumbra a possibilidade de grave lesão *“à ordem pública sob os aspectos jurídico e administrativo, evidenciados pelo periculum in mora inverso”*.

12. Deferi o pedido de suspensão de liminar às fls. 1284/1291, sob o fundamento de que ao regular o funcionamento da Administração a decisão de Primeira Instância contém um cunho interventivo quando discute a discricionariedade de se deslocar ou não servidores de uma para outra unidade jurídica do

Incra, sob o argumento de ser mais necessária a sua atuação no estado de origem.

13. Ressaltei que, se por acaso persistirem os efeitos da decisão de Primeiro Grau, haverá iminente risco de grave lesão à ordem pública, em seu aspecto administrativo, sem olvidar que tal decisão poderá abrir brechas no poder hierárquico regularmente exercido pela Administração Pública como um todo, à medida em que poderão repetir-se ações da mesma natureza, discutindo remoções *ex officio*, local de primeiro provimento ou determinações de prestações de serviços provisórios ou temporários fora da sede, sob critério de necessidade ou conveniência administrativa.

14. Inconformados com a decisão de fls. 1284/1291, os autores do processo principal (Bianor Saraiva Nogueira Júnior e Beatriz Pereira de Abreu), interpuseram agravo regimental argumentando em síntese:

14.1. Que o objetivo da Ação Cautelar foi o de atacar a forma ilegal e inconstitucional da instauração do procedimento administrativo objeto da Portaria 410/2007, pois sempre houve justificativa legal quanto à impossibilidade de os agravantes prestarem, na época exigida pela Procuradoria-Geral do Incra, serviços temporários em outros Estados, *in casu*, Pará e Mato Grosso;

14.2. Que ao discutir a forma ilegal, arbitrária e desprovida de razoabilidade do ato administrativo consubstanciado na Portaria 410/2007, a decisão de Primeira Instância não invadiu o campo de atuação da Administração Pública, uma vez que a discussão tem como cerne justamente a ilegalidade e a ausência de razoabilidade da referida Portaria;

14.3. Que não se vislumbra a possibilidade de grave lesão à ordem pública, tendo em vista que a decisão de Primeiro Grau diz respeito a atos decorrentes de uma Portaria específica, não havendo, portanto, que se falar na inviabilidade da ação planejada e bem estruturada da Administração Pública com um todo;

14.4. Que não há que se falar em urgência para o deferimento do pedido de suspensão de segurança, porquanto, o presente incidente processual somente foi ajuizado em 14/10/2008, quando decorridos vários meses após a decisão de Primeiro Grau, esta proferida em 20/12/2007 (fl. 306).

14.5. Que o argumento contido na decisão agravada é totalmente equivocado, porquanto o que ficou consignado na decisão de Primeiro Grau é que mesmo após o julgamento da ação principal, havendo conclusão em desfavor dos Autores/Recorrentes, será cabível, ainda, o procedimento administrativo para apurar eventual falta funcional.

14.6. Que *“a decisão atacada nos autos da SLAT não observou o princípio da razoabilidade, pois o juízo de ponderação é uma exigência no caso, consagrado pacificamente nas Cortes Superiores”*;

14.7. Que é absurda *“a assertiva da Procuradoria-Geral do Incra de que a imposição do trabalho aos Requerentes, em outra sede de lotação, se deu pela carência de profissionais naqueles Estados”*, pois, no Incra, em Brasília, *“existiam, à época, mais de 48 Procuradores Federais lotados, no Pará quase 20, no Mato Grosso, mais de 14 e no Estado do Amazonas, o maior da Federação, conta com apenas e tão somente 06 Procuradores Federais.”* Dessa forma, seria inaceitável, *“e no mínimo risível, a alegação da Procuradoria-Geral do Incra, em Brasília, de carência de Procuradores Federais.”* (fl. 1309).

15. Ao final, os agravantes pugnam pela reforma da decisão de fls. 1284/1291 que suspendeu a medida liminar concedida nos autos da Ação Cautelar 2007.32.00.004590-0/AM, para manter incólume o *decisum* de Primeiro Grau.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Senhor Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: –

Suspensão de Liminar. Decisão que susta os efeitos de portaria expedida para apurar falta disciplinar pode causar grave lesão à ordem administrativa. Pedido de suspensão de segurança deferido.

I. O ato judicial que discute, em seus fundamentos, a discricionariedade de se deslocar

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, João Batista Moreira, Maria do Carmo Cardoso, Catão Alves, Assusete Magalhães, Luciano Tolentino Amaral, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e Maria Isabel Galloti Rodrigues.

ou não Procuradores Federais de uma para outra unidade jurídica do Incra, avança indevidamente em seara estritamente administrativa, causando grave lesão à ordem pública, em seu aspecto administrativo.

II. Os argumentos que afirmam que o objetivo da ação cautelar foi o de atacar a forma ilegal e inconstitucional da Portaria 410/2007, não podem ser apreciados em sede de suspensão de segurança, porquanto no restrito âmbito deste incidente não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.

III. Agravo Regimental a que se nega provimento.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“13. Inicialmente, 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 meio das vias ordinárias.

14. Nesse sentido:

“Processual Civil. Suspensão de Segurança. Servidor público. Reintegração. Grave lesão à ordem e à economia públicas não configurada.

1. 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.

2. A reintegração dos três impetrantes não tem potencial para causar gravame a quaisquer dos bens tutelados pela norma de regência.

3. 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.

4. 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.

5. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg na SS 1540/CE, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 20/3/2006, DJ 10/4/2006 p. 98).

15. Complemento a citação jurisprudencial com os seguintes precedentes do colendo STJ,

destacando no voto do relator, eminente Ministro Edson Vidigal:

15.1. 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.”

15.2. 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).”

16. Da mesma forma, vemos na doutrina:

16.1. Revista de Processo 140, RT, pgs. 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 principais 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.”

16.2. In Mandado de Segurança – Questões Controvertidas, Editora Podium, José Henrique Mouta Araújo, pgs. 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 asseriu: ‘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."

16.2.1. Destaco, ainda, a nota 18, idem, pg. 133: "Ordem pública não é sinônimo de ordem jurídica. Aquela está ligada a 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".

17. A suspensão de segurança, frise-se, constitui-se em medida excepcional, de cunho político, destinada à paralisação da eficácia de uma decisão com vistas a evitar grave lesão ao interesse público, mais especificamente à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Em seu restrito âmbito não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.

18. Nesse sentido:

"Agravamento Regimental. Suspensão de Liminar. Discussão sobre o mérito da controvérsia. Descabimento.

– "Não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias" (AgRg na SLS 1.355/DF, Relator Ministro Edson Vidigal).

Agravamento regimental improvido." (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 237 / DF, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 9/10/2006 p. 242)

19. Assim, em princípio as premissas para conceder ou não efeito suspensivo a Agravo de Instrumento não se confundem com as que informarão a decisão para suspender ou não a medida liminar na via de Suspensão de Segurança, sendo irrelevante, portanto, o destino e/ou solução do AI 2007.01.00.046314-8.

20. Ao examinar o feito, o Juízo de origem entendeu que, se por um lado não se pode negar a carência de Procuradores nos Estados do Pará e do Mato Grosso, unidades da federação as quais possuem evidentes conflitos agrários, por outro não se pode esquecer das questões locais, que se manifestam no Estado do Amazonas, visto que não são de menor importância.

21. Vê-se, assim, que a decisão invade, em tese, o campo de atuação da Administração, quando discute nos seus fundamentos a discricionariedade de deslocar ou não servidores de uma para outra unidade, sob argumento de ser mais necessária a sua atuação no estado de origem. Aparentemente não há debate sobre legalidade ou não do ato cuja impugnação teria gerado a instauração do procedimento administrativo disciplinar.

22. Por outro lado, a vedação de prática de atos pela chefia que possam consubstanciar em medidas de perseguição ou cai no vazio, já que reitera apenas o desdobramento dos princípios constitucionais que regem a Administração, ou terá uma conotação também de cunho interventivo ao regular funcionamento da Administração.

23. Concluo, portanto, no caso em tela, que, a persistir a decisão liminar da cautelar, haverá iminente risco de grave lesão à ordem pública, no seu aspecto da ordem administrativa, sem poder olvidar que tal decisão poderá abrir brechas no poder hierárquico regularmente exercido pela Administração Pública como um todo, à medida que poderão repetir-se ações da mesma natureza de propositura por parte de servidores em geral, discutindo remoções ex officio, local de primeiro provimento ou determinações de prestações de serviços provisórios ou temporários fora da

sede, sob critério de necessidade ou conveniência administrativa.

Pelo exposto, defiro o pedido da União Federal, e, nos termos do art. 4º da Lei 8.437/1992, suspendo a decisão concessiva de medida liminar proferida nos autos da Ação Cautelar 2007.32.00.004590-0, em curso perante a 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas.”

2. Inicialmente, vale lembrar que o pedido de suspensão de liminar pode ser ajuizado a qualquer momento, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (Leis 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009). Dessa forma, descabem as alegações de que não há urgência na suspensão da liminar, por ter o Incra ingressado com este incidente somente em 14/10/2008, quando decorridos vários meses da decisão de Primeiro Grau, esta proferida em 20/12/2007 (fl. 1306).

3. Por outro lado, os agravantes trazem ao debate questões vinculadas ao mérito da demanda principal, como os argumentos que afirmam que o objetivo da ação judicial sempre foi o de atacar a forma supostamente ilegal e inconstitucional de como se deu a abertura do procedimento administrativo instaurado com base na Portaria 410/2007. Argumentam que *“a Procuradoria-Geral do Incra em Brasília impôs arbitrariamente aos Procuradores Federais lotados e em exercício funcional em Manaus, o deslocamento para outros Estados como Pará/Santarém e para o Mato Grosso/Cuiabá”*.

4. Observa-se, também, que vinculadas ao mérito são as questões referentes a supostas ameaças que teriam sido feitas, por telefone, pelo Procurador-Geral do Incra, Dr. Valdez Farias, o qual teria dito que os agravantes sofreriam represálias caso não atendessem às suas ordens. Ocorre, todavia, que no restrito âmbito deste incidente processual não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.

5. Na hipótese dos autos, o que se verifica é que o ato judicial avançou indevidamente em seara estritamente administrativa, provocando grave lesão à ordem pública, em seu aspecto administrativo, colidindo, portanto, com o princípio da independência harmônica dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

6. O campo de atuação da Administração Pública foi invadido no momento em que a decisão de Primeiro Grau discutiu, em seus fundamentos, a discricionariedade de se deslocar ou não Procuradores Federais de uma para outra unidade jurídica do Incra, sob o argumento de ser mais necessária a sua atuação em uma do que em outra. Dentro desse raciocínio, tal como mencionado na decisão agravada, observa-se que, se persistirem os efeitos da liminar concedida pelo Juízo Federal da 1ª Vara/AM, haverá iminente risco de grave lesão à ordem administrativa, sem poder olvidar que tal decisão poderá abrir brechas no poder hierárquico regularmente exercido pela Administração Pública como um todo, à medida em que poderão repetir-se ações idênticas, discutindo remoções *ex officio*, local de primeiro provimento ou determinações de prestações de serviços provisórios ou temporários fora da sede, sob critério de necessidade ou conveniência administrativa.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental para manter a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

Voto-vogal vencido

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Senhor Presidente, quero compreender melhor essa questão, quer dizer, o juiz suspendeu uma portaria...

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – ... que abria uma sindicância para apurar a atitude dos procuradores que se recusaram a ir para outros lugares para defender o Incra.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Mas isso não tem que ser resolvido nas vias ordinárias? Por que, agora, tudo vira motivo de suspensão de segurança? Isso é o que eu não compreendo. Esse instituto está muito banalizado, Senhor Presidente. O juiz suspende uma portaria que vai apurar uma falta disciplinar de um funcionário, vem a União e pede a suspensividade desse ato do juiz. Não há mais recurso ordinário, não há mais outras instâncias para apreciar as decisões de 1º Grau, quer dizer, isso é o que me deixa perplexo: onde está atingida a ordem pública, econômica, financeira. Qual o prejuízo? O maior prejuízo tem sido da própria Justiça. Acho que essa hipótese não é caso de suspensão. É extrapolar,

banalizar demais o instituto. Vossa Excelência vai me perdoar, mas essa é a minha impressão.

O Sr. Alexandre Camanho de Assis (Procurador Regional da República): Senhor Presidente, o Ministério Público quereria aderir inteiramente à ponderação do Desembargador Federal Carlos Olavo, e, provavelmente por força, pessoalmente, de ser egresso do Supremo Tribunal, da assessoria do Ministro Reseck, quando uma suspensão de segurança vinha em mesa para um julgamento plenário do Supremo Tribunal, estávamos falando, realmente, de uma grave lesão à ordem, à economia pública, uma coisa de dimensão continental. Agora um servidor, dois, três servidores se recusam ao cumprimento do dever, e está lesada a ordem pública?

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Vai-se chegar a um ponto em que cada um faz o que quiser, porque já não há mais disciplina. Estamos perdendo o senso da hierarquia.

O Sr. Alexandre Camanho de Assis (Procurador Regional da República): Sem querer fazer, evidentemente, uma crítica sobre decisões da Presidência, o Ministério Público adere inteiramente à crítica que Sua Excelência, o Desembargador Carlos Olavo, faz do instituto e do quanto ele se tornou, na verdade, mais um recurso, mais uma discussão de pequenices, mais uma coisa que ocupa o plenário de um tribunal que tem jurisdição sobre dois terços do território nacional com coisas absolutamente pequenas. Agradeço, Senhor Presidente, pela manifestação.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Senhor Presidente, agradeço o apoio de Sua Excelência, o Procurador Regional da República, e dou provimento ao agravo.

Voto-vogal vencido

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – Senhor Presidente, peço para repetir o meu voto genérico dado no primeiro caso.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – AgRSLAT 2009.01.00.077037-4/DF.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: –

“Senhor Presidente, uma liminar é deferida, em princípio, para evitar lesão grave ou de difícil reparação a direito que se mostre aparente. Ora,

suspender liminar deferida com essa finalidade é, na prática, contrariar o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, é excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito. Por isso, só admito a suspensão de segurança quando a liminar deferida não atenda ao pressuposto de evitar lesão grave ou de difícil reparação a direito aparente e quando sua impropriedade não possa ser oportunamente corrigida pela via judicial normal, que é o agravo de instrumento com possibilidade de antecipação de tutela recursal. No caso, não parece que a liminar tenha sido inadequada, ou seja, não atenda ao pressuposto de evitar lesão grave ou de difícil reparação a direito aparente, e que sua eventual impropriedade não possa ser corrigida pela via judicial normal. Reporto-me ao artigo sobre essa questão, do processualista Marcelo Abelha, publicado no número 46 da Revista Interesse Público, da Editora Fórum, em que examina com percuência os aspectos inconstitucionais da suspensão de segurança. Por isso, divirjo de Vossa Excelência, *data venia*.”

Em relação, especificamente, a este caso, vejo que novamente estão-se repetindo argumentos jurídicos – impossibilidade de o juiz interferir na suposta discricionariedade administrativa –, para deferir suspensão de segurança, quando, tradicionalmente, diz-se que a suspensão de segurança não leva em conta aspectos propriamente jurídicos, mas só os efeitos concretos, consistentes em grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas. O segundo aspecto foi tocado pelo Desembargador Carlos Olavo: qual o interesse público, aí? Hoje em dia se discute muito sobre o conceito de interesse público. Existe o interesse público primário e o secundário. Interesse público secundário é interesse financeiro, interesse administrativo, interesse das atividades-meio; interesse público verdadeiro é o interesse da sociedade. A proteção do legítimo interesse individual é interesse público. Interesse público nem sempre se confunde com o interesse patrimonial da pessoa jurídica de direito público.

Outro aspecto: essa ideia de que “este ato pode se repetir”. Todo ato, toda situação pode-se repetir. É impossível um ato totalmente isolado, que não possa se repetir. Se formos entender que a possibilidade de se repetir configura grave a lesão, então, em todos os casos poderá haver suspensão de segurança. É um grande desprestígio para a Justiça, para o Poder Judiciário, especialmente para o Juiz de 1ª instância, que vê esvaziada, inútil, sua atividade quando ato qualquer

é praticado contra pessoa jurídica de direito público. Portanto, acompanho a divergência inaugurada pelo Desembargador Carlos Olavo.

Voto-vogal vencido

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – Senhor Presidente, fico muito feliz com essa manifestação do Desembargador Carlos Olavo e de Sua Excelência, o representante do Ministério Público.

O que nós temos que entender aqui é exatamente isso: esse subterfúgio usado pelo poder público no sentido de fazer-se valer, da suspensão de segurança, daquilo que ele entende que parece ser o direito do poder público, do ente público sobre o direito do particular. O que mais me angustia é que existe um instrumento adequado, que é o agravo, e tenho visto casos em que a suspensão de segurança existe e o agravo também. E que o agravo, o relator dá efeito suspensivo, mas há suspensão de segurança, aliás, nega o efeito suspensivo, mas existe a suspensão de segurança, então isso vira uma balbúrdia. Acho que é muito claro, no sentido de que até o voto do Ministro Barros Monteiro, do Superior Tribunal de Justiça, acho que 1998, salvo engano. Sua Excelência tem um voto brilhante, mostrando que, para se verificar a grave lesão pública, é necessário que seja uma comprovação documental; não bastam meras alegações.

No caso, diferentemente do anterior, que Vossa Excelência julgou e eu o acompanhei, realmente, o interesse público vigia, que é o caso das tarifas de energia elétrica. Naquele aspecto, sim, há uma lesão gravíssima ao interesse público, mas, neste, Excelência, com todas as vênias, não consegui vislumbrar.

Portanto, com vênias também de Vossa Excelência e dos que o acompanharam, eu acompanho a divergência inaugurada neste processo, neste julgamento, pelo Desembargador Carlos Olavo.

Voto-vogal

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Senhor Presidente, com a devida vênia do ato da divergência, acompanho o voto de Vossa Excelência e acrescento que me parece claríssimo o interesse público na perturbação na

ordem administrativa do andamento dos serviços na mudança pelo poder judicial por força de liminar de critério de lotação de procuradoras federais, que são servidores que não são dotados de inamovibilidade. Então, penso que deve prevalecer, pelo menos em sede precária de liminar, a opção administrativa, os critérios administrativos de lotação dos procuradores autárquicos. Com a devida vênias da divergência, acompanho o voto de Vossa Excelência.

Primeira Seção

Numeração única: 0024423-73.2001.4.01.9199

Embargos Infringentes em Apelação Cível

2001.01.99.029556-5/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Embargado: Luiz Gomes de Magalhães
Advogado: Dr. Amauri Ludovico dos Santos e outros
Publicação: e-DJF1 de 8/3/2010, p. 40.

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Embargos Infringentes. Revisão de aposentadoria. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário deste TRF/1ª Região. Regimento interno. Art. 354 e parágrafo único. Cessação da vinculação pela decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do artigo 29, § 2º, da Lei 8.213/1991. Embargos Infringentes providos.

I. Em cumprimento ao disposto no *caput* do art. 354, do Regimento Interno desta Corte, firmou-se o entendimento desta Primeira Seção, no sentido da inconstitucionalidade do § 2º, do art. 29, da Lei 8.213/1991, com fundamento na decisão proferida pelo Plenário deste TRF/1ª Região, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos autos da Apelação Cível 95.01.17225-2/MG.

II. No entanto, conforme dispõe o parágrafo único desse mesmo artigo, cessa a vinculação das decisões das Turmas e Seções deste Tribunal quando houver decisão em sentido diverso do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, “total ou parcialmente”.

III. Quanto à matéria objeto dos presentes embargos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do sistema revisional previsto nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991.

IV. Em observância a tal entendimento do Supremo Tribunal Federal, decidiu esta Primeira Seção pela aplicação do disposto no parágrafo único do art. 354 do Regimento Interno deste Tribunal (Ação Rescisória 2004.01.00.047291-7/MG, Relator: Des. Federal José Amílcar Machado, Relator Convocado: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, Primeira Seção, Unânime, e-DJF1 p. 47, 23/11/2009).

V. Por se mostrar em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Primeira Seção, deve, assim, prevalecer o entendimento expresso pelo voto vencido, constante às fls. 199/204.

VI. Embargos infringentes aos quais se dá provimento.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 9/2/2010.

Juíza Federal *Rogéria Maria Castro Debelli*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: – Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 530, do Código de Processo Civil, com vistas à reforma do acórdão não unânime proferido pela Primeira Turma desta Corte, às fls. 191/208, que conheceu em parte, da apelação do Autor, e deu-lhe parcial provimento para, reformando a sentença de primeiro grau, determinar o recálculo da renda mensal inicial do Autor, atualizados os salários de contribuição, inclusive com a incidência do RSM de 39,67%, de fevereiro de 1994, sem imposição do teto de que trata o art. 29, § 2º, da Lei 8.213/1991.

Requer a reforma do acórdão para que prevaleça o voto-vencido.

Afirma, o Embargante, que ao expressar seu entendimento sobre a matéria, fundamentou-se, o Eminent Relator, em acórdão proferido pelo Plenário desta Corte nos autos da Apelação Cível 95.01.17225-2/MG, em julgamento de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade e, por maioria, declarou inconstitucional a limitação imposta pelo art. 29, § 2º, e art. 33, da Lei 8.213/1991.

Ressalta, no entanto, conforme consta do voto vencido, que o Colendo Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito da questão, reconhecendo a constitucionalidade do limite-teto legalmente previsto.

Assim sendo, o INSS afirma ser aplicável ao presente caso o disposto no parágrafo único, do art. 354, do Regimento Interno desta Corte, no sentido de que cessa a vinculação das Turmas e Seções à decisão do Plenário caso o Supremo Tribunal Federal decida em sentido diverso, total ou parcialmente.

O Embargante conclui, assim, pelo acerto do entendimento sufragado pelo voto vencido, uma vez que se coaduna com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e que, por tal razão, deve prevalecer.

Intimado para apresentação de contrarrazões, o Autor não se manifestou (certidões de fl. 217).

Admitidos os embargos, à fl. 218, o Autor apresenta a petição de fls. 221/223, com pedido de preferência no julgamento,

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: – Tempestivo, conheço dos embargos infringentes.

A matéria objeto dos presentes embargos, opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra o acórdão não unânime proferido pela Primeira Turma desta Corte, cinge-se à exclusão do limite-teto previsto no art. 29, § 2º, da Lei 8.213/1991, por inconstitucional.

Ao determinar tal exclusão, fundamentou-se, o acórdão vencedor, em decisão proferida pelo Plenário desta Corte no julgamento da arguição de inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão, nos autos da Apelação Cível 95.01.17225-0/MG.

O acórdão que ora se buscar reformar possui a seguinte ementa (fl. 208):

Providenciário e Processual Civil. Inovação do pedido. Não conhecimento, revisão de benefício. Atualização dos salários de contribuição. Aplicação do IRSM de fevereiro de 1994. Teto. Art. 29, § 2º, da Lei 8.213/1991. Não incidência. Art. 41, II, da Lei 8.213/1991. Constitucionalidade. Súmula 36. TRF 1ª Região. Juros de mora. Honorários advocatícios compensados.

I. Não pode o autor, em sede de apelação, inovar, apresentando pleito diverso do requerido na inicial, sob pena de não conhecimento do recurso, no particular (art. 460 do CPC). Precedentes da Corte.

II. A questão da constitucionalidade do inc. II, do art. 41, da Lei 8213/1991, embasadora do reajuste proporcional de acordo com o mês da concessão do benefício, combatido pela parte autora, já integra o direito sumulado no âmbito do Eg. Tribunal Regional da 1ª Região, que editou a súmula 36 – “O inciso II do art. 41, da Lei 8.213/1991, revogado pela Lei 842/1992, era compatível com as normas constitucionais que asseguram o reajuste dos benefícios para preservação de seu valor real”.

III. Na atualização dos salários de contribuição, utilizados no cálculo da renda mensal inicial, deve incidir o IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%. Precedentes do Tribunal e do STJ.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado).

IV. O cálculo da renda mensal inicial de benefício concedido na vigência da Lei 8.213/1991 deve ser feito com base na média dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição, sem a incidência do valor-teto previsto nos arts. 29, § 2º, e 33, da referida Lei.

V. Incidente de Arguição de Constitucionalidade na AC 95.01.17225-2/MG, julgado em 3/12/1998 pelo Plenário desta Corte.

VI. Juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação. Compensados os honorários advocatícios, em face da sucumbência recíproca.

VII. Apelação conhecida, em parte, e parcialmente provida.

O Embargante alega que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em sentido contrário, pela constitucionalidade do teto do salário de benefício, circunstância que leva à aplicação do disposto no parágrafo único do art. 354, do Regimento Interno, *in verbis*:

Art.354. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, e a jurisprudência compendiada em súmula serão aplicadas aos feitos submetidos à Corte Especial, às seções ou às turmas, salvo quando aceita a proposta de revisão da súmula. (nr)

Parágrafo único. Cessará a vinculação referida neste artigo quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, total ou parcialmente, ou súmula de tribunal superior ou deste Tribunal. (nr)

De fato, a decisão proferida pelo Plenário desta Corte, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos autos da Apelação Cível 95.01.17225-0/MG, passou a fundamentar os julgamentos então proferidos pelas Turmas e Seções deste Tribunal relativos a tal matéria.

Quanto aos fundamentos do voto vencido, ora defendidos pelo Embargante, vê-se que se apresentam em consonância com a decisão unânime desta Primeira Seção proferida no recente julgamento da Ação Rescisória 2004.01.00.047291-7/MG.

Em observância à regra disposta no parágrafo único do art. 354, do Regimento Interno deste Tribunal, decidiu esta Primeira Seção considerar o mencionado entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do limite-teto do salário de benefício, nos moldes dispostos pela Lei 8.213/1991.

Possui a seguinte menta, tal decisão:

Previdenciário. Processual Civil. Ação Rescisória. Revisão de aposentadoria. Limite teto. Depósito prévio. Inexigibilidade. Súmula 343/STF. Limitação do salário de benefício e da renda mensal inicial da aposentadoria ao teto máximo do salário de contribuição. Inconstitucionalidade declarada pelo plenário deste TRF - 1ª Região. Regimento interno. Art. 354 e parágrafo único. Vinculação. Cessação pela decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade dos artigos 29, § 2º, e art. 33, ambos da Lei 8.213/1991. Possibilidade de aplicação do teto previdenciário. Entendimento adotado por ambas as turmas do STF e pelo STJ. Acórdão rescindendo. Discórdância da jurisprudência pacífica do Plenário do STF e do STJ. Ação Rescisória procedente.

I. Tratando-se a parte autora de Autarquia Previdenciária federal, resta dispensada a exigência de depósito prévio de 5% sobre o valor da causa, previsto no art. 488, II, CPC.

II. O STF já assentou o entendimento de ser cabível a ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, ainda que a decisão rescindenda seja baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, quando se tratar de matéria de cunho constitucional, como no presente caso, a fim de que não haja manutenção de interpretações divergentes da CR/1988. Aplicação da súmula 343/STF afastada. Precedente deste Tribunal.

III. Nos termos do art. 354 do Regimento Interno desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pela Corte Especial, deve ser aplicada aos feitos submetidos às Seções, o que ocorreu com o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC 95.01.17225-2/MG (DJ 4/10/1999, p.4). No entanto, conforme dispõe seu parágrafo único, essa vinculação se cessa quando houver, em sentido diverso, decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando a mesma matéria, "total ou parcialmente".

IV. No julgamento do RE 193.456-5/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que o art. 202 da CR/1988 somente adquiriu plena eficácia com a edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991.

V. Ao adotar o posicionamento de que o art. 202 da CR/1988 somente se tornou plenamente eficaz com a edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991 sendo constitucional todo o sistema revisional previsto nessas leis foi considerado compatível com a própria Carta Magna.

VI. A partir do julgamento do RE 193.456-5/RS, as turmas do STF, bem como o STJ, referindo-se à decisão plenária da Corte Suprema, passaram a decidir reiteradamente pela propriedade da imposição do teto previdenciário previsto nos artigos 29, § 2º, e art. 33 da Lei 8.213/1991, ao qual se refere o art. 26 da Lei 8.870/1994.

VII. O acórdão rescindendo não se orientou de acordo com a jurisprudência pacífica do Plenário do STF, e do STJ, no sentido da constitucionalidade do sistema revisional previsto nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, e, conseqüentemente, do limite teto previsto nos artigos 29, § 2º, e art. 33, ambos da Lei 8.213/1991, ao qual se refere o art. 26 da Lei 8.870/1994.

VIII. Ação rescisória julgada procedente para em juízo rescindente, desconstituir o acórdão proferido na AC 1998.01.00.053434-5/MG na parte em que afastou a aplicação do teto previdenciário, e, proferindo novo julgamento da apelação interposta naquela ação ordinária, negar provimento à apelação dos segurados mantendo a revisão da Renda Mensal Inicial dos benefícios (art. 26 da Lei 8.870/1994), com observância do limite teto estabelecido nos artigos 29, § 2º, e 33, da Lei 8.213/1991.

IX. Como o juízo rescindente somente tem efeito *ex nunc*, e em se tratando de pagamento de verba alimentar percebida de boa fé pelos segurados e pensionista, incabível a concessão da pretendida antecipação da tutela jurisdicional.

X. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$500,00, pelos réus, suspensa a sua exigibilidade diante da gratuidade judiciária deferida.

XI. Ação Rescisória procedente.

(Ação Rescisória 2004.01.00.047291-7/MG, Relator: Des. Federal José Amílcar Machado, Relator Convocado: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, Primeira Seção, Unânime, *e-DJFI* p. 47, 23/11/2009)

Os fundamentos expressos às fls. 199/204 se mostram, assim, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Primeira Seção, pelo que, deve prevalecer o voto vencido.

Embargos infringentes aos quais se dá provimento.

É como voto.

Segunda Seção

Numeração única 0013576-17.2008.4.01.4000

Inquérito Policial

2008.01.00.012002-5/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Autor: Justiça Pública

Procurador: Dr. Franklin Rodrigues da Costa

Indiciado: Ultimo Bitencourt de Freitas

Indiciado: Antonio Ferreira Garcia

Indiciado: Willys de Assis Botelho

Indiciada: Maria Aparecida de Oliveira

Indiciado: Eder Barcelos do Nascimento

Advogado: Dr. Rodrigo Ribeiro Pereira e outros

Indiciado: Moacir Tonani

Advogada: Dra. Samantha Bredarioli

Publicação: e-DJF1 de 8/3/2010, p. 46

Ementa

Penal e Processual Penal. Inquérito policial. Denúncia. Prefeito Municipal. Imputação da prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 90 da Lei 8.666/1993, 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e 288 do Código Penal. Não configuração de elementos mínimos de culpabilidade. Rejeição da denúncia.

I. “Para a configuração do delito previsto no artigo 90, da Lei 8.666/1993, é indispensável a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação. Não basta que o agente frustrate ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório. [...] Na espécie, diante do contexto probatório e, ainda, atestada a regularidade das contas, e *ipso facto*, da gestão, não há justa causa para a ação penal, por não restar configurado o elemento mínimo de culpabilidade, ou de dano ao erário, não narrando a denúncia, a intenção dolosa imprescindível para efeito de punição” (Inquérito Policial 2007.01.00.055865-2/MG, Relator Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, 2ª Seção do TRF/1ª Região, maioria, e-DJF1 de 9/11/2009, p. 144). Denúncia rejeitada, quanto ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993.

II. À mingua de início de prova do real desvio de verba federal repassada ao Município, mediante convênio, tampouco da ocorrência de sua apropriação, por parte dos acusados, integrantes do quadro da Municipalidade, em seu favor ou do terceiro – também denunciado, na condição de vendedor do bem objeto da licitação (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967) –, rejeita-se a denúncia, também quanto ao aludido delito, por falta de justa causa para o exercício da ação penal.

III. Ausência de comprovação, ainda que pela via indiciária, de que os denunciados se uniram, com a finalidade específica voltada para o cometimento de delitos, com estabilidade e permanência da associação criminosa, de forma a sugerir a prática, em tese, do crime de quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal. Rejeição da denúncia, também quanto ao crime do art. 288 do Código Penal.

IV. Denúncia rejeitada.

Acórdão

A Seção, por unanimidade, acolhendo, preliminarmente, questão de ordem proposta pela Relatora, rejeitou o pedido de adiamento formulado pela advogada Samantha Bredarioli, constituída pelo denunciado Moacir Tonani. Nomeou defensor a esse denunciado o Dr. Rodrigo Ribeiro Pereira, advogado dos demais denunciados apenas para a sustentação oral, nesta oportunidade. Considerando inexistir colidência de defesas e, deliberando quanto à denúncia, decidiu, à unanimidade, rejeitar a preliminar de inépcia e, no mérito rejeitá-la, nos termos do voto da relatora.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 13/1/2010.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Assusete Magalhães: – Trata-se de denúncia oferecida pelo *Ministério Público Federal*, em 21/8/2008, contra *Último Bitencourt de Freitas, Antônio Ferreira Garcia, Willys de Assis Botelho, Maria Aparecida de Oliveira, Eder Barcelos do Nascimento e Moacir Tonani*, sendo o primeiro na qualidade de atual Prefeito do Município de Monte Alegre/MG, pela prática, em tese, dos seguintes delitos:

- *Último Bitencourt de Freitas*: art. 90 da Lei 8.666/1993, art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 e art. 288 do Código Penal, todos c/c arts. 61, II, g, 62, I, e 69 do Código Penal;

- *Antônio Ferreira Garcia, Willys de Assis Botelho, Maria Aparecida de Oliveira e Eder Barcelos do Nascimento*: art. 90 da Lei 8.666/1993, art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29 do Código Penal, e art. 288 do Código Penal, todos c/c 61, II, g, e 69 do Código Penal; e

- *Moacir Tonani*: art. 90 da Lei 8.666/1993, art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29 do Código Penal, e art. 288 do Código Penal, todos c/c art. 69 do Código Penal.

Narra a denúncia que a Prefeitura Municipal de Canápolis/MG, na gestão do denunciado Último Bitencourt de Freitas, firmou com o Fundo Nacional de Saúde – FNS, do Ministério da Saúde, o Convênio 2.416/2001, datado de 26/12/2001, para aquisição de Unidade de Saúde Móvel, veículo adquirido pelo valor de R\$60.500,00, sendo R\$40.000,00 de responsabilidade da União e R\$ 20.500,00 referentes à contrapartida do Município; que, para a aquisição do objeto do Convênio, a Municipalidade abriu procedimento licitatório, na

modalidade de Tomada de Preços; que a Comissão de Licitação era integrada pelos denunciados Antônio, Willys e Maria Aparecida; que, deliberadamente, os denunciados deixaram de publicar o edital do certame licitatório, no Diário Oficial da União, no Minas Gerais, ou em jornal diário de grande circulação no Município, descumprindo o art. 21, I, II e III, da Lei 8.666/1993, o que constituiu indevida restrição à participação dos interessados, tornando nulo o procedimento licitatório, por afronta ao princípio da isonomia, previsto no art. 8º da Lei 8.666/1993; que, em decorrência disso, apenas a empresa Carimã Veículos Ltda. apresentou proposta, firmada por seu sócio e gerente comercial, o denunciado Moacir Tonani, que, também, compareceu à sessão de abertura e julgamento das propostas, representando a referida firma, à qual o objeto da licitação foi adjudicado; que, antes dessa sessão de abertura e julgamento das propostas, a Procuradoria do Município teve vista do procedimento e, apesar das irregularidades relatadas, o Procurador Eder, também denunciado, lançou parecer, opinando pela continuidade do certame; que o Prefeito Último Bitencourt de Freitas, ora denunciado, adjudicou a licitação à empresa vencedora pelo valor de R\$ 60.500,00, superior ao de mercado em 7,1%, conforme apurado, em que pesem as irregularidades em tela; que, consoante parecer da Kia Motors, o valor de mercado do bem é de R\$ 56.490,00, em 21/2/2002, data em que foi adquirido; que o pagamento de valor superior ao de mercado deveu-se à frustração do caráter competitivo do certame; que o desvio da diferença referente ao pagamento a maior beneficiou a empresa Carimã, da qual o denunciado Moacir era o representante, configurando o crime previsto no art. 1º, I, segunda parte, do DL 201/1967; que “os autos apontam também para um ajuste prévio entre os denunciados para fraudar o procedimento licitatório, no sentido de

restringir a competição e beneficiar a empresa à qual houve a compra, em prejuízo da entidade pública, configurando formação de quadrilha”. Pede, a final, que, cumpridas as exigências e formalidades legais, seja a denúncia recebida pelo Tribunal, instaurando-se a ação penal (fls. 259/269).

Distribuído o Inquérito, o então Relator Convocado, Juiz Federal Reynaldo Fonseca – que hoje integra esta Corte –, acolheu a manifestação da PRR/1ª Região e, com base no art. 30, XIV, do RI-TRF/1ª Região, determinou o arquivamento do Inquérito, em relação aos indicados Edson Gonçalves Pereira, Lindalma Silva Moura Barro, Cristiano de Oliveira Guimarães e Anderson Coelho de Mendonça. Determinou, igualmente, a notificação dos ora denunciados, para apresentação de resposta, no prazo legal (fls. 274/275).

Notificados, os denunciados *Último Bitencourt de Freitas, Antônio Ferreira Garcia, Willys de Assis Botelho, Maria Aparecida de Oliveira e Eder Barcelos do Nascimento* ofereceram resposta, argüindo inépcia da denúncia. Alegam que, “de fato, não houve a publicação do referido edital nos *estritos moldes* do que preceituam os incisos II e III do art. 21 da Lei de Licitações”, mas o princípio da publicidade dos atos administrativos foi respeitado; que a cidade de Canápolis dista quase 800 km “dessa Capital”, sendo que o jornal de maior circulação seria a Folha de São Paulo, bem como outros da cidade de Goiás, cuja divisa está a 50 km da cidade, aproximadamente; que o edital foi publicado no Jornal do Pontal, que circula em 19 cidades do Triângulo Mineiro e região, de sorte que não houve prejuízo para o certame, mas mera irregularidade; que a falta de publicação do edital, no Diário Oficial, não implica o cometimento dos crimes apontados na denúncia; que o MPF não narrou qualquer tentativa dos denunciados de obterem, para si ou para outrem, alguma vantagem, em razão da homologação do processo licitatório, o que é necessário para a configuração do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993; que a pequena diferença de R\$ 4.010,00, existente entre o valor da adjudicação e o alegado preço de mercado da ambulância licitada, preço *sugerido* pela Kia Motors do Brasil S/A no documento de fl. 164, deve-se à necessidade da realização de outras despesas, pelo vendedor Carimã Veículos Ltda., como o pagamento de ICMS entre os Estados de São Paulo (onde está a sede da Kia Veículos) e de Minas Gerais, IRPJ, Contribuição Social, frete e “adesivagem” do veículo; que não restaram caracterizadas as condutas de

frustrar ou fraudar a licitação, e seu caráter competitivo; que o crime de quadrilha é caracterizado pela presença do dolo específico – associação para o fim de praticar crimes –, ausente, na hipótese dos autos; que, quanto ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, “não há qualquer indício de prova, ou sequer, uma narração pormenorizada do suposto desvio e apropriação de rendas públicas, seja em proveito próprio ou alheio”; que o fato de um dos réus ser Prefeito não pode implicar em responsabilidade objetiva; que a denúncia não aponta, de forma individualizada, o modo como cada denunciado contribuiu para o fato delituoso; que, ausente o prejuízo ou dano ao Erário, não há que se falar em crime, nem em responsabilidade dos administradores; que a prestação de contas referente ao Convênio em questão foi aprovada pelo órgão competente do Ministério da Saúde, o que comprova a ausência de dolo ou má-fé do administrador e, muito menos, prejuízo ao Erário; que o denunciado Eder – que emitiu parecer favorável à legalidade da licitação, como Procurador do Município –, como advogado que é, tem seus direitos assegurados pela Constituição Federal, não podendo figurar na lide penal, sob pena de violação de sua independência, no exercício da profissão. Pedem, a final, a rejeição da denúncia (fls. 289/316).

Manifestação da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, reiterando os termos da denúncia (fls. 336/346).

Notificado – por força da determinação de fl. 348 –, o denunciado *Moacir Tonani* ofereceu resposta, sustentando que não há, no caso, prova mínima da autoria e materialidade delitivas; que, simplesmente, participou de um processo licitatório, não lhe cabendo a responsabilidade de publicar o edital do certame, nos jornais competentes; que não conhece, nem teve qualquer contato com o Prefeito Municipal, nem com os membros da Comissão licitante, sendo, apenas, o proprietário da empresa que comercializou o veículo, no livre exercício de sua atividade econômica; que não impossibilitou a participação de outras empresas no referido certame, nem contribuiu para que fosse frustrado o caráter competitivo da licitação; que, em verdade, além da empresa Carimã Veículos Ltda., participou do certame, também, a empresa Marcopolo S/A; que não tinha o dever de observar a existência de outros concorrentes; que, inexistindo dolo, a conduta é atípica; que não ocorreu, no caso, o alegado desvio de

renda pública; que o valor do veículo era condizente com o preço de mercado, tendo em vista os acréscimos referentes a frete, seguro de viagem e outros encargos de responsabilidade do concessionário, sem contar o decurso de mais de quatro meses entre a *sugestão* do preço pela Kia Motors (9/8/2001) e a venda do veículo para a Prefeitura, pela Carimã Veículos Ltda. (fevereiro de 2002), além do fato de os veículos da marca Kia serem importados, sofrendo variações de preço, em função da cotação do dólar; que “a suposta diferença de 7,1% do valor *sugerido* pela Kia, que no próprio ofício informa que não inclui o frete, mostra-se ínfima perto dos custos e riscos que envolvem a venda ao órgão público”; que “participou do certame ofertando seu produto num valor necessário a cobrir seus custos e é claro com sua margem de lucro”; que “a suposta e singela diferença de R\$ 4.010,00 (quatro mil e dez reais) existente num veículo que foi comprado pela concessionária em outubro de 2001 e vendido ao município em fevereiro de 2002, com todos os encargos que incorporam o seu custo, mostra-se totalmente condizente com a realidade do mercado”; que o “*parquet* se baseou no preço de tabela da montadora em agosto de 2001, que é apenas *sugerido*, e não inclui os encargos do concessionário (multas, custo financeiro, frete, variação do dólar no período, diferença ICMS, obrigação de manter o preço da proposta por 60 dias, comissão do funcionário). Deve-se, ainda, considerar que os preços dos veículos variam de acordo com lei da oferta e da procura, inexistindo uma tabela obrigatória a ser seguida pelo concessionário, mesmo porque o preço é *sugerido* e sofre variações de acordo com a disponibilidade do bem no mercado e a sua procura pelos consumidores”; que, “no entanto, mesmo assim, apesar de todos esses encargos, e ainda, pelo fato do preço ser *sugerido*, o valor do veículo adquirido ainda condizia com o praticado no mercado, considerando os encargos que devem fazer parte do custo do veículo”; que não houve qualquer associação entre os denunciados, com a finalidade de cometerem crimes, na forma do art. 288 do Código Penal; que simples irregularidades formais não maculam a licitação; que a denúncia não contém os elementos exigidos pelo art. 41 do CPP, havendo de ser rejeitada, por inepta. Pede, a final, a rejeição da denúncia (fls. 355/374).

Protocolado, em 17/12/2009 e 18/12/2009, substabelecimento de poderes outorgados por Moacir Tonani, sem reserva, à advogada Samantha Bredarioli.

Protocolado, em 11/1/2010, requerimento de Moacir Tonani, subscrito pela Dra. Samantha Bredarioli, de adiamento do julgamento designado para 13/1/2010, por motivo de doença da causídica, e pedido para que a PRR/1ª Região se manifeste sobre a resposta preliminar apresentada pelo aludido denunciado, pedido que indeferi, nos termos do despacho do seguinte teor:

Verifica-se, dos autos, que a defesa preliminar de Moacir Tonani foi subscrita, em 27/10/2009, pelo advogado Marcus Paulo Tonani, em face da procuração e do substabelecimento de fls. 352/353 (fls. 355/374).

Em 17/12/2009 e 18/12/2009 – *quando já se tinha notícia*, em 14/12/2009, *pela informação processual veiculada na Internet, de que o presente processo seria julgado na data de 13/1/2010 – os três advogados constantes da procuração e do substabelecimento de fls. 352/353 juntaram substabelecimento, sem reservas, à Dra. Samantha Bredarioli.*

Em 11/1/2010 *a aludida advogada requereu o adiamento do presente julgamento, por motivo de saúde.*

Prova ela que, desde 29/12/2009, conforme declaração médica daquela data, tinha ciência de que estaria internada, de 8 a 10/1/2010, com recomendação de restrição de contato até 15/1/2010. Teve, pois, tempo hábil para, antes do julgamento, substabelecer o mandato a outro profissional, para sustentação oral, mesmo porque o pedido de adiamento, embora equivocadamente datado de 30/1/2009 – certamente a data refere-se a 3/12/2009 –, só foi protocolado em 11/1/2010.

Conforme adverte o MPF, a fl. 331, pelo menos dois crimes objeto da denúncia prescreverão antes da próxima sessão da 2ª Seção do TRF/1ª Região, a se realizar em 27/1/2010.

O art. 265, § 1º, do CPP dispõe que “a audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer”.

A iminência da consumação do prazo prescricional não recomenda o adiamento do julgamento, pelo que, levando em conta, ainda, que a ilustre advogada teve tempo hábil para substabelecer o mandato e não o fez – ainda que apenas para o julgamento do processo, para sustentação oral – indefiro o pedido de adiamento.

Considerando, entretanto, que o advogado Rodrigo Ribeiro Pereira – que defende os demais 5 (cinco) denunciados – estará presente ao julgamento, para sustentação oral, e que inexistente conflito de interesses, nomeio-o defensor “ad

hoc” de Moacir Tonani, na sessão de julgamento, inclusive para sustentação oral.

Intime-se o Dr. Rodrigo Ribeiro Pereira, pela maneira mais expedita, certificando-se a respeito.

Indefiro igualmente o pedido de nova remessa do processo à PRR/1ª Região, para manifestação quanto à defesa preliminar de Moacir Tonani, seja porque a própria PRR/1ª Região já se pronunciou conclusivamente nos autos, a fls. 336/346, inclusive pela desnecessidade de oitiva preliminar de Moacir Tonani, por não ser ele servidor público e por estar a denúncia instruída com Inquérito Policial (fls. 344/345), seja ante a iminência da prescrição, sobre a qual alertou a própria PRR/1ª Região, requerendo, desde logo, preferência para julgamento do processo (fls. 331 e 344/346).

I.

Brasília, 13/1/2010.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Assuete Magalhães: – Preliminarmente, mantenho o indeferimento dos pedidos de adiamento do julgamento do presente processo e de retorno dos autos à PRR/1ª Região, pelos fundamentos constantes do despacho hoje proferido e mencionado no relatório. Rejeito a preliminar de inépcia da denúncia, uma vez que a peça inaugural contém todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, de forma precisa, os fatos atribuídos a cada um dos acusados, com todas as suas circunstâncias – que configuram, em tese, os delitos a eles imputados –, de forma a permitir-lhes o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O presente Inquérito Policial foi instaurado com base no Relatório de Fiscalização da Controladoria-Geral da União, datado de 17/12/2004 (fls. 7/31), que aponta, entre supostas irregularidades verificadas na Municipalidade de Canápolis/MG, que “o edital da Tomada de Preços 02/2002, referente à aquisição de uma ambulância, não foi publicado no Diário Oficial do Estado (“Minas Gerais”) e em jornal de grande

circulação no estado de Minas Gerais. Na verdade a publicação do referido instrumento convocatório resumiu-se a um jornal de circulação na região do município de Canápolis. Tal procedimento, além de ferir o princípio da publicidade, contraria os incisos II e III do art. 21 da Lei 8.666/1993, restringindo a ampla competitividade”. Segundo o aludido Relatório, essa aquisição integrou o Programa Unidades de Saúde do SUS, para cuja execução o Município recebeu a transferência de recursos federais, por meio do Convênio 2.416/2001/MS, datado de 26/12/2001 (item 4 e 4.1, fls. 16/17).

Realmente, em 26/12/2001, a Prefeitura Municipal de Canápolis/MG – na gestão do Prefeito Municipal denunciado, Último Bitencourt de Freitas – celebrou com a União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, o Convênio 2.416/2001, tendo por objeto o apoio técnico e financeiro para a aquisição de unidade de saúde móvel, destinada à Prefeitura, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde – SUS. De acordo com a Cláusula Terceira do instrumento (fl. 49), a União participaria com recursos no valor de R\$ 40.000,00, oriundos do seu Orçamento, e a Municipalidade com a verba de R\$ 8.000,00 (fls. 47/54). Houve, ainda, segundo a denúncia, uma “Contrapartida Extra”, no valor de R\$ 12.500,00, nos termos da prestação de contas apresentada, de sorte que o montante destinado à execução daquele objetivo totalizara R\$ 60.500,00.

A Prefeitura de Canápolis promoveu a abertura da Tomada de Preços 0002/2002, por meio de edital datado de 7/1/2002, com vistas à aquisição, não só de “1 (Uma) Unidade de Saúde Móvel, Veículo Tipo Ambulância, Zero Quilômetro, Ano de Fabricação não inferior a 2001”, a que se refere a denúncia, como, igualmente, de “2 (Dois) Veículos Tipo Microônibus, Zero Quilômetro, Ano de Fabricação não inferior a 2001, capacidade mínima para 20 (vinte) lugares”, ambos devidamente especificados no referido edital (fls. 90/100 do Apenso II).

Consta, a fl. 101 do Apenso II, a publicação do edital, que a defesa admite ter sido levada a efeito no Jornal do Pontal – que tem circulação nas cidades discriminadas a fls. 322/323 –, sem observância do que determina o art. 21 da Lei 8.666/1993.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada) e César Jatahy Fonseca.

Seguiu-se o parecer subscrito pelo denunciado Eder Barcelos do Nascimento, na condição de Procurador Jurídico da Municipalidade, onde se lê:

(...) Sob exame desse departamento apenas os aspectos jurídicos necessários a garantir a possibilidade jurídica do procedimento.

A Licitação processou-se de acordo com a modalidade prevista na Lei 8.666/1993 e suas alterações.

Sobre a oportunidade e conveniência da aquisição dos veículos supracitados, ora licitados, manifestou-se (sic) as Secretarias interessadas pelo que opino favoravelmente” (fl. 168 do Apenso I).

A Ata de Julgamento de fls. 169/170 do Apenso I dá conta de que, reunida, em 24/1/2002, a Comissão de Licitação, composta pelos denunciados Antonio Ferreira Garcia (Presidente), Willys de Assis Botelho (Secretário) e Maria Aparecida de Oliveira (Membro), procedeu à abertura e ao exame das propostas referentes à TP 2/2002. Constatou-se, na oportunidade, a participação de duas empresas, Marcopolo S/A e Carimã Veículos Ltda., que apresentaram propostas relativas, respectivamente, aos dois veículos tipo microônibus e ao veículo tipo ambulância, sendo tais propostas escolhidas, pela Comissão, por representarem “o menor preço”. Registra a Ata que a proposta da empresa Carimã, referente à ambulância, consignou “valor unitário e total de R\$ 60.500,00 (...), Condições de pagamento à vista; Validade da proposta de 60 (sessenta) dias; Prazo para entrega: Imediato e local de entrega: em Canápolis, conforme o Edital de Tomada de Preço 2/2002. Foi constatado também que os preços apresentados estavam condizentes com os de mercado (...)” (fl. 170). Essa proposta da empresa Carimã Veículos Ltda. está juntada a fls. 160/162 do apenso I.

Foram lavrados o Termo de Adjudicação, datado de 24/1/2002, e o Termo de Homologação, datado de 29/1/2002, subscritos pelo Prefeito Municipal denunciado, Último Bitencourt de Freitas (fls. 171 e 172 do Apenso I), consentâneos com o parecer da Comissão de Licitação, acerca da escolha das propostas.

Finalmente, tomadas as providências de ordem contábil e financeira, a empresa Carimã Veículos Ltda. emitiu a Nota Fiscal Fatura 5.488, datada de 19/2/2002, referente à venda do referido veículo tipo ambulância, marca “imp. Kia modelo besta (...)”, que, segundo se depreende do carimbo apostado no documento, teria sido

recebido, pela Prefeitura adquirente, no dia 20/2/2002 (fl. 51 do Apenso II).

Todos os denunciados foram ouvidos, na fase administrativa.

No essencial, sem perder de vista que a presente fase é de exame do recebimento da denúncia, colho, dos referidos depoimentos, as seguintes passagens, que tenho como relevantes para o deslinde da questão que se põe:

Depoimento de *Antonio Ferreira Garcia* (Presidente da Comissão de Licitação):

(...) Que Anderson Coelho de Mendonça, *Secretário de Planejamento, e que atuava especificamente no setor de compras e licitações determinou ao interrogado que fizesse a licitação da ambulância com urgência porquanto esta teria sido a determinação do Prefeito Ultimo Bitencourt de Freitas; que Anderson disse ao interrogado antes de lhe encaminhar o edital para assinatura que a urgência era necessária para assegurar o preço; (...) Que o interrogado era subordinado diretamente ao Prefeito de Canápolis; (...) que perguntado porque foi a Carimã declarada vencedora, tendo oferecido um veículo com capacidade de carga menor do que a requisição do Ministério da Saúde, respondeu que na proposta a licitante se comprometeu a entregar um veículo de acordo com o especificado (...) Que (...) não sabe o interrogado informar porque somente as duas empresas (...) foram convidadas a apresentar proposta; (...) Que a publicação do edital era de responsabilidade da comissão de compras (...)* (fls. 70/72)

Depoimento de *Willys de Assis Botelho* (Secretário da Comissão de Licitação):

(...) Que a função da comissão de licitação era verificar se as empresas participantes da licitação estavam com a situação fiscal regular; que também cabia a comissão de licitação decidir sobre o preço da contratação; (...) Que quem montava o processo de compra era o Secretário de Planejamento Anderson Coelho Mendonça; (...) Que perguntado porque na licitação objeto do IPL 646/2005, ocorrida um ano após as citadas acima, ocorreram os mesmos erros de falta de publicidade, habilitação de empresas do mesmo dono, o interrogado reconhece que foram cometidas as mesmas falhas do processo anterior; que perguntado porque foi recebido um veículo com capacidade de carga inferior aquela licitada o interrogado informou que somente a comissão de recebimento pode responder (...) (fls. 77/79).

Depoimento de *Eder Barcelos do Nascimento*
(Procurador Jurídico da Prefeitura):

(...) Que ratifica todas as suas declarações prestadas por escrito a Controladoria Geral da União e transcritas nos respectivos relatórios daquele órgão e que não responderá a nenhum questionamento feito na presente audiência (...) (fls. 84/85)

Depoimento de *Maria Aparecida de Oliveira*
(Membro da Comissão de Licitação):

(...) Que a interrogada tinha participação meramente formal na comissão de compras e cadastros; que a atividade da comissão era exercida exclusivamente pelo seu presidente Edson Gonçalves Pereira; que a interrogada não sabe quem foi que determinou a expedição das cartas convites apenas para as empresas Cariman, Tonani e Marcopolo (...) (fls. 104/105)

Depoimento de *Último Bitencourt de Freitas*
(Prefeito Municipal de Canápolis/MG):

(...) Que foi prefeito de Canápolis no período de 2001 a 2004; que com a liberação de verba federal para aquisição de ambulâncias o interrogado passou a ser assediado por revendedores de veículos a diesel; que duas dessas empresas eram a Carimã de Uberlândia e a Tonani de Ribeirão Preto; que o interrogado não sabe quais são os donos dessas empresas; Que não conhece Moacir Tonani; Que o interrogado determinou a abertura de processo licitatório; que o interrogado mandou fazer uma pesquisa informal sobre preços de ambulâncias, sendo constatado que aquelas fornecidas pela Mercedes Benz e outras marcas eram mais caras que as fornecidas pela Kia Motors; que instalada a comissão de licitação o interrogado não mais acompanhou o processo; (...) Que não sabia que as ambulâncias adquiridas tinham capacidade de carga inferior a dos editais; que o interrogado delegou ao então Secretário Municipal de Planejamento de Canápolis, Anderson Coelho de Mendonça a incumbência de acompanhar os dois processos licitatórios; que Anderson não relatou nenhuma irregularidade nas licitações (...) (fls. 168/169)

Depoimento de *Moacir Tonani* (proprietário da empresa Carimã Veículos Ltda.):

(...) não é parente e nem sequer conhece Anderson Coelho de Mendonça; ... não é parente e nem sequer conhece Último Bittencourt de Freitas; (...) de fato entregou um veículo com capacidade de 1.355 KG, pois o furgão da Kia Motors possui uma capacidade de 1.670 KG, conforme folder que

apresenta para ser juntado aos autos, porém ao ser adaptada para ambulância, sua capacidade diminuiu para 1.355 KG, (...) sendo que por essa razão acredita não haver irregularidade no bem licitado; (...) deixou de observar o preço sugerido pela Kia veículos, pois teria despesas como diferença de ICM's entre os estados de São Paulo e Minas Gerais, Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, Contribuição Social, frete e adesivagem do veículo, despesas essas não levadas em conta pela Kia veículos e, assim, por não ter obrigação de praticar o preço sugerido, estabeleceu os novos preços praticados; (...) (fls. 186/188)

No depoimento de fls. 111/112, Anderson Coelho de Mendonça, tantas vezes mencionado pelos indiciados, asseverou que *“foi secretário de planejamento da prefeitura municipal de Canápolis de 2001 a 2004; que o interrogado não era o superior hierárquico dos integrantes das comissões de compras e cadastro nem da comissão de julgamentos de licitações; que essas comissões são nomeadas pelo prefeito e subordinadas diretamente ao gabinete do alcaide; (...)* Que a secretaria de planejamento não tinha nenhuma ingerência no que se refere as compras da prefeitura, mas o interrogado, em razão da sua experiência, ajudou na elaboração do edital e na confecção das cartas convites enviadas a empresa; ... Que não é verdade o que afirmou Antonio Ferreira Garcia quando disse que o interrogado havia determinado urgência em razão de necessidade de assegurar o preço (...).

Os autos estão instruídos, também, com:

- Laudo de Exame Contábil (Laudo 1.938/06-SR/MG), elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística, do Departamento de Polícia Federal, no qual os peritos concluem que, à luz de toda a documentação atinente ao caso, assim como de informações prestadas pela Kia Motors do Brasil S/A, importador do veículo sob exame, este “apresenta preço incompatível com o de mercado em 7,1% (sete virgula um por cento)”, porquanto vendido pela Kia Motors do Brasil S/A em 17/2/2002, tendo o preço sugerido de R\$ 56.490,00 e tendo sido ele faturado, em 19/2/2002, por R\$ 60.500,00, pela Carimã Veículos Ltda., à Prefeitura Municipal de Canápolis/MG (fls. 160/167); e

- Laudo de Exame Contábil (Laudo 3.329/07-SETEC/SR/DPF/MG), elaborado pelo Setor Técnico-Científico, do Departamento de Polícia Federal, que, após minucioso histórico sobre todos os aspectos da licitação em tela, e elucidando, até certo ponto, algumas

questões que não ficaram claras, nos depoimentos dos denunciados, em decorrência de menção feita a elementos de outras licitações promovidas pela Municipalidade de Canápolis – que nada têm a ver com a versada nos presentes autos –, esclareceu, em seus pontos nucleares, que “Duas empresas participaram do certame, a saber: *Marcopolo S. A. e Carimã Veículos Ltda.*”; que “A modalidade adequada de licitação foi observada”; que “De acordo com a documentação analisada, os peritos concluem que os prazos pertinentes para cada procedimento foram atendidos”; que “A modalidade de licitação utilizada neste certame (Tomada de Preços) não exige o número mínimo de três propostas válidas, de acordo com a Lei 8.666/1993”. Além disso, sugerem os *experts* efetiva violação ao disposto no art. 21 da Lei 8.666/1993, quanto à publicação do edital, e que, até onde se pôde apurar, os sócios da Carimã Veículos não constam da relação de sócios da Marcopolo (sociedade anônima de capital aberto), apresentada na parte final do mesmo laudo (fls. 231/242).

O caso sob exame é bastante semelhante ao do Inquérito 2007.01.00.055865-2/MG, Relator o eminente Desembargador Federal Mário César Ribeiro, julgado por esta 2ª Seção do TRF/1ª Região, em 14/10/2009, que envolve, dentre outros, os mesmos seis denunciados aqui referidos. A diferença é que, ali, a denúncia apontava, apenas, a prática, em tese, do crime do art. 90 da Lei 8.666/1993 – por terem os denunciados “restringido a competitividade da Licitação 3/2003, na modalidade Convite, referente ao Convênio 873/02, firmado com o Ministério da Saúde, para aquisição de uma ambulância” –, enquanto que aqui, além daquele delito, imputa-se aos acusados, também, o suposto cometimento dos crimes dos arts. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e 288 do Código Penal.

Ao julgar o referido feito – em sessão da qual participei –, este Colegiado, por maioria de votos (vencido, em parte, apenas o eminente Desembargador Federal Tourinho Neto), rejeitou a denúncia, nos termos do acórdão assim ementado:

Penal. Processual Penal. Inquérito Policial. Prefeito Municipal. Licitação Pública. Lei 8.666/1993, Artigo 90. Ambulância. Favorecimento. Denúncia. Inépcia. Prescrição em perspectiva. Prestação de Contas. Aprovação. Justa causa. Ausência.

I. Para a configuração do delito previsto no artigo 90, da Lei 8.666/1993, é indispensável a

intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação. Não basta que o agente frustre ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório.

II. Na espécie, diante do contexto probatório e, ainda, atestada a regularidade das contas, e ipso facto, da gestão, não há justa causa para a ação penal, por não restar configurado o elemento mínimo de culpabilidade, ou de dano ao erário, não narrando a denúncia, a intenção dolosa imprescindível para efeito de punição.

III. É pacífica a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a tese de ocorrência da prescrição em perspectiva não merece acolhimento, por isso que o nosso ordenamento jurídico-processual não contempla a prescrição por antecipação.

IV. Denúncia rejeitada–” (e-DJFI de 9/11/2009, p. 144).

Levando em conta que os argumentos postos em debate, no presente feito, são, basicamente, os mesmos de que tratou aquele julgamento, não vejo razão para alterar a fundamentação ali expendida pelo eminente Relator, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, no voto condutor que proferiu, em relação à suposta prática do crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, que tenho como absolutamente correta, guardados os aspectos fáticos específicos do presente Inquérito.

Com efeito, no mencionado voto, ficou assentado, *in verbis*:

“–(...)Consta da denúncia, destaco:

‘–(...)Eder Barcelos do Nascimento, Procurador do Município de Canápolis, atuou no intento delituoso manifestando-se favoravelmente, em parecer, pela legalidade do que era, evidentemente, ilegal, participando da fraude que beneficiou a Carimã Veículos.

A evidência da ilegalidade torna-se mais clara quando se toma consciência que, das três empresas convidadas para apresentar propostas para a aquisição de uma ambulância, duas pertenciam ao mesmo proprietário, cujo produto não se adequava às especificações do edital da licitação e a terceira empresa sequer comercializa ambulâncias, mostrando, com clareza solar, o intuito de fraudar a licitação com o objetivo de favorecer o empresário que participava como (quase) único licitante.’

É certo que poderá o advogado ser responsabilizado por danos causados a seus clientes ou terceiros decorrentes de erro grave ou inescusável, o que não se encontra configurado no caso à vista dos termos do Parecer de fls. 97 do apenso.

A propósito, segundo leciona Hely Lopes Meirelles:

‘Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou particulares à sua motivação ou conclusões, salvo aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.’

‘A meu aviso, se o Parecer exarado encontra-se devidamente fundamentado no sentido da contratação com inexigibilidade ou dispensa de licitação, não pode seu prolator, na qualidade de mero consultor ou órgão opinativo, ocupar o pólo passivo em Ação Penal pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/1993.’

(in Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 183)

Na espécie, eis o teor do Parecer em referência, *in verbis*:

Parecer:

Sobexame desse departamento apenas os aspectos jurídicos necessários a garantir a possibilidade jurídica do procedimento. Sobre a oportunidade e conveniência da Aquisição de 1 (uma) Unidade Móvel de Saúde (Veículo equipado Tipo Ambulância), manifestou-se a Secretaria interessada pelo que *opino favoravelmente*. (fl. 97 do Apenso).

Ora, a simples leitura desse parecer revela que não há como nele identificar o alegado *“intuito de fraudar a licitação, com o objetivo de favorecer o empresário que participava como (quase) único participante”*, conforme afirma o Ministério Público Federal na peça acusatória.

Isto posto, com fulcro no artigo 395, III (*falta de justa causa para o exercício da ação penal e não pelo fundamento de ilegitimidade de parte*), do Código de Processo Penal, rejeito, pois, a denúncia em relação a esse denunciado.

(...)

A denúncia imputa, portanto, à *Último Bitencourt de Freitas, Moacir Tonani, Eder Barcelos do Nascimento, Eliene Alves Gonçalves, Josiene Gonçalves de Menezes, Antônio Ferreira Garcia, Willys de Assis Botelho, Lindalma Silva Moura Barro, Cristiano Oliveira Guimarães, Maria Aparecida de Oliveira e Anderson Coelho Mendonça* a prática do crime de fraude à licitação, previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

‘Art. 90. *Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;*

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.’

Como se pode observar, para a configuração do delito em referência é indispensável a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação.

Exige-se, pois, do agente, consoante leciona *Jesé Torres Pereira Júnior*, *‘um especial fim de agir, correspondente ao objetivo de alcançar vantagem de conteúdo econômico, que deverá, necessariamente, decorrer da adjudicação do objeto da licitação’*.

E, ainda, acrescenta aquele Autor:

‘(...) para a adequação típica subjetiva, não basta que o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação; é preciso que o faça para si ou para outrem. Isto quer dizer que a vantagem indevida deve reverter em proveito do próprio agente ou de terceiro. Será atípica, portanto, a conduta se a adjudicação do objeto da licitação não aproveitar ao agente ou a alguém que com ele tenha concertado a frustração ou a fraude da competição–’ (in “Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública” – Renovar – 2007 – p. 904 – grifei).

Na espécie, a denúncia indica *Moacir Tonani* seria o beneficiário da suposta fraude à licitação por ter, na venda da ambulância em referência, imposto um sobrepreço à razão de 32,68% em cima do valor *sugerido* pela *Kia Motors* de R\$48.900,00 (quarenta e oito mil e novecentos reais).

Contudo, plausível a defesa desse Denunciado ao afirmar que *‘pela resposta do ofício apresentada pela Kia Motors (fl. 193), percebe-se*

que o valor sugerido do veículo para venda, era o de R\$48.900 (quarenta e oito mil e novecentos reais) em 3/5/2001 sem a incidência do preço do frete do seguro de viagem que o concessionário paga para o veículo chegar até a sua empresa; que houve uma defasagem de tempo de mais de 18 (dezoito) meses entre a venda – 13/2/2003 e a consulta efetivada – 3/5/2001; que ‘os veículos da marca KIA são importados e por isso são lastreados no dólar, sofrendo, dessa maneira, grandes variações de preço conforme a alteração cambial; que ‘pela tabela em anexo, facilmente denota-se a variação sofrida pelo dólar entre os períodos de maio de 2001 (quando foi comprado o veículo) e fevereiro de 2003 (quando o veículo foi vendido para a prefeitura). Pois, somente no ano de 2002 (tabela anexa) percebe-se que o dólar passou de R\$ 2,29 em janeiro para R\$ 3,62 em dezembro, o que representa uma variação de mais de 60% no preço do veículo’ (cf. fls. 451/452).

Quanto à diferença de peso do veículo ofertado, mostra-se convincente os seguintes argumentos, subsidiado pela *nota fiscal* de venda do veículo à fl. 26 do apenso, que extraio também da Defesa de Moacir Tonani:

‘Quanto à diferença de peso do veículo ofertado, 1350 Kg e não 1670 Kg como exigia o edital, oportuno salientar que os veículos ditos ‘ambulâncias’ são furgões que quando transformados pela KIA em unidade de emergência sofrem uma diminuição na capacidade de peso. Dessa forma, o furgão dito ‘original’ que tem capacidade de 1670 Kg, sofre uma redução de capacidade de peso para 1355 Kg quando transformado em ambulância, não havendo, dessa forma, qualquer irregularidade no produto oferecido, visto que na própria nota fiscal consta o peso de 1355 Kg e não 1670 Kg, o que demonstra a total boa fé e ausência de dolo por parte da empresa.

Aliás, na referida nota fiscal de venda do veículo (fls. 18 apenso – *sic*), consta como ‘peso útil’ o de 1355 Kg, o que demonstra que o furgão, após a instalação dos equipamentos médicos, ainda pode transportar 1355 Kg de peso, além dos equipamentos instalados.’ (fls. 452/453).

Ainda mais, compulsando os presentes autos verifico que consta às fls. 152/157 do apenso que *Divisão de Convênios e Gestão* da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde apresentou o seguinte resultado da *verificação in loco*, ‘com vistas a acompanhar, orientar e prestar cooperação técnica à execução física e financeira do objeto pactuado nos termos do convênio e/ou aditivos, com o propósito

de avaliar a aplicação dos recursos financeiros transferido pelo Ministério da Saúde’:

‘Diante das constatações evidenciadas neste Relatório de Verificação *in loco*, pode-se afirmar que o Objeto do Convênio foi executado em 100%.

Os objetivos propostos no Convênio foram alcançados, conforme previsto no Plano de Trabalho Aprovado.

A unidade móvel é utilizada em deslocamentos para transporte de pacientes, 5 (cinco) vezes por semana, perfazendo 20 deslocamentos mensais. Em média são transportados 23 (vinte e três) pacientes/mês, cujos destinos mais usuais são para os municípios de Uberlândia/MG e Ituiutaba/MG.

Diante das informações colhidas *in loco*, pode-se afirmar que o objeto e objetivos do Convênio foram atingidos integralmente’.

E o Ofício 263/MS/SE/DICON/MG, datado de 10/2/2005, comunica ao Prefeito Municipal de Canápolis, Estado de Minas Gerais, ‘que a prestação de contas referente aos recursos repassados através do Convênio 873/2002 foi aprovada, conforme o exposto no Parecer 451, de 10/2/2005, (...), sendo o respectivo processo arquivado’ (Apenso – fl. 143 – grifei).

Diante desse contexto, atestada a regularidade das contas, e *ipso facto*, da gestão, não há, pois, justa causa, no caso, para a ação penal, quando nada, por não restar configurado o elemento mínimo de culpabilidade, ou de dano ao erário. Não se pode deixar de lado que em face dos termos do artigo 90 da Lei 8.666/1993, somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, com fulcro no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, *rejeito* a denúncia–(...)” (Trechos do voto condutor do acórdão proferido no Inquérito 2007.01.00.055865-2/MG, da lavra do Relator, Desembargador Federal Mário César Ribeiro).

O caso sob exame não é diferente.

O parecer jurídico emitido pelo denunciado Eder Barcelos do Nascimento (fl. 168 do Apenso I) tem o mesmo teor e foi proferido nas mesmas circunstâncias do parecer referido no outro julgado. Nele, igualmente, não se divisa o intuito de fraudar a licitação, com o objetivo de favorecer a empresa Carimã. Em se tratando de mera peça opinativa, não pode seu subscritor ocupar o pólo passivo da ação penal, consoante bem frisou

este Colegiado, no julgamento do Inquérito Policial 2007.01.00.055865-2/MG, em 14/10/2009.

No que toca aos demais denunciados, é inegável – porque confessado – que a publicação do edital não foi feita nos moldes do que preceitua o art. 21 da Lei de Licitações.

Contudo, não há, nos autos, um indício, sequer, de que o caráter competitivo do procedimento licitatório tenha sido frustrado mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente entre os denunciados que faziam parte da Prefeitura de Canápolis, com o intuito de obter, para si e/ou para Moacir Tonani – o proprietário da empresa Carimã –, qualquer vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Pelo menos a princípio, os denunciados até poderiam ser responsabilizados (em tese), nas esferas cível e administrativa, pelos danos causados à Administração, em decorrência da falta de publicidade do edital convocatório.

Contudo, à luz dos elementos coletados no presente Inquérito, com fulcro na mesma fundamentação do outro julgado referido, não vislumbro a presença do dolo, ou seja, da especial finalidade de agir, com o escopo de auferir proveito, em decorrência da omissão oriunda, em verdade, de pura negligência ou mesmo de falta de técnica.

Não logrou o *dominus litis*, pois, demonstrar a prática da conduta descrita no art. 90 da Lei 8.666/1993, por parte de qualquer dos denunciados.

Apurou-se, junto à Kia Motors do Brasil S/A, importadora do veículo, que o bem apresentaria preço incompatível com o de mercado em 7,1% (sete vírgula um por cento), porquanto vendido pela Kia Motors do Brasil S/A à Carimã Veículos Ltda., em 17/2/2002, tendo sido sugerido o “preço público” de R\$ 56.490,00 e tendo sido o veículo, após, sido faturado, em 19/2/2002, por R\$ 60.500,00, pela Carimã Veículos Ltda., à Prefeitura Municipal de Canápolis/MG (fls. 162/164).

A denúncia indica Moacir Tonani como o beneficiário da vantagem pecuniária oriunda da suposta fraude ao certame, por ter imposto, sobrepreço equivalente a 7,1% (R\$ 4.010,00), em relação ao valor sugerido pela Kia Motors no documento de fl. 164 – diga-se, de passagem, significativamente menor do que os 32,68%, apurados no outro caso, julgado por este Colegiado, em 14/10/2009. Aliás, no documento

de fl. 164 a Kia Motors esclarece que o “preço público sugerido (R\$ 56.490,00) não inclui frete” para a ambulância adquirida pelo Município.

Aqui, igualmente, parece-me aceitável a defesa desse denunciado, no sentido de que o veículo fora cotado, pela Kia Motors, por preço que não incluía os valores de frete e do seguro de viagem – que a concessionária deve pagar, para que o veículo chegue até sua sede –, além da denominada “adesivagem” da ambulância. Parece-me plausível, também, a alegação de que os veículos da marca Kia são importados, sofrendo variações de preço, em função da cotação do dólar, e que, *inegavelmente*, o lucro é inerente à atividade empresarial.

Tenho, da mesma forma, que esse “acréscimo” de 7,1% (ou R\$ 4.010,00) não se presta para materializar a suposta conduta criminosa, porquanto, examinado o caso com o temperamento que a prudência requer, não raro, em se tratando de venda realizada para órgãos públicos, não é incomum que, mesmo sem combinação prévia, os fornecedores apresentem preços mais altos, levando em consideração que, na prática, além de a Administração, quase sempre, pagar mal e com atraso, o recebimento do numerário depende do cumprimento de muitas exigências burocráticas, como emissão de empenho, certificação de recebimento e de qualidade do produto, expedição de ordem bancária, nem sempre acolhida na mesma data em que expedida, e até mesmo a possibilidade da efetivação do pagamento em exercícios posteriores, em decorrência da inscrição da dívida no chamado “restos a pagar”.

Quanto à diferença de peso do veículo entregue à Prefeitura, embora o argumento, neste caso, não tenha sido trazido pela denúncia, entendo convincente a justificativa apresentada por Moacir – aliás, a mesma por ele apresentada também no julgamento do Inquérito 2007.01.00.055865-2/MG, por esta 2ª Seção, em 14/10/2009 –, no sentido de que

“(…)de fato entregou um veículo com capacidade de 1.355 KG, pois o furgão da Kia Motors possui uma capacidade de 1.670 KG, conforme folder que apresenta para ser juntado aos autos, porém ao ser adaptada para ambulância, sua capacidade diminui para 1.355 KG, –(…)sendo que por essa razão acredita não haver irregularidade no bem licitado –(…)” (fls. 186/188)

Ademais, a denúncia, a fl. 262 assevera que a responsabilidade de Moacir Tonani “decorre, inicialmente, dos seguintes fatos:

a) Foi esse denunciado quem subscreveu a proposta apresentada à prefeitura (apenso I, fl. 77);

b) Foi o denunciado quem compareceu à sessão de abertura e julgamento das propostas, representando a empresa à qual foi adjudicado o objeto da licitação.” (fl. 262)

Ocorre que a prova dos autos revela o contrário. Os documentos de fls. 160/162 e 169/170 do Apenso I provam que a proposta de preços apresentada, na licitação, pela Carimã Veículos Ltda., em 23/1/2002, foi subscrita por Ricardo Rodrigues Pereira, credenciado, por Moacir Tonani, para representar a empresa no ato de abertura de envelopes de documentação e de proposta de preços, conforme documento de fl. 77 do Apenso I. O mesmo Ricardo Rodrigues Pereira – e não Moacir Tonani – é que compareceu à aludida reunião da Comissão de Licitação, realizada em 24/1/2002, quando se procedeu à abertura dos envelopes de documentação e de proposta de preços, consoante documento de fls. 169/170.

Por fim, por meio do Ofício 716/MS/SE/DICON/MG, datado de 3/6/2003, a Divisão de Convênios e Gestão da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde comunicou ao Prefeito Último Bitencourt de Freitas que “(...) a prestação de contas referente aos recursos repassados através do Convênio 2416/2001 foi aprovada, conforme o exposto no Parecer 2602, de 3/6/2003, cópia anexa, sendo o respectivo processo arquivado” (fl. 190 do Apenso II).

O aludido Parecer 2602, referindo-se a determinadas irregularidades constatadas na prestação de contas, registra que “(...) as impropriedades ocorreram mais por inobservância de exigências formais, que não comprometeram o objetivo pretendido pela administração, pois não restou configurada malversação na aplicação dos recursos públicos, nem tampouco prejuízo ao Erário, merecendo portanto parecer favorável à aprovação da prestação de contas” (fl. 193 do Apenso II).

A denúncia atribui aos denunciados, também, a prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que reza:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;”

Alega a Justiça Pública que, ao deixar de publicar o edital da licitação, na forma como manda a legislação, com o intuito de afastar a participação de outros interessados, o Prefeito Municipal, previamente acordado com os três integrantes da Comissão de Licitação da Prefeitura e com o Procurador Municipal, teria desviado renda pública, em proveito alheio, ou seja, em benefício do sócio proprietário da empresa vencedora, que vendeu a ambulância por preço superior ao de mercado.

Como registrado alhures, não demonstrada, por um só indício, a ocorrência de apropriação ou de desvio da verba pública federal, em proveito de quem quer que seja, resta afastada, também, a configuração, em tese, do delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

Em matéria penal, não há que se falar em responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que emana do risco administrativo, de sorte que, para o reconhecimento da responsabilidade pessoal do Chefe do Poder Executivo Municipal, não é suficiente o simples fato de ter havido irregularidade, na publicação do edital, ou de ter sido realizada uma compra, por preço superior ao de fábrica. Para a formação do juízo de recepção do libelo é necessário aferir quem, efetivamente, praticou a *conduta dolosa* e quem contribuiu para a empreitada, com a delimitação da participação de cada um.

Era preciso, portanto, que, pelo menos uma fumaça de prova, ou uma presunção veemente, sugerissem que, em tese, os denunciados, integrantes da Prefeitura de Canápolis (o Prefeito e os funcionários) teriam agido com o firme propósito de beneficiar o terceiro, proprietário da concessionária de veículos. Nada havendo, contudo, entre os elementos coletados no Inquérito, a indicar a presença do dolo específico, como visto, não há fundamento para o recebimento da inicial acusatória e para o seguimento da ação criminal, também, em relação ao delito capitulado no DL 201/1967.

É certo que, nesta fase, a existência de dúvida, acerca da materialidade do delito, milita em desfavor do denunciado, mas, *in casu* – repito –, a negativa de dolo, a justificar a rejeição da denúncia, é inequívoca, em razão da inexistência de elementos concludentes. Não se trata de conclusão amparada em meras alegações dos indiciados, a exigirem dilação probatória, mas em elementos idôneos, a impedirem, de forma segura, o trânsito do libelo.

A renda pública que, segundo a inicial, teria sido objeto de apropriação ou desvio, em proveito de Moacir Tonani, estaria consubstanciada no acréscimo de 7,1% sobre o valor de mercado do veículo, equivalente a R\$ 4.010,00, em fevereiro de 2002. Contudo – como já visto – as despesas relativas a frete, seguro e colocação de adesivos, na ambulância, o fato de o veículo ser de procedência sul-coreana, sofrendo oscilação de preço, em função do mercado de câmbio, e, evidentemente, a margem de lucro empresarial justificam, plenamente, o percentual acrescido ao custo de produção do bem, de forma a compor seu preço de venda.

Além disso, o próprio Ministério da Saúde aprovou a prestação de contas apresentada pelo Município, enfatizando que certas impropriedades nela verificadas “-(...) não comprometeram o objetivo pretendido pela administração, pois não restou configurada malversação na aplicação dos recursos públicos, nem tampouco prejuízo ao Erário -(...)” (fl. 193 do Apenso II).

A instauração da ação penal há de ser baseada na presença de elementos configuradores do tipo penal e de indícios de autoria, inexistentes, na hipótese vertente.

À míngua de início de prova suficiente do real desvio de verba federal repassada ao Município, mediante convênio, tampouco da ocorrência de sua apropriação, por parte dos acusados, integrantes do quadro da Municipalidade, em seu favor ou do terceiro, também denunciado, na condição de vendedor do bem, rejeita-se a denúncia, por falta de justa causa para o exercício da ação penal, quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

Com relação à possível prática do crime de quadrilha, capitulado no art. 288 do CP, a única afirmação feita pela denúncia é a de que “Os autos apontam também para um ajuste prévio entre os denunciados para fraudar o procedimento licitatório, no

sentido de restringir a competição e beneficiar a empresa à qual houve a compra, em prejuízo da entidade pública, configurando formação de quadrilha” (fl. 266).

Data venia, com todo o respeito ao órgão ministerial e ao brilho de seu honrado representante, subscritor da peça inaugural, trata-se de argumento completamente divorciado da realidade fática atestada nos autos, uma vez que, como posto na fundamentação acima, não se comprovou, sequer por uma simples associação de idéias, que os denunciados teriam entrado em composição, com o intuito de canalizar o resultado da competição para a empresa da qual a Prefeitura adquiriu a ambulância, e, com isto, beneficiar, financeiramente, seu representante, também denunciado.

No depoimento prestado, na esfera policial, Último Bitencourt de Freitas, então Prefeito Municipal de Canápolis/MG, esclareceu que,

“-(...) com a liberação de verba federal para aquisição de ambulâncias (...) passou a ser assediado por revendedores de veículos a diesel; que duas dessas empresas eram a Carimã de Uberlândia e a Tonani de Ribeirão Preto; que o interrogado não sabe quais são os donos dessas empresas; Que não conhece Moacir Tonani” (fls. 168/169)

Moacir Tonani, proprietário da empresa Carimã Veículos Ltda., também afirmou que

“-(...) não é parente e nem sequer conhece Anderson Coelho de Mendonça; (...) não é parente e nem sequer conhece Último Bittencourt de Freitas” (fl. 187).

Não há, nos autos, qualquer elemento que infirme essas asserções, ou que apontem, de outra forma, para a possibilidade de os denunciados terem-se associado, para o fim de cometerem crimes.

De fato, como modalidade de delito contra a paz pública, prevê o art. 288 do Código Penal, o crime de quadrilha ou bando: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos”.

Observa-se que a configuração típica do delito deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de pelo menos quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos–; e, c) exigência

de estabilidade e de permanência da associação criminosa.

Não restou comprovado, sequer pela via indiciária, que os seis denunciados se uniram, e muito menos que se uniram com a finalidade específica voltada para o cometimento de delitos, com estabilidade e permanência da associação criminosa, até porque, conforme demonstrado, os fatos que a eles se imputam, na peça acusatória, não são sugestivos da prática das condutas descritas nos art. 90 da Lei 8.666/1993 e 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

Ausente a justa causa para a ação penal, já que não configurados elementos mínimos de culpabilidade, capazes de indicarem a possível materialização das condutas descritas nos arts. 90 da Lei 8.666/1993, 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e 288 do Código Penal, a negativa de instauração da ação penal é a solução que se impõe.

Pelo exposto, rejeito a denúncia.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0057253-63.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança

2009.01.00.059333-9/TO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Relatora para acórdão: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)
Impetrante: Construtora e Incorporadora Squadro Ltda.
Advogado: Dr. Germiro Moretti
Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Tocantins
Litisconsorte Passivo: Construtora LDN Ltda.
Advogado: Dr. Pedro Braz dos Santos e outro
Publicação: e-DJF1 de 26/2/20010, p. 98

Ementa

Processual Civil. Mandado de Segurança. Licitação. Inabilitação de Empresa por falta de capacidade técnica. Ausência de tratamento desigual entre os participantes. Excesso de rigor não caracterizado. Segurança denegada.

I. Mandado de segurança impetrado contra decisão que negou provimento a recurso administrativo e manteve a inabilitação da impetrante em concorrência pública.

II. A exigência de quantitativos mínimos pelo Edital, quanto à comprovação da capacidade técnico-operacional, tem por finalidade assegurar a Administração Pública de que a empresa contratada possa efetivamente cumprir o objeto do contrato, medida que encontra amparo, sobretudo, no interesse público que deve nortear os atos da Administração. Precedentes.

III. Caso em que, ademais, as diligências realizadas pela Administração, não ressaltam no afastamento das divergências quanto à capacitação técnica exigida de todo os licitantes.

IV. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (relatora convocada).

3ª Seção do TRF 1ª Região – 19/1/2010.

Juíza Federal *Mônica Neves Aguiar da Silva*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: – Trata-se mandado de segurança impetrado pela empresa *Construtora e Incorporadora Squadro Ltda.* contra decisão proferida pelo Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Tocantins que, nos autos do Processo Administrativo 384/2009

negou provimento a recurso administrativo e manteve a inabilitação da impetrante na Concorrência 1/2009 SJTO.

Afirma a impetrante, em síntese, que foi inabilitada por não haver atendido o item 5.2.3.3, alínea “a” do Edital, relativo à capacitação técnico profissional.

Sustenta que houve “excesso de rigor” na interpretação das normas do edital, ferindo seu direito líquido e certo de participar do certame.

Pede, ao fim, o deferimento da liminar para que se determine a suspensão da abertura dos envelopes de preços, até o julgamento do mérito.

A empresa *Construtora Ldn Ltda.* ofereceu contestação na condição de concorrente do certame, fls. 149/159.

O pedido de liminar foi indeferido, fls. 254/257.

A autoridade apontada como coatora prestou suas informações, fls. 283/7, nas quais sustenta, em síntese, que “mesmo após a juntada dos projetos, não foi possível aferir a quantidade de aço utilizada na estrutura de sustentação da obra que consta do atestado de capacidade técnica apresentado pela *Construtora e Incorporadora Squadro Ltda.*, é forçoso concluir que a recorrente não se desincumbiu do ônus de provar o atendimento do requisito previsto no subitem 5.2.3.3, alínea ‘a’, do Edital e, por esse motivo, revela-se lúdima a declaração de sua inabilitação, já deliberada pela Comissão de Licitação.” (fls. 286/7)

O Ministério Público Federal proferiu parecer pugnando pela denegação da segurança, fls. 291/3.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: – O presente mandado de segurança foi impetrado por empresa inconformada com sua inabilitação em certame que objetiva a construção do edifício anexo da Justiça Federal em Palmas, Estado do Tocantins (Concorrência 1/2009, edital juntado às fls. 79/95).

A Comissão de licitação inabilitou a impetrante à consideração de que os atestados por ela apresentados não atendiam as exigências de estrutura metálica constantes do edital e, mesmo após a realização de diligências a fim de dirimir as dúvidas constantes na

documentação a concorrente não logrou comprovar sua capacidade técnica.

A decisão que indeferiu o pedido de liminar analisou com precisão a questão posta nos autos, amparando-se, inclusive, nos pareceres expedidos na ocasião, motivo pela qual a ela me reporto, fls. 254/257:

Primeiramente, cumpre ressaltar que não se afigura ilegal a exigência de quantitativos mínimos pelo Edital, no que pertine à comprovação da capacidade técnico-operacional, eis que a licitante deve demonstrar a aptidão para o desempenho dos serviços descritos no Edital, em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto licitado, nos moldes do artigo 30, II, da Lei 8.666/1993.

Essa exigência tem por finalidade assegurar a Administração Pública de que a empresa contratada possa efetivamente cumprir o objeto do contrato, medida que encontra amparo, sobretudo, no interesse público que deve nortear os atos da Administração.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Licitação. Interpretação do Art. 30, II, § 1º, da Lei 8.666/1993.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei 8.666/1993, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe “L” e “C” em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. “O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe” (Adilson Dallari).

3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais João Batista Moreira, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado).

(STJ, REsp 172232/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 21/9/1998, p. 89).

A inabilitação da agravante no certame decorreu do descumprimento das seguintes disposições do Edital da Concorrência 1/2009, da SJTO:

5.2.3.3. Capacitação Técnico Profissional – Atestado(s) fornecido por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no CREA ou acompanhado(s) da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT), emitida pelo CREA, em nome de profissional(is) de nível superior legalmente habilitado(s) integrante do quadro permanente da licitante, comprovando a sua responsabilidade técnica na execução de obra(s) de construção de edificações com as seguintes características:

a) edificação vertical com estrutura metálica de estabilização em aço (não sendo aceitas estruturas metálicas de cobertura, escadas e similares) como no mínimo: 170t (cento e setenta toneladas) de estrutura metálica, 3 (três) pavimentos e 3.000 m² (três mil metros quadrados) de área total construída; (grifos no original)

A leitura dos autos revela que a Comissão Especial de Licitação efetivou diligências junto ao órgão emissor do documento juntado pela impetrante para atender ao referido item, sem êxito em receber de tal entidade – Centro Universitário Luterano de Palmas – cópia dos projetos e demais documentos atinentes à obra identificada no atestado apresentado.

Além disso, outros vícios formais foram detectados no atestado, tais como “as ausências das datas de início e término da obra realizada, bem como o local e data de expedição do documento (fl. 76).

Há ainda dois pareceres técnicos do consultor contratado pela Seção Judiciária do Tocantins (o primeiro transcrito na Ata de fls. 67/77, datado de 09/9/2009, e o segundo juntado às fls. 227/9, datado de 22/9/2009) que apontam divergências entre o atestado e a “Planilha de Composição de Preços apresentados pela impetrante. Ressalta o consultor, no segundo parecer:

Baseado nos projetos apresentados e em suas anotações podemos afirmar que as informações neles contidas são divergentes entre si e neste caso não se pode afirmar com exatidão qual foi a real quantidade de aço SAC 41, ASTM A36 ou CSN COR 420 utilizada no edifício como um todo.

(...) em função de falhas técnicas (informações divergentes) constatadas nos projetos, onde as informações de desenhos não são as mesmas dos quadros resumos, perde-se a confiabilidade dos resultados.

(fl. 229)

Nesse contexto, e firme na presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, considero que a Comissão Especial de Licitação logrou fundamentar a contento os motivos da inabilitação da impetrante.

A decisão impugnada, portanto, não merece reparos, uma vez que calca na referida Ata.

Ausente a plausibilidade jurídica do direito invocado pela impetrante, sua pretensão ao deferimento da liminar não merece acolhida.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência desta Corte Regional:

Processo Civil. Agravo de Instrumento. Licitação. Suspensão do contrato. Ausência de comprovação de habilitação e capacidade técnica da licitante não comprovada. Diligência promovida pelo pregoeiro. Possibilidade.

I. Não há razão para suspender o contrato celebrado com a empresa vencedora da licitação se a alegada falta de documentos de habilitação e de capacidade técnica não foram consistentemente demonstrada pela agravante.

II. O § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 faculta à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

III. As razões do agravo regimental em nada infirmam os fundamentos da decisão agravada. “Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada” (AGA 728043, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 27/11/2006, p. 279)

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 2008.01.00.045031-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, e-DJF1 p.194 de 2/2/2009)

Licitação. Cadastramento de leiloeiros. Alienação de créditos da Emgea. Capacitação técnica. Exigência de comprovação de experiência anterior. Impugnação do Edital. Decreto Lei 21.981/1932. Violação não caracterizada. Nulidades inexistentes.

I. A EMGEA lançou edital para cadastramento de leiloeiros oficiais, objetivando a alienação de créditos inadimplidos por pessoas jurídicas, no valor médio de R\$ 17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais), sendo que o valor mínimo a ser leiloado é de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Dada a particularidade do caso - leilão de créditos - a EMGEA consignou no instrumento convocatório, como qualificação técnica, a exigência de prova de que o interessado já tenha participado em eventos similares (leilões de créditos ou de bens intangíveis) com índice de desempenho médio de 40% (quarenta por cento) de créditos ou bens intangíveis arrematados em relação à quantidade dos ofertados (subitem 4.1.6), bem como a comprovação de ter realizado leilão de bens intangíveis nos últimos 3 (três) anos de valor superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (subitem 4.1.7).

II. A Lei -8.666/1993 fixa parâmetros para a exigência da documentação relativa à qualificação técnica, na fase de habilitação do procedimento licitatório, com o escopo claro de não se permitir o excesso de exigências que inviabilize a habilitação dos candidatos, bem como impedir que sejam estabelecidos critérios inferiores às necessidades do serviço a ser contratado.

III. As exigências contidas nos subitens 4.1.6 e 4.1.7 do edital não ofendem os preceitos dispostos no Decreto 21.981/1932, que regula a profissão de leiloeiro, uma vez que o que se busca é a seleção, dentre os profissionais que encontram-se no mercado, aquele que melhor atenda às necessidades do interesse público. Não se está, assim, à restringir o exercício da atividade profissional do impetrante, mas apenas buscando contratar leiloeiros - pessoas jurídica ou física -, que tenham condições de satisfazer com eficiência a pretensão da Administração, preenchendo requisitos que vão além da capacidade técnica genérica, que se comprova pelo registro profissional.

IV. Não são abusivas ou ilegais as exigências previstas no edital, atinentes à comprovação da capacidade técnica do licitante, para que a comissão possa avaliar a sua experiência no ramo, haja vista as peculiaridades do serviço a ser prestado que se distinguem de outros -leilões de créditos no valor médio de R\$ 17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais). Assim, não é recomendável que, em execução de serviço de tal porte, se permita a concorrência de interessados sem experiência.

V. Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela, pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei 8.666/1993, e outros pertinentes” (RMS 13607/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 2.5.2002, DJ 10.6.2002 p. 144).

VI. O exame do disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal, em sua parte final, referente a ‘exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe (Adilson Abreu Dallari).

VII. Recurso da EMGEA provido para reformar a sentença e denegar a segurança vindicada.

VIII. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios (Súmulas 512/STF e 105/STJ).

IX. Remessa oficial prejudicada.

(AMS 2006.34.00.011659-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ p.73 de 7/12/2007).

As detalhadas informações prestadas pelo Juiz Federal Diretor do Foro às fls. 283/7 revelaram o cuidado e o acerto do procedimento levado a efeito pela Comissão de Licitação e que culminou com a inabilitação da impetrante.

A exigência de capacitação técnica para fazer frente à construção objeto da concorrência não caracteriza qualquer “excesso de rigor na interpretação das normas do edital”. Pelo contrário, prestigia a prevalência do interesse público na medida em que seleciona apenas os participantes que demonstram efetiva capacidade de execução da obra licitada.

Ausente, na espécie, qualquer tratamento desigual entre os licitantes.

Pelo exposto, *denego a segurança*.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios (Súmulas 512, do eg. Supremo Tribunal Federal e 105, do eg. Superior Tribunal de Justiça).

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0128599-89.2000.4.01.0000

Ação Rescisória

2000.01.00.138798-7/DF

Relator: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Autora: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Ré: Sony da Amazônia Ltda.
Advogado: Dr. Ricardo Estelles
Publicação: e-DJF1 de 15/3/2010, p. 150

Ementa

Ação Rescisória. Ausência de contestação. Revelia. Efeitos: não ocorrência (art. 320, II, CPC). Dolo e coisa julgada (art. 485, III e IV, CPC). Liminar deferida em Medida Cautelar (posteriormente) revogada por sentença extintiva do processo. Lavratura de auto de infração. Mandado de Segurança. Impetração posterior à extinção da cautelar. Objeto: descumprimento da decisão judicial na Medida Cautelar. Dolo processual. Pedido rescisório procedente. Multa por litigância de má-fé (art. 18 do CPC).

I. É pacífico o entendimento no sentido de que, em se tratando de ação rescisória, não se aplicam os efeitos da revelia, porquanto a coisa julgada constitui matéria de ordem pública, incidindo, na espécie, a regra do art. 320, II, do CPC.

II. O só fato de não ter havido contestação não dispensa a autora de comprovar os fatos alegados na petição inicial para fazer jus à procedência do pedido rescisório.

III. O dolo de que trata o artigo 485, III, do CPC, a fundamentar a rescisão do julgado é o dolo processual, ou seja, aquele em que resta caracterizada a má-fé da parte litigante. Precedente do STJ.

IV. Age de má-fé a parte que impetra mandado de segurança pleiteando a nulidade de auto de infração tributária, alegando a suspensão da exigibilidade do tributo por força de liminar que já sabia revogada se com isso induziu o resultado do julgamento favorável à sua tese (art. 485, III, CPC). Irrelevância da omissão também imputável à ré.

V. Ação rescisória que se julga procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 2/12/2009.

Juiz Federal *Osmane Antônio dos Santos*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: – A União (Fazenda Nacional) ajuizou ação rescisória, com fundamento no art. 485, III e IV¹, do CPC, contra Sony da Amazônia Ltda., objetivando rescindir o v. acórdão da 3ª Turma desta Corte (fls. 131/136), que, nos autos da remessa *ex officio* em Mandado de Segurança 93.01.19823-1/AM, negou provimento à remessa oficial, mantendo a sentença que, diante da concessão de liminar em ação cautelar, considerou ilegal e abusivo o auto de infração lavrado enquanto estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

A ementa proferida no julgado rescindendo tem o seguinte teor (fl. 136):

Tributário. Crédito tributário. Cautelar. Medida liminar. Fiança. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Auto de infração. Ilegalidade.

I. Concedida medida liminar em ação cautelar mediante fiança bancária, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

II. Auto de infração lavrado enquanto a questão estava sub judice, ou seja, enquanto estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não pode prevalecer.

III. Ilegalidade de auto de infração que desrespeitou decisão judicial anterior. Ato da fiscalização que opõe-se a decisão judicial ainda válida há que ser reputado ilegal e abusivo.

IV. Remessa ex-officio improvida.

Narra a autora, em síntese, que o mandado de segurança originário, impetrado perante a Seção Judiciária do Estado de Amazonas, objetivava a obtenção de ordem judicial que impedisse a autoridade fiscal de cobrar débito que estaria com a exigibilidade suspensa em razão de liminar concedida em medida cautelar (MC 91.0008051-9/DF) em trâmite na Seção Judiciária do Distrito Federal. Afirma que a liminar foi

¹Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

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;

(...)

indeferida, mas, posteriormente, concedida a segurança, que restou confirmada pelo v. acórdão rescindendo.

Alega que, tendo tomado conhecimento da existência de coisa julgada, levou tal fato ao conhecimento da Turma Julgadora, mediante a oposição de embargos de declaração, que, porém, entendeu por rejeitá-los. Sustenta que a ré, em 15/5/1991, ajuizou a indicada medida cautelar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à Contribuição Social sobre o Lucro, em relação ao ano-base encerrado em 31/12/1990, oferecendo fiança bancária, em montante suficiente para garantir o pagamento da exação.

Aduz que, embora tenha sido deferida a liminar pelo Juízo da 6ª Vara/DF, o então Juiz Antônio Souza Prudente, hoje Desembargador Federal desta Casa, em 25/11/1991, houve por indeferir a petição inicial por inépcia, nos termos do art. 295, III, do CPC, sob o fundamento de que somente o depósito integral do montante devido pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, de acordo com a regra do art. 151 do CTN. Tal sentença, segundo alega, foi publicada no *DJ* de 28/11/1991. Informa que contra a aludida sentença a ora ré interpôs recurso de apelação, sem, contudo, obter efeito suspensivo (art. 520, IV, CPC). Enquanto isso, em 24/1/1992, em face de inexistência de liminar para suspender a exigibilidade do crédito, foi lavrado o auto de infração.

Afirma que a ré impetrou o mandado de segurança pugnando pelo reconhecimento da ilegalidade do auto de infração, argumentando que o tributo estaria com a exigibilidade suspensa pela liminar deferida na medida cautelar.

Sustentando a legalidade na atuação da autoridade fiscal, assevera que, no momento em que proferida a sentença concessiva da segurança (26/3/1993) e julgada a remessa oficial (18/9/1998), a liminar deferida na medida cautelar já havia sido cassada, o que demonstra a manipulação dos fatos pela ora ré, que faltou com a verdade, litigando de má-fé. Alega que a ora ré não comunicou a cassação da liminar ao Juízo, em nenhum momento; comparecendo, porém, para informar que o pedido da ação principal fora julgado procedente, embora a sentença estivesse sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório e, portanto, não surtia efeitos.

Aduz que o órgão fracionário deste Tribunal rejeitou os embargos de declaração, entendendo que a

União fora omissa, pois devia ter informado tais fatos ao Juízo, antes de proferida a decisão de mérito, sendo-lhe vedado apresentar fato novo em sede de embargos de declaração. Diz que, em 1992, não dispunha de internet para acompanhar todos os processos em trâmite no País. Informa que a Ação Ordinária, principal da medida cautelar, encontra-se no STF, em cujos autos foi dado provimento ao Recurso Extraordinário da Fazenda, declarando-se constitucional a Contribuição Social sobre o Lucro, salvo em relação ao ano-base de 1988, ainda pendente de trânsito em julgado.

Alega que as partes e seus advogados estão obrigados ao cumprimento dos deveres processuais prescritos no art. 14 do CPC, sendo responsáveis pelos danos que resultarem do seu descumprimento, a teor do art. 17 do CPC. Afirma que a má-fé da ora ré está evidenciada, pois alegou repetidamente que vigia uma medida liminar que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, embora tal medida já tivesse sido cassada. Assevera que sem as medidas deduzidas, a ré não obteria a liminar no writ originário, nem mesmo a segurança definitiva, pois a exigibilidade do tributo, na verdade, não estava suspensa.

Fundamenta a ação rescisória, também, no art. 485, IV, do CPC, afirmando que quando apreciada a remessa oficial no mandado de segurança, já havia transitado em julgado a sentença proferida nos autos da Medida Cautelar, que indeferiu o direito da parte à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Pleiteia, ao final, a rescisão do julgado, com rejuízo do feito e reconstituição do auto de infração lavrado pela autoridade fiscal, em 24/1/1992.

A ré, embora devidamente citada, não apresentou contestação (certidão de fl. 300).

A União pleiteou, então, a aplicação dos efeitos decorrentes do art. 285 do CPC (fl. 305).

O então Relator, Desembargador Federal Olindo Menezes, determinou a oitiva do representante do MPF, em razão de a matéria ser predominantemente de direito, não se fazendo necessária a instrução, tampouco a apresentação de razões finais (fl. 308).

O Ministério Público Federal opina pela procedência do pedido rescisório (fls. 313/317).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: – Anoto, por primeiro, que esta ação rescisória foi ajuizada no prazo de 2 (dois) anos de que trata o artigo 495 do CPC, tendo em vista que o trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo se deu em 16/10/2000, conforme certidão de fl. 190, tendo sido ajuizada esta ação em 18/12/2000.

Conforme fiz constar do Relatório, a ora ré, embora devidamente citada, não apresentou contestação, tendo a União pleiteado a aplicação dos efeitos decorrentes do art. 285 do CPC².

Considerando que a petição inicial já havia sido despachada, embora a União tenha feito menção à regra do art. 285 do CPC, entendo que a autora pretende, em verdade, a aplicação dos efeitos da revelia à hipótese dos autos.

Não merece ser acolhida a pretensão, no particular, tendo em vista que, conforme iterativo entendimento de nossos tribunais, em se tratando de ação rescisória, não é de se aplicar os efeitos da revelia, porquanto a rescisão de coisa julgada é matéria de ordem pública, incidindo, portanto, a regra do art. 320, II, do CPC.

Nesse sentido, transcrevo os precedentes a seguir:

Ação Rescisória. Constitucional. Previdenciário. Processual Civil. Revelia. Art. 320, II, do CPC. Art. 485, V, do CPC. Sumula 343/STF. (...)

(...)

II. Na ação rescisória, por envolver matéria de ordem pública - desconstituição da *res judicata*, não cabe o reconhecimento dos efeitos próprios à revelia (art. 320, II, do CPC). Precedentes: TRF/1ª Região, AR 2004.01.00.039940-5/MG, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa; STJ, AR 193/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel.

(...)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Catão Alves, Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado).

² Art. 285. *Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor*

(TRF-1ª Região, 1ª Seção, AR 2007.01.00.050004-3/MG, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho (Convocado), unânime, DJFI 9/3/2009, p. 16.)

(...)

Processual Civil e Tributário. Ação Rescisória. Preliminares. Não cabimento. Súmula 343 do STF. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos e avulsos. Compensação. Limites. Prova da transferência do encargo. Leis 9.032/1995 e 9.129/1995. Interpretação razoável. Pedido rescisório improcedente.

(...)

II. A *res judicata* na ação rescisória é de ordem pública, razão porque não se lhe aplicam os efeitos da revelia (art. 320, II do CPC). Precedentes do STJ.

(...)

VI. Pedido rescisório improcedente.

(TRF-1ª Região, 4ª Seção, AR 2004.01.00.039940-5/MG, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa, DJ 17/8/2006, p.14.)

(...)

Processual Civil. Ação Rescisória. Contestação apresentada a desoras. Revelia. Efeitos: inexistência (CPC. Art. 320, II). Falsidade de prova e erro de fato (CPC. Art. 485, incisos VI e IX): Não demonstração e existência de pronunciamento judicial sobre o fato.

I – Na Ação Rescisória – é pacífico na doutrina e na jurisprudência – não se aplicam os efeitos da revelia. A *res judicata* é de ordem pública. Assim, por se tratar de “direitos indisponíveis” (CPC., art. 320, II), não se pode presumir verdadeiro o fato alegado pelo autor e não contrariado pelo réu. Mister se faz a prova por quem alega (CPC, art. 333, I).

(...)

III – Pedido julgado improcedente. Perda dos 5% da multa. Condenação do autor na honorária advocatícia (10% sobre o valor da causa).

(STJ, 1ª Seção, AR 193/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 5/3/1990, p. 1395.)

Dessa forma, o só fato de não ter a ré contestado o feito não dispensa a União de comprovar os fatos alegados na petição inicial para fazer jus à procedência do pedido de rescisão do julgado.

Em sendo assim, passo à análise do fundamento desta ação rescisória.

Pretende a União a rescisão do v. acórdão proferido pela 3ª Turma desta Corte nos autos da Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 93.01.19823-1/AM³, com fundamento no art. 485, III e IV, do CPC.

O dolo de que trata o artigo 485, III, do CPC, a fundamentar a rescisão do julgado é o dolo processual, ou seja, aquele em que resta caracterizada a má-fé da parte litigante. Nesse sentido, transcrevo precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial. Ação Rescisória. Inciso III do art. 485 do CPC. Dolo processual. Não configuração. Observância do devido processo legal. Inciso V do art. 485 do CPC. Literal ofensa a dispositivo de lei. Violação direta e aberrante não configurada. Inciso IX do art. 485 do CPC. Erro de fato. Não caracterização. Existência de pronunciamento judicial. Matéria controvertida na ação originária. Necessidade de reapreciação da prova. Descabimento na via da rescisória.

I. É pressuposto do **dolo** processual, a ensejar o ajuizamento da **ação rescisória** com base no inciso III do art. 485 do CPC, a demonstração da má-fé na conduta da parte vencedora, tal como previsto no art. 17 do Diploma Processual, ou seja, deveria o Autor comprovar a utilização de expedientes e artifícios maliciosos capazes de influenciar o juízo dos magistrados, o que não ocorreu na hipótese.

(...)

(STJ, 5ª Turma, REsp 653.613/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/6/2009).

Compulsando os autos, verifico que a ré (Sony da Amazônia Ltda.) impetrou, em 3/2/1992, mandado de segurança, perante a Seção Judiciária do Estado do Amazonas, autuado sob o 92.0000130-0 (fls. 24/33), pleiteando a anulação do auto de infração lavrado pelo Fisco, sob o fundamento de que estava amparada por decisão judicial deferitória de liminar proferida em medida cautelar ajuizada perante a 6ª Vara/DF. Requereu, ainda, que a autoridade coatora não exigisse a Contribuição Social sobre o Lucro, de que trata a Lei 7.689/1988. Confirmam-se os argumentos apresentados na petição inicial do *writ*:

(...)

³Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Cândido Ribeiro e Italo Mendes e a Exma. Sra. Juíza convocada Sônia Diniz Viana (relatora).

IV. Ocorre que a Impetrante, entendendo ser referida exigência fiscal, flagrantemente inconstitucional, ajuizou Medida Cautelar preparatória, cujo objetivo era sustar a exigibilidade do crédito tributário, enquanto pendente de julgamento a lide principal também proposta no trintídio.

V. Ambos os processos tramitam pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Processos 91.0012465-6 (Ordinária) e 91.0008051-9 (Cautelar).

(...)

VII. A Medida Cautelar, como comprova a certidão anexa obteve a liminar almejada por despacho vazado nos seguintes termos, *in verbis*:

“Presentes na espécie o ‘*fumus boni juris*’ e o ‘*periculum in mora*’, defiro a medida liminar mediante fiança bancária idônea e suficiente para garantia das parcelas questionadas nestes autos que deverá ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias. Cite-se a União Federal para querendo responder no prazo legal. Int.”

VIII. Em prazo foi oferecida a fiança bancária e também ajuizada a Ação Principal de rito Ordinário, onde a Impetrante pleiteia a inexigibilidade da Contribuição Social para o Exercício de 1991, ano-base 1990 e também “*exercícios subseqüentes*”.

IX. Não obstante, Agentes Fiscais do Tesouro Nacional, subordinados à Delegacia da Receita Federal de Manaus-AM, em atividade de fiscalização no estabelecimento da Impetrante, constataram o não recolhimento da Contribuição impugnada, e mesmo tendo sido cientificados de que a questão estava “*sub judice*” – e com liminar concedida para o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário -, optaram por lavrar o Auto de Infração, datado de 24/1/1992, por cópia em anexo, cobrando o mesmo crédito tributário que, repita-se é questionado em demanda que tramita pela Seção Judiciária do Distrito Federal. (sem grifo no original)

X. A atitude dos Agentes Fiscais traduz patente ilegalidade circundada por flagrante abuso de poder, caracterizadora, inclusive, de infração penal típica, tratando-se de desobediência para não se falar em prevaricação, eis que tiveram e têm plena ciência dos fatos arrolados nestes *writ*, e mesmo assim, reitera-se, lavraram o Auto de Infração.

XI. Daí o presente “*writ*” para correção da ilegalidade, nos termos seguintes.

II – Do Cabimento

XII. Como se infere do Auto de Infração em anexo, o ato coator restou praticado em claro

desrespeito a ordem judicial emanada do Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

XIII. Se tal ato por si só não é ilegal nem abusivo, no mínimo a Autuação Fiscal é extemporânea, já que suspensa está a exigibilidade da contribuição referida no Auto.

XIV. A Impetrante vê-se agora compelida a recolher a Contribuição garantida em juízo, com juros, multa e correção monetária, sob pena de, em não recolhendo-a nem apresentando Defesa, até a data aprazada, sujeitar-se-á a subseqüente *Inscrição em Dívida Ativa* para futura *Execução Fiscal*.

XV. De outro modo, se efetuar o recolhimento, a discussão passará para sede de *Repetição do Indêbito*, malgrado a existência de demandas em andamento, tendo o mesmo objeto.

(...)

XXV. Voltando ao tema, deferida a Liminar mediante Fiança, não poderia a MD. Autoridade Coatora, determinar sua cobrança, já que restara suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a teor do art. 804 do CPC, com observância do disposto no art. 827, do mesmo “*codex*”, *in verbis*:

(...)

XXVI. De qualquer forma, epigrafe-se novamente, trata-se de flagrante desobediência à determinação judicial, podendo, inclusive, tipificar delito de prevaricação, se acaso constatada concorrência de Agentes para a cobrança indevida, já que, citada nas demandas, a União ofereceu contestação e não pugnou pela cassação da Liminar.

(...) (fls. 24/33).

O Auto de Infração foi lavrado em 24 de janeiro de 1992.

O magistrado *a quo* indeferiu a liminar, mas, posteriormente, proferiu sentença, concedendo parcialmente a segurança, embasando-se na impossibilidade de descumprimento de decisão judicial. A sentença contém a seguinte fundamentação (fls. 118/121):

Quanto ao pedido de anulação e cancelamento do Auto de Infração, o direito líquido e certo da impetrante veio amparado na liminar concedida pelo Juízo da 6ª Vara Federal, do Distrito Federal e diz respeito ao fato de que a questão estava *sub judice* e, portanto, à autoridade fazendária não seria lícito proceder à punição realizada.

A Decisão Judicial é um ato de autoridade estatal que deve produzir, custe o que custar, efeitos no mundo fático e jurídico.

Por outro lado, o descumprimento de Decisão Judicial é crime previsto no Código Penal Brasileiro.

A impetrante, em procedimento acautelatório, pleiteou e obteve, mediante prestação de fiança bancária, a suspensão da exigibilidade do tributo questionado.

Nestas condições, a prática de qualquer ato que venha a opor-se àquela decisão há que ser reputado ilegal e abusivo.

Isto posto, concedo a segurança, em parte, para determinar a anulação e o cancelamento do Auto de Infração de fls. 31.

Ressalte-se, por oportuno, que o pedido relativo a inexigibilidade da Contribuição Social sobre o Lucro, ano-base 1990, foi indeferido pelo Juízo *a quo*, em face da litispendência detectada com um processo ajuizado perante a Seção Judiciária do Amazonas, conforme se colhe dos termos da sentença, *verbis*:

Do exposto, verifico que a impetrante ingressou em Juízo com o presente Mandado de Segurança visando a que a autoridade coatora se abstenha de exigir dita Contribuição Social sobre o lucro, ano base 1990, por força da Lei 7.689/1988, além da anulação e cancelamento do Auto de Infração de fls. 31.

Constato, de início, que o ato acoimado de ilegal, ensejador do presente *mandamus*, consiste, tão-somente, na lavratura do Auto de Infração e, portanto, não há como apreciar-se, por falta de amparo legal, a postulação espelhada na primeira parte do item 24 da peça exordial, mesmo porque o autor ajuizou insistente e dolosamente duas ações objetivando o não recolhimento da aludida Contribuição Social, uma na Seção Judiciária do Distrito Federal e outra perante a Seção Judiciária do Amazonas. Portanto, indefiro o pedido quanto a essa parte.

(...)

Oficie-se ao Relator do recurso interposto da sentença proferida no Mandado de Segurança 90.0000911-1, no TRF-1ª Região, para conhecimento da litispendência existente. (fls. 119/120).

Como se pode constatar da leitura dos trechos acima transcritos, o argumento utilizado pela Sony da Amazônia Ltda. foi o fato de existir uma decisão judicial, proferida em sede de medida cautelar, suspendendo a exigibilidade do tributo em discussão. Em razão disso,

afirmou, nos autos do aludido mandado de segurança, que não poderia o Fisco lavar o Auto de Infração, pois, além de configurar desobediência a decisão judicial, a conduta estava tipificada no âmbito penal.

Nesta Corte, o v. acórdão rescindendo, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, constando do voto da Relatora, Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada), o seguinte, *verbis*:

(...)

Nos termos da certidão de fls. 30, foi deferida à Impetrante em 15/5/1991 medida liminar, mediante fiança bancária, nos autos da ação cautelar ajuizada pela mesma perante o Juízo da 6ª Vara Federal do Distrito Federal suspendendo a exigibilidade do crédito tributário relativo à contribuição social de que trata a Lei 7.689/1988 incidente sobre o lucro apurado no ano-base encerrado em 31/12/1990. Registre-se que no prazo legal a Impetrante propôs ação declaratória, que foi julgada procedente (fls. 56/72).

Dessa forma, em 24/1/1992, quando da lavratura do auto de infração mencionado (fls. 31), a questão estava "*sub judice*", e não poderia a fiscalização do Tesouro Nacional proceder à punição efetivada. Tal auto de infração não respeitou uma decisão judicial anterior, que havia suspenso a exigibilidade do crédito tributário objeto da autuação. (fls. 131/136).

Ocorre, porém, que, conforme cópias juntadas às fls. 160/163, conquanto a liminar tivesse efetivamente sido deferida à ora ré nos autos da medida cautelar (MC 91.0008051-9), foi proferida sentença, em 25/11/1991, indeferindo a petição inicial da aludida Medida Cautelar, por inépcia, nos termos do art. 295, parágrafo único, III, do CPC.

A prolação de sentença indeferitória da inicial foi omitida dolosamente pela ora ré, levando tanto o julgador monocrático a erro quando da análise da segurança, como também o Tribunal, ao apreciar a Remessa Oficial.

Não seria o caso de se cogitar de eventual desconhecimento da ora ré da prolação da sentença indeferitória da cautelar e, portanto, da extinção de efeitos da liminar, porquanto foi interposto por ela, tempestivamente, recurso de apelação contra a sentença proferida naqueles autos, antes mesmo de impetrar o mandado de segurança.

Assevere-se, ademais, que, ao contrário do que ocorreu com a sentença que indeferiu a inicial da ação cautelar, a ora ré não se olvidou de prontamente informar ao Juízo em que tramitava o *mandamus* a prolação da sentença julgando procedente o pedido formulado na ação ordinária - principal da medida cautelar -, para declarar a inexistência de relação jurídica entre a autora e a União, no tocante à exigência da contribuição social, instituída pela Lei 7689/88, relativamente ao exercício de 1991, ano-base 1990, e exercícios futuros.

Nesse contexto, está caracterizada a hipótese contida no artigo 485, inciso III, do CPC, autorizando-se, portanto, a rescisão do julgado, tendo em vista que a União logrou demonstrar o dolo da impetrante, ora ré, que, omitindo a verdade dos fatos, obteve, indevidamente, provimento judicial a ela favorável.

Constata-se, assim, que a ora ré fez letra morta do princípio da lealdade processual, agindo de forma reprovável e induzindo em erro o Poder Judiciário que, inclusive, proferiu 2 (dois) julgamentos favoráveis à sua usurpadora tese (sentença e acórdão).

Tal conduta é deplorável e merece severa reprimenda, até mesmo para se evitar reiteração, com a comunicação de tais fatos ao Ministério Público Federal para que adote as medidas judiciais cabíveis, a teor do art. 40 do CPP.

Anote-se que o representante do Ministério Público Federal Antonio Carlos Alpino Bigonha, que, em seu parecer, opinou pela procedência do pedido, assim consignando:

(...)

De tudo isto podemos facilmente concluir que o v. acórdão rescindendo, ao manter a r. sentença concessiva da segurança, laborou em erro que foi induzido pela própria Contribuinte que, à data da interposição do mandado de segurança, tinha pleno conhecimento da extinção dos efeitos da liminar que lhe fora concedida na cautelar. Ora, no caso não havia qualquer coação ilegítima a ser tutelada na via heróica, ao contrário, o ato administrativo consubstanciado no auto de infração era absolutamente válido e eficaz. Estes aspectos do caso, apesar de tempestivamente ventilados nos embargos declaratórios, não foram ponderados pelo v. acórdão que os decidiu, o que fez persistir o erro que busca a União reparar na presente ação rescisória.

Antes, porém, de adentrar ao Juízo rescisório, mister consignar que a União fundamentou o seu pedido rescisório, também no inciso IV do artigo 485 do CPC, argumentando que, no momento em que apreciada a Remessa Oficial no Mandado de Segurança a sentença proferida nos autos da Medida Cautelar, que indeferira o direito da parte à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já havia transitado em julgado.

Ocorre, porém, que, ao contrário do afirmado pela União, não há de se falar em coisa julgada.

É que o objeto da medida cautelar não era o mesmo do mandado de segurança. A cautelar objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto no mandado de segurança, a impetrante objetivava a anulação do auto de infração.

Não restando, portanto, caracterizada a hipótese do art. 485, IV, do CPC, admito esta ação, apenas com fundamento no art. 485, III, do mesmo *codex*.

De qualquer modo, passo ao juízo rescisório.

A ora ré (Sony da Amazônia Ltda.) impetrou mandado de segurança, pleiteando a anulação do auto de infração lavrado pelo Fisco, sob o fundamento de estar amparada por decisão judicial deferitória de liminar proferida em medida cautelar ajuizada perante a 6ª Vara/DF.

Conforme restou exaustivamente comprovado nos autos, não havia decisão judicial vigente no momento da lavratura do Auto de Infração - que se deu em 24/1/1992 -, porquanto a liminar anteriormente deferida (MC 91.0008051-9), foi revogada pela sentença, prolatada em 25/11/1991, que indeferiu a petição inicial (fls. 160/163).

Assim, não há direito líquido nem certo da impetrante a ser amparado nesta via mandamental.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido rescisório para desconstituir o v. acórdão da 3ª Turma desta Corte, proferido nos autos da REOMS 93.01.19823-1/AM. Condene a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios nesta ação rescisória, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC; bem como ao pagamento da multa por litigância de má-fé, que fixo em 1% (um por cento) sobre o valor da causa, monetariamente corrigido, em conformidade com o disposto no art. 18 do CPC. Determino, nos termos do

art. 40 do CPP, a remessa ao Ministério Público Federal de cópias do inteiro teor dos presentes autos.

Rejulgando a causa, dou provimento à remessa oficial, para, reformando a sentença, denegar a segurança.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 105/STF e 512/STJ).

É o voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0001271-06.1997.4.01.4100

Apelação Cível e Reexame Necessário

1997.41.00.001282-3/RO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Maria Catão Alves
Relator: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)
Apelante: Marisa de Sá Leitão Castro Soares
Advogada: Dra. Maria Rizomar Queiroz Cysneiros
Apelante: Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados: os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/RO
Publicação: e-DJF1 de 10/3/2010, p. 240

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Responsabilidade civil decorrente de ato praticado por agente público. Danos materiais e morais. Assédio moral caracterizado. Exoneração de cargo, a pedido. Reconvenção. Obrigatoriedade de ressarcimento dos vencimentos correspondentes ao período de afastamento para realização de mestrado. Honorários advocatícios: sucumbência recíproca. Apelação da autora parcialmente provida. Apelação da Universidade Federal de Rondônia – Unir e Remessa Oficial não providas.

I. A autora obteve o direito de se afastar do serviço para realizar mestrado, nos termos da Portaria 1035/GR, de 23 de novembro de 1993, da Reitoria da Unir pelo período de 9/3/1994 a 9/3/1996, período este que foi prorrogado até 28/2/1997, conforme a Portaria 119/GR da mesma Reitoria.

II. Ocorre que o Departamento de Psicologia da Universidade ré não cientificou a autora acerca da prorrogação e, o que é pior, passou a ordenar o seu imediato retorno ao trabalho sob o fundamento de que a aludida prorrogação havia sido indeferida.

III. Agravando ainda mais a situação, sobreveio a suspensão do pagamento dos vencimentos da autora, também dentro do período em que seu afastamento estava autorizado (outubro de 1996 a março de 1997).

IV. O art. 5º, LIV e LV da CF, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e ainda, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Consagra-se, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um determinado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, incluindo-se o direito a recorrer das decisões tomadas. (TRF 2, AMS 2001.50.01.004782-7/ES, Rel. Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, unânime, DJ 24/2/2005.)

V. Portanto, ressaí evidente o dever de indenizar, uma vez que restou caracterizado o nexo de causalidade entre as condutas praticadas por agentes da Administração e os danos experimentados pela autora, conforme reconhecido na sentença.

VI. O exame das circunstâncias narradas evidencia que a autora, na verdade, foi vítima de assédio moral na relação de trabalho.

VII. O assédio moral consiste em uma perseguição psicológica, a qual expõe os trabalhadores a situações repetitivas e prolongadas de humilhação e constrangimento. Caracteriza-se por condutas abusivas, através de gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atentam contra a dignidade ou integridade psíquica ou física da pessoa humana e afrontam sobremaneira a auto-estima do trabalhador, acabando por macular as relações de emprego. (TRT – 3ª Região, 8ª Turma, Processo 00531-2007-139-03-00-8 RO, Rel. Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto, unânime, DJ 7/9/2007.)

VIII. Em sede de reconvenção, verifica-se que o ato de desligamento da autora se deu a pedido, inobstante os fatos narrados, portanto, não há como considerar a exoneração dela como uma espécie de despedida indireta, máxime considerando as condições estabelecidas em resolução e o vínculo funcional sob o regime estatutário. Desse modo, com fundamento no art. 47, § 3º do Decreto 94.664/1987, afigura-se correta a sentença que determinou o ressarcimento ao erário, uma vez que a autora não permaneceu no cargo por período igual ao de seu afastamento.

IX. Havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados de parte a parte, na forma do art. 21, do CPC.

X. Apelação da autora a que se dá parcial provimento. Apelação da Unir e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação da Unir e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/11/2009.

Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento*: – Marisa de Sá Leitão Castro Soares, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra a Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir, objetivando o pagamento de sua remuneração, no período de 1º de setembro de 1996 a 31 de março de 1997, que alega ter sido retida indevidamente, com os acréscimos legais, bem como o pagamento de indenização a título de danos morais equivalente a 48 (quarenta e oito) vezes o valor mensal de sua remuneração integral.

A autora sustenta que era servidora da Universidade Federal de Rondônia e que na data de 23/11/1993, afastou-se do serviço para realização de mestrado na Universidade Federal de Pernambuco, estando para tanto devidamente autorizada por portaria expedida pelo Reitor da sua instituição. O aludido afastamento teria duração de 2 (dois) anos –

9/3/1994 a 9/3/1996 –, tendo a autora encaminhado pedido de prorrogação por mais 1 (um) ano, o que restou deferido por intermédio da Portaria 119/GR, da Reitoria da Unir, datada de 14/3/1996. Alega que apesar de ter sido deferido o pedido de prorrogação, não chegou a tomar conhecimento dos seus termos e que nesse interregno recebeu dois ofícios, expedidos pela chefia do seu departamento no mês de julho de 1996, cientificando-a do indeferimento do pedido de prorrogação e da obrigatoriedade de seu retorno ao cargo para exercício por um período de 3 (três) meses. Assevera que só teve ciência da prorrogação deferida pela Portaria 119/GR no mês de fevereiro de 1997. Aduz que dentro do período determinado para o seu retorno (nos termos dos dois ofícios a ela encaminhados), sua mãe teve sérios problemas de saúde, sendo que devido à idade avançada, necessitava da presença da autora para ministrar-lhe os cuidados necessários. Tal fato motivou a autora a requerer dispensa da obrigatoriedade do retorno, ou, alternativamente, a concessão de licença sem vencimentos, a fim de que pudesse permanecer em Recife para prestar a devida assistência à sua genitora, não logrando êxito.

Notícia, ainda, a autora que em resposta aos pleitos formulados, foi advertida de que deveria

retornar ao trabalho na Unir no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de restar caracterizado o abandono de cargo público. Sustenta que a partir de setembro de 2006, seus vencimentos foram suspensos pela Ré, sem qualquer motivação. Depois disso, a autora afirma que formalizou novo requerimento de prorrogação de seu afastamento por mais 2 (dois) meses, em virtude do afastamento do orientador do seu mestrado, o que também foi indeferido, motivando-a a requerer exoneração do cargo.

A Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir contestou o feito e ainda apresentou reconvenção, na qual requereu a condenação da autora ao pagamento da quantia de R\$ 39.627,31 (trinta e nove mil, seiscentos e vinte e sete reais e trinta e um centavos), sob o fundamento de que ela não teria cumprido a obrigação de permanecer na instituição por período igual ao do seu afastamento após a conclusão do mestrado, nos termos do Decreto 94.664/1987.

Após a instrução do processo, foi proferida a r. sentença de fls. 281/294, julgando parcialmente procedente o pedido para condenar a Universidade Federal de Rondônia ao pagamento, a título de indenização por danos morais, do equivalente a 12 (doze) vezes o valor da remuneração integral da autora, a ser apurada em liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária plena, mediante a aplicação dos índices adotados pela Lei 6.899/1981 e de juros de mora. Determinou que os juros de mora e a correção monetária sejam devidos a partir do evento danoso, ou seja, a partir da suspensão dos vencimentos da autora, em outubro de 1996, nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ. Fixou os juros de mora, não capitalizáveis, em 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a data do evento danoso até o dia 10/1/2003 e, em 1% (um por cento) ao mês, a incidir a partir do dia 11/1/2003 (art. 406 do CC/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN). Ainda julgou procedente o pedido da reconvenção para condenar a autora à devolução de toda a remuneração recebida no período de março de 1994 a setembro de 1996, a título de ressarcimento de despesas à Unir, a ser apurado em liquidação de sentença, acrescida de correção monetária plena, desde a citação (21/8/1997, fl. 178-verso), mediante a aplicação dos índices adotados pela Lei 6.899/1981 e de juros de mora, não capitalizáveis, em 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação até o dia 10/1/2003 e, em 1% (um por cento) ao mês, a incidir a partir do dia 11/1/2003 (art. 406 do CC/2002

c/c art. 161, § 1º, do CTN). Por fim, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista que a ré decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do art. 20, § 3º e 21, parágrafo único, todos do CPC, já considerado no percentual, os efeitos da sucumbência no que tange à reconvenção, devendo neste incidir correção monetária a partir do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 14 do STJ e na Lei 6.899/1981.

Há remessa oficial.

A autora interpôs o recurso de apelação de fls. 296/310, sustentando, em síntese, que a sentença teria mitigado excessivamente a conduta da ré e seus reflexos em sua vida pessoal, familiar e profissional, mesmo restando comprovado que a conduta de seus agentes estava eivada de dolo, má-fé e abuso de poder. Alega que todas as condições exigidas durante o curso de pós-graduação foram cumpridas, tendo ela concluído seu mestrado em conformidade com as normas da Universidade Federal de Pernambuco. Aduz que o seu pedido de exoneração tem relação causal direta com a conduta da ré, razão pela qual a fixação dos danos morais não deveria ficar adstrita à suspensão indevida dos seus vencimentos. Assevera que a sentença da reconvenção fez interpretação literal da norma que impõe a obrigatoriedade de permanência no serviço público após a conclusão de pós-graduação, fundando-se em ementas que não têm similitude com o caso concreto. Defende que o seu pedido de exoneração nada mais foi do que uma demissão indireta decorrente da coação psicológica, moral e financeira a que se viu submetida, insurgindo-se, ainda, contra a fixação dos ônus sucumbenciais.

A Unir também interpôs recurso de apelação (fls. 316/322), sustentando, em síntese, que a autorização concedida à autora para realizar mestrado na Universidade Federal de Pernambuco não se deu em caráter incondicional e que a autora deveria ter cumprido todas as condições estabelecidas na Resolução 133/Consepe, de 5/9/1994, o que não foi por ela observado. Alega que o MM. Juiz reconheceu o não cumprimento das obrigações impostas à autora relativamente aos 1º e 2º períodos do ano de 1996, razão pela qual não há se falar em ilegalidade ou injustiça na retenção dos salários da autora no período de outubro de 1996 a março de 1997. Diz que mesmo que a

retenção vencimental fosse indevida, a autora não teria demonstrado ter sido vítima de qualquer sentimento de dor, sofrimento e humilhação.

A autora apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento da apelação (fls. 329/353). A Unir não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fl. 356.

Os autos foram inicialmente distribuídos à Sexta Turma, mas, por determinação do Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Moacir Ferreira Ramos à fl. 359, foram remetidos à Presidência deste Tribunal para redistribuição, sendo recebidos neste gabinete em 16.5.2006.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento: – Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos pela autora e pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir, insurgindo-se contra a r. sentença de fls. 281/294, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a Universidade Federal de Rondônia ao pagamento, a título de indenização por danos morais, do equivalente a 12 (doze) vezes o valor da remuneração integral da autora, a ser apurada em liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária plena, mediante a aplicação dos índices adotados pela Lei 6.899/1981 e de juros de mora. Determinou que os juros de mora e a correção monetária sejam devidos a partir do evento danoso, ou seja, a partir da suspensão dos vencimentos da autora, em outubro de 1996, nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ. Fixou os juros de mora, não capitalizáveis, em 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a data do evento danoso até o dia 10/1/2003 e, em 1% (um por cento) ao mês, a incidir a partir do dia 11/1/2003 (art. 406 do CC/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN). Ainda julgou procedente o pedido da reconvenção para condenar a autora à devolução de toda a remuneração recebida no período de março de 1994 a setembro de 1996, a título de ressarcimento de despesas à Unir, a ser apurado em liquidação de sentença, acrescida de correção

monetária plena, desde a citação (21/8/1997, fl. 178-verso), mediante a aplicação dos índices adotados pela Lei 6.899/1981 e de juros de mora, não capitalizáveis, em 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação até o dia 10/1/2003 e, em 1% (um por cento) ao mês, a incidir a partir do dia 11/1/2003 (art. 406 do CC/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN). Por fim, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista que a ré decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do art. 20, § 3º e 21, parágrafo único, todos do CPC, já considerado no percentual, os efeitos da sucumbência no que tange à reconvenção, devendo neste incidir correção monetária a partir do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 14 do STJ e na Lei 6.899/1981.

A autora interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a sentença teria mitigado excessivamente a conduta da ré e seus reflexos em sua vida pessoal, familiar e profissional, mesmo restando comprovado que a conduta de seus agentes estava eivada de dolo, má-fé e abuso de poder. Alega que todas as condições exigidas durante o curso de pós-graduação foram cumpridas, tendo ela concluído seu mestrado em conformidade com as normas da Universidade Federal de Pernambuco. Aduz que o seu pedido de exoneração tem relação causal direta com a conduta da ré, razão pela qual a fixação dos danos morais não deveria ficar adstrita à suspensão indevida dos seus vencimentos. Assevera que a sentença da reconvenção fez interpretação literal da norma que impõe a obrigatoriedade de permanência no serviço público após a conclusão de pós-graduação, fundando-se em ementas que não têm similitude com o caso concreto. Defende que o seu pedido de exoneração nada mais foi do que uma demissão indireta decorrente da coação psicológica, moral e financeira a que se viu submetida, insurgindo-se, ainda, contra a fixação dos ônus sucumbenciais.

A Unir também interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a autorização concedida à autora para realizar mestrado na Universidade Federal de Pernambuco não se deu em caráter incondicional e que a autora deveria ter cumprido todas as condições estabelecidas na Resolução 133/Consepe, de 5/9/1994, o que não foi por ela observado. Alega que o MM. Juiz reconheceu o não cumprimento das obrigações impostas à autora relativamente aos 1º e 2º períodos

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes.

do ano de 1996, razão pela qual não há se falar em ilegalidade ou injustiça na retenção dos salários da autora no período de outubro de 1996 a março de 1997. Diz que mesmo que a retenção vencimental fosse indevida, a autora não teria demonstrado ter sido vítima de qualquer sentimento de dor, sofrimento e humilhação.

Dano moral – Nexo causal

No caso concreto, ressaltado evidente o dever de indenizar, uma vez que restou caracterizado o nexos de causalidade entre as condutas praticadas por agentes da Administração e os danos experimentados pela autora, conforme reconhecido na sentença.

Como visto, a autora objetiva o pagamento de sua remuneração, no período de 1º de setembro de 1996 a 31 de março de 1997, que alega ter sido retida indevidamente, com os acréscimos legais, bem como o pagamento de indenização a título de danos morais equivalente a 48 (quarenta e oito) vezes o valor mensal de sua remuneração integral.

Verifico inicialmente que a autora obteve o direito de se afastar do serviço para realizar Mestrado em Antropologia na Universidade Federal de Pernambuco, de acordo com a Portaria 1035/GR, de 23 de novembro de 1993, da Reitoria da Unir pelo período de 9/3/1994 a 9/3/1996 (fl. 23), período este que foi prorrogado até 28/2/1997, conforme a Portaria 119/GR da mesma Reitoria (fl. 26).

Portanto, os documentos de fls. 23 e 26 comprovam que a autora estava legitimamente autorizada a permanecer afastada de suas atribuições, a fim de participar do referido curso de mestrado. Ocorre que a Chefia do Departamento de Psicologia da Universidade ré não cientificou a autora acerca da prorrogação e, o que é pior, passou a ordenar o seu imediato retorno ao trabalho sob o fundamento de que a aludida prorrogação havia sido indeferida.

Os ofícios de fls. 27/28 são atos administrativos totalmente despidos de motivação, portanto ilegítimos, uma vez que não havia qualquer razão de fato ou de direito que autorizasse a expedição.

À toda evidência, a falsa comunicação de que a prorrogação requerida pela autora teria sido indeferida foi o primeiro dos atos causadores de dano, na medida em que teve o condão de perturbar-lhe a tranquilidade

necessária para a dedicação exclusiva ao curso de mestrado.

Desse modo, a comunicação de que teria de retornar obrigatoriamente ao trabalho em outra unidade da federação e sem concluir o seu curso de mestrado, à toda evidência, foi circunstância apta a causar abalo psíquico na autora.

Sem embargo dos demais desdobramentos relatados nos autos, certo é que essa conduta, por si só, já teve o condão de causar transtornos à autora. Porém, agravando ainda mais a situação, sobreveio a suspensão do pagamento dos vencimentos da autora, também dentro do período em que seu afastamento estava autorizado (outubro de 1996 a março de 1997).

Essa circunstância é ainda mais perversa, uma vez que privou por completo a autora dos recursos necessários à sua subsistência. A Unir alega que procedeu à suspensão do pagamento dos vencimentos porque a autora não estaria enviando os documentos acadêmicos comprobatórios de sua frequência e acompanhamento junto à UFPE.

Contudo, ainda que fosse o caso de suspensão dos vencimentos, a efetivação dessa medida não poderia ocorrer sem a prévia instauração de procedimento administrativo, no qual fosse assegurado à autora o contraditório e a ampla defesa.

A propósito, confira-se o entendimento jurisprudencial:

Processual Civil. Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Ilegitimidade passiva afastada. Desconto de parcela dos vencimentos do servidor. Gratificação de interiorização (vantagem pessoal). Inobservância dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Anulação do ato.

I. É de ser afastada a preliminar arguida, eis que o mandado de segurança deve ser impetrado apontando como autoridade coatora o agente público que pratica o ato impugnado, ou que, deixando de praticá-lo, causa lesão a direito líquido e certo. Ademais, a autoridade indicada como coatora, ao apresentar as informações solicitadas, enfrentou devidamente o mérito do “mandamus”.

II. O art. 5º, LIV e LV da CF, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e ainda, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela

inerentes”. Consagra-se, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um determinado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, incluindo-se o direito a recorrer das decisões tomadas.

III. Em que pese a possibilidade de a Administração rever as parcelas que integram os vencimentos do Impetrante, é de se ressaltar que o órgão pagador somente poderá modificar o valor da remuneração do servidor após oferecida oportunidade de defesa ao interessado, sob pena de o ato eivar-se de ilegalidade, sobretudo quando ocasiona diminuição do quantum pecuniário percebido.

IV. O fato de não ter sido instaurado o regular procedimento administrativo com a observância dos princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, inc. LIV e LV, já é, por si só, suficiente para a suspensão do ato atacado.

V. Uma vez inserida nos vencimentos do servidor a parcela nominada de gratificação de interiorização (vantagem pessoal), através de ato administrativo legalmente constituído, produzindo reflexos patrimoniais, exsurge a inviabilidade de proceder a sua anulação sem a instauração de procedimento administrativo, de maneira a ser observado o contraditório, assegurando a ampla defesa aos administrados. (TRF 2, AMS 2001.50.01.004782-7/ES, Rel. Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, unânime, DJ 24/2/2005.)

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Desconto sem vencimentos por determinação do TCU, à míngua de instauração de processo administrativo. Ato unilateral da administração. Afronta aos princípios constitucionais do ampla defesa e do contraditório. Impossibilidade do “writ” como substitutivo da ação de cobrança.

I. Ação de segurança impetrada contra ato praticado pelo diretor da ETFAL, consubstanciado em descontos nos vencimentos do impetrante, realizado à míngua de procedimento administrativo.

II. O fato de não ter sido instaurado o regular procedimento administrativo, com a observância do devido processo legal, já é suficiente para a suspensão do ato aguilhoado, posto que o artigo 5º, LV, da constituição federal, assegura o direito à ampla defesa em processo judicial ou administrativo.

III. Qualquer que seja o ato administrativo que importe em supressão ou alteração de

vantagem exige, sempre, a observância estrita do devido processo legal e do contraditório, tal como constitucionalmente concebidos.

IV. Impossibilidade jurídica do “writ” para a cobrança dos valores descontados antes do ajuizamento da ação de segurança. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, mediante as súmulas 269 e 271, estabelecendo, respectivamente, que “Mandado de Segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e, que o “não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

V. Remessa oficial improvida. (TRF 5, 3ª Turma, REOMS 97.05.005478-8, Rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, unânime, DJ 18/6/1999.)

Assédio moral na relação de trabalho

Na verdade, do exame das circunstâncias narradas, bem como da valoração das provas, impõe-se concluir que o presente quadro qualifica-se como assédio moral na relação de trabalho.

O assédio moral caracteriza-se pela sujeição da vítima a situações humilhantes e vexatórias por período de tempo considerável, que tenham o condão de desestabilizá-la emocionalmente, causando-lhe danos na esfera extra-patrimonial.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Assédio moral. Caracterização. O assédio moral consiste em uma perseguição psicológica, a qual expõe os trabalhadores a situações repetitivas e prolongadas de humilhação e constrangimento. Caracteriza-se por condutas abusivas, através de gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atentam contra a dignidade ou integridade psíquica ou física da pessoa humana e afrontam sobremaneira a auto-estima do trabalhador, acabando por macular as relações de emprego. Tendo sido evidenciado que a Obreira, ao longo do contrato de trabalho, foi humilhada pela preposta da empresa Ré, contando com a conivência de sua empregadora, que nada fez para contornar a situação, merece ser deferida a vindicada indenização por danos morais. (TRT – 3ª Região, 8ª Turma, Processo 00531-2007-139-03-00-8 RO, Rel. Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto, unânime, DJ 7/9/2007.)

Ementa: dano moral. Assédio moral. O assédio moral pode ser definido como a repetição de condutas abusivas por parte do empregador ou preposto seu, agredindo sistematicamente o empregado e

provocando-lhe constrangimentos e humilhações, tudo com o fim de desestabilizá-lo em seu aspecto emocional e excluí-lo de sua posição no emprego. (TRT – 3ª Região, 7ª Turma, Processo 00679-2008-129-03-00-6-RO, Rel. Desembargador Paulo Roberto de Castro, unânime, DJ 23/6/2009.)

E lamentavelmente, o assédio moral não se restringe à órbita das relações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, alastrando-se também no âmbito da Administração Pública, o que tem motivado a apresentação de vários projetos de lei, com vistas a incluir sua disciplina na Lei 8.112/1990.

No caso concreto, a autora recebeu dois ofícios expedidos pela Pró-Reitoria Acadêmica da Unir, determinando o seu retorno ao serviço, quando a mesma estava amparada por decisão administrativa da autoridade máxima da instituição, que lhe assegurava o afastamento da universidade no mesmo período.

Com efeito, a conduta de não cientificar a autora quanto ao deferimento do pedido de prorrogação do afastamento por ela formulado, implicou indevida sonegação de informações relevantes e de interesse dela, gerando desnecessário embaraço ao livre exercício do direito de participação no curso de mestrado junto à UFPE.

Depois disso, ela teve suspenso o pagamento de seus vencimentos por um período de 06 (seis) meses, sem que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa e sem respaldo legal que amparasse a prática do ato administrativo de suspensão.

Essa sequência de atos revela, sem sombra de dúvidas, que a autora foi vítima de assédio moral na relação de trabalho.

Não há que se exigir da autora a prova de dor, sofrimento e humilhação, como quer a Unir, uma vez que esses são sentimentos experimentados naturalmente por quem passa pelas circunstâncias narradas nos autos. A propósito, confira-se o seguinte julgado:

Assédio moral. Caracterização. Provados os fatos que ensejaram a violência psicológica a que esteve submetida a autora, afigura-se despidendo, até mesmo inviável, exigir da vítima a comprovação do sofrimento psíquico que lhe afeta, o qual é consequência natural daqueles fatos. Aposentadoria voluntária. Verbas rescisórias. Multa 40% FGTS. A aposentadoria voluntária não extingue o contrato de trabalho, pela absoluta falta de harmonia do ato

com os mandamentos constitucionais referentes ao valor social do trabalho e ao regime da previdência social. Verificando-se que a dispensa foi imotivada (TRCT 14), tem o empregado direito ao recebimento da multa de 40% sobre a totalidade dos depósitos efetuados na conta FGTS, no curso do contrato de trabalho, a teor da OJ 361 SBDI-1 do C. TST. Recursos conhecidos e não providos. (TRT – 10ª Região, 3ª Turma, Processo 00963-2008-017-10-00-6 RO, Rel. Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, unânime, DJ 17/7/2009.)

O exame de todos os argumentos acima expendidos autorizam a majoração do montante da indenização fixada em primeiro grau, uma vez que assiste razão à autora quando afirma que houve mitigação das consequências advindas dos atos praticados em seu desfavor.

Reconvenção. Ressarcimento pelo desligamento. Despedida indireta

Por outro lado, no que tange à exoneração da autora, inobstante os fatos ora examinados, certo é que esse ato de desligamento se deu a pedido dela. Assim, não há como considerar a exoneração da autora como uma espécie de despedida indireta, máxime considerando as condições estabelecidas em resolução e o vínculo funcional sob o regime estatutário.

Note-se que tanto o art. 8º, IV da Resolução 133 (fl. 104) quanto o art. 9º, IV da Resolução 209 da Unir (fl. 98), estabelecem que a autora deveria se apresentar à Universidade até 30 (trinta) dias após o término do período do afastamento autorizado, o que não ocorreu, enquanto o parágrafo terceiro do artigo 47 do Decreto 94.667/1987 determina que a concessão de afastamento para aperfeiçoamento importa no compromisso do servidor de, ao retornar, permanecer obrigatoriamente, na Instituição Federal de Ensino, por tempo igual ao do afastamento, incluídas as prorrogações, sob pena de ressarcimento de todas as despesas, o que também não ocorreu.

E contrariamente às determinações acima, a autora formalizou pedido de exoneração, na data de 22/4/1997 (fl. 65).

Desse modo, com fundamento no art. 47, § 3º do Decreto 94.667/1987, afigura-se correta a sentença que determinou o ressarcimento ao erário, uma vez que a autora não permaneceu no cargo por período igual ao de seu afastamento, sendo cabível a compensação com

os valores a ela não pagos no período de outubro de 1996 a março de 1997.

No que concerne à distribuição dos ônus decorrentes da sucumbência, verifico que a autora logrou êxito na ação principal e a Unir logrou êxito na reconvenção. O fato de a autora, na ação principal, não ter obtido a condenação a título de danos morais no montante indicado na inicial não implica sucumbência recíproca, nos termos da Súmula 326 do STJ, que estabelece que *na ação por indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado não implica sucumbência.*

Portanto, tendo a autora sido vencedora na ação principal e a Unir vencedora na reconvenção, os honorários advocatícios devem ser compensados de parte a parte, na forma do art. 21 do CPC.

A sentença merece ser parcialmente reformada.

Isso posto, dou parcial provimento à apelação para elevar a condenação da Unir, a título de danos morais, para o montante equivalente a 30 (trinta) vezes o valor da remuneração integral da autora, à época dos fatos, na forma já determinada pela sentença e para determinar que cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus patronos, devendo ser rateadas as custas processuais, na forma da lei; e nego provimento à apelação da Unir e à remessa oficial.

É o meu voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0005762-60.2000.4.01.4000

Apelação Cível

2000.40.00.005760-8/PI

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Antônio Rodrigues de Almeida
Advogados: Dr. Solfieri Penaforte Teive de Siqueira e outros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – PI
Publicação: e-DJF1 de 5/3/2010, pp. 25/26

Ementa

Previdenciário e Processual Civil. Conversão de tempo de serviço especial em comum. 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. A comprovação do tempo especial mediante o enquadramento da atividade exercida pode ser feita até 5/3/1997, 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 5/3/1997.

II. 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.

III. 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.

IV. 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 5/3/1997, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então*”.

V. 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.

VI. Correção monetária aplicada nos termos da Lei 6.899/1981, observando-se os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

VII. Juros de mora, à míngua de recurso da parte autora, mantidos em 0,5% ao mês, a partir da citação, quanto às prestações a ela anteriores, em sendo o caso, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriormente vencidas.

VIII. Verba honorária mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, na forma da Súmula 111 do STJ.

IX. Apelação desprovida.

X. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, 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 – 16/12/2009

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Neuza Alves: – Trata-se de apelação interposta pelo INSS em desfavor da sentença (fls. 174/177) proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara da SJ do Piauí, que julgou procedente o pedido formulado na inicial para determinar ao INSS que converta o tempo de serviço especial em comum, para determinar o restabelecimento definitivo da aposentadoria, bem assim o pagamento das parcelas devidas no período de suspensão do benefício.

Determinou que, ao crédito a ser liquidado, deverão ser acrescidos juros de mora mensais de 0,5%, a partir da citação, e correção monetária, a partir de cada prestação mensal vencida.

Fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Sem custas.

Houve remessa oficial.

Em seu recurso de fls. 179/183, o INSS alega, em suma, que:

1. Não ficou caracterizada a natureza especial do tempo de serviço prestado pelo autor, pois não comprovada a efetiva exposição a “eletricidade”, de maneira habitual e permanente;

2. A categoria profissional a qual pertence o autor nunca gozou de presunção legal de atividade especial pelos decretos regulamentares, devendo, assim, ser demonstradas as situações prejudiciais à saúde e à integridade física;

3. Os documentos juntados aos autos fazem referência ao manuseio, pelo acionante, de

equipamentos de telecomunicações e não elétricos, o que afasta a exposição habitual e permanente a risco de choques elétricos com tensão superior a 250 volts;

4. Documento juntado aos autos aponta exposição a tensão variável entre 110 e 380 volts, nem sempre em rede energizada, o que afasta a permanência e habitualidade.

Contrarrazões a fls. 186/194.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora 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 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 atividade especial por enquadramento profissional

É pacífica a compreensão jurisprudencial sobre ser possível o reconhecimento do tempo de serviço

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti e a Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros (convocada).

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 feito, 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 5/3/1997.

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 Súmula 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 5/3/1997, 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 28/5/1998, 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 9/12/2008.)

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 28/5/1998, 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 6/11/2008, p. 189.).

2. 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 9/12/2008.)

“Até 5/3/1997, 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 28/5/1998, 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 5/3/1997.

3. 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 5/3/1997, 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 5/3/1997, sendo assim desnecessário tecer outras considerações a esse respeito, auto-explicativa 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.

4. 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 12/5/2009, 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.

5. 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.

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 a 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.

6. 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.

Defato, 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 evitarem 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.

7. 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 28/5/1998 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 1.667-15/98 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.

8. 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 inciso 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, Inciso 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 9/6/2003, que deu nova redação ao art. 188. E a Instrução Normativa 118 do INSS, de 14/4/2005 (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:

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:

¹ AMS 2003.38.00.021656-6/MG, Relator Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ p.35 de 14/5/2007

² Idem.

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.

(AC 2000.38.00.039097-2/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 26/11/2007, p. 09.).

9. Conclusão

Além das questões apresentadas, analiso temas relacionados especificamente ao caso concreto.

Primeiramente, ressalto que se trata de restabelecimento de aposentadoria por tempo de serviço.

Quanto à efetiva exposição aos agentes nocivos na execução das atividades profissionais do demandante, observe-se que os documentos trazidos aos autos demonstram a exposição habitual e permanente do postulante a agente nocivo à saúde, qual seja, “eletricidade”, com tensões superiores a 380 volts, durante o período questionado, de modo habitual e permanente (código 1.1.8 do anexo ao Decreto 53.831/1964).

No tocante à alegação de que a categoria profissional a qual pertence o autor nunca gozou de presunção legal de especial pelos decretos regulamentares, é pacífica a jurisprudência no sentido de que o rol de atividades neles enumeradas é exemplificativo, não taxativo:

Previdenciário e Processual Civil. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Exposição a agentes insalubres. Categoria profissional e ruído. Conversão do tempo especial em comum.

Leis 3087/1960 e 8213/1991. Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 2.172/1997. Possibilidade.

(...)

VII. A atividade profissional de manobrador de trens deve ser incluída no item 2.4.1 Anexo ao Decreto 53.831/1964 (transportes ferroviário: Maquinistas, Guarda-freios, trabalhadores da via permanente) e item 2.4.1 do Decreto 83.080/1979 (transporte ferroviário: Maquinista de máquinas acionadas a lenha ou a carvão; Foguista), uma vez que ao realizar os serviços de formatura de trens, engatando e desengatando vagões, o segurado exerce trabalho de maquinista. Além do que, o fato de não estar previsto expressamente nesses Decretos não impede o reconhecimento como atividade insalubre porque o rol dos agentes prejudiciais neles previstos têm caráter meramente exemplificativo (RESP 600277, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, unânime, DJ 10/5/2004; AC 2001.01.99.043968-5/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 7/3/2005).

(...)

XI. Apelação parcialmente provida.

(AC 2002.38.03.006776-8/MG, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, DJ de 14/4/2009, p. 29.).

A correção monetária, a seu turno, deverá ser feita de acordo com a Lei 6.899/1981, observando-se os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida, conforme jurisprudência desta Corte e do STJ.

Os juros de mora, à míngua de recurso da parte autora, ficam como fixados no comando sentencial, em 0,5% (meio por cento) ao mês, devendo fluir da citação, quanto às prestações vencidas anteriormente à citação, em sendo o caso, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriormente vencidas.

A verba honorária deve ser mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, na forma da Súmula 111 do STJ.

Assim, considerando a abrangência da fundamentação supra sobre as questões fático/jurídicas trazidas ao reexame desta Corte, notadamente, no caso concreto, os itens “1”, “4” e “7”, nego provimento à apelação e *dou parcial* provimento à remessa oficial para que a correção monetária, os juros de mora e os

honorários advocatícios incidam, *nos moldes acima delineados*.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0038550-55.2007.4.01.0000

Apelação Criminal

2007.01.00.039861-3/AC

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Revisor: Juiz Federal Cesar Jatahy Fonseca (convocado)
Relator para acórdão: Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado)
Apelante: Garibaldi Pessoa da Costa Junior
Advogado: Dr. Abraão Brito Lira Beltrão e outros
Apelado: Justiça Pública
Procurador: Dr. Jose Lucas Perroni Kalil
Assistente de Acusação: Charles Negreiros de Melo
Assistente de Acusação: Claudiomar Negreiros de Melo
Advogada: Dra. Maria de Salete da Costa Maia
Publicação: e-DJF1 de 5/3/2010, p. 48

Ementa

Penal e Processual Penal. Homicídio privilegiado. Art. 121, § 1º, do Código Penal. Tribunal do Júri Federal. Quesitos contraditórios referentes à relevante valor moral motivo fútil. Homicídio privilegiado e qualificado. Circunstâncias subjetivas inconciliáveis. Ausência de protesto da defesa durante a audiência. Soberania do veredicto dos jurados. Decretação pelo Juiz Presidente da prejudicialidade do 6º quesito relativo a motivo fútil. Decisão favorável ao condenado. Inexistência de prejuízo para defesa. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Primariedade e bons antecedentes. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Atenuante de relevante valor moral. Causa de diminuição de pena por injusta provocação da vítima. Redução menor que o mínimo legal. Majoração da causa de diminuição para 1/5 (um quinto). Perda do cargo público. Necessidade de fundamentação específica. Art. 92, parágrafo único, do Código Penal. Não ocorrência. Anulação da parte do dispositivo da Sentença que decretou a perda do cargo público. Apelação parcialmente provida.

I. Eventual irregularidade na formulação de quesitos, no procedimento do Tribunal do Júri, é de natureza relativa e deve ser arguida no momento oportuno, ou seja, após a leitura e explicitação pelo Juiz Presidente, sob pena de preclusão. Precedentes desta Corte Superior (HC 62.300/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJe de 3/3/2008).

II. O fato de o MPF ter protestado veementemente, na audiência, após a votação do 6º quesito – de maneira desfavorável ao recorrente, eis que o *parquet* insistiu na validade do quesito e de seu resultado – não aproveita à defesa, para os efeitos do art. 571, VIII, do CPP, a qual não se manifestou em ocasião própria acerca de eventual nulidade pela confusão dos jurados na resposta aos quesitos ou pela deficiência na compreensão dos questionamentos feitos pelo Juiz Presidente para condenar o réu.

III. Mesmo permitindo a votação de todos os quesitos pelos jurados, entendeu o Magistrado, Presidente do Tribunal do Júri, que aqueles relativos ao cometimento do crime por relevante valor moral e à qualificadora de futilidade eram inconciliáveis, levando-o, em respeito à soberania do veredicto dos jurados, a dar por prejudicado o quesito de motivo fútil, decisão esta se mostrou, de fato, mais favorável ao condenado.

IV. Sendo relativa a prejudicialidade em análise e não tendo sido arguida a invocada nulidade pela defesa no momento oportuno, é necessária a demonstração do prejuízo pelo recorrente, no âmbito do processo penal, para que seja declarada a nulidade do ato, eis que “não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (RSTJ, 140/576). Preliminar de nulidade do julgamento rejeitada.

V. Não obstante o réu-apelante seja primário e de bons antecedentes, sua conduta não pode ser tida como dentro da normalidade, nem tampouco satisfaz a expectativa da sociedade em relação a um policial federal, pelo que não há vedação a que o Juiz, com base em suficiente fundamentação, e com fulcro no art. 59 do Código Penal, fixe a pena-base acima do mínimo legal.

VI. A injusta provocação da vítima e o motivo de relevante valor moral, ao contrário do defendido na apelação, deixaram de serem sopesados na fase do art. 59 do Código Penal, na medida em que foram levados em consideração na segunda fase da fixação da pena do condenado, como atenuante do art. 65, III, “a”, do Código Penal e, na terceira fase, quando da incidência do privilégio previsto no §1º do art. 121 do Código Penal (causa de diminuição da pena).

VII. A causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal varia de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). Se aplicado o critério legal no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), a pena na terceira fase deveria ter sido reduzida em 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias, ou seja, em valor maior do que aquele computado na sentença recorrida. Além disso, o montante a ser reduzido como causa de diminuição de pena deve ser valorado pelo Magistrado de acordo com as circunstâncias da causa. No caso, apesar de extremamente reprovável a conduta do policial, ora apelante, atacada a reputação do réu, em sua condição de policial, em região sensível ao tráfico de drogas (Cruzeiro do Sul, no Acre), reagiu a esta provocação. Sentença reformada para fixar a causa de diminuição de pena em 1/5 (um quinto), tornando definitiva a pena em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

VIII. A Lei 9.268, de 1º/4/1996, que alterou o inciso I do art. 92, do Código Penal, posterior ao fato criminoso somente poderia ser aplicada se beneficiasse o réu. Na hipótese, não deixou o Código Penal de estabelecer, como efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, apenas reduziu o valor da pena para no mínimo um ano, se constatado o cometimento do crime com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, bem como não impôs qualquer condição quando a penalidade privativa de liberdade superar quatro anos. Na verdade, imposta pena superior a quatro anos, a redação da Lei 9.268/1996 agravou a situação dos condenados, como o ora apelante, cuja pena é superior a sete anos de reclusão. Insuscetível, portanto, qualquer aplicação retroativa dessa alteração legislativa.

IX. A perda do cargo, como efeito da condenação, exige fundamentação específica (art. 92, parágrafo único, do Código Penal) (STJ: HC 50525/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 22/10/2007, p. 319). Restringindo-se o Magistrado à verificação dos pressupostos legais ou as circunstâncias objetivas para decretação da perda do cargo – crime praticado com abuso de poder ou dever para com a Administração Pública e pena privativa de liberdade superior a quatro anos –, sem fazer qualquer alusão à inconveniência da permanência do condenado na Polícia Federal ou se esta permanência se constitui risco para a sociedade, é de ser anulada a parte do dispositivo que decretou a perda do cargo público do réu.

X. Apelação parcialmente provida para fixar a causa de diminuição, prevista no § 1º, do art. 121 do Código Penal, em 1/5 (um quinto), bem como para anular o dispositivo da sentença pertinente à perda de cargo público, à míngua da necessária e suficiente fundamentação.

Acórdão

Decide a Turma rejeitar a preliminar e dar parcial provimento à apelação, à unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 23/2/2010.

Juiz Federal *Jamil Rosa de Jesus Oliveira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira: – Garibaldi Pessoa da Costa Junior (fls. 1932 e 1976/1987) recorre da sentença proferida pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Seção Judiciária do Acre, que, em decorrência da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, julgou procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, condenando-o pela prática do crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal, reconhecendo as atenuantes do art. 65, III, “a” e “d”, do Código Penal, bem como a agravante do art. 61, II, “g”, também do Código Penal (fls. 1920/1926).

Garibaldi sustenta, preliminarmente, nulidade absoluta do julgamento, nos termos do art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, eis que o Juiz Federal, Presidente do Tribunal do Júri, conduziu de forma deficiente a votação dos jurados, levando-os a diversas contradições, consubstanciadas, principalmente, no acolhimento da tese defensiva de homicídio duplamente privilegiado – tanto por motivo de relevante valor moral, como pela violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima – e também, no 6º quesito, pela ocorrência da qualificadora de motivo fútil; que, diante da constatação do erro, o Juiz considerou prejudicada a votação do 6º quesito, tendo o membro do MPF protestado veementemente, insistindo em sua validade e consignando a sua irrisignação em ata; que, não obstante o Juiz tenha assumido o próprio erro, não se pode negar que confundiu o Júri, causando, inclusive, insegurança na decisão, o que nulifica em absoluto o julgamento, em face da incerteza do que estava sendo decidido; que esta insegurança também restou revelada na votação do 7º quesito, quando reconhecida a agravante de abuso de poder, na qual os jurados acolheram a qualificadora de motivo fútil, também eivada de nulidade; que a confusão provocada na liberdade de votação dos jurados levou a contradição nas respostas dos quesitos 4º e 9º e 5º e 11º, ora por unanimidade, ora por maioria; que, quando os jurados recusaram a tese de homicídio culposo, por 4 votos a 3, na votação do 3º quesito, na verdade, significou dizer que três jurados reconheceram a conduta culposa, não podendo entender, a unanimidade, o homicídio privilegiado na resposta do 4º quesito, que refere-se a conduta dolosa. Pede, assim, que seja submetido a novo julgamento,

conforme a regra do art. 593, III, “a”, do Código de Processo Penal.

Quanto à dosimetria da pena, argumenta que o Juiz reportou-se apenas a três circunstâncias judiciais para exasperação da pena-base, em um universo de oito, nos termos do art. 59 do Código Penal, o que configura uma análise insuficiente para justificar a estipulação da pena-base muito acima do mínimo legal, sendo inadmissível a sua manutenção; que a culpabilidade do réu, ao contrário do afirmado na sentença recorrida, não deve ser tida como elevada, eis que houve a provocação injusta da vítima; que as duas situações de privilégio previstas no § 1º do art. 121, do Código Penal, são inversamente proporcionais a um juízo de culpabilidade exacerbado; que o condenado é agente da polícia federal há mais de 25 anos, tendo recebido inúmeros elogios, conforme se constata das certidões juntadas aos autos, expedidas pela Superintendência da Polícia Federal na Paraíba; que a jurisprudência dos tribunais proclama que, sendo o acusado primário, de bons antecedentes e cujas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhe sejam favoráveis, a pena-base deve ser aplicada no patamar mínimo ou próximo ao mínimo legal; que não se pode levar em consideração a afronta à ordem pública ou o terror a sociedade como circunstâncias ou consequências do crime, com a finalidade de aumentar a pena-base, vez que se trata de aspectos inerentes ao próprio tipo penal do art. 121 do Código Penal; que a pena-base, no caso, deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, seis anos de reclusão; que, em virtude de contradição, é inviável o reconhecimento pelos jurados do abuso de poder e, assim, o Magistrado *a quo* não poderia ter fixado, como efeito da sentença, a perda do cargo público ocupado pelo recorrente, com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, com a redação anterior a Lei 9.268/1996; que o fato de o réu ter agido em face de motivo de relevante valor moral, após injusta provocação da vítima, significa dizer que houve justificativa para o cometimento do crime, não podendo ser penalizado com a perda do cargo sem a demonstração da efetiva necessidade de imposição desta pena; que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri não analisou os motivos para perda do cargo, limitando-se a verificar os termos da lei; que o Conselho de Sentença reconheceu que o réu agiu com abuso de poder, mas não aplicou automaticamente a perda do cargo; e que deve ser reformada a sentença, quanto à perda do cargo público, pois ausentes os motivos para a decisão.

Requer, a final, o acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do Júri, com respaldo no art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, devendo ser submetido a novo Júri; e, caso a preliminar não seja acolhida, a redução da pena-base para o mínimo legal e a não aplicação da penalidade de perda do cargo público pelo condenado (fls. 1986/1987).

Contrarrrazões apresentadas pelo MPF, no sentido do não provimento da apelação (fls. 1991/2009).

Contrarrrazões apresentadas pelos assistentes de acusação – Charles Negreiros de Melo e Claudiomar Negreiros de Melo –, adotando *in totum* as contrarrrazões do Ministério Público Federal, para que o apelo seja julgado improcedente (fls. 2011/2016).

Distribuído, no TRF-1ª Região, em 6/9/2007, ao Desembargador Federal Olindo Menezes (fl. 2023).

A PRR-1ª Região, manifestando-se, primeiramente, pela não ocorrência de prescrição, opina pelo não provimento do recurso de defesa (fls. 2025/2033).

Redistribuição do feito a esta Relatora, em 23/4/2008 (fl. 2034), em razão da posse do Desembargador Federal Olindo Menezes, no cargo de Corregedor-Geral da Justiça Federal de 1ª Grau da 1ª Região, para o biênio 2008/2010.

É o relatório.

Ao eminente revisor (art. 287 do RI/TRF/1ª Região).

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira: – O Ministério Público Federal denunciou Garibaldi Pessoa da Costa Junior (fls. 2/4), pela prática do crime previsto no art. 121, §3º, do Código Penal, eis que:

(...) no dia 29/5/1993, por volta das 4:00 horas da madrugada, quando se encontrava no interior do bar 'Toca da Raposa', no Município de Cruzeiro do Sul, neste estado, ao ser acusado por Alaiton Negreiros de Melo de, em data anterior, ter

adquirido substância entorpecente naquela cidade para uso próprio, tendo em vista sua condição de Agente da Polícia Federal, reagiu afirmando que seu acusador teria que provar a acusação perante a Delegacia de Polícia local e em razão da resistência do acusado em acompanhá-lo, ao fazer uso de sua arma no intuito de obrigar Alaiton a comparecer a Delegacia, esta disparou, atingindo o mesmo, que veio posteriormente a falecer (...)(fl. 2).

Firmada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, pelo eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 110/119), a denúncia foi recebida pelo Juízo Federal da Seção Judiciária do Acre em 2/2/1994 (fl. 125), a qual foi aditada pelo MPF, apenas para reclassificar o fato criminoso, pedindo a condenação de *Garibaldi* nas penas do art. 121, § 2º, II, do Código Penal (fls. 669/670), em cuja capitulação foi o réu pronunciado, em 27/10/1998, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 821/832).

Realizado o primeiro Tribunal do Júri, o Juízo *a quo* proferiu sentença, em face do acolhimento da tese da defesa, pelo Conselho de Sentença, de que o acusado praticou o crime de homicídio culposo, previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, reconhecendo a agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal, bem como as atenuantes do art. 65, III, “a” e “d”, também do Código Penal, condenando-o, assim, a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção (fls. 1016/1018).

Interposta apelação pela acusação (fls. 1032 e 1034/1059), esta Turma, em primeiro julgamento (fls. 1086/1101), proferido em 15/5/2003, deu provimento ao recurso para anular o julgamento pelo Tribunal de Júri – por não se encontrar a motivação fática e/ou lógica corroborada pelas provas dos autos, as quais não autorizavam a conclusão sobre a conduta *culposa* do réu –, determinando que o réu fosse submetido a novo julgamento.

Após, o eg. Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 23/03/2004, concedeu ordem de *habeas corpus*, no julgamento do HC 29169/AC, impetrado contra esta Corte, “para anular o acórdão, determinando que o paciente seja intimado para constituir novo patrono para a apresentação de contrarrrazões a apelação do *parquet* ou, no silêncio, seja nomeado defensor” (fl. 1400).

Dessa forma, esta 3ª Turma proferiu novo julgamento, em 5/12/2006, igualmente dando provimento a apelação do MPF – por encontrar-se a

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Jatahy Fonseca (convocado).

decisão manifestamente contrária às provas dos autos –, para anular a sentença, determinando que o réu fosse julgado novamente pelo Tribunal do Júri Federal da Seção Judiciária do Acre (fls. 1452/1467v).

Em segundo julgamento pelo Tribunal do Júri, na Seccional do Acre, *Garibaldi* foi condenado pela prática do crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal, com as atenuantes do art. 65, III, “a” e “d”, e as agravantes do art. 61, II, “g”, ambos do Código Penal, cujos fundamentos da sentença, ora recorrida, publicada em 18/6/2007 (fl. 1938), estão assim concebidos:

O ministério público federal, com suporte em inquérito policial, ajuizou esta ação penal contra Garibaldi Pessoa da Costa Júnior, pela prática delitiva tipificada no art. 121, § 3º, do Código Penal.

II. Provocado a manifestar-se sobre a Decisão de folhas 660/667, o Ministério Público Federal aditou a denúncia, requerendo a condenação do denunciado à pena prevista no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

III. Apresentada Defesa Prévia, ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, oferecida alegações finais pelas partes, foi proferida sentença de pronúncia considerando-se presentes os indícios mínimos necessários autorizadores ao julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 821/832 – vol. 4).

IV. O primeiro julgamento foi anulado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que considerou ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (fl. 1457- vol. 6).

V. Novo julgamento foi realizado, cumprindo-se as determinações legais.

Decido

VI. O Conselho de Sentença decidiu que o acusado praticou o crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal. Além disso, reconheceu as atenuantes previstas no artigo 65, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘d’ do Código Penal, bem como a agravante do artigo 61, inciso II, alínea ‘g’, do mesmo diploma legal.

VII. É de se observar que o Conselho de Sentença reconheceu a existência da qualificadora por motivo fútil, mas tal resposta encontra-se em contradição com a figura de homicídio privilegiado, tendo em vista que as causas de privilégio são subjetivas, não podendo concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo, que logicamente as contradizem, conforme lição de Anibal Bruno, citado por Adriano Marrey em sua

obra *Teoria e Prática do Júri* (São Paulo: RT, 1994, 5ª edição, p. 376).

VIII. No mesmo sentido as lições de Júlio Fabbrini Mirabete: ‘Numa interpretação sistemática, o homicídio qualificado, por constituir o § 2º, do art. 121, não poderia obter a redução da pena que é prevista no § 1º do mesmo artigo. Não se pode negar, porém, que, em tese, nada impede a concomitância de uma circunstância subjetiva, que constitua o privilégio, com uma circunstância objetiva prevista entre as qualificadoras como, p. ex., o homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção com o uso de asfixia. O que não se pode admitir é a coexistência de circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado e qualificado’ (em *Código Penal Interpretado*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 937).

IX. Na mesma obra, página 938, o ilustre doutrinador cita julgado do Tribunal de Justiça do Amapá que retrata a mesma situação presente nestes autos: ‘O homicídio privilegiado, de natureza subjetiva, somente não pode concorrer com as qualificadoras da mesma natureza. Não se compreende homicídio cometido por motivo fútil, ao mesmo tempo, de relevante valor moral. Os motivos subjetivos são antagônicos. (...)’.

X. Por essa razão, este Juiz Presidente, embora consignando o resultado da votação do quesito que reconheceu a qualificadora de motivo fútil no termo de votação, o considerou prejudicado, registrando em ata o protesto do Ministério Público Federal.

XI. Resolvida essa questão, afirmou-se a soberania do Conselho de Sentença no que se refere à condenação do acusado nas penas do artigo 121, § 1º, com a agravante do artigo 61, inciso II, ‘g’, bem como da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, ‘a’ e ‘d’, do Código Penal. Passo à dosimetria da pena, de acordo com as regras dos arts. 59 e 68 do mesmo Diploma Legal.

XII. A culpabilidade do acusado é elevada, pois na condição de agente da polícia federal deveria conduzir-se com maior cautela, haja vista que recebeu treinamento para tanto e, a despeito disso, demonstrou grave instabilidade emocional no exercício de suas funções. Evidentemente, a sociedade não pode tolerar que uma pessoa incumbida da função de protegê-la seja impulsiva, despreparada e violenta diante de incidentes corriqueiros de uma atividade policial.

XIII. Além do mais, as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado, que se encontrava em um bar, ingerindo bebida alcoólica, quando deveria zelar pela segurança da comunidade a que estava servindo, sem perder de vista as drásticas consequências do crime que, se por um lado

retirou a vida de um inocente, por outro causou o descrédito da respeitável instituição Polícia Federal perante a Comunidade de Cruzeiro do Sul/AC.

XIV. Por todo o exposto, entende que a pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, pelo que a estabelecimento em 10 (dez) anos de reclusão.

XV. Reduzo a pena aplicada em 6 (seis) meses, em razão das atenuantes reconhecidas pelo Conselho de Sentença, previstas no art. 65, inciso III, 'a' e 'd', do Código Penal. Agravo a pena em 4 (quatro) meses, à vista da circunstância agravante prescrita no artigo 61, inciso II, 'g', também reconhecida pelo Órgão Julgador, pelo que resulta na pena de 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

XVI. Ante a causa de diminuição prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal, reconhecida pelo Júri, reduzo a pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, passando a 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses. Inexistem causas de aumento, motivo pelo qual torno a pena definitiva em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime inicial fechado, conforme prescreve o artigo 33, alínea 'a' do Código Penal.

17.
.....(....)"(fls. 1920/1922)

Primeiramente, consoante advertiu a PRR-1ª Região (fls. 2026/2027), não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal. Condenado o apelante a 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o prazo prescricional correspondente é de dezesseis anos (art. 109, II, do Código Penal). Ocorrido o fato criminoso em 29/5/1993 (fl. 2), a prescrição, nos termos do art. 117, do Código Penal, interrompeu-se pelo recebimento da denúncia em 2/2/1994 (fl. 125), pela pronúncia em 27/10/1998 (fl. 832) e pela publicação da sentença condenatória, ora recorrida, em 18/6/2007 (fl. 1938). Considerando-se a ausência de recurso da acusação e a prescrição retroativa prevista no art. 110, § 1º, do Código Penal, *não* transcorreram dezesseis anos entre os marcos temporais interruptivos, acima referidos, e entre a publicação da sentença condenatória e a presente data. Afastada, portanto, a prescrição.

Alega o apelante, em preliminar, nulidade do julgamento pelo Tribunal de Júri, eis que o Juiz Federal, Presidente do Tribunal do Júri, conduziu de forma deficiente a votação dos jurados, levando-os a diversas contradições nas respostas dos quesitos a eles submetidos e que levaram a condenação do réu, ao

argumento de que não houve ampla compreensão das perguntas formuladas.

O Conselho de Sentença, em escrutínio secreto, após examinar o processo e as provas nele produzidas, estando em condições para julgar a causa, assim se manifestou quanto aos quesitos apresentados:

(...) 1º quesito: O acusado, Garibaldi Pessoa Da Costa Júnior, na madrugada do dia 29 de maio de 1993, no Bar 'Toca da Raposa', na Cidade de Cruzeiro do Sul/AC, com um revólver, produziu na vítima Alaiton Negreiros de Melo as lesões descritas no laudo cadavérico de fls. 68?

Resposta: 7 (sete) votos Sim

0 (zero) votos Não

2º quesito: Essas lesões causaram a morte da vítima?

Resposta: 7 (sete) votos Sim

0 (zero) votos Não

3º quesito: *Assim agindo, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior deu causa ao resultado da morte da vítima Alaiton Negreiros de Melo, em virtude de imprudência, negligência ou imperícia com que procedeu?*

Resposta: 4 (quatro) votos Sim

3 (três) votos Não

4º quesito: O acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior cometeu o crime de homicídio contra a vítima Alaiton Negreiros de Melo impelido por motivo de relevante valor moral?

Resposta: 7 (sete) votos Sim

0 (zero) votos Não

5º quesito: O acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior cometeu o crime de homicídio contra a vítima Alaiton Negreiros de Melo sob domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima?

Resposta: 5 (cinco) votos Sim

2 (dois) votos Não

6º quesito: O acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior agiu por motivo fútil ao efetuar um disparo de arma de fogo contra a vítima Alaiton Negreiros de Melo, por tê-lo acusado de ser usuário de drogas?

Resposta: 4 (quatro) votos Sim

3 (três) votos Não

7º quesito: A morte da vítima foi praticada com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão?

Resposta: 4 (quatro) votos Sim

3 (três) votos Não

8º quesito: Existe circunstância atenuante?

Resposta: 7 (sete) votos Sim

0 (zero) votos Não

9º quesito: Existe circunstância atenuante do art. 65, III, alínea 'a', ou seja, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior cometeu o crime por motivo de relevante valor social ou moral?

Resposta: 5 (cinco) votos Sim

2 (dois) votos Não

10º quesito: Existe circunstância atenuante do art. 65, III, alínea 'b', ou seja, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior procurou, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências?

Resposta: 6 (seis) votos Não

1 (um) voto Sim

11º quesito: Existe circunstância atenuante do art. 65, III, alínea 'c', ou seja, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior cometeu o crime sob coação a que não podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima?

Resposta: 4 (quatro) votos Não

3 (três) votos Sim

12º quesito: Existe circunstância atenuante do art. 65, III, alínea 'd', ou seja, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior confessou espontaneamente a autoria do crime?

Resposta: 5 (cinco) votos Sim

2 (dois) votos Não

13º quesito: Existe circunstância atenuante do art. 65, III, alínea 'e', ou seja, o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior cometeu o crime sob influência de multidão em tumulto que não provocou?

Resposta: 7 (sete) votos Não

0 (zero) votos Sim (fls. 1915/1917)

Consta, ainda, da ata da segunda sessão do Tribunal do Júri, o que sucedeu quando da votação dos quesitos pelos jurados, *in verbis*:

(...) Em seguida, o MM. Juiz disse que o Júri passaria a funcionar em caráter secreto, dirigindo-se a sala secreta acompanhado das partes, do Conselho de Sentença, comigo Secretária do Júri e dos Senhores Oficiais de Justiça no início citados. Na sala secreta procedeu-se à votação dos quesitos propostos, sendo que suas respostas foram dadas pelo Conselho de Sentença por meio de cédulas confeccionadas em papel opaco, dobráveis, contendo umas a palavra Sim e outras a palavra Não. Após a votação do 6º

quesito, o Juiz concedeu oportunidade às partes para se manifestar a respeito do resultado, tendo o MPF sustentado a validade do resultado, enquanto a Defesa optou por não se manifestar, o Juiz considerou prejudicada a votação do referido quesito ao argumento de que não se pode admitir a coexistência de circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado e qualificado, tendo o MPF registrado o seu protesto, o que foi consignado em ata. Encerrada a votação dos quesitos, o MM. Juiz declarou cessada a incomunicabilidade dos Jurados e lavrou em seguida a r. sentença. Elaborada a sentença, o MM. Juiz, juntamente com os jurados, Procurador, Assistente de Acusação e Advogados de Defesa, retornou ao salão nobre do Tribunal do Júri, onde proferiu a leitura da mesma, pela qual o acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior foi condenado a 8 anos e 4 meses de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime inicial fechado, conforme prescreve o art. 33, a, do CP. (...)” (fl. 1931).

De plano, observa-se que, após a votação do 6º quesito – referente à prática do homicídio por motivo fútil –, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri instou as partes a se manifestarem a respeito do assunto, tendo o MPF sustentado a validade do resultado, enquanto a defesa permaneceu silente, o que levou, em seguida, o Magistrado a decidir pela prejudicialidade do referido quesito, haja vista a contradição existente entre as circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado – já reconhecido na votação dos quesitos anteriores – e do qualificado por motivo fútil.

Estabelece o art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, que as eventuais nulidades ocorridas no julgamento em audiência ou na sessão do Tribunal devem ser arguidas pela parte interessada logo depois de ocorrerem. No caso, muito embora o Magistrado tenha dado oportunidade para as partes se manifestarem, a ausência de protesto da defesa, no momento oportuno, quanto à eventual contradição existente nos quesitos apresentados, acarretou a preclusão da matéria. Assim tem proclamado o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Habeas Corpus”. Penal e Processual Penal. Crimes de homicídio qualificado e homicídios simples. Crime continuado. Atenuante da confissão espontânea. Apelação do Tribunal do Júri. Supressão de Instância. Quesitação. Nulidade. Inexistência. Necessidade de arguição em Plenário. Preclusão. Precedentes. Violação ao Princípio do “Tantum Devolutum Quantum Appellatum” e à súmula 160 do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência.

Devolução integral da matéria ao Tribunal. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Possibilidade.

.....(…)

III. Eventual irregularidade na formulação de quesitos, no procedimento do Tribunal do Júri, é de natureza relativa e deve ser arguida no momento oportuno, ou seja, após a leitura e explicitação pelo Juiz Presidente, sob pena de preclusão. Precedentes desta Corte Superior.

.....(…)

VI. *“Habeas Corpus” parcialmente conhecido e, nesta parte, concedida parcialmente a ordem para afastar o óbice à progressão de regime, ressalvando competir ao Juízo das Execuções criminais, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento do benefício da progressão de regime prisional. Outrossim, concedida a ordem de ofício para determinar ao Eg. Tribunal a quo que profira novo julgamento no HC 27015-0/217 (200602065555), para apreciar a alegação constante na impetração, referente à suposta nulidade na dosimetria da pena, como entender de direito.* (HC 62.300/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJe de 3/3/2008).

Processual Penal. “Habeas Corpus”. Homicídio simples. Júri. Votação dos quesitos. Nulidade. Inocorrência. Art. 489 do CPP. Preclusão.

I. A teor do disposto no art. 489 do Código de Processo Penal pode o Magistrado interferir na votação para evitar contradição na resposta dadas pelos jurados aos quesitos formulados (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II. No presente caso, além de não constar na ata de julgamento a razão pela qual ocorreu a intervenção do Magistrado, a defesa não consignou, no momento oportuno, qualquer inconformidade com o procedimento adotado, o que gerou a preclusão da matéria (Precedentes).

Ordem denegada. (HC 81670/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 25/2/2008, p. 339).

Recurso Especial. Júri. Alistamento dos jurados. Nulidades. Aplicação dos princípios da convalidação e do prejuízo. Julgamento sem a indicação na ata da existência de nulidade.

Segundo a norma esculpida no art. 571, VIII, do CPP, no julgamento do Tribunal as nulidades porventura ocorrentes devem ser anunciadas logo após cometidas, sob pena de convalidação pela preclusão.

Ademais, mesmo que apontadas, devem inserir-se em meio à existência de efetivo prejuízo.

No caso, o julgamento transcorreu sem que a defesa suscitasse qualquer atropelo ou embaraço ao pleno contraditório.

Recurso desprovido. (REsp 211.611/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, unânime, DJU de 14/5/2007, p. 401).

Processual Penal. Júri. Quesitos. Contradição. Inexistência. Nulidade relativa. Falta de alegação no momento oportuno. Preclusão.

I. Constatada a ausência de contradição entre os quesitos da autoria e materialidade com o da ausência de legítima defesa própria, conforme registrado na ata do julgamento, não há nulidade a ser sanada.

II. Eventual vício na votação dos quesitos deve ser arguido logo após, sob pena de preclusão. Precedentes desta Corte.

III. *Ordem denegada.* (HC 40.491/PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, unânime, DJU de 6/3/2006, p. 447)

Vale destacar, no tema, que a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal e do eg. Superior Tribunal de Justiça admite a arguição de nulidade, em sede de apelação, mesmo diante da ausência de protesto das partes, quando os defeitos dos quesitos formulados causem perplexidade aos jurados, o que não ocorreu, no caso, do que se pode depreender da ata do julgamento e da própria redação dos quesitos impugnados pelo apelante, acima transcritos. A propósito da jurisprudência, confira-se:

“Habeas Corpus” – Júri – Alegada nulidade por suposta inversão na ordem dos quesitos – Ausência de protesto das partes – Inocorrência de prejuízo para a defesa – “Pas de nullité sans grief” – Pedido Indeferido.

Para efeito de invalidação do processo penal perante o Júri, não basta à parte meramente alegar inversão da ordem de formulação dos quesitos (CPP, art. 484), eis que se impõe, a quem suscita a ocorrência de tal vício formal, o ônus de comprovar a efetiva verificação de prejuízo (CPP, art. 563), pois nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (“pas de nullité sans grief”). Precedentes.

A ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte arguir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte – que se mostra pleno de expressão semiológica – tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os

jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes.

Os protestos das partes – Ministério Público e acusado – não se presumem. Hão de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento. Precedentes. (STF: HC 83107, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJU de 11/3/2005, p. 43).

“Habeas Corpus”. Júri. Quesitos. Redação deficiente e inversão: inoportunidade. Ausência de protesto em ata. Negativa de prestação jurisdicional: improcedência.

I. Apesar de impertinente a indagação, do primeiro quesito, de que o paciente promoveu asfixia por estrangulamento de sua esposa, fazendo uso de objeto semelhante a uma corda, não é correta a afirmação de que os quesitos das circunstâncias agravantes antecederam aos das circunstâncias atenuantes, até porque, além de a potencialidade lesiva do objeto, nas circunstâncias, ser a de causar asfixia, os jurados responderam negativamente ao quesito genérico das atenuantes.

II. Tendo o juiz explicitado aos jurados o significado da adjetivação penal “motivo torpe” e indagado se necessitavam de mais esclarecimentos, sem que nenhum deles tenha se manifestado, é de concluir-se que o Conselho de Sentença não foi levado a erro ou perplexidade. Matéria, ademais, preclusa por falta de protesto em ata.

III. O acórdão proferido na apelação não foi omissivo quanto às teses deduzidas nas razões recursais, vez que foram efetivamente examinadas tanto nele quanto nos respectivos embargos de declaração. Ordem denegada.” (STF: HC 84560, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJU de 3/2/2006, p. 31).

“Habeas Corpus”. Processo Penal. Júri. Nulidade. Ilegalidade na formulação dos quesitos. Preclusão.

I. O quesito relativo a co-autoria está corretamente elaborado de maneira bifronte. Abrange a forma genérica e a específica.

II. Inexiste qualquer ilegalidade na formulação do quesito da qualificadora da dissimulação. O quesito apresenta a redação correta. Ademais, a matéria já precluiu.

III. O momento oportuno para as partes manifestarem desconformidade com a redação dos

quesitos é logo após os debates, sob pena de preclusão. Passada a oportunidade sem nenhum protesto, as eventuais nulidades ficam sanadas (CPP, art. 572, I e III). O Tribunal admite a arguição de nulidade em apelação, recurso especial e até mesmo em “Habeas Corpus”, quando o defeito na formulação dos quesitos cause tal perplexidade aos jurados, que fique evidenciada pelas circunstâncias da causa e o resultado da votação. O resultado do julgamento não evidenciou qualquer perplexidade dos jurados em relação aos quesitos. “Habeas Corpus” conhecido e indeferido.” (STF: HC 81890, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, DJU de 21/3/2003, p. 72).

Penal. “Habeas Corpus”. Júri. Homicídio qualificado. Quesitação. Alegação de nulidade. Ausência de protesto no momento oportuno. Preclusão.

I. A ausência de protesto, no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados, acarreta preclusão, exceto quando causem perplexidade aos jurados, o que não ocorreu in casu. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II. A submissão ao Conselho de Sentença de quesito que veiculava uma das teses da defesa sustentada em Plenário – ausência de dolo – em moldes diversos dos propostos posteriormente à realização do julgamento, não traduz hipótese de ausência de quesito obrigatório (Súmula 156 do c. STF) e, portanto, não sendo este capaz de causar perplexidade aos jurados, resta acobertado pelos efeitos da preclusão.

Ordem denegada.– (STJ: HC 109015/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJe 10/11/2008),

O fato de o MPF ter protestado veementemente após a votação do 6º quesito – de maneira desfavorável ao recorrente, eis que o *parquet* insistiu na validade do quesito e de seu resultado – não aproveita à defesa, para os efeitos do art. 571, VIII, do CPP, a qual não se manifestou em ocasião própria acerca de eventual nulidade pela confusão dos jurados na resposta aos quesitos ou pela deficiência na compreensão dos questionamentos feitos pelo Juiz Presidente para condenar o réu.

De outro lado, certo é que o procedimento do Tribunal do Júri se reveste de características próprias, em que a vontade dos jurados é soberana (art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal), não podendo o Juiz, após a pronúncia, impedir o julgamento popular. Isso não significa dizer que a decisão do Júri não possa ser revista, principalmente por instância superior, em

apelação, nas restritas hipóteses do art. 593 do Código de Processo Penal. Neste ponto, bem esclarece Adriano Marrey sobre a extensão do conceito de soberania do júri, *in verbis*:

(...) Atém-se, em regra, as decisões do Tribunal de Justiça, no julgamento das decisões do Júri, à verificação “do error in iudicando”; e quando ela ocorre, mediante decisão que não encontra apoio algum na prova dos autos, reforma tal decisão, que não pode subsistir por ser contrária à verdade provada (cf. a propósito a lição de Bento de Faria, Código de Processo Penal, vol. II/194).

Em suma, o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, apenas verifica se o veredicto se coaduna com a prova.

E, quando apura a inversão desta, pelo Conselho de Jurados, observando ser a decisão aberrante, insustentável, evidentemente divorciada dos elementos de convicção e manifestamente contrária à prova dos autos, certamente que lhe cabe, à instância superior de justiça, corrigir a anomalia, reformando o julgamento, a fim de que o próprio Júri de novo se manifeste, dentro de sua competência, fazendo-o com o devido critério.

O Tribunal “ad quem” não faz a apreciação da causa, como se sujeita ao juízo singular, nem externa julgamento próprio. Não substitui a decisão recorrida, por outra, de seu entendimento, nem manifesta juízo próprio acerca da materialidade do crime, e de sua autoria.

A ‘soberania dos veredictos’ do Júri se exprime na manutenção de seu pronunciamento em matéria de fato, sobre que assenta a condenação ou absolvição do réu – desde que não viole outros princípios cardiais de Direito Constitucional e de Direito Processual (...)¹

Considerando, porém, que os jurados são pessoas leigas – as quais, não raras vezes, desconhecem os termos tecnicamente jurídicos, como motivo fútil ou relevante valor moral –, permite o Código de Processo Penal, em seus arts. 489 e 450, que esse controle das decisões do Júri já seja feita no momento da votação dos quesitos em audiência, evitando-se, assim, as contradições entre as respostas. Anota, neste tema, Ângelo Ansanelli Junior que:

(...) Em suma, pode-se dizer que a soberania dos veredictos reveste-se da característica de que os órgãos da magistratura togada não podem reformar

decisões do Tribunal popular, substituindo a vontade dos juizes leigos.

Mas, para que os julgamentos sejam realizados pelo Tribunal do Júri sejam realmente justos e menos infensos a erros, há necessidade de um controle das decisões do Tribunal Popular. Tais controles vão ser prévios (antes ou durante o julgamento) e posteriores (após o julgamento)².

No caso concreto, mesmo permitindo a votação de todos os quesitos pelos jurados, entendeu o Magistrado, Presidente do Tribunal do Júri, que aqueles relativos ao cometimento do crime por relevante valor moral e à qualificadora de futilidade eram inconciliáveis (fls. 1921 e 1931), considerando, assim, em respeito à soberania do veredicto dos jurados – que não se submetem a parâmetros legais ou jurisprudenciais –, prejudicado o quesito de motivo fútil, o que se mostrou, de fato, mais favorável ao condenado.

Comentando a questão da prejudicialidade dos quesitos submetidos aos jurados, em face do art. 490, do Código de Processo Penal, anota Guilherme de Souza Nucci que:

Prejudicialidade absoluta e prejudicialidade relativa: o artigo em comento menciona apenas a hipótese de prejudicialidade absoluta, ou seja, quando, em face da resposta dada pelos jurados a um quesito ou ao final de uma série deles, fica impossível continuar a votação, dando-a o juiz por encerrada. É o caso de negativa ao primeiro quesito (autoria e materialidade) ou quando o Conselho reconhece todos os quesitos referentes à legítima defesa. Mas, existe, ainda, a prejudicialidade relativa, que permite a continuidade da votação. Assim é o Caso do Conselho de Sentença reconhecer o relevante valor moral, e, em seguida o juiz dar por prejudicado o quesito pertinente à qualificadora da futilidade³.

Apenas a defesa – que, como visto, não impugnou a prejudicialidade do 6º quesito em audiência – apelou da sentença, a qual transitou em julgado para a acusação. Diante de tais circunstâncias, a PRR-1ª Região se manifestou da seguinte maneira, *in verbis*:

(...) O apelante sustenta que há nulidade do processo, porque o Tribunal do Júri reconheceu

²O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos”, Lumen juris, pp. 73/74.

³“Código de Processo Penal Comentado”, RT, 7ª edição, p. 808.

¹“Teoria e Prática do Júri”, RT, 6ª edição, pp. 69/70.

que o homicídio era privilegiado, mas reconheceu, também a incidência da qualificadora de caráter subjetivo motivo fútil. O recorrente alega que isso demonstra que os quesitos não foram devidamente explicados aos jurados. Alega, ainda, que, reconhecido o homicídio privilegiado, o Juiz não poderia tê-los inquirido a respeito da qualificadora do motivo fútil.

Poder-se-ia até cogitar nulidade, se o Juiz tivesse, de fato, aplicado a agravante. Isso, todavia, não ocorreu, como se pode observar pelo seguinte excerto da sentença recorrida (fl. 1921):

.....
.....(..)

De ver-se, portanto, que o apelante não sofreu prejuízo com o defeito que aponta. Assim, ainda que os quesitos não tivessem sido devidamente explicados aos jurados, esse defeito não lhe causou prejuízo, o que impede falar em nulidade. Isso porque no processo penal vige o princípio do “pas de nullité sans grief”, ou seja, se não ficar comprovado o prejuízo ocasionado ao réu não há que se falar em anulação do processo (artigo 563 do Código de Processo Penal)⁴. Sobre o tema, confira-se os ensinamentos de Paulo Rangel⁵:

‘Entendemos que o processo deve ser visto como instrumento utilizado pelas partes para se atingir a satisfação (ou não) de uma pretensão, não sendo, portanto, um fim em si mesmo. Assim, se não obstante a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato. Os princípios da celeridade e da economia processual impedem que o processo seja renovado ou retificado diante de um ato imperfeito que não trouxe prejuízo para as partes.

(..)

⁴Nesse sentido, confira-se os ensinamentos de Fernando Capez: “Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes”. (...) Esse princípio não se aplica à nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido, sendo desnecessária a sua demonstração. Somente quanto à nulidades relativas aplica-se esse princípio, dada a exigência de comprovação do efetivo prejuízo para o vício ser reconhecido. Atualmente, a tendência da jurisprudência é não se apegar a fórmulas sacramentais, deixando, portanto, de decretar a eiva quando o ato acaba atingindo a sua finalidade, sem causar gravame para as partes” (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 6. ed. p. 610).

⁵RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10 ed. p. 727.

As partes não buscam o processo com um fim, mas, sim, como meio para se tutelar o direito material.

Nesse ponto, portanto, o recurso não deve ser provido (fls. 2027/2030).

Resta evidente da votação dos quesitos que o Conselho de Sentença reconheceu a materialidade e autoria do delito, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal (homicídio privilegiado, com diminuição da pena de um sexto a um terço) pela resposta dos 1º, 2º, 4º e 5º quesitos (fls. 1915/1916), anteriores ao de motivo fútil (6º quesito), cuja previsão legal prevê aumento de pena e não diminuição (art. 121, §2º, II, do Código Penal).

Ressalte-se que, se a própria doutrina tece esclarecimentos no tema e jurisprudência dos tribunais é dominante quanto à incompatibilidade das circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado e qualificado⁶, ainda mais os jurados – pessoas leigas, destituídas de amparo técnico-jurídico – podem ser levados a responder o questionamento acerca das circunstâncias do crime – e não do crime propriamente dito – em seu sentido comum, corriqueiro, e não propriamente técnico.

⁶Júlio Fabbrini Mirabete anota que: “Uma possibilidade de contradição pode existir quanto à afirmação pelos jurados sobre a existência de homicídio qualificado e privilegiado. É discutida na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de se aplicarem conjuntamente os §§ 1º e 2º do art. 121 do CP. A opinião predominante na doutrina é a de que existe possibilidade legal de coexistência de circunstâncias qualificadoras objetivas com o homicídio privilegiado, que, sempre, se refere a circunstâncias subjetivas. Outra opinião é a de total impossibilidade de ser considerado privilegiado qualquer crime de homicídio qualificado, diante da disposição técnica do Código e de ser privilégio mera causa de diminuição de pena prevista no art. 121, caput, não se aplicando ao § 2º. Pacífica e indiscutível, porém é a regra de que é inadmissível a coexistência de homicídio privilegiado e qualificado por circunstâncias subjetivas. Na hipótese de os jurados considerarem o homicídio privilegiado também qualificado, por circunstância objetiva, deve prevalecer a redução e pena do primeiro, segundo a jurisprudência dominante. Como se tem afirmado, com base na Súmula 162 do STF, que o quesito pertinente ao homicídio privilegiado é ‘quesito de defesa’ e, portanto, deve preceder no questionário submetido ao júri aos quesitos referentes à qualificadora, sob pena de nulidade, por coerência deveria se entender que afirmada a minorante, os quesitos sobre as qualificadoras estariam prejudicados. Entretanto, após oscilação na jurisprudência dos tribunais, a corrente predominante é a de que, havendo compatibilidade entre a causa de diminuição de pena (subjetiva) com a qualificadora (objetiva), devem ser propostos os quesitos referente a ambas, sendo indiferente a ordem de quesitação por incabível a aplicação da Súmula 162 do STF à espécie. Essa é a posição do STJ” (in Código de Processo Penal Interpretado, 11ª edição, p. 1262).

De qualquer modo, no caso concreto, o Juiz Presidente declarou a prejudicialidade do 6º quesito, o que foi, diante das circunstâncias delineadas no Tribunal do Júri, amplamente *favorável* ao réu, não havendo que se acolher a preliminar de nulidade por ausência de prejuízo para a defesa.

Com efeito, sendo relativa a prejudicialidade em análise e não tendo sido arguida a invocada nulidade pela defesa no momento oportuno, seria necessária a demonstração do prejuízo pelo recorrente, no âmbito do processo penal, para que fosse declarada a nulidade do ato. Registre-se, mais uma vez, que prejuízo não houve, porque o próprio juiz presidente, ao fixar a pena, excluiu a qualificadora do motivo fútil. Prejuízo não houve. Ora, “em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (RSTJ, 140/576).

Júlio Fabbrini Mirabete, no tema, aponta decisão na qual restou consagrado que “só se anula decisão do Júri por defeito de quesitação quando, do erro ou contradição, resultar prejuízo para a defesa ou acusação” (RT 774/625)⁷. Confira-se, ainda, a jurisprudência a respeito:

“Habeas Corpus” – Ausência de interesse de agir. Não há interesse de agir na via do “Habeas Corpus” quando, impetrado para discutir-se a dosimetria de pena imposta, vem à balha decisão declarando insubsistente O julgamento verificado e determinando a realização de novo júri.

Processo Penal - Nulidade. A nulidade no processo penal pressupõe o prejuízo. Este inexistente se o quadro revela, no tocante ao ato que se aponta nulo, benefício ao acusado.– (STF: RHC 87735, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe de 20/11/2008)

Agravo Regimental em Recurso Especial. Júri - Alegada nulidade por suposta inversão na ordem dos quesitos - Ausência de protesto das partes - Inocorrência de prejuízo para a defesa – “Pas de nullité sans grief” - Pedido indeferido. Nulidade. Testemunha ouvida como informante Do juízo após conclusão dos debates. Pedido de um dos jurados. Possibilidade. Prejuízo não configurado. Agravo a que se nega provimento.

I. Quanto à inversão da ordem dos quesitos, não houve protesto no momento adequado, nem há evidência de prejuízo para o réu. O Ministro Celso de Mello, nos autos do HC 83107, ensina que “para efeito de invalidação do processo penal perante o Júri, não basta à parte meramente alegar inversão da ordem de formulação dos quesitos (CPP, art. 484), eis que se impõe, a quem suscita a ocorrência de tal vício formal, o ônus de comprovar a efetiva verificação de prejuízo (CPP, art. 563), pois nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (“pas de nullité sans grief”). Assim, continua o decano o Supremo, “a ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte arguir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte – que se mostra pleno de expressão semiológica – tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória.

II. Quanto à oitava de informante após os debates, o acórdão “a quo” informa que um jurado pediu esclarecimentos e estes foram prestados pela testemunha ouvida e inquirida somente pelos jurados. A impossibilidade de ocorrer oitava de testemunha, ouvida como informante, ocorreria na hipótese em que esta não houvesse sido arrolada nos autos, o que, de fato, não ocorreu. Conforme o próprio acórdão ora impugnado, o informante Alcides apenas repetiu o que já havia dito anteriormente às fl. 110. Precedentes.

III. *Agravo a que se nega provimento.* (STJ: AgRg no REsp 921.199/RJ, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 6ª Turma, unânime, DJe de 8/9/2008).

Processual Penal. Recurso Especial. Art. 121, § 2º, IV, do CP. Júri. Ausência de defesa. Deficiência. Não configuração. Quesitos. Dispensa de apuração dos dois últimos votos. Irrelevância para o resultado final. Ausência de prejuízo. Protesto no momento oportuno. Decisão manifestamente contrária. Inocorrência. Teses divergentes.

I. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. (Enunciado 523 do Pretório Excelso).

II. Não há que se aquilatar a defesa técnica como deficiente, tão somente em razão de não ter sido utilizado, pela defensora dos recorrentes, todo o tempo previsto para a realização dos debates orais em plenário do Tribunal do Júri. Isso porque não há uma presunção que indique que quanto maior for

⁷ Ob. cit. p. 1256.

o tempo utilizado para a sustentação oral, melhor, obrigatoriamente, terá sido o exercício da ampla defesa e vice-versa (Precedentes).

III. Ademais, no presente caso, a defesa utilizou mais de uma hora do tempo previsto, além de ter se valido da tréplica, ocasiões em que sustentou a ausência de provas acerca da participação dos recorrentes no crime.

IV. Restou caracterizada hipótese em que o magistrado, após contabilizar os cinco primeiros votos referentes aos dois quesitos que tratavam da materialidade do delito, verificando que todos eram afirmativos, dispensou a apuração dos dois faltantes, a fim de preservar o sigilo das votações. Muito embora esta prática não seja recomendada, tal procedimento, por não acarretar nenhum prejuízo aos acusados, não pode ser inquinada de nulidade.

V. A ausência de protesto, no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados, acarreta preclusão, exceto quando causem perplexidade aos jurados, o que não ocorreu “in casu”. (Precedentes).

VI. *O acolhimento pelo Conselho de Sentença de uma das teses expostas em plenário, desde que amparada em elementos probantes idôneos, não autoriza que se repete esta decisão manifestamente contrária à prova dos autos (Precedentes). Recurso especial desprovido.*” (STJ: REsp 869.582/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 3/9/2007, p. 214)

Criminal. HC. Homicídio triplamente qualificado. Nulidades. Julgamento perante o Tribunal popular. Quesito relativo à legítima defesa. Termo de votação e ata de julgamento. Contradição. Não ocorrência. Erro material. Prejuízo à defesa não demonstrado. Réu que permaneceu algemado durante a sessão de julgamento. Ausência de constrangimento ilegal. Progressão de regime. Inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º da Lei 8.072/1990 declarada incidenter tantum pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida em parte.

I. Descabido o argumento de nulidade no julgamento do Tribunal do Júri, se pelo exame do termo de votação, da ata de julgamento e da sentença constata-se que a tese de legítima defesa não foi reconhecida pelos jurados, tendo ocorrido apenas uma falha material na digitação do resultado da votação do quesito que afastou a tese de legítima defesa, por maioria.

II. Considerando que a sentença e a ata do julgamento consignaram a condenação do paciente, bem como o fato de os outros quesitos relativos à tese de legítima defesa terem sido afastados pelo Magistrado por estarem prejudicados, afasta-se o argumento de contradição no julgamento.

III. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

IV. (...)

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do Voto do Relator.(STJ: HC 63.779/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 29/6/2007, p. 672).

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do julgamento, para manter a condenação do réu, eis que em consonância com o deliberado pelo Conselho de Sentença.

No que se refere à dosimetria da pena, a PRR-1ª Região, por sua vez, assim deduziu:

(...) V.1 – Aplicação da Pena:

O apelante aduz que a pena deveria ter sido aplicada no mínimo legal, porque é primário e de bons antecedentes. O Juiz aplicou a pena acima do mínimo legal, ao argumento de que a culpabilidade é elevada e as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao apelante.

Na fixação da pena-base o juiz deve levar em consideração as circunstâncias judiciais enumeradas no artigo 59 do Código Penal, que são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

No caso dos autos, foi constatada mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, em desfavor do apelante – expressiva culpabilidade e circunstâncias desfavoráveis – o que determinou a fixação da pena acima do mínimo legal (...).

Sobre o tema, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Penal. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Alegação de Inépcia da denúncia. Preclusão. Exame de dependência de tóxicos. Fixação da pena. Bons antecedentes e primariedade. Prova: exame.

I. A inépcia da denúncia há que ser alegada antes da sentença condenatória, sob pena de preclusão.

II. Inocorrência de circunstância que evidenciasse a necessidade de ser o paciente submetido a exame de dependência de uso de tóxico, mesmo porque a defesa não requereu o exame no momento processual adequado.

III. Pena-base e pena concreta fixadas com observância das disposições legais pertinentes.

IV. O fato de ser o réu primário e de bons antecedentes não impede que o juiz, em decisão fundamentada, com base n. art. 59 do Cod. Penal, fixe a pena-base acima do mínimo legal.

V. O exame de provas não é possível no âmbito estreito do “habeas corpus”.

VI. H.C. indeferido. (*grifou-se*) (HC 72685, DJ 2.2.1996).

A sentença, portanto, não merece reforma (fls. 2030/2032).

Como se vê, o magistrado analisou as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo, na sentença, destacado a existência de pelo menos três circunstâncias desfavoráveis ao réu: 1) elevada culpabilidade, “pois, na condição de agente da polícia federal deveria conduzir-se com maior cautela, haja vista que recebeu treinamento para tanto e, a despeito disso, demonstrou grave instabilidade emocional no exercício das funções” (fl. 1922); 2) circunstâncias do crime, eis que “se encontrava em um bar, ingerindo bebida alcoólica, quando deveria zelar pela comunidade a que estava servindo” (fl. 1922); e 3) consequências do crime, na medida em que “causou o descrédito da respeitável instituição da Polícia Federal perante a Comunidade de Cruzeiro do Sul/AC” (fl. 1922).

A pena para o crime de homicídio, prevista no art. 121 do Código Penal, é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão. O Juízo “a quo” fixou a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão, ou seja, quatro anos acima no mínimo legal e dez anos abaixo do máximo previsto.

Com efeito, embora o réu-apelante seja primário e de bons antecedentes, sua conduta não pode ser tida como dentro da normalidade, nem tampouco satisfaz a expectativa da sociedade em relação a um policial federal, pelo que não há vedação a que o Juiz, com base em suficiente fundamentação, e com fulcro no art. 59 do Código Penal, fixe a pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF, do STJ e do TRF-1ª Região:

Individualização da pena: motivação idônea para a fixação de pena-base acima do mínimo. 1. A pluralidade de motivos alinhados na sentença, para fixar a pena-base acima do mínimo da cominação legal, subtrai a relevância, pelo menos

para o julgamento deste habeas corpus, da posterior absolvição do paciente no processo a que então respondia por fato similar. 2. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do C.Pen., não é uma operação aritmética: por isso, seria temerário asseverar que da subtração de um dentre os diversos dados negativos, aos quais aludiu a sentença, resultasse necessariamente a fixação de pena menor” (HC 84.120/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, maioria, DJU de 20/8/2004, p. 50)

[...] Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias que levaram à exasperação da reprimenda-básica, especialmente no tocante à reprovabilidade da conduta, não há o que se falar em ilegalidade na sentença no ponto em que fixou a sanção acima do mínimo, ou do acórdão que, justificadamente, a manteve. [...] (HC 84.180/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma do STJ), unânime, DJe de 20/10/2008)

[...] A ré, ainda que primária e de bons antecedentes, não tem direito subjetivo à fixação da pena-base em seu mínimo legal, se o juiz, em sentença adequadamente motivada e com apoio em elementos concretos existentes no processo, atendendo às circunstâncias judiciais definidas no art. 59 do Código Penal, fixa acima do mínimo a pena aplicada. Precedentes desta Corte e do STF. 4. Demonstrado nos autos que a acusada promoveu e organizou a cooperação no crime, dirigindo a atividade dos demais agentes, incide a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal. [...] (ACR 2004.01.00.004193-3/PI, Rel. Juiz Federal Convocado Saulo Casali Bahia, 3ª Turma do TRF-1ª Região, unânime, DJU de 19/10/2007, p. 26)

[...] A primariedade e os bons antecedentes não conferem ao réu, por si sós, direito público subjetivo à fixação da pena em seu grau mínimo, podendo o magistrado, desde que o faça em ato decisório plenamente motivado e, atendendo ao conjunto das circunstâncias do art. 59, do Código Penal fixar a pena-base em limite superior ao mínimo legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. [...] (ACR –2006.38.00.002134-8/MG, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma do TRF-1ª Região, unânime, e-DJFI de 17/2/2009, p. 616).

Não obstante o Magistrado tenha se reportado à morte da vítima, na fundamentação das circunstâncias judiciais relativas às consequências do crime – aspecto que, de fato, se insere no próprio tipo penal do art. 121 do Código Penal –, esta menção não teve o condão de agravar a pena-base imposta, eis que, na verdade, as consequências mais perniciosas e que eram alvo da ênfase na sentença se limitaram ao *desprestígio* da

Polícia Federal, com a atitude do réu, na localidade de Cruzeiro do Sul/AC.

De outro lado, a injusta provocação da vítima e o motivo de relevante valor moral, ao contrário do defendido na apelação, deixaram de ser sopesados na fase do art. 59 do Código Penal, na medida em que foram levados em consideração na segunda fase da fixação da pena do condenado, como atenuante do art. 65, III, “a”, do Código Penal – para reduzir a pena em 6 (seis) meses de reclusão – e, na terceira fase, quando da incidência do privilégio previsto no §1º do art. 121 do Código Penal (causa de diminuição da pena) – para diminuir a pena em *1(um) ano e 6(seis) meses de reclusão* (fl. 1922) –.

Contudo, observa-se que a causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal varia de *1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)*. Se aplicado o critério legal no patamar *mínimo* de 1/6 (um sexto), a pena na terceira fase deveria ter sido reduzida em 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias, ou seja, em valor *maior* do que aquele computado na sentença recorrida (cf. fl. 1922).

Além disso, cabe ressaltar que, não obstante a vontade do Júri, no que toca à condenação do réu por homicídio privilegiado, o montante a ser reduzido como causa de diminuição de pena deve ser valorado pelo Magistrado de acordo com as circunstâncias da causa. No caso, a natureza da injusta provocação – reconhecida pelos jurados (fl. 1916) –, que fez o condenado a reagir, matando a vítima, deve ser levada em consideração para fixação da fração correspondente de diminuição da pena. Ora, apesar de extremamente reprovável a conduta do policial, ora apelante, vê-se da denúncia que a vítima o acusou de, “em data anterior, ter adquirido substância entorpecente naquela cidade para uso próprio, tendo em vista sua condição de Agente da Polícia Federal” (fl. 02), aspecto que restou corroborado por testemunhas. Atacada a reputação do réu, em sua condição de policial, em região sensível ao tráfico de drogas (Cruzeiro do Sul, no Acre), reagiu a esta provocação. Sendo assim, deve ser reformada a sentença recorrida para fixar a causa de diminuição de pena em 1/5 (um quinto), tornando definitiva a pena em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

Por fim, no que diz respeito à perda do cargo público, estabelece o art. 92, I, do Código Penal, na redação vigente à época dos fatos, que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I. a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos;

(...) Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”

Posteriormente, a Lei 9.268, de 1º/4/1996, alterou o inciso I do art. 92, do Código Penal – mantendo a redação do parágrafo único –, passando a dispor:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I. a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”

Tendo o crime sido praticado em 1993, a legislação posterior somente deve ser aplicada se beneficiar o réu. Na hipótese, não deixou o Código Penal de estabelecer, como efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, apenas reduziu o valor da pena para no mínimo um ano, se constatado o cometimento do crime com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, bem como não impôs qualquer condição quando a penalidade privativa de liberdade superar quatro anos. Na verdade, imposta pena superior a quatro anos, a redação da Lei 9.268/1996 agravou a situação dos condenados, como o ora apelante, cuja pena é de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão. Insuscetível, portanto, qualquer aplicação retroativa dessa alteração legislativa.

Por outro lado, a perda do cargo público não se constitui, nos termos do parágrafo único do art. 92 do Código Penal, efeito automático da condenação, devendo ser motivadamente declarada na sentença condenatória. Neste tópico, a sentença recorrida assim se pronunciou, *in verbis*:

(...) O crime foi cometido antes da Lei 9.268/1996, que modificou a redação do art. 92, I, do Código Penal, que versa sobre a perda do cargo em razão de sentença penal condenatória na hipótese de crime praticado com abuso de poder ou dever para com a Administração Pública, quando a pena for superior a 4 (quatro) anos.

Nesse contexto, o Conselho de Sentença reconheceu que o crime foi praticado com abuso de poder e a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos, motivo pelo qual, dada a soberania do Júri, decreto a perda do cargo público ocupado pelo acusado Garibaldi Pessoa da Costa Júnior, como efeito da sentença penal condenatória, previsto no artigo 92, inciso I, do Código Penal, com redação anterior à Lei. 9.268/1996, a qual se dará após o trânsito em julgado desta sentença (...) (fl. 1925).

De fato, fundado no reconhecimento do abuso de poder ou dever para com a Administração Pública pelos próprios jurados, decretou o Juiz Presidente a perda do cargo em face do disposto no Código Penal e, embora tenha destacado a instabilidade emocional do policial federal para o exercício de suas funções, em outros trechos da sentença (cf. fls. 1922 e 1924), não utilizou deste fundamento ou de qualquer outro motivo, que não os requisitos legais, para justificar a perda do cargo pelo condenado.

Comentando o referido art. 92, parágrafo único, do Código Penal, Celso Delmanto esclarece que “os efeitos extrapenais específicos previstos neste art. 92 não são consequência automática da condenação, mesmo quando preenchem seus pressupostos. Eles dependem de ser motivadamente declarados na sentença. Ou seja, para terem, realmente, os efeitos assinalados, é imprescindível que a sentença os declare expressamente, dando os motivos pelos quais a condenação terá as consequências específicas do art. 92, I, a III”⁸.

Neste ponto, o eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 50525/MS, assim deduziu, *in verbis*:

(...) Lado outro, melhor sorte assiste ao paciente no que se refere à perda do cargo público, de soldado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por oportuno, transcrevo, a seguir, o trecho da sentença que contempla esse efeito da condenação (fl. 59):

Nos termos do art. 92, inc I, alínea “b”, do CP, considerando a pena do crime de homicídio (6 anos) decreto a perda do cargo público de Vilmar Amantino Chaves, oficiando-se, após o trânsito em julgado, ao Comando da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul.

Pelos termos em que foi determinada, entendo que essa penalidade não merece subsistir, quer por vício de fundamentação, quer por ausência de suporte legal.

Depreende-se do parágrafo único do art. 92 do Código Penal que a perda do cargo em face de condenação criminal não é automática, haja vista que depende de fundamentação específica. Confira-se:

Art. 92.

.....
.....(...)

Parágrafo único: Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Na mesma linha orienta a jurisprudência desta Corte:

(...)Perda da função pública. Ausência de fundamentação (...)

.....

IV. Os efeitos da condenação, dispostos no art. 92 do Código Penal, não possuem incidência automática, razão pela qual, caso o d. Magistrado entenda pela aplicação do mencionado artigo, deve fundamentar devidamente a decisão.

V. Deve ser afastada a pena de perda do cargo público quando se verifica ausência de fundamentação idônea na decisão que a determinou. (REsp 810.931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 68/2007)

Penal e Processo Penal. Habeas Corpus... Tortura. Perda da função pública. Fundamentação insuficiente. Constrangimento ilegal caracterizado.

.....(...)

A perda do cargo, função ou emprego público, nos termos do § 5º do art. 1º da Lei 9.455/1997, não é automática, dependendo de motivação específica.

Ordem concedida para anular o acórdão guerreado, no que concerne à perda do cargo público, em face da

⁸“Código Penal Comentado”, Renovar, 7ª edição, p. 267.

ausência de fundamentação, mantendo-se, nesse particular, a sentença primeva. (HC 41.248/DF, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 18/12/2006).

No caso concreto, observa-se que a sentença aplicou automaticamente a perda do cargo, uma vez que se limitou a considerar tão-somente a quantidade da pena privativa de liberdade cominada (elemento objetivo), sem explicitar, ainda que de forma singela, as razões de cunho subjetivo pelas quais o paciente não poderia permanecer no serviço público.(...).

A ementa desse julgado restou assim concebida:

“Habeas Corpus”. Homicídio. Anulação do julgamento. Insuficiência da prova quanto à autoria e à materialidade. Valoração. Inadequação da via eleita. Perda do cargo. Falta de fundamentação e irretroatividade da lei mais gravosa. Ordem parcialmente concedida.

I. O “habeas corpus” não é meio hábil para a reapreciação de matéria de mérito discutida em processo regular ou de valoração das provas ali colhidas. Assim, vislumbrar a ocorrência de condenação contrária às provas dos autos, que inclusive restou confirmada em sede de apelação, requer um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na presente via” (HC 60.097/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 5/2/2007).

II. A perda do cargo, como efeito da condenação, exige fundamentação específica (art. 92, parágrafo único, do Código Penal).

III. O princípio da irretroatividade da lei mais gravosa também se aplica às condições para a perda de cargo público. Precedentes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

IV. *Ordem parcialmente concedida para anular o decreto condenatório apenas no pertinente à perda do cargo público.*” (STJ: HC 50525/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 22/10/2007, p. 319).

Na mesma linha deste entendimento, outros julgados ainda podem ser colacionados no âmbito do STJ:

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Nulidades. Inexistentes. Dosimetria da pena. Súmula 7 do STJ. Perda do cargo público. Fundamentação. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

I. Não é obrigatória a quesitação acerca de atenuantes específicas, após reconhecido pelo

Conselho de Sentença a ocorrência de atenuante na forma genérica, quando a própria defesa não declina quais seriam estas e o magistrado, de outro lado, não vislumbra, analisando o art. 65 do CP, a existência de qualquer delas. Ademais, a falta de indagação acerca da atenuante específica, afirmado o quesito genérico, não acarreta nulidade se a vontade dos Srs. Jurados foi atendida na graduação da resposta penal. (Precedentes) (REsp 835.195/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 11/12/06).

II. A análise das circunstâncias judiciais se mostra descabida, pois não há como desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal a quo, sem que haja uma incursão acurada da matéria fático-probatória contida nos autos, o que é sabidamente inviável em sede especial, consoante determina a Súmula 7 deste Tribunal Superior.

III. A perda do cargo, como efeito da condenação, exige fundamentação específica (art. 92, parágrafo único, do Código Penal). Precedentes do STJ.

IV. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para anular o decreto condenatório apenas no pertinente à perda do cargo público, ante a falta de fundamentação.*” (STJ: REsp 676806/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJe 6/4/2009)

Penal. Recurso ordinário constitucional. Homicídio. Condenação. Efeitos. Perda do cargo público. Fundamentação. Ausência.

Os efeitos específicos da condenação não são automáticos, de sorte que, ainda que presentes, em princípio, os requisitos do art. 92, inciso I, do Código Penal, deve a sentença declarar, motivadamente, os fundamentos da perda do cargo público.

Ausente a fundamentação requerida (art. 93, IX, da CRFB), é nula, neste ponto, o dispositivo da sentença condenatória.

Recurso provido tão-somente para cassar o acórdão e anular o dispositivo da sentença condenatória que determinou a perda do cargo de Alvacir Scardiglia Machado, a fim de que outra seja proferida, neste ponto, com motivada fundamentação.” (STJ: RHC 15997/RS, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª Turma, unânime, DJU de 7/3/2005, p. 347).

Habeas Corpus. Crime de homicídio simples. Consideração de circunstâncias judiciais como desfavoráveis. Fundamentação sucinta. Admissibilidade. Perda do cargo público. Efeito específico da condenação. Necessidade de fundamentação.”

I. Uma vez que as circunstâncias do crime notoriamente extrapolam aquelas normais à

Voto revisor

espécie, já que a conduta do réu na prática do delito denotou especial reprovabilidade, pelas razões declinadas pelo Magistrado, embora de maneira sucinta, não se verifica a arguida falta de fundamentação na exasperação da pena-base pouco acima do mínimo legal.

II. Por outro lado, vislumbra-se constrangimento ilegal, na medida em que não se trata a perda do cargo público de efeito automático da condenação, razão pela qual, para a sua imposição, é necessária a devida motivação, a teor do disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo, bem como no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Precedentes.

III. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação imposta, anular a sentença de primeiro grau e o acórdão do Tribunal tão-somente na parte relativa à imposição da perda do cargo público, a fim de que outra decisão seja proferida, nesse particular, com a devida fundamentação.”

IV. *Ordem parcialmente concedida.* (ST): HC 47.707/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJU de 24/9/2007, p. 328).

Na verdade, restringiu-se o Magistrado à verificação dos pressupostos legais ou as circunstâncias objetivas para decretação da perda do cargo – crime praticado com abuso de poder ou dever para com a Administração Pública e pena privativa de liberdade superior a quatro anos –, *sem* fazer qualquer alusão à inconveniência da permanência do condenado na Polícia Federal ou se esta permanência se constitui risco para a sociedade – tal como aponta o *parquet* em sua manifestação de fl. 2033 –. A exigência de fundamentação *específica* para perda do cargo público, consoante se vê da jurisprudência do STJ, decorre da determinação contida no parágrafo único do art. 92 do Código Penal. Sem a devida motivação na sentença condenatória, é de ser anulada a parte do dispositivo que decretou a perda do cargo público do réu.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade e *dou parcial* provimento à apelação para fixar a causa de diminuição, prevista no § 1º, do art. 121 do Código Penal, em 1/5 (um quinto), bem como para anular o dispositivo da sentença pertinente à perda de cargo público, à míngua da necessária e suficiente fundamentação.

É como voto.

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Jatahy Fonseca:
– Como se depreende do relatório e voto proferidos pelo eminente Relator Jamil Rosa de Jesus Oliveira, trata-se de apelação interposta por Garibaldi Pessoa da Costa Junior (fls. 1932 e 1976/1987) contra a sentença proferida pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Seção Judiciária do Acre, que, em decorrência da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, julgou procedente a pretensão punitiva do Estado para condenar o apelante à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática da conduta descrita no art. 121, § 1º (homicídio privilegiado), com a agravante do art. 61, II, “g”, e as atenuantes do art. 65, III, “a” e “d”, todas do CP, porque, em 29/5/1993, ao fazer uso de sua arma com o intuito de obrigar alguém que o acusara de adquirir substância entorpecente a comparecer à Delegacia, ela disparou atingindo a vítima, que, posteriormente, faleceu em consequência do disparo (fls. 1.920/1.926).

No primeiro julgamento do réu, o Tribunal do Júri entendeu que o acusado praticou o crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP), reconhecidas a agravante prevista pelo art. 61, II, “g”, bem como, as atenuantes do art. 65, III, “a” e “d”, todos do CP. O acusado foi, então, condenado a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção (fls. 1.016/1.018).

Esta Turma, no primeiro julgamento, em 15/5/2003, (fls. 1.086/1.101) deu provimento à apelação do MPF (fls. 1.032 e 1.034/1.059), para anular o julgamento do Tribunal do Júri. Todavia, o acórdão foi anulado pelo STJ, em 23/3/2004, no julgamento do HC 29169/AC.

Em outro julgamento, novamente esta Turma, em 5/12/2006, deu provimento à apelação do MPF, para anular a sentença, sob o fundamento de que era contrária às provas produzidas nos autos, e determinar que o réu fosse novamente julgado (fls. 1.452/1.467v); e é contra o segundo julgamento do Tribunal do Júri, em 18/6/2007, que o réu interpõe a presente apelação.

O apelante alega, em preliminar, nulidade absoluta do julgamento, nos termos do art. 564, parágrafo único, do CPP (deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas), com o argumento de que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri conduziu de forma deficiente a votação dos jurados,

confundindo-os e levando-os a cometer contradições, causando insegurança quanto ao resultado final. Pleiteia, por conseguinte, novo julgamento, nos termos do art. 593, III, “a”, do CPP (nulidade posterior à pronúncia). Além disso, sustenta que a pena-base foi indevidamente fixada muito acima do mínimo legal, tendo em vista que, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do CP, o Juiz se reportou a apenas 3 (três) delas como exasperadoras. Defende, ainda, que a culpabilidade do apelante não foi elevada, já que houve provocação injusta da vítima, e as duas situações de privilégio previstas pelo § 1º do art. 121 do CP são inversamente proporcionais a um juízo de culpabilidade exacerbado. Além disso, o réu é agente da polícia federal há mais de 25 (vinte e cinco) anos, tendo recebido inúmeros elogios funcionais, é primário, tem bons antecedentes e, desse modo, conforme a jurisprudência dos tribunais, merece ter a pena-base fixada no mínimo legal. Ademais, a afronta à ordem pública, o terror à sociedade ou as consequências do crime não são inerentes ao tipo penal do art. 121 do CP e, assim, não poderiam ser utilizados para aumentar a reprimenda. Pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal (6 anos). Além disso, as contradições presentes no julgamento tornaram inviável o reconhecimento pelos jurados do abuso de poder e, por isso, o julgador não poderia ter fixado como efeito da sentença, a pena do cargo público (art. 92, I, do CP). Também nesse ponto, a sentença merece ser reformada.

Da prescrição

Conforme concluiu o Relator, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nos termos do art. 110 do Código Penal, havendo trânsito em julgado da sentença para a acusação, a prescrição será regulada pela pena aplicada, nos prazos previstos no art. 109 do CP.

Considerando que a reprimenda imposta ao acusado pela sentença recorrida é de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tem-se que tal pena é regulada pelo prazo prescricional de 16 (dezesseis) anos (art. 109, II, do CP).

O fato criminoso ocorreu em 29/5/1993 (fl. 2). O prazo prescricional foi interrompido pelo recebimento da denúncia (art. 117, I, do CP), em 2/2/1994 (fl. 125), pela pronúncia (art. 117, II, do CP), em 27/10/1998 (fl. 832) e, finalmente, pela publicação da sentença

condenatória, ora recorrida (art. 117, IV, do CP), em 18/6/2007 (fl. 1.938). Assim, verifica-se que entre os diversos marcos interruptivos não transcorreram 16 (dezesseis) anos; portanto, não houve prescrição.

Da preliminar de nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri

Conforme observou o Relator, após a votação do quesito considerado contraditório, instada a manifestar-se sobre a questão, a defesa permaneceu inerte, o que levou o Juiz Presidente do Tribunal do Júri a decidir pela prejudicialidade do supracitado quesito.

Desse modo, à míngua de impugnação no momento oportuno – no julgamento em Plenário – sendo nulidade relativa e não se tratando de contradição que causasse perplexidade aos jurados, ocorreu a preclusão, nos termos do art. 571, VIII, do CPP.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. “Habeas Corpus”. Homicídio qualificado. Tribunal do júri. Condenação transitada em julgado. Pedido de liberdade prejudicado. Anulação do julgamento. Vício na quesitação. Não-ocorrência. Preclusão. Afastamento de qualificadora. Alegação de que a decisão fora contrária à prova dos autos afastada pelo Tribunal “a quo”. Soberania dos veredictos. Reexame de matéria fático-probatória. Via imprópria. Dosimetria. Pena-base Acima do mínimo legal. Fundamentação em dados concretos. Observância dos critérios legais que regem a matéria. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

(...)

II. Eventual vício na quesitação aos jurados constitui nulidade relativa, motivo por que deve ser arguido na própria sessão de julgamento, sob pena de preclusão (art. 571, VIII, do CPP).

(...)

(HC 108.575/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 13/8/2009, DJe 31/8/2009.)

Penal e Processual Penal. Recurso em “Habeas Corpus”. Tribunal do Júri. Notificação de testemunhas de defesa durante a sessão de julgamento. Possibilidade. Ausência de nulidade. Preclusão. Recurso desprovido.

(...)

2. As eventuais nulidades do julgamento em plenário do Júri deverão ser arguidas logo após a sua ocorrência, sob pena de preclusão.

(...)

(RHC 16.602/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 20/10/2008.)

Não fora isso, conforme concluiu o Relator, o apelante não sofreu prejuízo com a alegada nulidade, uma vez que o quesito foi considerado prejudicado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri.

Portanto, como bem concluiu o Relator, a preliminar de nulidade do julgamento merece ser rejeitada, para manter a condenação do réu, uma vez que está inteiramente de acordo com o deliberado pelo Conselho de Sentença.

Da dosimetria da pena

A pena-base do réu, conforme também entendeu o Relator, não merece ser revista, pois o Magistrado *a quo* muito bem analisou as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do CP.

Além disso, o fato de o réu ser primário e de bons antecedentes não afasta a possibilidade de, ante a existência de circunstâncias desfavoráveis, a pena-base ser fixada em 10 (dez) anos de reclusão, portanto, acima do mínimo legal, que é de 6 (seis) anos.

A injusta provocação da vítima e o motivo de relevante valor moral foram corretamente levados em consideração na segunda fase da fixação da pena, como atenuante (art. 65, III, do CP), para reduzir a reprimenda em 6 (seis) meses de reclusão, bem como a circunstância agravante prevista pelo art. 61, II, “g”, do CP (abuso de poder), para aumentar a pena em 4 (quatro) meses, o que resultou em 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Correta também a consideração, na terceira fase, no exame das causas de diminuição da pena (incidência do privilégio previsto pelo § 1º do art. 121 do CP), para diminuir a pena (fl. 1.922.)

De todo modo, concordo com o Relator, ao reformar a sentença recorrida para fixar a causa de diminuição da pena (§ 1º do art. 121 do CP) em 1/5 (um quinto), o que resulta na pena de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

Também concordo com o Relator quando anula a parte do dispositivo da sentença que decretou a perda do cargo público do réu, sem a devida motivação, conforme exige o art. 92, parágrafo único, do CP.

Ante o exposto, acompanho o Relator, para rejeitar a preliminar de nulidade e *dar parcial* provimento à apelação para fixar a causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do CP em 1/5 (um quinto), bem como para anular o dispositivo da sentença pertinente à perda do cargo público, à míngua da necessária e suficiente fundamentação.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0013368-24.1999.4.01.3500

Apelação Criminal

1999.35.00.013392-0/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
Apelante: Aires Neto Campos Ferreira
Advogado: Dr. Massilon Ferreira Pinto
Apelante: Adão Mota Filho
Advogado: Dr. Marco Aurélio R. Aires Cruvinel e outro
Apelante: Júlio César Capparelli
Advogado: Dr. Marco Aurélio R. Aires Cruvinel
Apelado: Justiça Pública
Procurador: Dr. Daniel de Resende Salgado
Publicação: e-DJF1 de 9/3/2010, p. 233

Ementa

Penal. Apelação Criminal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/1986. Arts. 4º, “caput” e 17. Empréstimos. Concessão a administrador da instituição financeira mediante fraude. “Emendatio libelli”. Aplicabilidade. Condição pessoal do agente. Comunicabilidade aos corrêus. Art. 30 do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Crime meio. Consunção. Pena. Dosimetria.

I. A ausência de provas de enriquecimento ilícito e dano ao erário não impedem a condenação dos acusados, uma vez que a consumação do crime de gestão fraudulenta independe da existência efetivo prejuízo patrimonial, quer à instituição, quer ao erário público.

II. Os corrêus Adão Mota Filho e Júlio Cesar Capparelli afirmaram de forma uníssona que os recursos do empréstimos se destinavam ao apelante Aires Neto Campos Ferreira, não havendo assim qualquer dúvida acerca de quem seria o beneficiário do empréstimo contratado.

III. Mesmo que os valores realmente se destinassem a pagamentos de dívidas da prefeitura de Rio Verde com a empresa da esposa do acusado, ainda assim configurada estaria gestão fraudulenta, uma vez que os subterfúgios utilizados pelo réu para a transferência dos recursos, valendo-se de sua condição de presidente do Banco do Estado de Goiás, contrariaram as normas do sistema financeiro, o ordenamento legal, bem como os princípios e regras que regem a administração pública.

IV. Comprovado nos autos que o apelante Aires Neto, valendo-se de sua condição de presidente do BEG, efetuou empréstimos em nome de terceiros cujos recursos, na verdade, eram para si destinados, sua condenação pelo crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe.

V. Na inicial acusatória já se encontravam expressamente mencionados os fatos e as circunstâncias que levaram o MM. Juiz *a quo* a dar nova definição jurídica à narrativa feita pelo *parquet*, quais sejam, a participação consciente do apelante Adão Mota Filho na manobra arquitetada pelo corrêu Aires Neto para que pusesse, embora proibido por lei, tomar empréstimo do Banco do Estado de Goiás. Não há que se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa pela aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal.

VI. Inexiste a alegada inépcia da denúncia, uma vez que o fato delituoso pelo qual foi condenado o apelante Adão Mota Filho se encontra perfeitamente ali narrado, não havendo qualquer vício a ensejar a nulidade da exordial acusatória.

VII. A simples alegação de que a transferência dos recursos para o réu Aires Neto se deu fora do mundo financeiro oficial não tem o condão de isentar o apelante da responsabilidade pelo delito praticado, corroborando, na verdade, no sentido de sua culpa, uma vez que a norma violada busca justamente garantir que as transações efetuadas pelas instituições financeiras o sejam de maneira oficial e regulamentada, visando coibir irregularidades, como as praticadas pelos acusados, que atentem contra a confiabilidade do sistema financeiro.

VIII. Não aproveita a alegação do acusado Adão Mota Filho de que o empréstimo tomado foi pago, uma vez que tal circunstância em nada altera a lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal do art. 4º da Lei 7.492/1986, que já havia se consumado no momento em que o apelante tomou em seu nome empréstimo que sabia se destinar a pessoa impedida de se beneficiar de tal operação, dada sua condição de presidente daquela instituição financeira.

IX. O fato do apelante Adão Mota Filho não ser administrador da entidade financeira não impede sua condenação pelo delito em comento, uma vez que essa condição pessoal, por ser elementar do tipo, comunica-se aos coautor, por força do disposto no art. 30 do Código Penal.

X. Não havia na conduta do apelante a alegada boa-fé em atender um amigo que se encontrava em dificuldades, mas sim o dolo em pactuar com uma operação que sabidamente irregular, pouco se importando com os resultados advindos de seus atos. Sua condenação como coautor do crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe.

XI. O artigo 383 do CPP e artigos 29 e 30, ambos do Código Penal, possuem, respectivamente, natureza de normas processuais e penais gerais, cuja aplicação se estende inclusive aos crimes praticados contra o sistema financeiro, previstos na Lei 7.492/1986, não havendo qualquer incompatibilidade entre os mesmos e os artigos da referida lei.

XII. A existência, no art. 25 da Lei 7.492/1986, de relação daqueles agentes que poderão ser responsabilizados pelos crimes ali definidos, não exclui a possibilidade da condenação de terceiros pela prática dos mesmos, desde que cometidos na modalidade de coautoria e/ou participação, o que é o caso dos autos.

XIII. Não há que se falar em julgamento *extra petita*, uma vez que a condenação do apelante Júlio César Capparelli pelo delito de gestão fraudulenta decorreu da aplicação da chamada *emendatio libelli*, instituto previsto no Código de Processo Penal, e de aplicação obrigatória nos casos em que os fatos narrados e provados durante a instrução processual não se adequem à capitulação a eles dada pela denúncia, não decorrendo daí qualquer prejuízo para a defesa, que durante toda instrução, contestou os fatos imputados ao acusado.

XIV. As provas coligidas aos autos atestam de forma inequívoca que o acusado Júlio César Capparelli tinha plena ciência de que o empréstimo que avalizou se destinava, na verdade, ao corréu Aires Neto Campos Ferreira, pessoa impedida de receber tal benefício por sua condição de presidente daquela instituição.

XV. Pelas próprias declarações do réu Júlio César Capparelli se percebe que o mesmo tinha conhecimento das operações fraudulentas montadas pelo corréu Aires Neto e delas participava ativamente, quer na condição de tomador dos empréstimos, quer na condição de avalista; mas sempre no intuito de cooperar para que o então presidente do BEG pudesse se valer de sua posição para auferir benefício vedado por lei.

XVI. Ao concordar em pactuar com o esquema montado pelo corréu Aires Neto, figurando, no presente caso, como avalista do empréstimo fraudulento, violou o apelante o art. 4º da Lei 7.492/1986, pelo que sua condenação pelo crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe.

XVII. Inexiste, na espécie, o concurso formal entre o crime do art. 4º com o do art. 17. A reiterada obtenção de empréstimos pelo apelante Aires Neto mediante fraude, foi o meio utilizado pelo mesmo para a prática da gestão fraudulenta, pelo que há de ser reformada parcialmente a r. sentença *a quo* para absolver todos os acusados da prática do crime do art. 17 da Lei 7.492/1986, excluindo, por conseqüência, a figura do concurso formal de crimes e seu reflexo na fixação da pena definitiva.

XVIII. A violação de dever inerente ao cargo de administrador não pode ser tida como agravante (art. 61, III, “g”), na medida em que se trata de circunstância inerente ao tipo de gestão fraudulenta.

XIX. A existência de duas ações penais em curso em desfavor do corréu Júlio César Capparelli, por si só, não é circunstância hábil a configurar maus antecedentes, tendo em vista não constar, nos autos, quaisquer esclarecimentos acerca dos fatos que são ali tratados.

XX. Recursos de apelação parcialmente providos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos dos réus Aires Neto Campos Ferreira, Adão Mota Filho e Júlio César Capparelli, nos termos do voto do Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 9/2/2010

Juiz Federal *Klaus Kuschel*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: – O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra *Aires Neto Campos Ferreira* pela prática dos delitos capitulados nos arts. 4º, 17º e 19º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, *Adão Mota Filho* e *Júlio César Capparelli* pela prática dos delitos capitulados nos arts. 17 e 19, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

Narra a peça acusatória que:

...)

I

1. O inquérito, cujas peças instrui a presente ação penal, foi instaurado com o objetivo de apurar o cometimento de crime contra o Sistema Financeiro Nacional por parte do então Presidente do Banco do Estado de Goiás, *Aires Neto Campos Ferreira*, consistente na gestão fraudulenta do citado banco, por meio da concessão de diversos empréstimos fraudulentos, com o uso de testas-de-ferro, em benefício próprio, de sua mulher *Doralice Salaysim De Campos*, ou da empresa de cujo capital participa e cujo controle exerce em conjunto com sua esposa, o Posto Horizonte Ltda.

2. Doze empréstimos foram tomados ao BGE por *Aires Neto Campos Ferreira*, sua esposa *Doralice Salaysim De Campos* e pela empresa de propriedade de *Aires Neto*, o Posto Horizonte Ltda., no período entre dezembro de 1993 e agosto de 1994, sempre com a participação de interpostas pessoas, que figuravam como emitentes e avalistas dos títulos, sendo as operações de crédito autorizadas pelo Presidente do Banco e beneficiário da fraude *Aires Neto*.

3. Vencidos os doze empréstimos iniciais, os emitentes e avalistas dos títulos pressionaram *Aires Neto* para que as dívidas fossem pagas, o que se concretizou por meio de dois novos empréstimos tomados ao BEG, Agência 100, em 16/09/94, com o uso do nome de outros emitentes e avalistas, operações estas também autorizadas por *Aires Neto*.

4. Vencidos também estes dois empréstimos, para pagá-los, em 7/12/94, foram forjados quatro outros empréstimos ao BEG, com outros emitentes e avalistas, todos com a autorização isolada de *Aires Neto*, desta feita na Agência de Brasília. Descoberta a fraude, durante o processo de compensação, quando o dinheiro seria transferido ao BEMGE, o valor da ‘Operação Brasília’ foi estornado ao BEG, com exceção da importância de R\$215.000,00 sacados diretamente no caixa do próprio BEG em Brasília.

5. Como resultado, restou o prejuízo dos dois empréstimos realizados em 16/9/1994, na Agência 100 do BEG de Rio Verde (contraídos para pagar os empréstimos realizados entre dezembro de 1993 e agosto de 1994) e os já referidos R\$215.000,00, perfazendo um prejuízo no valor bruto de R\$1.752.885,65 (valor histórico).

6. Ao término da apuração policial, foram indiciados trinta e quatro envolvidos, entre os quais o então Presidente do BEG, sua esposa, e os emitentes e avalistas de todos os títulos acima mencionados, além de outros coautores que auxiliaram na execução das fraudes.

II

7. Assim postos os fatos, observa o Ministério Público que cada um dos empréstimos fraudulentos, tomados com expressa violação dos arts. 17 e 19, Parágrafo único, da Lei 7.492/1986, constitui

uma conduta delituosa autônoma, praticada em diferentes datas e com a participação de diferentes coautores (CP, art. 29).

8. Não há coautoria alguma entre os emitentes dos diferentes títulos testas de ferro). A coautoria existe entre cada conjunto de emitente-avalista e o Presidente do Banco, que autorizou e beneficiou-se direta e indiretamente dos empréstimos. Cada empréstimo representa um crime tipificado nos arts. 17 e 19, Parágrafo único, da Lei 7.492/1986, independente dos demais empréstimos.

9. Por outro lado, a prática de autorizar a concessão de numerosos empréstimos fraudulentos pela instituição financeira por ele próprio presidia, em benefício próprio e de sua esposa e empresa, caracteriza a conduta delituosa de gestão fraudulenta de instituição financeira, tipificada no art. 4º, da Lei 7.492/1986, em concurso com empréstimos ilegais.

10. A gestão fraudulenta de instituição financeira configura um único crime, de natureza habitual, embora praticado por intermédio de diversas ações, no caso, os diversos empréstimos, tomados em datas diferentes, com a participação de diferentes coautores.

11. Verifica-se, portanto, que os presentes autos cuidam de persecução de diversos crimes. O nexos entre eles é o reiterado desígnio de um de seus coautores, o então Presidente do BEG, que de todos os delitos participou, engendrando uma trama mais complexa em seu conjunto – e não necessariamente almejada e visualizada pelos diversos emitentes e avalistas – a saber: a gestão fraudulenta da instituição financeira por ele presidida, a obtenção de financiamento mediante fraude e o deferimento de financiamento para administrador do Banco.

12. Conclui-se, por conseguinte, que os emitentes e avalistas dos títulos ilegais devem responder, em razão de cada empréstimo, pelos delitos dos artigos 17 e 19, Parágrafo único, da Lei 7.492/1986, em coautoria com Aires Neto.

13. Por sua vez, o então Presidente do Banco é de ser penalmente responsabilizado, em concurso formal com os diversos crimes tipificados nos artigos 17 e 19, da Lei 7.492/1986, pela prática do delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no art. 4º da mesma lei.

III

14. O empréstimo fraudulento objeto da presente denúncia foi um dos doze iniciais (cf. item 2, supra). Ele ocorreu no dia 26/5/1994, na Agência 100, do Banco do Estado de Goiás, tendo como emitente do título representativo da dívida o denunciado Adão Mota Filho e avalista o Júlio Cesar Capparelli.

15. O valor bruto do empréstimo foi de CR\$156.000.000,00 (cento e cinquenta e seis milhões de cruzeiros reais) e o líquido CR\$100.878.932,00 (cem milhões, oitocentos e setenta e oito mil, novecentos e trinta e dois cruzeiros reais).

16. No mesmo dia da operação foi emitido o cheque administrativo 52849 (conta 0103349-2, agência 100, BEG) nominal ao denunciado Adão Mota Filho, que depositou na conta de Julio Cesar Caparelli (Banco Real de Rio Verde), o qual, por sua vez, repassou no mesmo dia o numerário, via DOC, ao denunciado Aires Neto (conta 2971-8, agência 319.0, Banestado).

17. Em 16/9/1994 houve a liquidação do título, pagando-se o valor de R\$66.543,52, com recursos oriundos dos empréstimos mencionados no item 3, supra, de responsabilidade de outros emitentes e avalistas, que serão objeto de outra denúncia.

18. A operação foi autorizada pelo denunciado Aires Neto, que havia solicitado ao denunciado Adão Mota Filho para tomar o empréstimo cuja real destinação era o próprio Aires Neto. Ao formalizar o empréstimo, Adão Mota Filho recebeu orientação do assessor de Aires Neto, Jeferson Francisco de Queiroz para depositar o produto da operação na conta do então Presidente do BEG no Banestado e, para evitar suspeitas, deveria antes transferir o numerário para outra conta em outro banco. Com o denunciado Adão Mota Filho não tinha conta em outro banco (somente no BEG), transferiu o dinheiro para a conta do denunciado e avalista Julio Cesar Capparelli, donde foi, então, emitido o DOC para o denunciado Aires Neto.

19. *Aires Neto, Adão Mota Filho e Julio Cesar Capparelli agiram com dolo, pois tinham consciência de estarem participando de operação de empréstimo fraudulenta e ilegal, em benefício do Presidente do BEG que não poderia, em nome próprio, no de sua esposa ou de sua empresa, tomar dinheiro emprestado da instituição financeira por ele presidida.*" (cf. fls. 3/7)

Sentenciando o feito (fls. 633/657), o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver os acusados da imputação da denúncia pela prática do delito previsto no art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal e, condenar o acusado *Aires Neto Campos Ferreira* à pena de 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão pela prática do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986, em concurso formal com o crime previsto no art. 17 da mesma lei; 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 4º da

Lei 7.492/1986 e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 17 da mesma lei, todos à razão de 1 (um) salário mínimo o dia-multa; *Júlio César Capparelli* à pena de 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986, em concurso formal com o crime previsto no art. 17 da mesma lei; 70 (setenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 e 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 17 da mesma lei, todos à razão de ½ (meio) salário mínimo o dia-multa e, *Adão Mota Filho* à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986, em concurso formal com o crime previsto no art. 17 da mesma lei; 60 (sessenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 e 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 17 da mesma lei, todos à razão de ½ (meio) salário mínimo o dia-multa.

Inconformados, os acusados *Aires Neto Campos Ferreira* (fls. 664/665 e 673/683), *Adão Mota Filho* (fls. 666/667, 668 e 702/719) e *Júlio César Capparelli* (fls. 671/672 e 742/774) interpuuseram Recursos de Apelação, pugnando pela reforma da r. sentença de 1º grau.

Com contrarrazões (fls. 721/734 e 779/787), subiram os autos a esta Corte, onde receberam parecer ministerial (fls. 792/797) pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

Voto*

Recorrem os acusados *Aires Neto Campos Ferreira*, *Adão Mota Filho* e *Júlio César Capparelli* da sentença que os condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 4º e 17º da Lei 7.492/1986.

Sustentam, em síntese, os recorrentes que:

Aires Neto Campos Ferreira

Durante toda a instrução penal não se provou nada. Não houve enriquecimento por parte do réu,

não houve dano ao Erário, não houve prova de que a União foi atentada, (...).(fl. 676)

(...) os valores encontrados na conta-corrente de sua esposa e sócia do Posto Horizonte LTDA, apenas serviram para suprir dívidas da Prefeitura, que já se encontravam há muito acumuladas, (...).(fl. 677)

A conduta de Aires Neto Campos Ferreira nada mais foi que autorizações de mero expediente, eis que apenas deu prosseguimento a procedimentos já rotineiros pelo BEG (...).(fl. 679)

Os empréstimos não foram entregues a Aires Neto como beneficiário final, descaracterizando a qualificação legal recepcionada pelo Ministério Público, pois, de tudo quanto foi transacionado, apenas se apegam no fato do valor ter sido repassado ao Banco BEG da cidade de Rio Verde, na conta-corrente da acusada como coautora Sra. Doralice Selayzim de Campos, que, justificam a dívida da Prefeitura daquela cidade junto ao Posto Horizonte LTDA, de sua propriedade, tanto que, em todos os empréstimos consta o prefeito Municipal como avalista, (...).(fl. 680)

(...) a Denúncia apresentada não caracterizou delito algum, estando assim, a mesma destituída de fundamentos sequer razoáveis, (...).(fl. 681)

Adão Mota Filho (fls. 666/667, 668 e 702/719)

Preliminarmente

(...) há clara violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da reserva legal, pois o mesmo não havia sido denunciado pela prática do fato típico descrito no art. 4º, "caput", da Lei 7.492/1986." (fl. 704)

A Denúncia, além de não ter classificado corretamente o hipotético crime, não descreveu o fato típico atribuído ao Apelante, limitando-se a fazer indicações vagas das práticas que o que constituiriam, sem mencionar as circunstâncias do fato dito criminoso conforme exige o artigo 41 do Código de Processo Penal." (fl. 707)

Em nenhum momento o Apelante se beneficiou de qualquer quantia. Tampouco teve interesse ou causou prejuízo à instituição financeira referida." (fl. 709)

Mérito

O fato de ter emprestado o valor do empréstimo ao então presidente do BEG S/A, Aires Neto Campos Ferreira, também não se reveste de qualquer das características de gestão ou gerência fraudulenta, inclusive porque realizado fora do mundo financeiro oficial.(fl. 713)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Hilton Queiroz e Ítalo Mendes.

A este Apelante faltou qualquer habitualidade, pois realizou um só negócio. (fl. 714)

Quanto à coautoria, prevista no artigo 29 do CPB, a mesma não foi tratada pela sentença. (fl. 716)

(...) não mantendo o Apelante qualquer vínculo com o Banco do Estado de Goiás S/A, (...), não lhe pode ser aplicada a hipótese da gerência fraudulenta (...). (fl. 716)

...) como afirmado pela Denúncia e reconhecido na sentença, o empréstimo específico tratado nesta Ação foi pago. (...) Assim, incorrente o requisito do dano ou prejuízo que caracterizaria o tipo penal do artigo 4º, caput da Lei 7.842/1996. (fl. 715)

E não se diga que no caso específico o Apelante Adão Mota Filho seria alcançado pelo disposto no artigo 70 do CP, concurso formal, como afirmado pela sentença, pois além de não ter havido dano, não se encontra a ocorrência do dolo fatos que descaracterizam a gerência fraudulenta, gerando total ilegitimidade de parte. (fl. 715)

(...) o concurso formal somente pode ser utilizado em benefício do réu e não para prejudicá-lo, como fez a sentença apelada, (...). (fl. 715)

Júlio César Capparelli

A denúncia capitulou o crime de conformidade com os dispositivos da Lei 7.492/1986. Julgou-a procedente a r. sentença, para condenar, no entanto, os acusados, em dispositivo diverso – qual seja, os do Código de Processo penal.

A responsabilidade penal pessoal e/ou a responsabilidade penal da pessoa jurídica com respeito a Lei 7492/1986, encontram-se configuradas nos arts. 25 usque 33, do referido procedimento legal.” (fl. 749)

(...) a sentença recorrida deixou de aplicar os dispositivos específicos (artigos 25 usque 33) da referida lei para, irregularmente, aplicar os dispositivos no Código Penal e Código de Processo Penal. (fl. 749)

(...) não há como negar a existência de um julgamento “extra petita”, que é causa de nulidade absoluta. (fl. 749)

(...) não há prova alguma de que o apelante tenha praticado algum ato ilícito no art. 17 da Lei nº 7.492/1986. (fl. 750)

A denúncia não comprova (...) qualquer ato ilícito praticado pelo apelante nas operações argüidas de irregularidades, não tendo demonstrado, da mesma forma, qualquer ilicitude que pudesse ser imputada ao mesmo. (fl. 750)

A denúncia, no caso dos autos, não se ampara em fatos que a autorizem, pois, o fato ali descrito, com respeito ao ora apelante, não é criminoso. (fl. 754)

(...) não há, no Inquérito Policial, qualquer elemento probatório ou indiciário que pudesse comprovar que o Apelante era gerente, diretor, administrador ou controlador do Banco do Estado de Goiás S.A., durante o período em que foram autorizados os empréstimos acoimados de irregulares, enquadrando-se, assim, no referido dispositivo legal.” (fl. 755)

Nos autos não existe nenhuma prova de que apelante tenha agido com dolo ao avalizar os títulos descritos na denúncia. Não tinha conhecimento da existência de alguma irregularidade nos empréstimos, (...). (fl. 755)

(...) A prova documental e testemunhal apresentada são insuficientes e incompletas para a configuração típica do ilícito pretendido na peça vestibular. (fl. 756)

(...) inexistente a possibilidade jurídica de configurar-se a coautoria ou a simples participação do apelante, apenas pelo fato de ser avalista do empréstimo na época em que o senhor Aires Neto era Presidente do BEG. (fl. 759)

(...) o apelante ao firmar o título de favor, assim como ao avalizar os demais, agiu com indiscutível boa-fé, convicto que estava prestando um favor a um amigo de anos e anos, sem duvidar, em momento algum, que poderia haver irregularidade nos empréstimos concedidos, pois todas as operações encontravam-se autorizadas pelo dirigente máximo da instituição financeira, (...). (fl. 773)

Vejamos.

Inicialmente, é de se ressaltar que o presente feito se originou do desmembramento do Inquérito Policial 1997.01.00.024203-1/GO, instaurado para apurar o cometimento de crimes contra o sistema financeiro nacional pelo acusado Aires Neto Campos Ferreira, enquanto presidente do BEG – Banco do Estado de Goiás.

Tendo sido concluída a apuração pela Polícia Federal, restaram indiciadas 34 (trinta e quatro) pessoas, fato que motivou o MPF a solicitar o desmembramento do feito em relação a cada operação de empréstimo concluída (cf. fls. 192/198), o que foi deferido pelo MM. Juiz *a quo* (cf. fl. 199), motivo pelo qual o presente feito diz respeito tão-somente à operação realizada pelos acusados em 26/5/1994, a qual teve como tomador o réu Adão Mota Filho, como avalista Júlio César

Capparelli, e como beneficiário final o réu Aires Neto Campos Ferreira, segundo as afirmações da acusação.

Feitas essas considerações, passo a analisar o apelo dos acusados.

1. Apelação de Aires Neto Campos Ferreira.

Merece prosperar, em parte o apelo do acusado, não pelas razões ali expostas, mas pelos fundamentos que passo a aduzir.

Inicialmente, verifico que a alegação do acusado no sentido da ausência de provas de enriquecimento ilícito e dano ao erário não impedem sua condenação, uma vez que a consumação do crime de gestão fraudulenta independe da existência efetivo prejuízo patrimonial, quer à instituição, quer ao erário público.

Nesse sentido destaco o seguinte julgado desta Corte:

Penal. Processual Penal. Crime contra o sistema financeiro. Consórcio. Gestão fraudulenta. Lei 7.942/1986. Cerceamento de defesa. Inexistência. Equívocada capitulação do fato. "Emendatio libelli". Artigo 383, CPP. Possibilidade. Denúncia. Inépcia não caracterizada. Crime societário. Competência do juízo. Intervenção extrajudicial do banco central do Brasil. Artigo 4º, da Lei 7.942/1986. Constitucionalidade. Materialidade e autoria do delito devidamente comprovadas. Dosimetria. Improcedência dos recursos.

I. Firme é o entendimento jurisprudencial no sentido de que a ausência ou deficiência de defesa, susceptível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com indicação objetiva do prejuízo. Os Apelantes limitaram-se a fazer alegações genéricas, não demonstrando qualquer prejuízo sofrido de modo a justificar o reconhecimento do alegado cerceamento de defesa.

(...)

VIII. Constitui crime gerir fraudulentamente instituição financeira, isto é, praticar qualquer ato de administração e/ou gerenciamento de forma ardilosa, enganosa, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever inerente ao cargo exercido pelo agente, sendo desinfluyente que eventualmente leve à insolvência ou falência da respectiva instituição.

IX. O bem protegido no artigo 4º da Lei 7.492/1986, é o correto funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e sua credibilidade pública. A gestão fraudulenta é crime formal, isto é, independe do resultado naturalístico para sua consumação,

perfazendo-se esta meramente com a prática da conduta incriminada. Não exige nenhum especial fim de agir e, ao contrário da Lei de Economia Popular, não prescinde de nenhum outro elemento do tipo à guisa de resultado ou a necessidade de existência de prejuízo patrimonial da empresa ou acionista/investidores. É delito de perigo concreto e formal, consoma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas que, por sua vez, podem ser indeterminadas.

(...)

XII. Recursos de Apelação improvidos. Determinada a expedição de Mandados de Prisão para execução provisória da pena, observando-se o regime prisional dos Réus, ante a ausência de recurso com efeito suspensivo em relação a este julgado. (Precedentes do STF e do STJ).

(ACR 1999.01.00.010905-4/MG, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel – Convocado, Quarta Turma, DJ p.30 de 2/8/2006)

Os bens jurídicos tutelados pela norma penal inculpada no art. 4º da Lei 7.492/1986, dentre os quais se destacam a higidez e a confiabilidade do sistema financeiro, podem ser ofendidos de diferentes maneiras, como no caso dos autos, onde o apelante, valendo-se de sua condição de Presidente do BEG, efetuava empréstimos fraudulentos, em nome de terceiros, sendo ele o real beneficiário dos valores que eram liberados mediante sua autorização.

Também não lhe aproveitam as alegações de que os valores obtidos mediante os empréstimos se destinavam a quitar dívidas da prefeitura de Rio Verde/GO com a empresa de sua esposa.

Em primeiro lugar porque, no caso tratado nos presentes autos, os valores liberados ao corréu Adão Mota Filho, depois de passarem pela conta do também corréu Júlio César Capparelli, foram enviados, através de DOC, para a conta que o apelante mantinha no Banestado, como se pode verificar pelos documentos de fls. 212/213, comprovando que era ele o destinatário final dos recursos. Merece destaque ainda o fato de que, na operação tratada nos presentes autos, não há qualquer participação do prefeito de Rio Verde como alega a defesa, o que também corrobora no sentido de que a verba era destinada ao réu Aires Neto.

Verifico, ainda, que os corréus Adão Mota Filho e Júlio Cesar Capparelli afirmaram de forma uníssona

que os recursos do empréstimos se destinavam ao apelante Aires Neto, como se pode auferir por seus depoimentos prestados à polícia federal (fls. 205/208 e 214/218), confirmados em Juízo (fls. 332/335), não havendo assim qualquer dúvida acerca de quem seria o beneficiário do empréstimo contratado.

Ademais, ainda que os valores realmente se destinassem a pagamentos de dívidas da prefeitura de Rio Verde com a empresa da esposa do acusado, como alega sua defesa, ainda assim configurada estaria gestão fraudulenta, uma vez que os subterfúgios utilizados pelo réu para a transferência dos recursos, valendo-se de sua condição de presidente do Banco do Estado de Goiás, contrariaram todas as normas que regem o sistema financeiro, bem como os princípios e regras que regem a administração pública.

Dessa forma, devidamente comprovado nos autos que o apelante, se valendo de sua condição de presidente do BEG, efetuou empréstimos em nome de terceiros cujos recursos, na verdade, eram para si destinados, sua condenação pelo crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe, não merecendo qualquer reparo a r. sentença de 1º grau em relação a esse ponto.

Já com relação à existência de concurso formal entre o crime do art. 4º com o do art. 17, ambos da Lei 7.492/1986, tenho que, no caso dos autos, merece reforma a r. sentença de 1º grau, uma vez que a reiterada obtenção de empréstimos pelo apelante mediante fraude, foi o meio utilizado pelo mesmo para a prática da gestão fraudulenta, havendo que se aplicar, nesse caso, o princípio da consunção.

Destarte, reformo parcialmente a r. sentença *a quo* para absolver o acusado da prática do crime do art. 17 da Lei 7.492/1986, excluindo, por consequência, a figura do concurso formal de crimes e seu reflexo na fixação da pena definitiva.

Finalmente, em relação à dosimetria da pena para o crime de gestão fraudulenta, tenho que merece parcial reforma a r. sentença de 1º grau, uma vez que a violação de dever inerente ao cargo de administrador não pode ser tida como agravante (art. 61, III, “g”), na medida em que se trata de circunstância inerente ao tipo de gestão fraudulenta.

Destarte, reformo a r. sentença de 1º grau também nesse ponto, excluindo a agravante do art. 61, III, “g” do

CP, pelo que a pena definitiva do apelante para o crime do art. 4º da Lei 7.492/1986 passa a ser de 5 (*cinco*) anos de reclusão e 150 (*cento e cinquenta*) dias-multa, à mesma razão fixada na r. sentença recorrida.

Por fim, mantenho o regime semi-aberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

2. Apelação de Adão Mota Filho.

Em relação às preliminares suscitadas, tenho que não merece prosperar o apelo da defesa, uma vez que não há que se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa pela aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal.

Compulsando os autos, em especial a inicial acusatória, verifico que já se encontrava ali expressamente mencionados os fatos e as circunstâncias que levaram o MM. Juiz *a quo* a dar nova definição jurídica à narrativa feita pelo *parquet*, quais sejam, a participação consciente do apelante na manobra arquitetada pelo corréu Aires Neto para que pusesse, embora proibido por lei, tomar empréstimo do Banco do Estado de Goiás, o qual presidia à época.

Assim, quando da prolação da r. sentença recorrida, correta foi a aplicação do instituto da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, sem que fosse ferida qualquer prerrogativa ou interesse da defesa a ensejar a anulação do *decisum* como quer o acusado, uma vez que, como já é cediço, o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação que lhes é dada na denúncia.

Nesse sentido já se manifestou esta Corte no seguinte julgado:

Penal. Processual Penal. Benefício previdenciário. Fraude. Arts. 171, § 3º e 312, § 1º, do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas. Erro de fato. Inexistência. “Mutatio libelli”. Inocorrência. Nulidades. Não caracterização. Improvimento.

I. Não logrou a ré demonstrar a ocorrência do alegado erro de fato, nos termos do previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal.

II. Restaram comprovadas tanto a materialidade quanto a autoria dos delitos de estelionato e peculato perpetrados contra a Previdência Social pelas rés, ora apelantes, nos

termos em que previsto nos arts. 171, § 3º e 312, § 1º, do Código Penal.

III. Não há de se falar na ocorrência de nulidade quando o julgador, analisando os fatos descritos na denúncia, dá-lhes nova definição jurídica, hipótese de “emendatio libelli”, uma vez que as circunstâncias elementares do tipo descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato-furto), foram descritas na peça acusatória, o que assegurou à ré a possibilidade de se defender dos fatos delituosos a ela imputados.

IV. Não logrou a ré demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo advindo da decisão por ela inquinada de nula. Aplicação do art. 563, do Código de Processo Penal.

V. Individualização da pena que obedeceu os ditames dos arts. 59 e 68, do Código Penal.

VI. Apelações improvidas.

(ACR 2000.39.00.002671-6/PA, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, DJ p.42 de 19/5/2006 – grifei)

Também não prospera a alegação de inépcia da denúncia, uma vez que o fato delituoso pelo qual foi condenado o apelante se encontra perfeitamente ali narrado, não havendo qualquer vício a ensejar a nulidade da exordial acusatória.

O que não pode deixar de fazer a denúncia é de narrar qual o fato delituoso e demonstrar qual seria o vínculo concreto de cada denunciado com ele e em que elementos se baseia a atribuição desse liame, porque senão o acusado passa a não saber ao certo do que está se defendendo sendo obrigado a fazer defesa genérica. Essa individualização mínima, com a demonstração do vínculo de cada acusado com o suposto delito para que possa exercer seu direito de contraditório e defesa, entendo que restou satisfeita, tanto que foi possível ao réu fazer adequada defesa em relação aos fatos que lhes foram imputados.

No mérito, verifico que merece prosperar, em parte, o apelo da defesa.

Inicialmente, verifico que se encontra claramente comprovado nos autos que o apelante Adão Mota Filho, conscientemente, tomou em seu nome empréstimo junto ao BEG, cujo valor já sabia de antemão se destinar ao corréu Aires Neto Campos Ferreira, pessoa impedida de receber tal benefício por sua condição de presidente daquela instituição.

Vale aqui transcrever parte das declarações do acusado perante a autoridade policial (fls. 206/208), posteriormente confirmadas em Juízo (fl. 332), nas quais o mesmo relata que tinha plena e prévia consciência da destinação do empréstimo que tomaria em seu nome, senão vejamos:

Que, por ser muito amigo de Aires Neto Campos Ferreira, concordou em que o mesmo contratasse uma operação bancária em seu nome; que a operação referia-se a um desconto de título junto ao BEG, agência Rio Verde, no valor de 150.000.000,00 (Cento e Cinquenta Milhões de Cruzeiros Reais), datada de 26/5/1994; (...); que, o beneficiário desse empréstimo foi realmente Aires Neto Campos Ferreira; (...)."

A simples alegação de que a transferência dos recursos para o réu Aires Neto se deu fora do mundo financeiro oficial não tem o condão de isentar o apelante da responsabilidade pelo delito praticado, corroborando, na verdade, no sentido de sua culpa, uma vez que a norma violada busca justamente garantir que as transações efetuadas pelas instituições financeiras o sejam de maneira oficial e regulamentada, visando coibir irregularidades como as praticadas pelos acusados, que atentem contra a confiabilidade do sistema financeiro.

Também não lhe aproveita a alegação de que o empréstimo tomado foi pago, uma vez que tal circunstância em nada altera a lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal do art. 4º da Lei 7.492/1986, que já havia se consumado no momento em que o apelante tomou em seu nome empréstimo que sabia se destinar a pessoa impedida de se beneficiar de tal operação, dada sua condição de presidente daquela instituição financeira.

Da mesma forma, o fato do apelante não ser administrador da entidade financeira não impede sua condenação pelo delito em comento, uma vez que essa condição pessoal, por ser elementar do tipo, comunica-se aos coautores, por força do disposto no art. 30 do Código Penal Brasileiro.

Nesse sentido destaco o seguinte julgado desta Corte:

Penal. Apelação Criminal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Gestão fraudulenta. Materialidade. Laudo pericial. Validade. Coautoria. Possibilidade. Comunicação das condições de caráter pessoal.

I. A alegação feita pelo apelante Jackson Amorim Figueiredo de que o inquirido policial foi elaborado mediante "pressão política" não merece acolhida. Analisando os documentos de fls. 251/254, não se percebe qualquer interferência nas investigações perpetradas pelo DPF, tratando-se somente de um pedido de informações sobre o andamento do referido inquirido, devidamente respondido, com a afirmativa de que as investigações estariam dentro da normalidade, sem sofrer qualquer tipo de ingerência (fl. 254).

(...)

IV. O crime de gestão fraudulenta é delito formal que se consuma com a mera prática da conduta incriminada no tipo penal, independentemente de existir ou não prejuízo material às vítimas e/ou instituição financeira.

V. O fato do apelante Evandro Pires Daltro não ser gestor de instituição financeira não impede sua condenação pelo delito do art. 4º da Lei 7.492/1986, uma vez que a conduta típica foi praticada em coautoria com pessoa detentora da condição especial necessária para existência do crime, o coréu Jackson Amorim (gerente do BICBANCO).

VI. Estando devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do delito do 4º da Lei 7.492/1986 em relação aos apelantes, a manutenção da r. sentença de 1º grau é medida que se impõe.

VII. Apelos não providos.

(ACR 1997.33.00.008084-3/BA, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel – Convocado, Quarta Turma, e-DJF1 p.26 de 23/5/2008)

Dessa forma, não vislumbro na conduta do apelante boa-fé em atender um amigo que se encontrava em dificuldades, mas sim o dolo em pactuar com uma operação que sabidamente irregular, pouco se importando com os resultados advindos de seus atos, pelo que sua condenação como coautor do crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe.

Já com relação à existência de concurso formal entre o crime do art. 4º com o do art. 17, ambos da Lei 7.492/1986, tal qual em relação ao corréu Aires Neto, merece reforma a r. sentença de 1º grau, uma vez que operação de empréstimo efetuada em nome do apelante, nada mais foi do que o meio utilizado pelo acusado Aires para, com a cooperação do apelante, praticar o crime de gestão fraudulenta, havendo que se aplicar, nesse caso, o princípio da consunção.

Destarte, reformo a r. sentença *a quo* para absolver o acusado da prática do crime do art. 17 da

Lei 7.492/1986, excluindo, por conseqüência, a figura do concurso formal de crimes e seu reflexo na fixação da pena definitiva.

Dessa forma, fica sua pena definitiva reduzida para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos, inicialmente, em regime aberto, e 60 (sessenta) dias-multa, pela prática do crime do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, permanecendo inalterado o valor do dia-multa fixado pela r. sentença *a quo*.

Presentes os pressupostos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

3. Apelação de Júlio César Capparelli.

Inicialmente, em relação às alegações de nulidade da r. sentença por aplicação indevida de institutos do Código Penal e de Processo Penal em detrimento das normas fixadas pela Lei 7.492/1986, não merecem prosperar o apelo do acusado.

Os artigos 383 do CPP, 29 e 30 do Código Penal possuem, respectivamente, natureza de normas processuais e penais gerais, cuja aplicação se estende inclusive aos crimes praticados contra o sistema financeiro, não havendo qualquer incompatibilidade entre os mesmos e os artigos da referida lei.

A existência, no art. 25 da Lei 7.492/1986, de relação daqueles agentes que poderão ser responsabilizados pelos crimes ali definidos, não exclui a possibilidade da condenação de terceiros pela prática dos mesmos, desde que cometidos na modalidade de coautoria e/ou participação, o que é o caso dos autos.

Não há também que se falar em julgamento *extra petita*, uma vez que a condenação do apelante pelo delito de gestão fraudulenta decorreu da aplicação da chamada *emendatio libelli*, instituto previsto no Código de Processo Penal, e de aplicação obrigatória nos casos em que os fatos narrados e provados durante a instrução processual não se adequem à capitulação a eles dada pela denúncia, não decorrendo daí qualquer prejuízo para a defesa, que durante toda instrução, contestou os fatos imputados ao acusado.

No mérito propriamente dito, tenho que merece parcial provimento o apelo da defesa, tão-somente em relação à inexistência de concurso forma de crimes, como já reconhecido em relação aos demais acusados.

Já com relação ao crime de gestão fraudulenta, tenho que as provas coligidas aos autos atestam de forma inequívoca que o acusado Júlio César Capparelli tinha plena ciência de que o empréstimo que avalizou se destinava, na verdade, ao corréu Aires Neto Campos Ferreira, pessoa impedida de receber tal benefício por sua condição de presidente daquela instituição.

Vale aqui transcrever parte das declarações do acusado perante a autoridade policial (fls. 214/218), posteriormente confirmadas em Juízo (fl. 334), segundo as quais se percebe que o mesmo tinha plena e prévia consciência das operações irregulares efetuadas pelo acusado Aires Neto, dentre as quais a que é objeto do presente feito, senão vejamos:

(...); Que tem conhecimento também, da operação realizada em 26.05.94, no valor de 156.000.000,00 (Cento e Cinquenta e Seis Milhões de Cruzeiros Reais), cujo emitente é Adão Mota Filho, e o avalista o Interrogado; que, tem conhecimento que foi emitido um cheque-administrativo em favor de Adão Mota Filho, no valor de 100.000.000,00 (Cem Milhões de Cruzeiros Reais), o qual foi depositado no Banco Real de Rio Verde, conforme atestam os documentos constantes de fls. 99 a 160; (...); que, quer esclarecer que todas as operações foram devidamente autorizadas por Aires Neto, enquanto Presidente do BEG; que, finalmente quer esclarecer que o produto obtido com os empréstimos, se destinaram à conta pessoal de Aires Neto, ou Posto Horizonte ou a de Doralice, esposa de Aires, muito embora tivessem sido liberados em conta do Interrogado ou, ou em alguma (sic) casos em sua conta depositados; (...).

Como se vê pelas declarações acima, o apelante tinha conhecimento das operações fraudulentas montadas pelo corréu Aires Neto e delas participava ativamente, quer na condição de tomador dos empréstimos, quer na condição de avalista; mas sempre no intuito de cooperar para que o então presidente do BEG pudesse se valer de sua posição para auferir benefício vedado por lei.

Diante de tais evidências, tenho que a simples alegação de que não tinha conhecimento de que as operações eram irregulares não tem o condão de isentá-lo da responsabilidade pelo delicto praticado, uma vez que não é crível que o mesmo, como experiente comerciante e Secretário Geral do Município de Rio Verde/GO, achasse normal o acusado Aires Neto tomar tantos empréstimos, sempre em nome de

terceiros, mesmo ocupando a posição de presidente daquela instituição financeira.

Ao concordar em pactuar com o esquema montado pelo corréu Aires Neto, figurando, no presente caso, como avalista do empréstimo fraudulento, violou o apelante o art. 4º da Lei 7.492/1986, mesmo não sendo administrador ou funcionário do BEG, uma vez que, como já anteriormente demonstrado, essa condição pessoal do agente se estende aos demais coautores, por ser elementar do tipo.

Também não corrobora em seu favor a alegação de que as operações teriam sido aprovadas pelo Conselho de Administração do BEG, uma vez que, sob o ponto de vista puramente formal, realmente poderiam parecer as mesmas estar de acordo com as normas daquela instituição. Na verdade, a ilicitude da conduta dos acusados estava na imprescindível e consciente cooperação para que o réu Aires Neto pudesse auferir empréstimos que a lei lhe vedava, em razão de sua condição de presidente do BEG, violando assim a norma penal garantidora da higidez e confiabilidade do sistema financeiro.

Assim, tal qual em relação ao acusado Adão Mota Filho, tomador do empréstimo fraudulento tratado nesses autos, não vislumbro na conduta do apelante boa-fé em atender um amigo que se encontrava em dificuldades, mas sim o dolo em pactuar com uma operação que sabidamente irregular, pouco se importando com os resultados advindos de seus atos, pelo que sua condenação como coautor do crime de gestão fraudulenta é medida que se impõe.

Já com relação à existência de concurso formal entre o crime do art. 4º com o do art. 17, ambos da Lei 7.492/1986, tal qual em relação aos demais réus, tenho que merece reforma a r. sentença de 1º grau, uma vez que operação de empréstimo avalizada pelo acusado, nada mais foi do que o meio utilizado pelo acusado Aires para, com a cooperação do apelante, praticar o crime de gestão fraudulenta, havendo que se aplicar, nesse caso, o princípio da consunção.

Destarte, reformo a r. sentença *a quo* para absolver o acusado da prática do crime do art. 17 da Lei 7.492/1986, excluindo, por consequência, a figura do concurso formal de crimes e seu reflexo na fixação da pena definitiva.

Finalmente, em relação à dosimetria da pena para o crime de gestão fraudulenta, tenho que merece parcial reforma a r. sentença de 1º grau, uma vez que a simples existência de 02 (dois) inquéritos em nome do apelante não se presta a macular seus antecedentes, como afirmado na r. sentença de 1º grau.

Por essas razões, reduzo sua pena-base para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 70 (setenta) dias-multa. Mantenho, no mais, as outras determinações constantes da r. sentença *a quo*, inclusive em relação à aplicação da atenuante da confissão espontânea, pelo que fica sua definitiva reduzida para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos, inicialmente, em regime aberto, e 60 (sessenta) dias-multa, pela prática do crime do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986, permanecendo inalterado o valor do dia-multa fixado pela r. sentença *a quo*.

Presentes os pressupostos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos apelos dos acusados Aires Neto Ferreira, Adão Mota Filho e Júlio César Capparelli para absolver-lhes da prática do crime do art. 17 da Lei 7.492/1986, bem como para alterar a dosimetria de suas penas, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

Voto de revisão

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Hilton Queiroz: – A PRR/1ª Região assim sumariou os fatos:

“Iresignados com o v. Decisório a quo, via do qual se viram condenados, na forma posta na sentença, às penas dos arts. 4º, caput, e 17 da Lei 7.492/1986, na forma do art. 70 do Código Penal, Aires Neto Campos Ferreira, Adão Mota Filho e Júlio César Capparelli manejaram recursos de apelação, buscando a reforma do édito de condenação.

2. Invetivando referido Decisum, aduziram afigurar-se eivada de vício a Decisão guerreada, visto que: a) para o réu Aires Neto Campos Ferreira: a.1) a prova produzida afigura-se inábil à condenação, dada a sua fragilidade; a.2) na espécie, o réu, detentor de qualidades pessoais elogiáveis, teria procedido tão-somente a ‘autorizações de mero expediente’, em ‘prosseguimento a procedimentos já rotineiros

pelo BEG - Banco do Estado de Goiás; b) para o réu Adão Mota Filho: b.1) a sentença prolatada seria patentemente nula, porque, inobstante condenado pela prática do artigo 4º, “caput”, da Lei 7.492/1986, o réu não teria sido denunciado por dito cometimento delituoso, uma vez não constante na peça exordial acusativa referenciada capitulação legal; b.2) não teria havido, na denúncia, a descrição do ‘fato típico atribuído ao apelante’, a qual, ademais, não ‘classificou corretamente o hipotético crime’; b.3) em verdade, com sua atuação, o réu teria simplesmente solicitado ‘empréstimo junto ao BEG S/A para atender um amigo, que se encontrava em dificuldades financeiras, sem obter qualquer proveito financeiro’; b.4) afigura-se inaplicável o disposto no artigo 29 do Código Penal aos crimes dos artigos 4º, “caput”, e 17, ambos da Lei 7.492/1986, quando acusadas pessoas que não detinham qualquer poder de gestão, direto ou indireto, na instituição financeira, dado que referenciados delitos configuram crimes próprios que não se compatibilizam com o concurso de pessoas; c) para o réu Júlio César Capparelli: cinge-se a repetir, em linhas gerais, a mesma argumentação recursal do réu Adão Mota Filho.

3. Contrarrazões do Ministério Público Federal, às fls. 721/734 e 779/787, no bojo das quais se pugna pela manutenção do decisório digladiado, em sua inteireza.” (fls. 793/794, v. 3).

Adoto, para decidir, os fundamentos do opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República dr. José Osterno Campos de Araújo, destacando:

(...) autoria e materialidade, tocantemente à perpetração dos delitos de gestão fraudulenta (artigo 4º, “caput”, da Lei 7.492/1986) e empréstimo ou adiantamento vedados (artigo 17 da Lei 7.492/1986), encontram-se cabalmente comprovadas, nos autos, seja pelas provas testemunhal e documental, inclusive documentos bancários e creditícios, coligida aos autos, seja pelas próprias declarações dos acusados Adão e Júlio, na fase inquisitiva, ratificadas em juízo (vide fls. 642, segundo parágrafo).

6. Já no atinente às demais alegações recursais brandidas, é de se tê-las por improcedentes, isto porque:

a) como argutamente gizado na sentença de condenação, ‘Dentre outros, os arts. 30 e 33 da Lei 7.492/1986 não deixam dúvida de que as disposições do Código de Processo Penal e do Código Penal aplicam-se subsidiariamente nos casos de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional’ (fls. 644); inclusive as do artigo 29 do Código Penal, acresce-se; e ‘Aliás, abra-se aqui um parêntesis para

destacar que não existe nenhum tipo penal que seja exclusivamente próprio. Se houvesse, correr-se-ia o risco de se deparar com o absurdo de o agente concorrer para a prática de um determinado delito, inclusive com a prática de atos executórios, e, ao final, não ser punido, simplesmente por se tratar de crime próprio. A solução, obviamente, não é razoável' (fl. 645);

b) as contrarrazões ministeriais são clarificadoras, ao pontuarem que, atinentemente ao fato de a peça exordial de acusação haver-se cingido a capitular os fatos imputados aos réus Adão e Júlio nas molduras dos artigos 17 e 19, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, omitindo-se, pois, na capitulação legal, o artigo 4º, "caput", do mesmo referenciado Diploma Legal: 'Na hipótese, não havia necessidade de observância ao disposto no artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pois cuida-se da aplicação da "emendatio libeli" e não "mutatio libeli"' (fl. 724), e 'Como visto, o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia e não da capitulação jurídica atribuída ao fato delituoso. Sobressai-se dos autos que o apelante foi condenado por conduta delituosa descrita na denúncia, com análise correta da prova produzida. Teve ele a oportunidade de conhecer a imputação e defender-se dos fatos narrados, não havendo violação ao direito de ampla defesa (fls. 725).' (fls. 794/796, v. 3).

Com efeito, a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 17 da Lei 7.492/1986 restaram demonstradas pelos documentos de fls. 178/191, 212/213, 227/228, 232, 252 (v. 2) e 294/297. Como bem analisou o magistrado, na sentença, a mencionada documentação "comprova o crédito na conta do acusado Adão Mota Filho do valor líquido do empréstimo, ou seja, CR\$ 100.878.932,00 (cem milhões, oitocentos e setenta e oito mil, novecentos e trinta e dois cruzeiros reais) (fl. 252), bem como a emissão do cheque administrativo 52849 (fl. 296) depositado na conta do réu Júlio César (fl. 212), que, por sua vez, repassou o montante para Aires Neto (fl. 213)" (fl. 640, v. 3). Destaco, ainda, a Nota Promissória acostada à fl. 295, v. 2, emitida por Adão Mota Filho e tendo como avalista o corréu Júlio César Capparelli, no valor bruto do empréstimo concedido a Aires Neto Campos Ferreira (CR\$ 156.000.000,00 – cento e cinquenta e seis milhões de cruzeiros reais).

Noutro giro, ouvidos na fase policial e em Juízo, Adão (fls. 205/208 e 332, v. 2) e Júlio César (fls. 214/218, v. 1, e 334, v. 2) demonstraram que tinham ciência da ilegalidade de suas condutas, quando se dispuseram a fazer um empréstimo junto ao Banco do

Estado de Goiás (BEG) e repassar o valor líquido para a conta de Aires Neto, que sabiam ser o presidente daquela instituição e que não poderia fazê-lo em nome próprio.

Quanto ao delito do art. 4º da Lei 7.492/1986, com propriedade, dispôs o magistrado:

Da caracterização do delito de gestão fraudulenta.

O art. 4º da Lei 7.492/1986 tipifica a seguinte conduta, "verbis":

Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira.

A Lei 7.492/1986 não define o que vem a ser gestão fraudulenta. Esta tarefa compete ao aplicador da lei.

O dado essencial para a caracterização do crime de gestão fraudulenta é, como se depreende do próprio conceito, a existência de fraude, a qual se caracteriza, por exemplo, com a prática de qualquer ação hábil a enganar ou ludibriar terceiros, induzindo-os a representar falsamente a realidade fática, levando-os a uma situação de erro, sempre com o objetivo de consecução de algum tipo de vantagem, especialmente financeira.

Nesse sentido, colhem-se da pena do já citado Rodolfo Tigre Maia as seguintes considerações sobre o tema:

'(...) Ao comentar o preceptivo ora transcrito afirmou-se que a gestão fraudulenta 'caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes'.

Gerir é exercer as atividades de mando, e administrar, tomar decisões no âmbito da empresa, autorizado pelos poderes que são conferidos pela lei e pelo estatuto societário (v.g. art. 154 da Lei 6.404/1976).

Conduta fraudulenta, por sua vez, elemento descritivo/normativo integrante de incontáveis tipos penais, é qualquer ação ou omissão humana hábil a enganar, a ludibriar terceiros, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso de ardil ('simples astúcia, sutileza, conversa enganosa, de aspecto meramente intelectual'), mediante artifício ('... quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, ao menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz etc.'), quer por meio de simples mentira, quer, ainda, por

intermédio de omissão da verdade, objetivando, em geral, a consecução de determinada vantagem (...)'

O delito de gestão fraudulenta restou devidamente comprovado nos autos por meio do documento de fls. 178/191, de emissão do Banco Central do Brasil, bem como pelos documentos de fls. 212/213, 227/228, 232, 252 e 294/297.

A existência do delito também é incontroversa em face dos interrogatórios policiais e judiciais dos acusados Júlio César e Adão Mota Filho, cujos excertos principais já se encontram transcritos no item 2.1 deste provimento, bem como pela prova testemunhal produzida em Juízo (fls. 409/413 e 478), cujos trechos principais também já estão transcritos no item 2.1 supra.

As referidas provas autorizam, dentre outras, as seguintes conclusões:

a) o acusado Aires Neto geriu fraudulentamente o Banco do Estado de Goiás, haja vista que, na qualidade de Presidente dessa instituição, valeu-se de expediente fraudulento - interposição de 'laranjas' - na concessão de empréstimo que, além de haver sido revertido em causa própria (item 2.1 supra), causou prejuízo financeiro ao BEG;

b) o acusado Aires Neto, de forma livre e consciente, violou os estatutos do BEG, na medida em que desprezou deliberada e frontalmente as recomendações da Diretoria do Banco, em especial as do comitê de crédito, haja vista que o artigo décimo do estatuto do BEG proíbe o Presidente ou qualquer Diretor da instituição de autorizar, individualmente, operação de crédito no montante do empréstimo referido na denúncia, em que figurou como tomador, de forma fraudulenta, o acusado Adão Mota Filho, e como avalista, também fraudulentamente, o corréu Júlio César Capparelli (vide autorização de fl. 294 e depoimentos de fls. 409/413 e 478);

Embora não alegado pela defesa de Aires Neto, vale abrir um parêntesis para destacar que os presentes autos, embora cuidem, especificamente, de uma única operação de empréstimo fraudulento, demonstram a prática do crime de gestão fraudulenta, o qual não exige a reiteração da conduta descrita no caput para a sua configuração, dado que se trata de crime habitual impróprio, no qual uma única ação é suficiente à configuração do delito.

Nesse sentido, veja-se, uma vez mais, a lição de Rodolfo Maia:

'Delito de perigo concreto e formal, consuma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas, que, por sua

vez, podem ser indeterminadas. Trata-se de crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de crimes.'

Não resta dúvida, pois, acerca da existência do nexo de causalidade entre a conduta do acusado Aires Neto de, na condição de Presidente, gerir fraudulentamente Instituição financeira, utilizando-se dos corréus Júlio César e Adão Mota - 'laranjas' - para lograr êxito na concessão de empréstimo que, além de haver sido revertido em causa própria, resultou em prejuízo financeiro ao BEG.

Demais disso, em sendo o crime capitulado no art. 4º da Lei 7.492/1986 delito formal, consuma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas que, por sua vez, podem ser indeterminadas.

Diante desses fundamentos, tenho por devidamente caracterizada nos autos a prática, pelo acusado Aires Neto, do delito de gestão fraudulenta, tipificado no art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986. (fls. 646/648, v. 3).

Outrossim, não merece reparos a análise, feita pelo magistrado, sobre a aplicação do art. 383 do CPP (*emendatio libelli*), bem como da participação dos corréus Adão Mota Filho e Júlio César Capparelli no crime de gestão fraudulenta, como destaque:

Nos termos dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, o acusado defende-se dos fatos narrados, e não da capitulação contida na denúncia.

"In casu", muito embora não tenha havido a capitulação da conduta dos acusados Júlio César Capparelli e Adão Mota Filho no art. 4º da Lei 7.492/1986, não existe a menor dúvida de que a exordial acusatória narrou, até com riqueza de detalhes, a participação dos aludidos réus na prática delituosa ora em comento.

Destarte, não há que se falar em surpresa para a defesa no fato de os acusados Júlio César Capparelli e Adão Mota Filho sofrerem condenação também por cometimento do delito de gestão fraudulenta.

Feitos esses esclarecimentos, vale notar que a participação dos acusados Júlio César Capparelli e Adão Mota Filho nos fatos é incontroversa, em razão, dentre outras circunstâncias devidamente comprovadas nos autos, do documento de fls. 178/191, de emissão do Banco Central do Brasil, bem

como pelos documentos de fls. 212/213, 227/228, 232, 252 e 294/297.

Referida participação também se encontra evidenciada nos autos por intermédio dos interrogatórios policiais e judiciais dos acusados Júlio César Capparelli e Adão Mota Filho (fls. 205/208, 214/218, 332 e 334), bem como pelos depoimentos de fls. 409/413 e 478, prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação, a cujos conteúdos apenas me reporto, tanto dos interrogatórios quanto dos depoimentos, eis que seus excertos principais já se encontram devidamente transcritos no item 2.1 deste provimento.

Não se pode olvidar que os acusados Adão Mota Filho e Julio César Capparelli, de acordo com as provas acima especificadas, tinham plena consciência de que o empréstimo tomado pelo primeiro e avalizado pelo segundo destinava-se, na verdade, ao corrêu Aires Neto. Nesse passo, sabedores da ilicitude da operação, aderiram dolosamente à conduta do corrêu Aires, somando suas vontades à deste, de modo a ocasionar riscos inaceitáveis à instituição financeira e fragilizando a fé pública no Sistema Financeiro Nacional. Vale lembrar que o prejuízo causado ao BEG foi de gigantesca monta, até hoje não reparado.

Frise-se, outrossim, que, embora os acusados Júlio César Capparelli e Adão Mota Filho não tivessem participação na administração do Banco do Estado de Goiás à época dos fatos, nada impede a participação de ambos no cometimento do delito tipificado no art. 4º da Lei 7.492/1986.

Com efeito, o crime de gestão fraudulenta, embora seja próprio, não está infenso às regras do art. 29 do Código Penal, admitindo-se a participação de pessoas estranhas à administração da instituição financeira no cometimento do delito.

Nesse sentido, vale conferir, uma vez mais, o precioso ensinamento de Rodolfo Maia, ao tecer comentários sobre o delito do art. 4º da Lei 7.492/1986, verbis:

‘Caracteriza-se como crime próprio, já que específico dos administradores de instituições financeiras, mas não é infenso às regras comuns do concurso de agentes (art. 29 do CP), já que tal circunstância, de caráter pessoal, por integrante do tipo, será passível de comunicação aos não-administradores.’

A propósito da participação de pessoas estranhas aos quadros da administração de instituição financeira nos delitos próprios, reporto-me também às considerações já lançadas no item 2.1 deste provimento, especificamente na parte em que foram rebatidos argumentos apresentados pela defesa técnica dos acusados Júlio César e Adão Mota.

Por esses fundamentos, imperiosa a condenação dos acusados Júlio César e Adão Mota Filho também nas penas do art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986, haja vista que, conforme demonstrado, a unidade de designio empregada pelos acusados, de forma consorciada, foi fator determinante para a configuração do delito de gestão fraudulenta.” (fls. 648/649, v. 3).

Restam, pois, afastadas as preliminares arguidas, bem como íntegras a materialidade e a autoria dos delitos em tela. Contudo, entendo que o crime previsto no art. 17 da Lei 7.492/1986 restou absorvido pelo delito de gestão fraudulenta. O empréstimo realizado por Adão e Júlio César foi o meio, ardiloso, utilizado por Aires Neto na prática do crime-fim, a gestão fraudulenta da instituição financeira então por ele presidida. Dessarte, impõe-se a aplicação do princípio da consunção, não havendo que se falar em concurso formal entre os supracitados delitos.

Diante do exposto, dou provimento parcial às apelações, para absolver Aires Neto Campos Ferreira, Adão Mota Filho e Júlio César Capparelli do crime previsto no art. 17 da Lei 7.492/1986. Ainda, revejo a dosimetria das penas atinentes ao art. 4º Lei 7.492/1986, na esteira das considerações do relator.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0001021-13.2000.4.01.3600

Apelação Cível

2000.36.00.001021-5/MT

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Apelante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Jose Carlos Marinho dos Santos e outros
Advogado: Dr. Antonio Carlos Tavares de Mello e outros
Publicação: e-DJF1 de 12/3/2010, p. 259

Ementa

Direito Ambiental. Constitucional. Administrativo. Desocupação de área dentro de Parque Nacional. CF, Art. 225, § 1º, III. Decreto 97.656/1989. Comprovação de dano ao meio ambiente. Princípio da precaução. Apelação e Remessa Providas.

I. Incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (CF, art. 225, § 1º, III).

II. O Decreto 97.656, de 12 de abril de 1989, criou o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães e declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, todas as terras e benfeitorias dentro do limite do parque.

III. A existência de imóvel dentro de área de preservação permanente incide em restrição denominada limitação administrativa e seu uso e exploração deve, por óbvio, passar pelo crivo do órgão ambiental competente de modo a evitar a degradação do meio ambiente.

IV. Correto o Ibama ao determinar a desocupação de imóvel localizado dentro do Parque, cujo relatório de vistoria comprova a ocorrência de significativa degradação (e a possibilidade de mais danos) em área considerada de preservação permanente desde 1989. Incidência do princípio da precaução.

V. Caducidade do Decreto não caracterizada.

VI. Apelação do Ibama e remessa, tida por interposta, providas.

Acórdão

Decide a Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa, tida por interposta, nos termos do voto da relatora.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 4/11/2009.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida: – Trata-se de Apelação interposta pelo Ibama contra sentença que julgou procedente o pedido dos autores, tornando definitiva a liminar concedida, reconhecendo e mantendo a posse do apelado e determinando que o apelante se abstenha de turbá-la, sob pena diária do pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) até que ocorra a regular desapropriação da área.

Em suas razões, o apelante sustenta que os autores alegam que, desde 1985 instalaram-se numa área de 3,5 hectares, no local denominado “Cachoeirinha”, localizado na Chapada dos Guimarães, onde foi erigido o restaurante e lanchonete Cachoeirinha Ltda., requerendo com a presente ação, sua manutenção na referida área.

Aduz que o Decreto 97.656 de 12/4/1989 criou o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, todas as terras e benfeitorias dentro do limite do referido parque, o que é o caso.

Alega que se encontra comprovado nos autos às fls. 64 e seguintes que houve danos causados ao meio ambiente, através do Relatório de Vistoria elaborado pelo engenheiro florestal Hermínio Vieira da Silva que sequer foi apreciado pelo juízo *a quo*.

Por fim, sustenta que “não concorda com a alegada caducidade do Decreto 97.656, de 12/4/1989, que criou o Parna, o qual ficou sujeito à Lei 4.771/1965, posto que o que extinguiu foi o prazo de quatro anos que o ora apelante tinha para promover a execução do plano de manejo da área do Parque e não o Decreto que o criou. Se não foi executado o projeto de manejo em sua totalidade, foi por tratar-se de avultada movimentação financeira e da real situação sócio-econômica pelo qual passa nosso país, notadamente o Estado de Mato Grosso.”

Requer, assim, o provimento da apelação.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida: – José Carlos Marinho dos Santos, Maria Clementina e Restaurante e Lanchonete Cachoeirinha ajuizaram ação de manutenção de posse contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, objetivando impedir alegada turbação que estariam a sofrer em sua posse sobre uma área de 3,5 há no local denominado Cachoeirinha, onde funciona um restaurante do mesmo nome.

A r. sentença apelada considerou que a posse dos requerentes é tranquila, sendo certo que até o momento não existe desapropriação ou qualquer outro provimento jurisdicional em favor do Ibama, que lhe permita ingressar na posse do bem, ou retirar a posse dos autores apelados.

Nos termos da decisão recorrida, “a criação do Parque Nacional de Chapada ainda não saiu do papel, já que no Decreto pertinente foi *apenas* autorizada a desapropriação, que até o presente, como confessa a contestação, não ocorreu.” Sustentou mais o MM. juízo *a quo* que “Sem a desapropriação, permanecem intactos todos os direitos de particulares sobre a área e o Ibama sim é que se torna invasor, turbador. Só no bojo de regular desapropriação ou outra medida judicial é que o requerido poderia ingressar na posse do imóvel, não lhe sendo lícito, como a ninguém é, usar da força para obter ou turbar a posse de outrem.” (fls. 113/117).

O Decreto 97.656, de 12 de abril de 1989, criou o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães e declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, todas as terras e benfeitorias dentro do limite do parque.

O relatório de vistoria juntado pelo Ibama com sua defesa mostra que o restaurante e residência dos autores apelados encontram-se na área denominada Cachoeirinha, dentro do Parque Nacional de Chapada dos Guimarães, entre os córregos Caxipozinho e Piedade, área já indenizada pelo governo federal. O referido relatório informa que o restaurante situa-se no vértice dos dois córregos, a poucos metros deles e muda

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

o habitat dos animais silvestres, causa poluição sonora, lança resíduos de fossa séptica por meio de infiltração (em razão da declividade e proximidade do leito do córrego com lançamento direto e visível no leito de água utilizada em pia de cozinha), causa impacto pelo grande número de visitantes ao restaurante, principalmente nos finais de semana, tendo em vista ser uma área de solo frágil.

Assim, o restaurante objeto da demanda vem causando significativa degradação ambiental em área considerada de preservação permanente desde 1989. Nesse contexto, *não há como apreciar a controvérsia posta nos autos sem ter por parâmetro a questão ambiental envolvida.*

Como se sabe, a Constituição, no parágrafo primeiro, III, do artigo 225, estabeleceu que incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

O Código Florestal (Lei 4.771/1965) introduziu inúmeras normas limitadoras da propriedade inclusive proibindo a ocupação de áreas como a do Restaurante e Lanchonete Cachoeirinha. Confira-se:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1. de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2. de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3. de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4. de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5. de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

O Decreto instituidor do Parque Nacional da Chapada dos Guimarães (97.656/1989) possui a seguinte redação:

O Presidente da República, *usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 5.º, alínea a, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965,*

Decreta:

Art. 1º Fica criado, no Estado do Mato Grosso, o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães, com o objetivo de proteger e preservar amostra dos ecossistemas ali existentes, assegurando a preservação de seus recursos naturais, proporcionando oportunidades controladas para uso pelo público, educação, pesquisa científica e também contribuindo para a preservação de sítios arqueológicos existentes na área.

Art. 2º O Parque Nacional da Chapada dos Guimarães, localizado na região central do Estado do Mato Grosso, entre as coordenadas geográficas 15°3' - 15°10' latitude sul e 56°00' - 56°50' longitude oeste, tem os seguintes limites, descritos a partir da carta em escala 1:100.000, SD. 21.Z-C-III, editada pela Diretoria do Serviço Geográfico do Exército, 1ª edição:

Começa no encontro de uma estrada secundária que atinge no lado setentrional da Rodovia MT-305 que liga Cuiabá com a cidade de Chapada dos Guimarães, no ponto de coordenadas planas aproximadas (c. p.ª) E = 611150m e N = 8300800m (ponto 1); segue pela margem esquerda da MT-305, no sentido Cuiabá - Chapada dos Guimarães, até atingir o encontro do Córrego Salgadeira com a mesma MT-305, onde existe uma estação turística (ponto 2); contorna a estação e desce pela margem direita do Córrego Salgadeira até sua confluência com um pequeno córrego seu afluente pela margem direita, no ponto de C.P.ª. E = 619700m e N = 8302500m (ponto 3); daí, segue em direção sul por uma linha reta de cerca de 1.400m até atingir a confluência de dois pequenos tributários do Córrego Salgadeira, ponto de c.p.ª. E = 619850m e N = 8301100m (ponto 4); daí, segue em direção sul por uma linha reta de cerca de 2000m até atingir a confluência de dois tributários do Rio Coxipó, ponto de c.p.ª. E = 618700m e N = 8299200m (ponto 5); daí, segue em direção sul por uma linha reta de cerca de 3.200m até o topo da elevação de cota aproximada 622m, ponto de c.p.ª. E = 617650m e N = 8296350m (ponto 6); daí, segue em direção sudeste, por uma linha reta de cerca de 9.050m até atingir o ponto onde a linha de alta-tensão atravessa um tributário do Rio Aricazinho, ponto de c.p.ª. E = 621050m e N = 8288200m (ponto

7); daí, segue a linha de alta-tensão em direção nordeste até atingir a velha estrada de manutenção da linha (Estrada Tope Fita), ponto de c.p.^a. E = 625150m e N = 8290900m (ponto 8); daí, segue por esta estrada em direção norte até seu encontro com a MT-305, no ponto de c.p.^a. E = 626800m e N = 8296200m (ponto 9); daí segue a cem (100) metros da margem esquerda da MT-305 em direção a Cuiabá, até seu encontro com um afluente do Rio Coxipó chamado Rio Mata Fria, ponto de c.p.^a. E = 624600m e N = 8298800m (ponto 10); daí, segue em direção nordeste, por uma linha reta de cerca de 8.300m, até atingir o entroncamento da estrada que liga a sede da Fazenda Burity com a Vila de Água Fria e a estrada de chão da Fazenda Quilombinho, ponto de c.p.^a. E = 630500m e N = 8304600m (ponto 11); daí, segue em direção NNO, por uma linha reta de cerca de 4.300m até atingir a confluência de dois tributários do Córrego da Estiva, ponto de c.p.^a. E = 629450m e N = 8308850m (ponto 12); daí, segue em direção NNO, por uma linha reta de cerca de 3750m até atingir a confluência de dois outros tributários do Córrego da Estiva, ponto de c.p.^a. E = 627850m e N = 8312350m (ponto 13); daí, segue em direção ONO por uma linha reta de cerca de 5000m até atingir a confluência de dois tributários do Córrego Água Fria, ponto de c.p.^a. E = 623350m e N = 8314300m (ponto 14); daí, segue em direção oeste, por uma linha reta de cerca de 4500m até atingir a confluência de dois outros tributários do Córrego Água Fria, ponto de c.p.^a. E = 619000m e N = 8315700m (ponto 15); daí, segue pelo talvegue do tributário esquerdo até atingir sua cabeceira, ponto de c.p.^a. E = 616600m e N = 8314400m (ponto 16); daí, segue em direção norte por uma linha reta de cerca de 2.100m até atingir a cabeceira de um pequeno córrego, ponto de c.p.^a. E = 615800m e N = 8316400m (ponto 17); daí, desce pelo talvegue desse tributário até atingir a confluência desse com outro pequeno afluente, no ponto de c.p.^a. E = 615200m e N = 8318350m (ponto 18); daí, segue em direção OSO, por uma linha reta de cerca de 2800m até atingir a confluência de dois outros pequenos tributários, ponto de c.p.^a. E = 612500m e N = 8317600m (ponto 19); daí, segue em direção oeste, por uma linha reta de cerca de 1900m até atingir a confluência de duas estradas secundárias, ponto de c.p.^a. E = 610600m e N = 8317750m (ponto 20); daí, segue a estrada secundária pela margem esquerda em direção sul por cerca de 2500m até atingir sua confluência com uma outra estrada secundária, no ponto de c.p.^a. E = 609600m e N = 8315650m (ponto 21); daí, segue a estrada secundária pela margem esquerda em direção sul por cerca de 1000m até atingir uma bifurcação no ponto de c.p.^a. E = 609750m e N = 8314650m (ponto 22); daí, segue a estrada do lado esquerdo, pela margem esquerda

em direção sul por cerca de 2500m até atingir uma bifurcação, no ponto de c.p.^a. E = 610600m e N = 8312900m (ponto 23); daí, segue a estrada do lado esquerdo pela margem esquerda em direção sul por cerca de 12000m até seu encontro com a Rodovia MT-305, ponto inicial desta descrição, fechando perímetro do Parque Nacional da Chapada dos Guimarães e perfazendo uma área total de cerca de 33000ha.

Art. 3º O Parque Nacional da Chapada dos Guimarães fica subordinado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBMARNR, que deverá tomar as medidas necessárias para sua efetiva implantação.

Art. 4º O Parque Nacional da Chapada dos Guimarães fica sujeito ao disposto na, e ao que estabelece o Regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, aprovado pelo.

Art. 5º As terras e benfeitorias localizadas dentro dos limites descritos no art. 2º deste Decreto ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação.

1º Fica o IBMARNR autorizado a promover a desapropriação das referidas áreas de terras e das benfeitorias nelas existentes, na forma da legislação em vigor.

2º Nos termos do, modificado pela fica o expropriante autorizado a invocar o caráter de urgência no processo de desapropriação.

Art. 6º Fica estabelecido o prazo de 4 anos, a contar da data de publicação deste Decreto, para a execução do Plano de Manejo do Parque Nacional da Chapada dos Guimarães.

Art. 7º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 12 de abril de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

José Sarney

João Alves Filho

A existência de imóvel dentro de área de preservação permanente incide em restrição denominada limitação administrativa e seu uso e exploração deve, por óbvio, passar pelo crivo do órgão ambiental competente de modo a evitar a degradação do meio ambiente.

Basta o simples relatório de vistoria de fls. 64/70 e a possibilidade de maiores danos para justificar a aplicação, na espécie, do princípio da precaução, fruto do aperfeiçoamento dos convênios internacionais celebrados no final da década de 80 e

objeto da Declaração do Rio (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/1992).

Assim, diante do risco ou da probabilidade de dano à natureza, e não apenas na hipótese de certeza, o dano este deve ser prevenido. Segundo o jurista Jean-Marc Lavieille, “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o que nós deveríamos duvidar.”

Cumprе ressaltar que, ao aplicar o princípio da precaução, “os governos encarregam-se de organizar a repartição da carga dos riscos tecnológicos, tanto no espaço como no tempo. Numa sociedade moderna, o Estado será julgado pela sua capacidade de gerir os riscos.”¹

Confira-se a jurisprudência a respeito:

Processual Civil. Administrativo. Danos ambientais. Ação Civil Pública. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Incidente de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Faculdade do órgão julgador.

I. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a *ratio essendi* da Lei 6.938/1981, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ:RESP 826976/PR, Relator Ministro Castro Meira, *DJ* de 1/9/2006; AgRg no REsp 504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, *DJ* de 17/5/2004; RESP 263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, *DJ* de 22/8/2005 e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, *DJ* de 22/4/2003.

II. A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/1991 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores, máxime porque a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei 4.771/1965) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo.

¹ François Ewald e Kessler in “Lés noces du risque et de la politique” apud Paulo Affonso Leme Machado, in *Direito Ambiental Brasileiro*, 15ª Edição, 2007, Ed. Malheiros, São Paulo.

Precedente do STJ:RESP 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, *DJ* de 7/10/2002.

III. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que “(...) A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, § III, da Lei 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.

O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/1981, que instituiu a responsabilidade sem culpa.

Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. “É a responsabilidade pelo risco da atividade.” Na conceituação do risco aplicam-se os *princípios da precaução*, da prevenção e da reparação.

Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações(...) in *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327.

IV. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

V. É cediço em sede doutrinária que se reconhece ao órgão julgador da primazia da suscitação do incidente de uniformização discricionária no exame da necessidade do incidente porquanto, por vezes suscitado com intuito protelatório.

VI. Sobre o tema leciona José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, *litteris*: “(..)No exercício da função jurisdicional, têm os órgãos judiciais de aplicar aos casos concretos as regras de direito. Cumpre-lhes, para tanto, interpretar essas regras, isto é, determinar o seu sentido e alcance. Assim se fixam as teses jurídicas, a cuja luz hão de apreciar-se as hipóteses variadíssimas que a vida oferece à consideração dos julgadores.(...) Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa de força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social.

Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão(…)” pp. 4-5.

VII. Deveras, a severidade do incidente é tema interdito ao STJ, ante o óbice erigido pela Súmula 7.

VIII. O pedido de uniformização de jurisprudência revela caráter eminentemente preventivo e, consoante cediço, não vincula o órgão julgador, ao qual a iniciativa do incidente é mera faculdade, consoante a *ratio essendi* do art. 476 do CPC. Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 620276/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* de 1/8/2006; EDcl nos EDcl no RMS 20101/ES, Relator Ministro Castro Meira, *DJ* de 30/5/2006 e EDcl no AgRg nos EDcl no CC 34001/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, *DJ* de 29/11/2004.

IX. Sob esse ângulo, cumpre destacar, o mencionado incidente não ostenta natureza recursal, razão pela qual não se admite a sua promiscua utilização com nitida feição recursal,

especialmente porque o instituto *sub examine* não é servil à apreciação do caso concreto, ao revés, revela meio hábil à discussão de teses jurídicas antagônicas, objetivando a pacificação da jurisprudência interna de determinado Tribunal.

X. Recurso especial desprovido.

(STJ), REsp 745.363/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/9/2007, *DJ* 18/10/2007 p. 270, grifo acrescido)

Ambiental. Liminar concedida em ação de manutenção de posse ajuizada pelo Incra. Desocupação de área destinada ao depósito de resíduos sólidos - lixão. Ocorrência de danos ao meio ambiente. Inércia do Município em transferir o depósito de local. Incidência do princípio da precaução. Agravo parcialmente provido.

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Itaituba/ PA, em face de decisão nos autos de ação de manutenção de posse ajuizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, na qual o magistrado *a quo* deferiu liminar para determinar a desocupação de área utilizada pelo Município para o depósito de resíduos sólidos (lixão).

II. A questão de fundo do presente agravo - a propriedade da área em litígio - somente será definida nos autos da ação principal, finda a instrução processual.

III. A utilização da área como depósito de lixo pelo Município agravante vem causando sérios danos ao meio ambiente e riscos à saúde da população local, em razão das diversas irregularidades apuradas, como o depósito de lixo hospitalar junto com o lixo doméstico, ausência de proteção para os adultos e crianças que recolhem o lixo sem equipamentos de proteção e contaminação do lençol freático. A área não guarda a distância necessária do aeroporto local, causando riscos à navegação aérea, em razão da atração que tais depósitos de lixo exercem sobre urubus, aves responsáveis por inúmeros acidentes aéreos.

IV. Restou comprovada a leniência do Município de Itaituba para com a questão, ao longo dos últimos sete anos, apesar de reiteradas advertências do Ibama e da Secretaria Executiva de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente do Estado do Pará quanto à degradação da área e o perigo para a população.

V. Diante do risco ou da probabilidade de dano à natureza, e não apenas na hipótese de certeza, o dano este deve ser prevenido. Incidência, na espécie, do princípio da precaução.

VI. Agravo de Instrumento parcialmente provido.

(TRF1, AG 2009.01.00.014193-0/PA, Rel. Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Quinta Turma, *e-DJFI* p.276 de 5/6/2009)

A comprovada ocorrência de danos ambientais na exploração do empreendimento faz com que sua existência seja vedada pela legislação atinente à espécie, mormente porque o decreto instituidor declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação as terras e benfeitorias localizadas dentro dos limites descritos em seu artigo segundo.

Correto, portanto, o Ibama, ao oficiar aos apelados em 5 de outubro de 1999, concedendo-lhes prazo para a desocupação do imóvel, fls. 21/2.

Não ocorreu a alegada caducidade do Decreto que instituiu o Parque Nacional da Chapada dos Guimarães. A leitura do respectivo texto, acima transcrito, revela que o prazo de quatro anos diz respeito, tão somente, à execução do respectivo plano de manejo. Transcrevo novamente:

“Art. 6º Fica estabelecido o prazo de 4 anos, a contar da data de publicação deste Decreto, para a execução do Plano de Manejo do Parque Nacional da Chapada dos Guimarães.”

Pelo exposto, dou provimento a apelação do Ibama e à remessa oficial, tida por interposta, para reformar a sentença recorrida, invertendo a condenação em honorários e aos ônus da sucumbência.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0018192-10.2000.4.01.3300

Apelação Cível

2000.33.00.018195-2/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado: Jose Souza de Santana
Advogado: Dr. Walfredo Thales de Amorim e Souza
Remetente: Juízo Federal da 10ª Vara – BA
Publicação: e-DJF1 de 8/3/2010, p. 94

Ementa

Constitucional e Administrativo. Recursos repassados pela Petrobrás a título de fundo especial. Incompetência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação dos recursos pagos ao município. Precedente do STF.

I. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o Tribunal de Contas da União não tem competência para fiscalizar a aplicação dos recursos provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, nos termos da Lei 7.525/1986, uma vez que se trata de receita originária do ente federativo (MS 24.312/DF).

II. Nulidade das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União na apreciação das contas do autor, ex-prefeito do Município de Governador Mangabeirão/BA, relativas aos recursos do Fundo Especial (royalties de petróleo).

III. Remessa necessária e apelação a que nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária e à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 22/2/2010.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, relatora

Relatório

AExma.Sra.DesembargadoraFederalMariaIsabel Gallotti Rodrigues: – Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela União contra sentença que, em ação de nulidade, julgou procedente o pedido formulado por José Souza de Santana, para declarar nulos os acórdãos do TCU 202.474/1996, 4.085/1990, 250.182/1992, 250.569/1995 e 250.298/94-5, que julgou irregulares as contas do autor, ex-prefeito do Município de Madre de Deus/BA, relativas aos recursos do Fundo

Especial (royalties de petróleo), ao fundamento de que o TCU não detém competência para fiscalizar a aplicação desse tipo de repasse.

Irresignada, recorre a União (fls. 358/364), sustentando, em síntese, que a) o fato de o Tribunal de Contas ter oferecido quitação, não significa que as contas deveriam ter sido julgadas regulares, apesar de extemporâneas; b) o fato das contas terem sido julgadas irregulares, não significa que, obrigatoriamente, tenha que existir débito por conta do gestor público; c) é incontroverso o fato de que o apelado ser realmente

omisso no dever de prestar contas, referente a aplicação dos recursos recebidos do Fundo Especial no exercício de 1988; d) o autor pleiteou a nulidade do acórdão do TCU sob fundamento de ausência de contraditório e ampla defesa, direito que foi garantido e exercido; e) é indubitável a competência constitucional do TCU para promover atos de fiscalização, e investir-se do poder-dever administrativo de julgar e aplicar sanções, acaso vislumbradas irregularidades, nos termos do art. 71, XI, da CF/1988.

Nesses termos, requer seja reformada a sentença para julgar totalmente improcedente o pedido do autor.

Sem contrarrazões (fl. 365-v), os autos subiram ao Tribunal para julgamento.

Em virtude de redistribuição, os autos vieram-me conclusos para julgamento (fl. 367-v).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Trata-se de ação de desconstituição de ato jurídico proposta por José Souza de Santana com o objetivo de desconstituir acórdão do Tribunal de Contas da União que julgou irregulares as contas do autor, ex-prefeito do Município de Governador Mangabeirão/BA, relativas aos recursos do Fundo Especial (Royalties).

A sentença julgou procedente o pedido, ao fundamento de que o TCU não tem competência para apreciar as contas de municípios alusivas a recursos provenientes de royalties de petróleo.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de excluir da competência do Tribunal de Contas da União a fiscalização das receitas oriundas da exploração do petróleo, ao fundamento de se tratar de receita originária da unidade federada, conforme se vê do seguinte precedente:

Mandado de Segurança. Ato concreto. Cabimento. Exploração de petróleo, xisto betuminoso

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

e gás natural. Participação, em seu resultado, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Constituição Federal, art. 20, § 1º. Competência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro para a fiscalização da aplicação dos recursos oriundos desta exploração no território fluminense.

I. Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF.

II. Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º).

III. É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais.

IV. Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevaletentes.

V. Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto 1, de 11 de janeiro de 1991 (MS 24.312-1/DF, relatora Ministra Ellen Gracie, publicado no *DJ* de 19/12/2003).

Dessa forma, tem-se por inaplicável o art. 71, II, da Constituição Federal, considerando que não se trata de recursos repassados em razão de convênio celebrado entre a União e o Município – hipótese em que haveria interesse da União e, por conseguinte, competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar as contas correspondentes – mas indenização devida ao Município de Madre de Deus/BA pela extração de petróleo e outros minerais do seu território pela Petrobrás. Não se trata de receita própria da União que voluntariamente repassa aos entes federados, mas receita originária dos municípios, ante a compensação financeira da exploração do petróleo em seu território, como bem destacou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto vogal, ao apreciar o Mandado de Segurança 24.312-1/DF, nos seguintes termos:

(...)

Trata-se de receita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição. Cabe à lei disciplinar todo esse procedimento, e vemos isso no art. 8º, parágrafo único, da Lei 7.990, de 28/12/1989, quando se diz que:

Art. 8º

Parágrafo único. A compensação financeira, não recolhida no prazo fixado no *caput* deste artigo, será cobrada com os seguintes acréscimos: (...)

I – juros de mora...

II – multa de dez por cento...

Não nenhuma dúvida, inclusive para o legislador, de que não se trata de um repasse voluntário. Portanto, não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 71, inciso VI, da Constituição.

Sobre a questão, também se manifestou a Quinta e Sexta Turma desta Corte, *in verbis*:

Constitucional e Administrativo. Recursos repassados pela Petrobrás a título de Fundo Especial/Royalties ao Município de Angical/BA. Incompetência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar aplicação dos recursos. MS 24.312/DF do STF.

I. Pretende ex-prefeito municipal anular o Acórdão 41/2000 do Tribunal de Contas da União (Processo 250.680/1995-5), no qual lhe foi imputado débito no valor de Cr\$ 16.515,47, em razão de sua omissão no dever de prestar contas da aplicação de recursos do Fundo Especial/Royalties (Lei 7.525/1986) repassados pela Petrobrás ao Município de Angical/BA, no exercício de 1993.

II. No julgamento do MS 24.312/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Tribunal de Contas da União não tem competência para fiscalizar a aplicação dos recursos provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, nos termos da Lei 7.525/1986, uma vez que se trata de receita originária do ente federativo.

III. Apelação a que se dá provimento. (AC 000.33.00.013508-8/BA; Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, publicado no *e-DJFI* em 22/9/2009, p. 551).

Constitucional. Processual Civil. Ação anulatória de acórdão do Tribunal de Contas da União. Posterior declaração, pelo próprio TCU, de insubsistência dos acórdãos impugnados. Perda do objeto da ação.

I. Havendo o próprio Tribunal de Contas da União, diante de julgamento do Supremo Tribunal

Federal que declarou a incompetência da corte de contas para fiscalizar a aplicação de recursos provenientes da participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural (MS 24.312/DF, Relatora Min. *Ellen Gracie*), tornado insubsistentes os acórdãos impugnados, resta sem objeto a ação que buscava declarar a nulidade de tais acórdãos.

II. Apelação provida, para declarar a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

III. Sentença reformada, prejudicada a remessa oficial. (AC 2004.33.00.014864-5/BA, Rel. Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, publicado no *DJ* de 11/9/2006, p. 173).

Assim – considerando que os recursos repassados aos entes federados a título de royalties de petróleo e outros minérios decorrentes da exploração de seus territórios não sofrem a fiscalização do Tribunal de Contas da União, mas sim, das Cortes Estaduais e Municipais, uma vez que se trata de receita originária, o que afasta a ingerência do TCU – nego provimento à remessa necessária e à apelação.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 15222-87.1998.4.01.3500

Apelação Cível

1998.35.00.015237-8/GO

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
Apelante: União Federal (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Apelante: Barões Assinalados Importadora Exportadora e Distribuidora de CDs Ltda.
Advogada: Dra. Ana Maria Goffi Flaquer Scartezini e outros
Apeladas: União Federal (Fazenda Nacional) e outra
Publicação: e-DJF1 de 5/3/2010, p. 114

EMENTA

Tributário e Administrativo. Auto de infração. Tributos não recolhidos. Importação de mercadoria de origem Argentina, procedente de Zona Franca localizada no Uruguai. Certificado de origem do bem importado. Exigência legalmente prevista. Decreto 35019/1991, anexo II, artigos sétimo, nono, décimo, décimo primeiro e décimo terceiro. Tratado Mercosul. Inexistência do documento não suprida por simples declaração do fabricante. Autuação. Legitimidade. Autora condenada ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R\$ 300,00. Valor ínfimo. Majoração deferida.

- a) Recursos – Apelações em Ação Ordinária.
- b) Apelação da Ré – Majoração de honorários de advogado.
- c) Decisão de origem – Improcedente o pedido.
- d) Honorários de advogado – R\$ 300,00.
- e) Valor da causa – R\$ 35.000,00.

I. O Certificado de Origem, desde 22/11/1991 (*Tratado Mercosul*), é documento essencial à obtenção de tratamento fiscal diferenciado na importação de produto oriundo de país integrante do *Mercosul*, mas submetido a finalização em outro, como *Zona Franca*, não sendo suficiente ao fim colimado simples declaração do fabricante.

II. Ao formalizar consulta à Diretoria do Departamento Técnico de Tarifas, a empresa, na realidade, tinha pleno conhecimento de que produtos procedentes de *Zonas Francas*, ainda que originários de países integrantes do *Mercosul*, estavam submetidos à exigência, legalmente prevista, do Certificado de Origem, restando àquele órgão técnico, tão somente, supor que a mercadoria seria “exportada diretamente da fábrica para o país de destino”, o que não ocorrera porque nos campos destinados às informações referentes ao país de *origem*, país de *procedência* e local de *embarque* da Declaração de Importação constam, respectivamente, “Argentina”, “Uruguai” e “Uruguai”.

III. Sendo *incontroverso* o fato de que empresa localizada no *Brasil* importara mercadoria produzida na *Argentina*, mas procedente de *Zona Franca* instalada no *Uruguai*, lídima a autuação por *inexistência do Certificado de Origem*, lavrada com espeque em previsão legal expressa.

IV. “O tratamento tributário preferencial tratado nos autos decorre de acordo firmado pelos estados integrantes do Mercado Comum do Sul (*Mercosul*) e se refere à origem da mercadoria apreendida, tendo sido instituído, para tal fim, o chamado ‘certificado de origem’, meio idóneo por intermédio do qual se pode atestar a autenticidade, veracidade e observância das disposições estabelecidas no Regulamento de Origem do Mercado

Comum do Sul (*Mercosul*). No instante em que a autoridade administrativa percebe qualquer tipo de inexatidão ou irregularidade formal no referido certificado, deverá, sim, para fins de tratamento tributário preferencial, exigir medidas necessárias ao resguardo do interesse fiscal ou à correção dos eventuais erros detectados.” (AMS 2004.81.00.007656-0/CE. Relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. TRF/5ª Região. Terceira Turma. *Unânime*. DJE 18/9/2009, pág. 461.)

V. “A árdua e sempre bela profissão do advogado, não apenas socialmente útil, mas imprescindível à convivência humana no estado de direito, não merece ser degradada nos dias atuais pela redução percentual dos honorários devidos aos que a exercem com dedicação e eficiência profissional.” (AC 39.693 TJMG. Rel. Desembargador Assis Santiago. Revista Forense, 251/291.)

VI. Honorários de advogados *aviltantes* são um estímulo a demandas infundadas, que devem ser coibidas, por ficarem “atravancando”, desnecessariamente, o Poder Judiciário.

VII. Apelação da Ré provida.

VIII. Recurso da Autora denegado.

IX. Sentença reformada *parcialmente*.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso de Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e negá-lo ao interposto pela Autora.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 2/2/2010.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Catão Alves*: – Vistos, etc. *Barões Assinalados Importadora Exportadora e Distribuidora e CDs Ltda.*, empresa qualificada nos autos, moveu *Ação Anulatória de Débito Fiscal à União Federal (Fazenda Nacional)*, pretendendo nulidade de Auto de Infração lavrado por inexistência de *Certificado de Origem*, exigido em operação de importação de mercadoria fabricada na *Argentina*, mas procedente de *Zona Franca* localizada no *Uruguai*, ao argumento de que o lançamento dele decorrente não pode prevalecer, seja por ter feito a importação *após* e nos termos de consulta feita ao órgão competente para opinar sobre a matéria, seja por ter a Ré, reconhecida a ilegitimidade da exação fiscal, ao invés de cancelá-la, alterado o critério jurídico que a lastreara, pormenor que a tornara nula.

2. Feita a citação, contestado e julgado improcedente o pedido, as partes, mediante recursos de Apelação regularmente respondidos, pleiteiam modificação da sentença que dirimiu a controvérsia, limitado o pedido da União Federal (Fazenda Nacional)

à majoração do valor fixado a título de condenação em honorários de advogado e argumentando a Ré que deixara de apresentar o documento exigido porque, antes de formalizar a operação, fora orientada pela Diretoria do Departamento Técnico de Tarifas, da Secretaria de Comércio Exterior, que afirmara não ser sujeita ao pagamento da TEC “já que está sendo produzida na Argentina e não na Zona Franca e supomos que será exportada diretamente da fábrica para o país de destino”. (Fls. 205.) (Grifei.)

3. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Catão Alves*: – I. Insurge-se a Autora contra sentença que julgara improcedente seu pedido de declaração de nulidade de Auto de Infração, decorrente da inexistência do *Certificado de Origem*, admitindo, conseqüentemente,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

a exigência do Imposto de Importação e do Imposto Sobre Produtos Industrializados sobre mercadoria fabricada na *Argentina*, mas procedente de *Zona Franca* localizada no *Uruguai*.

2. Alega a Apelante, entre outros motivos para seu inconformismo, que importara produtos da indústria fonográfica e de eletrônicos da *Argentina* durante a implantação do *Mercosul*, cujas regras, à época, davam ensejo a dúvidas frequentes, tendo a operação, contudo, seguido orientação da Diretoria do Departamento Técnico de Tarifas, da Secretaria de Comércio Exterior, que afirmara não ser sujeita ao pagamento da TEC “já que está sendo produzida na Argentina e não na Zona Franca e supomos que será exportada diretamente da fábrica para o país de destino”. (Fls. 205.)

3. Apela, também, a União Federal (Fazenda Nacional), contra a parte da sentença que estabeleceu em R\$ 300,00 (trezentos reais) a condenação a título de honorários de advogado, embora seja de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) o valor da causa.

4. Observa-se, pelo compulsar do processo, que a *consulta* feita pela Autora para certificar-se da possibilidade de dispensa do Certificado de Origem, e o respectivo resultado, foram formalizados nestes termos:

Pergunta da Importadora

(...)

IV. O fato de uma empresa estar localizada em região de Zona Franca, sujeita o produto a ser interpretado como de terceiro país, sabendo-se que originariamente o produto é de um Estado-Parte? Um exemplo específico: A *empresa X*, de *Zona Franca de Montevideú*, contrata a indústria *Y* da *Argentina* para *fabricação* de CDs (Compact Disc), cujo produto é *comercializado e distribuído (exportado) pela empresa X* aos demais países do Bloco. Nesse caso, o fato da empresa *X* ser de *Zona Franca* sujeita o produto a ser interpretado como de terceiro país?

Informo, para a hipótese tratada, que:

O código do produto “CD” (nomenclatura do *Mercosul*) é 8524.90.10, o qual não consta da lista da Decisão 23 (*não estando sujeito a controle/certificado de origem*).” (Fls. 23/24.) (Grifei e destaquei.)

Resposta do Departamento Técnico de Tarifas

(...)

IV. As Zonas Francas, Zonas de Processamento de Exportação e Áreas Aduaneiras Especiais foram tratadas na Decisão / CMC 8/1994 do Conselho Mercado Comum que, no seu Artigo 2º, diz o seguinte:

Artigo 2º - Salvo decisão em contrário, os Estados-Partes aplicarão a Tarifa Externa Comum ou, no caso de produtos excepcionados, a tarifa nacional vigente, às mercadorias provenientes de zonas francas comerciais, de zonas francas industriais, de zonas de processamento de exportações e de áreas aduaneiras especiais, *sem prejuízo das disposições legais vigentes em cada um deles para o ingresso desses produtos ao(“sic”) próprio país.*

No seu caso, entendemos que a mercadoria não está sujeita ao pagamento da TEC, já que está sendo produzida na Argentina e não na Zona Franca e *supomos que será exportada diretamente da fábrica para o país de destino.*” (Fls. 42/43.) (Grifei e destaquei.)

5. Nessa circunstância, não há dúvida de que, ao formalizar a consulta, a Autora, na realidade, tinha pleno conhecimento de que, para produtos *procedentes* de *Zonas Francas*, ainda que *originários* de países integrantes do *Mercosul*, já havia exigência, legalmente prevista, do *Certificado de Origem*, restando ao órgão técnico, tão somente, *supor* que a mercadoria seria “*exportada diretamente da fábrica para o país de destino*”, o que não ocorrera porque nos campos destinados às informações referentes ao *país de origem*, *país de procedência* e *local de embarque* da Declaração de Importação constam, respectivamente, “*Argentina*”, “*Uruguai*” e “*Uruguai*”, minudência que torna sem espeque a alegação de que “*reconheceu a autoridade competente, portanto, a inexigibilidade da apresentação do Certificado de Origem (...)*”. (Fls. 23/24, 25, 43 e 209.) (Grifei e destaquei.)

6. Não fora isso, prescrevem os arts. 7º, 9º, b, III, 10º, a e b, 11º e 13º do Anexo II ao Decreto 350/91:¹

Artigo sétimo. Para fins do cumprimento dos requisitos de origem, os materiais e outros insumos, originários do território de qualquer

¹Decreto 350, de 21/11/1991, publicado no D.O.U. de 22/11/91 (Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL).

dos Estados Partes, incorporados por um Estado Parte na elaboração de determinado produto, SERÃO CONSIDERADOS ORIGINÁRIOS DO TERRITÓRIO DESTE ÚLTIMO.

(...)

Artigo nono. Para que as mercadorias originárias se beneficiem dos tratamentos preferenciais, as mesmas deverão ter sido expedidas DIRETAMENTE DO PAÍS EXPORTADOR AO PAÍS IMPORTADOR. Para tal fim, se considera EXPEDIÇÃO DIRETA:

(...)

b) As mercadorias transportadas em trânsito por um ou mais países não participante, com ou sem transbordo ou armazenamento temporário, sob a vigilância de autoridade alfandegária competente em tais, sempre que:

(...)

III) não sofram, durante o transporte e depósito, nenhuma operação distinta às de carga e descarga ou manuseio para mantê-las em boas condições ou assegurar sua conservação.

Artigo décimo. Para os efeitos do presente Regime Geral se entenderá:

a) que os produtos procedentes das Zonas Francas situadas nos limites geográficas de qualquer dos Estados Partes deverão cumprir os requisitos previstos no presente regime geral;

b) que a expressão 'materiais' compreende as matérias primas, os produtos intermediários e as partes e peças utilizadas na elaboração das mercadorias.

Artigo décimo primeiro. Para que a importação dos produtos originários dos Estados Partes possa beneficiar-se das reduções de gravames e restrições outorgadas entre si, na documentação correspondente às exportações de tais produtos deverá constar uma declaração que certifique o cumprimento dos requisitos de origem estabelecidos de acordo com o disposto no Capítulo anterior.

(...)

Artigo décimo terceiro. Os certificados de origem emitidos para os fins do presente Tratado terão prazo de validade de 180 dias, a contar da data de sua expedição. (Grifei e destaquei.)

7. Verifica-se, pela leitura dos dispositivos legais transcritos no item anterior, que, desde 22/11/1991, o Certificado de Origem é *requisito essencial* para fazer

jus ao tratamento diferenciado pretendido pela Autora e que, para efeito de importação de produto oriundo de um país integrante do *Mercosul*, *Argentina*, como exemplo, mas submetido a processo de *finalização* em outro Estado-Parte, como *Zona Franca* do *Uruguai*, aquela será considerada originária do território do último, ou seja, submetida à exigência do *Certificado de Origem*, não sendo suficiente, para esse mister, simples declaração da fabricante, acostada a fls. 34.

8. Assim, não tendo o produto seguido *diretamente da fábrica, na Argentina, para o destino final, Brasil*, como, aliás, ressaltava o órgão de consulta (fls. 43 e 211), não merece acolhida o apelo.

9. No julgamento de controvérsia com semelhante causa de pedir, têm decidido as Egrégias Cortes Regionais Federais da 2ª, 4ª e 5ª Regiões:

Tributário. Imposto de Importação. Alíquota zero. Mercosul. Certificado de origem do bem importado.

I. Do art. 14 do Decreto 1.568, de 21/7/1995, que dispõe sobre a execução do Oitavo Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 18, assinado por representantes do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, infere-se ser necessário, para que os produtos originários dos países signatários se beneficiem de tratamento fiscal diferenciado, no caso, a incidência de alíquota 0% para o Imposto de Importação, que sejam acompanhados dos respectivos certificados de origem, documento que comprova serem os bens originários daqueles países, sob pena de privilegiar países não componentes do Mercosul. Ausência do certificado impossibilitando o favor fiscal.

II. Quanto ao agravo retido, interposto pela União Federal/Fazenda Nacional, em face do despacho que recebeu a apelação no duplo efeito, não há como prosperar, uma vez que, somente quando a sentença for concessiva de segurança é que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo a apelação contra ela interposta, de acordo com o parágrafo único do artigo 12, da Lei nº 1.533/51.

III. Apelação e agravo retido improvidos.”(AMS2000.02.01.023958-0/RJ. Relator Desembargador Federal Eugênio Rosa de Araújo. TRF/2ª Região. Terceira Turma Especializada. *Unânime. DJI. 29/3/2006. pág. 294.*) (Grifei e destaquei.)

Mercadoria importada de país do Mercosul. Acordo de complementação econômica 18. Isenção do Imposto de Importação. Certificado de origem. Informações obrigatórias. Desconsideração.

I. Pelo acordo de Complementação Econômica 18, firmado entre os países do Mercosul, e promulgado pelo Decreto 550/1992, os países signatários se comprometeram a eliminar todos os gravames e restrições ao comércio recíproco, aí incluídos os impostos aduaneiros. No acordo, a única exigência para que haja a redução da alíquota do imposto é que o produto seja originário de país signatário (certificado de origem), dentre os quais a Argentina.

II. A IN SRF 149/2002, que dispõe sobre os procedimentos de controle e verificação de origem de mercadorias importadas de Estado-Parte do Mercosul, determina a desqualificação do Certificado de Origem no caso de emissão fora dos padrões exigidos (arts. 5º e 10).

III. O certificado de origem apresentado pela parte autora não observou o formulário/modelo indicado em lei, não atendendo aos campos cujo preenchimento é obrigatório.

IV. Não há ilegalidade no procedimento do fisco no indeferimento do benefício fiscal pretendido, uma vez que a parte autora não logrou comprovar sua condição de beneficiária, na forma da lei, como era seu ônus. (AMS 2005.71.03.000908-1/RS. Relator Desembargador Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. TRF/4ª Região. Segunda Turma. *Unânime*. D.J. 26/7/2006. pág. 722.) (Grifei e destaquei.)

“Processo Civil. Mandando de Segurança. Imposto de Importação. Isenção. Mercosul. Certificado de origem. Irregularidade.

I. O tratamento tributário preferencial tratado nos autos decorre de acordo firmado pelos estados integrantes do mercado comum do sul (Mercosul) e se refere à origem da mercadoria apreendida, tendo sido instituído, para tal fim, o chamado ‘certificado de origem’, meio idôneo por intermédio do qual se pode atestar a autenticidade, veracidade e observância das disposições estabelecidas no regulamento de origem do mercado comum do sul (Mercosul);

II. No instante em que a autoridade administrativa percebe qualquer tipo de inexatidão ou irregularidade formal no referido certificado, deverá, sim, para fins de tratamento tributário preferencial, exigir medidas necessárias ao resguardo do interesse fiscal ou à correção dos eventuais erros detectados;

III. No caso dos autos, malgrado tenha a CTN (Companhia Têxtil do Nordeste) realizado endosso em preto à impetrante, o referido certificado de origem permaneceu em seu nome, fato que levou a autoridade fiscal a exigir a assinatura de um termo de responsabilidade com a garantia de pagamento do tributo devido, até que se esclarecesse tal

divergência. Não há qualquer arbitrariedade em tal exigência, visto que a autoridade administrativa não atuou com discricionariedade, mas buscou resguardar a regularidade fiscal, e, ainda, atuou de forma vinculada à Instrução Normativa 149/2002 do Secretário da Receita Federal, que determina a retenção da mercadoria quando houver vício formal no preenchimento do certificado de origem;

IV. Apelação improvida. (AMS 2004.81.00.007656-0/CE. Relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. TRF/5ª Região. Terceira Turma. *Unânime*. DJE 18/9/2009, pág. 461.) (Grifei e destaquei.)

10. Nessa ordem de ideias, sendo *incontroverso* o fato de que empresa localizada no Brasil importara mercadoria produzida na Argentina, mas procedente de Zona Franca instalada no Uruguai, lídima a autuação por inexistência do *Certificado de Origem*, lavrada com espeque em previsão legal expressa.

11. Prescrevem o art. 20 e seus §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Grifei e destaquei.)

12. Nota-se, pela análise das normas supracitadas, que a fixação do valor referente a honorários de advogado decorre de apreciação equitativa *do juiz*, merecendo majoração ou redução, em segundo grau de jurisdição, apenas, se verificadas as hipóteses de valor exorbitante ou ínfimo, sendo a última a existente nestes autos.

13. Ao fazer-se uma apreciação equitativa, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (Código de Processo Civil, art. 20, § 4º), conclui-se que o valor arbitrado, R\$300,00 (trezentos reais), em causa de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), representa menos de 1% (um por cento) do atribuído à demanda. Consequentemente, além de *ínfimo*, *avilta* a profissão de advogado.

14. Outro não é o entendimento do Venerável Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Embargos de declaração. Juízo competente para fixação de verba. Honorária. Efeitos modificativos. Inexistência.

I. A controvérsia essencial dos autos restringe-se à fixação da verba honorária pela instância ordinária (art. 21, caput e parágrafo único, do CPC.)

II. Quanto à fixação de honorários advocatícios, o STJ, via de regra, mantém o valor estabelecido na origem, por força do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ; todavia, em situações excepcionais, quais sejam: condenação em patamares ínfimos ou exorbitantes, a jurisprudência deste Tribunal autoriza a revisão do quantum fixado no acórdão a quo.

III. A razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, pauta o arbitramento das verbas sucumbenciais. Logo, a verba honorária deve representar "quantum" que valora a dignidade do trabalho do advogado, e não locupletamento ilícito. No caso vertente, com o fito exclusivo de esclarecimento acerca do decisum ora embargado, registre-se que a fixação de verba honorária cabe ao juízo competente para a execução. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, nos termos do voto. (EAREsp 721.805/SP. Relator Ministro Humberto Martins. STJ. Segunda Turma. *Unânime*. DJE 27/3/2009.) (Grifei.)

"Bancário e Processo Civil. Recurso Especial. Juízo de admissibilidade. Fundamento constitucional. Deficiência na fundamentação. Dissídio não comprovado. Mútuo. Cláusulas abusivas. Exame de ofício. Impossibilidade. Impugnação a crédito em concordata. Honorários advocatícios. Revisão no âmbito do superior tribunal de justiça. Possibilidade nas hipóteses de fixação, pelo tribunal de origem, em valor ínfimo ou exagerado. Não se conhece do Especial que se assenta em negativa de vigência de dispositivo da Constituição Federal, tema afeito à competência do Supremo Tribunal Federal. - É inadmissível o recurso especial deficientemente

fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula nº 284, STF. - Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando não comprovado o dissídio jurisprudencial nos moldes legal e regimental. - Não se admite o exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Princípio do *'tantum devolutum quantum appellatum'*. - É possível a revisão, no STJ, do valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de honorários advocatícios, com fundamento no art. 20, § 4º, em hipóteses excepcionais, em que a quantia tenha sido fixada em valor ínfimo ou exagerado. Precedentes. - Se a verba honorária não corresponde a sequer 1% do valor da causa, deve a mesma ser considerada irrisória. Recurso especial da massa falida provido e do BNDES parcialmente provido. (REsp 962.915/SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi. STJ Terceira Turma. *Unânime*. DJE 3/2/2009.) (Grifei.)

Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução. Fixação equitativa do juiz. Obediência aos percentuais do § 3º do art. 20 do CPC. Desnecessidade. Revisão. Valor arbitrado em obediência ao princípio da razoabilidade.

I. No caso de fixação dos honorários advocatícios, conforme apreciação equitativa do juiz, não é necessário obedecer percentuais mínimo (10%) e máximo (20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, e não ao seu *caput*. Precedentes desta Corte.

II. A revisão do valor arbitrado a título de honorários advocatícios só pode ser revisto nesta Corte, em casos excepcionais, quando ínfimo, capaz de aviltar a profissão, ou exagerado, hipóteses não ocorrentes na espécie, vez que fixado em obediência ao princípio da razoabilidade.

III. Agravo regimental desprovido. (AGA 958.206/RJ. Relator Ministro Fernando Gonçalves STJ. Quarta Turma. *Unânime*. DJE 2/2/2009.) (Grifei e destaquei.)

15. E mais, honorários de advogado *aviltantes* são um estímulo a demandas infundadas, que devem ser coibidas, por ficarem "atravancando", desnecessariamente, o Poder Judiciário.

16. Diante disso, o recurso da União Federal (Fazenda Nacional) merece guarida, mesmo porque, como, elucidativamente, esclarece o Desembargador Assis Santiago, "a árdua e sempre bela profissão do advogado, não apenas socialmente útil, mas imprescindível à convivência humana no estado de direito, não merece ser degradada nos dias atuais pela redução percentual dos honorários devidos aos que a

exercem com dedicação e eficiência profissional. (AC 39.693/TJMG. Rel. Desembargador Assis Santiago. Revista Forense, 251/291.) (Grifei.)

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso de Apelação da Autora, e *dou-o* ao interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) para, reformando, *parcialmente*, a sentença discutida, elevar os honorários do seu advogado para 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É o meu voto.

Oitava Turma

Numeração Única: 0008955-15.2001.4.01.3300

Apelação Cível

2001.33.00.008955-7/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Apelado: Antonio Cesar Ferraz de Souza
Advogado: Dr. Nilton Jose Souza Ferreira
Rec. Adesivo: Antônio Cesar Ferraz de Souza
Remetente: Juízo Federal da 11ª Vara – BA
Publicação: e-DJF1 de 5/3/2010, p. 377.

Ementa

Processual Civil. Tributário. Mandado de Segurança. Quebra de sigilo bancário por procedimento administrativo. Lei Complementar 105/2001. Possibilidade. Retroatividade. Art. 144, § 1º, do CTN.

I. É possível a utilização das informações sobre a movimentação financeira do contribuinte quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, o que não viola o disposto no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988.

II. A utilização dessas informações para fins de apuração de crédito tributário, por ser de natureza procedimental, tem aplicação imediata e alcança mesmo fatos pretéritos.

III. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

IV. Recurso Adesivo a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, e negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto da relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 15/12/2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*: – Esta Apelação Cível e Recurso Adesivo foram interpostos pela União (Fazenda Nacional) e por Antônio César Ferraz de Souza, respectivamente, à sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada, *para o fim de determinar ao Impetrado que se abstenha de exigir*

apresentação das informações solicitadas no Termo de Início de Fiscalização 05100300 – 2001 – 00038.1, em relação às contas bancárias e instituições financeiras com as quais o postulante tenha mantido relações no ano de 1998.

A União (Fazenda Nacional), em razões apelação, sustenta que o *conhecimento de informações econômicas, e não divulgadas, sobre o contribuinte e o*

pedido de esclarecimento não afetam nenhum direito, mesmo porque a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, que não pode ou não ter se materializado antes da edição da LC 105/2001 e da Lei 10.174/2001, as quais, vale lembrar, não instituem nem aumentam tributo.

Por sua vez, o autor interpõe recurso adesivo à alegação de que a decisão deixou de prover o pedido em toda a sua plenitude, o que fez manter a possibilidade do Fisco de ter acesso às informações bancárias para fins de procedimentos fiscais e de autuar, multar ou aplicar qualquer sanção ao recorrente motivada pelas informações bancárias decorrentes de lançamentos anteriores a janeiro de 2001.

Afirma, ainda, que não pode prevalecer qualquer tese defendendo que o sigilo bancário sucumbiu pro força de Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, pois encontra-se firmado no nosso Ordenamento Jurídico a certeza de nenhuma norma pode sobrepor-se as Cláusulas Pétreas da Constituição Federal, nem mesmos Emendas Constitucionais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 123-136 e 150-155.

O representante do Ministério Público Federal, nesta instância, opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 161-166).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – O resguardo de informações bancárias era regido pela Lei 4.595/1964, reguladora do Sistema Financeiro Nacional e recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até a edição da Lei Complementar 105/2001.

Após a mencionada lei complementar, o acesso dos agentes fiscais às informações sobre a movimentação financeira do contribuinte — quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis

pela autoridade administrativa competente —, não viola o disposto no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988.

Isso porque os direitos e garantias individuais, como o sigilo bancário e aqueles referentes à intimidade e à privacidade, não se revestem de caráter absoluto e cedem em razão do interesse público, ou até mesmo diante de conflitos entre as próprias liberdades públicas, o que faz merecer cuidadosa interpretação, de forma a coordenar e harmonizar os princípios, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

No que se refere ao conflito de direitos e garantias fundamentais, assim leciona Alexandre de Moraes:

(...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os seus bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

(in Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003).

Assim, em determinadas hipóteses, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse individual, desde que se observe o princípio do devido processo legal.

Destaque-se ainda que o § 1º do art. 145 da Constituição Federal é o fundamento de validade de legislação capaz de assegurar ao Poder Público o conhecimento do patrimônio do contribuinte para fins de verificação de sua regularidade fiscal.

Assim, não há óbice constitucional para que o legislador edite norma que autorize a administração tributária a ter acesso a registros bancários dos contribuintes, especialmente quando — como o faz a LC 105/2001 — há indícios de infração fiscal que legitima a abertura de procedimento fiscal.

Ademais, os dispositivos legais citados apenas estabelecem um meio investigativo, um meio de apuração de fatos, referindo-se, dessarte, ao plano do Direito Processual. E, como cediço, uma vez que as regras de Direito Processual compreendem apenas o *modus operandi*, sem conter matéria relativa ao direito

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos e Cleberon José Rocha (convocados).

material, aplicam-se de imediato, a todo e qualquer período de tempo, salvo disposição em contrário.

Desse modo, a norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração de crédito tributário, por ser de natureza procedimental, tem aplicação imediata e alcança mesmo fatos pretéritos.

Colaciono, por oportuno, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Recurso Especial. Mandado de segurança. CPMF. Sigilo bancário. LC 105/2001 e Lei 10.174/2001. Uso de dados de movimentações financeiras pelo fisco. Possibilidade. Norma procedimental. Aplicação retroativa. Precedentes.

I. A Lei 4.595/1964 regulamentou o Sistema Financeiro Nacional. Essa lei autorizava a quebra de sigilo bancário tão somente em razão de ordem judicial.

II. A Lei 9.311/1966 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF. Especificamente o artigo 11 desse diploma, em sua redação original, dispôs que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento prestariam informações à Receita Federal, vedado, contudo, que tais dados fossem utilizados para constituição do crédito tributário.

III. Todavia, a Lei 10.174/2001, alterou a redação do § 3º, do artigo 11 da Lei 9.311/1996, e permitiu que os dados colhidos servissem de substrato para instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de créditos relativos a impostos e contribuições.

IV. A jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a alteração legislativa da Lei 10.174/2001 e 6º da Lei Complementar 105/2001 veiculam normas procedimentais e, com supedâneo no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, tais regras possuem aplicação imediata, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido em data anterior à vigência desses diplomas.

V. Recurso especial provido.

(REsp 1118630/SP, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJe* de 16/9/2009 sem grifo no original).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para denegar a segurança pleiteada, e nego provimento ao recurso adesivo.

É como voto.

Numeração única: 8459-86.2006.4.01.3307

Apelação Cível

2006.33.07.008460-6/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Apelado: Sindicato Rural Patronal de Vitória da Conquista - Bahia
Advogado: Dra. Cláudia Pereira Quadros e outros
Publicação: e-DJF1, de 16/3/2010, p. 286

Decisão

Fazenda Nacional interpõe recurso de apelação contra sentença que, proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Sindicato Rural Patronal de Vitória da Conquista-Bahia, decidiu a lide nos seguintes termos (fls. 1.458):

Mercê do exposto, julgo improcedente o pedido de reparação de danos morais e procedentes os demais pedidos formulados às fls. 41 em favor dos substituídos regularmente incluídos no âmbito desta ação para determinar a exclusão do registro dos seus nomes do Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin) e para declarar a nulidade:

1. das Portarias do Ministério da Fazenda 68, de 5/4/2004 e 2002, de 21/7/2004;
2. das certidões de dívida ativa elaboradas com base na Medida Provisória 2.196/2001;
3. das execuções fiscais promovidas com base nas certidões de dívida ativa mencionadas no item anterior.

Sustenta a apelante, em síntese: I) impossibilidade de inclusão de novos substituídos no curso da ação; II) constitucionalidade da cessão de crédito e da inscrição em Dívida Ativa previstas na Medida Provisória 2.196-3; III) “a cobrança da dívida pelo rito da LEF não converte o crédito não-tributário em crédito tributário. Diz o § 1º do art. 2º da Lei 6.830/1980 que ‘qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública’ (fls. 1.505); IV) “o débito cedido à União podia ser inscrito em Dívida Ativa da União, visto ser líquido, certo e vencido (exigível). Além disso, a inscrição de dívida não-tributária, como é o caso do crédito em execução, encontra amparo no disposto na Lei 4.320/1964, mormente o seu art. 39” (fls. 1.505); V) “as CDA’s que instruem os Processos Administrativos envolvidos apresentam-se integralmente regulares, atendendo cada um dos requisitos legais capazes de dar-lhes não só legitimidade forma, como de viabilizar a apreciação da legitimidade intrínseca, representada pelo título” (fls. 1.511); VI) legalidade da inscrição no Cadin; e VII) legitimidade ativa *ad causam* da Procuradoria da Fazenda Nacional “para figurar no pólo ativo das execuções fiscais que versem sobre a cobrança das dívidas oriundas de operações de crédito rural contratadas, originalmente, entre algumas instituições financeiras e contribuintes” (fls. 1.515).

Requer, ao final, seja provido o recurso e, em consequência, julgado improcedente o pleito autoral.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Sindicato Rural Patronal de Vitória da Conquista-Bahia (fls. 1.519-1.536).

O Ministério Público Federal – Procuradoria Regional da República da 1ª Região - opinou pelo provimento da apelação e da remessa oficial (fls. 1.555-1.572).

Devidamente relatado, fundamento e decido.

Inicialmente, rejeito a questão preliminar acerca da impossibilidade de inclusão de novos substituídos no curso da ação, uma vez que, conforme entendimento jurisprudencial assente “é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é dispensável a autorização expressa dos substituídos, sendo desnecessário

juntar aos autos a relação nominal dos filiados” (REsp 918.036/RS, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 18/9/2008, *DJe* 24/11/2008).

Nesse mesmo sentido:

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Ação coletiva. Sindicato. legitimidade ativa. Substituição processual. Ocorrência. Autorização. Substituído. Relação nominal. Desnecessidade.

I. Os Sindicatos têm legitimidade para representarem seus filiados em juízo, seja em ações coletivas ou mandamentais, pela substituição processual, sem necessidade de autorização expressa ou da relação nominal dos substituídos. Precedentes desta Corte.

II. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 934.400/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/3/2008, *DJe* 7/4/2008)

Direito Administrativo. Processual Civil. Servidor Público Estadual. Mandado de Segurança Coletivo. Sindicato. Legitimidade Ativa “ad causam”. Defesa dos interesses da categoria. Autorização. Relação nominal dos associados. Desnecessidade. Ofensa ao Art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Recurso Especial conhecido e improvido.

(...)

II. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o art. 3º da Lei 8.073/1990, em consonância com o art. 5º, XXI e LXX, da Constituição Federal, autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em Juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, razão por que torna-se desnecessária a autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

III. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 780.660/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 6/9/2007, *DJ* 22/10/2007 p. 353)

Passo, na sequência, ao julgamento do mérito recursal.

Por ocasião da análise de pedido de efeito suspensivo no Agravo de Instrumento 2006.01.00.028828-4/BA, no ano de 2006, confirmei a decisão proferida pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista (fls. 1.067-1.069), que determinou liminarmente as seguintes providências (fls. 77):

À vista do exposto, concedo a liminar requerida para determinar a suspensão:

a) das execuções fiscais promovidas pela União neste juízo em relação aos substituídos processuais listados às fls. 53-4 e 64-5 com base em dívidas oriundas de crédito rural;

b) dos efeitos das inscrições em dívida ativa efetivadas com base na Medida Provisória 2.196-3 que tenham por base créditos de natureza rural cedidos à União.

Ocorre que, submetida a questão controvertida à apreciação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, em última instância, a interpretação das questões infraconstitucionais, consolidou entendimento, *nos moldes do artigo 543-C do Código de Processo Civil*, diametralmente contrário aos fundamentos contidos na sentença recorrida, vejamos:

Tributário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Embargos à Execução Fiscal. Cédula Rural Hipotecária. MP 2.196-3/2001. Créditos originários de operações financeiras cedidos à União. MP 2.196-3/2001. Dívida ativa da União. (...).

I. Os créditos rurais originários de operações financeiras, alongadas ou renegociadas (cf. Lei 9.138/1995), cedidos à União por força da Medida Provisória 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal - não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si -, conforme dispõe o art. 2º e § 1º da Lei 6.830/1990, verbis: “Art. 2º Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerada dívida ativa da Fazenda.” 2. Precedentes: REsp 1103176/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/5/2009, *DJ* 8/6/2009; REsp 1086169/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/3/2009, *DJ* 15/4/2009; AgRg no REsp 1082039/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/4/2009, *DJ* 13/5/2009; REsp

1086848/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/12/2008, DJ 18/2/2009; REsp 991.987/PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, DJe 19/12/2008.

(...)

VI. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1123539/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Seção, julgado em 9/12/2009, DJe 1/2/2010)

Dada a sua clareza e importância à solução da lide, transcrevo os fundamentos do referido precedente:

A “vexata quaestio” diz respeito à nulidade da CDA, embasada sobre créditos não-tributários oriundos de operações de créditos rurais cedidos pelo Banco do Brasil à União, conforme a Medida Provisória 2.196-3/2001.

Deveras, verifica-se que os créditos rurais, originários de operações financeiras alongadas ou renegociadas (cf. Lei 9.138/1995), cedidos à União por força da Medida Provisória 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal, conforme dispõe o art. 2º e § 1º da Lei 6.830/1990, “*verbis*”:

“Art. 2º Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerada dívida ativa da Fazenda.”

Analisando questão similar, por ocasião do julgamento do Resp 1.022.746/PR, DJ de 22/9/2008, a Min. Eliana Calmon, com a percurciência costumeira, assentou que, “*in verbis*”:

“A cessão de crédito difere da novação da dívida por não implicar na extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação. Por óbvio, nada se transforma nos seus elementos objetivos.

A cessão discutida nos autos se operou por força da MP 2.196-3/2001, que no art. 2º dispõe:

Art. 2º Fica a União autorizada, nas operações originárias de crédito rural, alongadas ou renegociadas com base na Lei 9.138, de 29 de novembro de 1995, pelo BB, pelo Basa e pelo BNB, a:

I - dispensar a garantia prestada pelas referidas instituições financeiras nas operações cedidas à União;

II - adquirir, junto às empresas integrantes do Sistema BNDES, os créditos decorrentes das operações celebradas com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador ou com outros recursos administrados por aquele sistema;

III - receber, em dação em pagamento, os créditos contra os mutuários, correspondentes às operações a que se refere o inciso II;

IV - adquirir os créditos correspondentes às operações celebradas com recursos das referidas instituições financeiras; e

V - receber, em dação em pagamento, os créditos correspondentes às operações celebradas com recursos do Tesouro Nacional.

§ 1º As operações a que se referem os incisos II a V serão efetuadas pelo saldo devedor atualizado.

A partir do advento da referida medida provisória, deu-se a cessão por lei dos créditos (saldos devedores atualizados) titularizados pelo Banco do Brasil S/A em favor da União, tendo em vista o fortalecimento das instituições financeiras federais.

A notificação do devedor na cessão de créditos é condição para a eficácia do negócio jurídico e direito do devedor, na medida em que este deve saber a quem pagar. A recorrente não se insurge contra a cessão em si, mas contra a forma de cobrança que, ao seu sentir, onerou sua condição de devedora, agregando ao débitos maiores garantias que as pactuadas, além de incidir juros de mora não pactuados, como a Taxa Selic.

Não observo qualquer mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal. Diversamente do que entende a recorrente, a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/1980, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si.

Nesse sentido o § 2º do art. 2º da mesma lei:

Art. 2º. Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Nessa linha:

Processo Civil e Tributário. Violação do Art. 535 do CPC. Fundamentação Deficiente. Súmula 284/STF. Execução Fiscal. Dívida ativa “não tributária”. Cabimento.

I. Para que a violação ao art. 535 do CPC seja configurada é necessário que, no recurso especial, se demonstre em que o acórdão na origem foi omissivo, contraditório ou obscuro, indicando especificamente em que consistiu o defeito a ser sanado, sob pena de incidência da Súmula 284/STF.

II. A Lei 6.830/1980 é o veículo de execução da dívida tributária e da não tributária da Fazenda Pública, estando ambas atreladas às regras da Lei 4.320, de 17/3/1964, que disciplina a elaboração e o controle dos orçamentos de todos entes públicos do país.

III. As dívidas dos entes públicos de natureza “não tributária” seguem, portanto, o rito estabelecido pela Lei 6.830/1980.

IV. Recurso especial improvido.

(REsp 688.689/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/6/2005, DJ 15/8/2005 p. 277).

Não desconheço a linha doutrinária que pretende excluir do alcance da execução fiscal os créditos não decorrentes do exercício do poder de império da administração ou oriundos de atos típicos da pessoa política (PAUSEN, Ávila e Sliwka, Direito Processual Tributário. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165), mas onde a lei não restringe não cumpre ao intérprete restringi-la, e esta fala em qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei, o que me leva a defender que é a titularidade do crédito que autoriza a cobrança via execução fiscal.

Se o crédito é titularizado pela União (Fazenda Pública Nacional) não vejo como não atribuir à Fazenda Nacional sua cobrança. Por certo não é o cedente quem poderá promover-lhe a cobrança. Embora o art. 12, V, da Lei Complementar 73/1993 não seja claro, insta interpretá-lo extensivamente, sob pena de declarar-se lacuna inexistente, de forma que esta Corte entende perfeitamente possível a representação judicial da dívida ativa não tributária da União pela Fazenda Nacional.”

A jurisprudência dessa C. Corte quanto ao tema é pacífica no mesmo sentido:

Processual Civil. Tributário. Recurso Especial. Execução Fiscal. Cessão de crédito rural. MP 2.196/2001. União. Atual detentora do Crédito. Legitimidade da Cobrança. Precedentes de Ambas as turmas que compõem a Primeira Seção. Matéria legal não prequestionada. Súmula 282 do STF. Divergência jurisprudencial não demonstrada na forma do CPC e RISTJ. Recurso Especial conhecido em parte e não provido.

I. Demanda executiva fiscal promovida pela União contra Jorge Luiz Silveira Flôor objetivando cobrar débito proveniente de operações de crédito rural cedido à União pelo Banco do Brasil, nos termos da MP 2.196-3/2001.

II. O acórdão do TRF da 4ª Região recebeu o seguinte resumo (fl. 239): Execução Fiscal. Cessão de créditos decorrentes de operações de crédito rural. Cessão pelo Banco do Brasil. MP 2.196-3/2001. Legitimidade da cobrança.

III. A matéria dos artigos 458, II, 535, II, do CPC não foi enfrentada pelo julgado atacado, pelo que incide a Súmula 282 do STF.

IV. Quanto ao dissídio jurisprudencial registro o descumprimento da norma procedimental dos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, tendo em vista a ausência de semelhança fática entre solução jurídica desenvolvida no acórdão atacado com a apresentada nos julgados paradigmas.

V. No mais, este colegiado, no julgamento do REsp 1.086.169/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 15/4/2009, seguindo a linha de pensar adotada pela Segunda Turma, analisou tema similar ao do presente apelo, tendo sido firmado, em síntese, os seguintes entendimentos: - (a) “a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação”; (b) inexistente “mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal”, pois “a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/1980, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si” (REsp 1.022.746/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22/9/2008).

VI. Recurso especial em parte conhecido e não provido.

(REsp 1103176/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/5/2009, DJe 8/6/2009)

Processual Civil. Execução Fiscal. Cessão de Crédito Rural. MP 2.196/2001. Titularidade da União. Possibilidade de inscrição em dívida ativa e cobrança com base na Lei 6.830/1980. Precedentes.

I. Hipótese de execução fiscal destinada à cobrança de valores provenientes de operações de alongamento de dívidas originárias de crédito rural, ao amparo da Lei 9.138/1995, posteriormente repassados à União, nos termos do art. 2º da MP 2.196/2001.

II. A Segunda Turma desta Corte firmou o entendimento de que: (a) “a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação”; (b) inexistente “mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal”, pois “a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/1980, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si” (REsp 1.022.746/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 22/9/2008).

III. Recurso especial provido, para que se dê prosseguimento à execução fiscal, afastada a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários, relativamente à exceção de pré-executividade. (REsp 1086169/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/3/2009, *DJe* 15/4/2009)

Execução Fiscal. Crédito Rural. Inscrição em dívida ativa. Possibilidade. Agravo Regimental não provido.

I. Encontra-se consolidado nesta Segunda Turma o entendimento no sentido da legalidade da inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal de créditos rurais cedidos à União.

II. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1082039/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/4/2009, *DJe* 13/5/2009)

Processo Civil. Civil. Cessão de crédito rural. MP 2.196-3/2000. Presunção de constitucionalidade. CDA. Requisitos. Art. 349 do CC/2002. Inovação objetiva da dívida. Ausência de prequestionamento. Súmula 320/STJ. Execução Fiscal. Titularidade do crédito. Validade. Dívida ativa não tributária. Inscrição em dívida ativa. Incidência de encargos decorrentes. Validade. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo. Transcrição de ementas.

I. A abordagem da questão jurídica unicamente no voto vencido não satisfaz o requisito do prequestionamento, nos termos da súmula 320/STJ.

II. Embora o STJ como Corte de Justiça possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela EC 32/2001.

III. Cabível a cobrança via execução fiscal de quaisquer créditos titularizados pela Fazenda Pública. Precedentes do STJ.

IV. Inexistência de inovação objetiva do crédito cedido pela inscrição em dívida ativa, fato gerador que autoriza a incidência de novos encargos dela decorrentes.

V. É requisito formal da comprovação do dissídio jurisprudencial o confronto analítico entre os julgados em testilha para evidenciar a semelhança fática e a conclusão jurídica diversa.

A transcrição de ementas, neste contexto, equivale à deficiência do recurso, nos termos da súmula 284/STF.

VI. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1086848/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/12/2008, *DJe* 18/2/2009)

Processual Civil. Tributário e Financeiro. Dívida ativa. Execução Fiscal. Crédito rural. Transferência para a União. Medida Provisória 2.196-3/2001. Embargos de Declaração. Prequestionamento. Caráter Protelatório. Não-configuração. Exclusão da multa.

I. Para ser executado judicialmente no regime da Lei 6.830/1980, o crédito, qualquer que seja a sua origem, deve estar na titularidade da Fazenda Pública, gozar dos atributos da liquidez e certeza e ser inscrito na respectiva dívida ativa, observadas as formalidades legais. Inteligência do art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964.

II. Os direitos relativos ao crédito rural foram transferidos para a União, incorporando-se à dívida ativa deste ente federativo. Possível, dessa forma, a cobrança pelo rito da Lei 6.830/1980. Precedente: REsp 1.022.746/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon.

III. Exclui-se a multa do artigo 538, parágrafo único, do CPC quando os embargos de declaração almejam prequestionar a legislação federal. Incidência da Súmula 98/STJ.

IV. Recurso Especial provido. (REsp 991.987/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, *DJe* 19/12/2008)

Ex positis, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dou-lhe provimento.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 8/2008).

É o voto.

De igual forma, todas as demais questões discutidas nestes autos já foram solucionadas pelo Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Civil. Cessão de crédito rural. MP 2.196-3/2001. CDA. Requisitos. Apreciação vedada. Súmula 7/STJ. Execução Fiscal. Titularidade do crédito. Validade. Inovação objetiva da dívida. Não-ocorrência. Dívida ativa não tributária. Representação judicial da Fazenda Nacional. Inscrição em Dívida ativa. Incidência de Encargos Decorrentes. Validade. Resp pela alínea "c". Aplicação da Súmula 7/STJ.

(...)

IV. Compete à Fazenda Nacional representar judicialmente a Fazenda Nacional na cobrança de créditos titularizados pela União, nos termos do art. 12, V, da LC 73/1993.

(...)

VI. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1022746/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/8/2008, DJe 22/9/2008)

Agravo Regimental em Recurso Especial. Execução Fiscal. Ausência de particularização do dispositivo que o acórdão teria violado. Súmula 284/STF. Verificação da liquidez e certeza da CDA. Exceção de Pré-Executividade. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. Créditos Rurais cedidos à União. Dívida ativa não tributária. Execução Fiscal. Cabimento. Desnecessidade de notificação formal do devedor. Agravo improvido.

(...)

V. Desnecessária a notificação formal do devedor para a validade da transferência dos créditos rurais à União Federal, determinada pela Medida Provisória 2.196/2001.

VI. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1120886/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 17/11/2009)

Processo Civil. Cessão de Crédito Rural. Violação do Art. 535 do CPC. Inexistência. Requisito da CDA. Súmula 7/STJ. MP 2.196-3/2000. Presunção de constitucionalidade. Execução Fiscal. Titularidade do crédito. Dívida ativa não-tributária. Inscrição em dívida ativa. Possibilidade. Legitimidade da Fazenda Nacional para cobrança de créditos da União.

(...)

III. Embora o STJ possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela EC 32/2001.

(...)

VII. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

(REsp 1132468/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009)

Ante o exposto, rejeito a questão preliminar e dou provimento ao recurso de apelação da Fazenda Nacional para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito autoral, nos termos da fundamentação supra (CPC, art. 557, § 1º-A c/c RITRF/1ª Região, art. 30, XXVI).

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor da Fazenda Nacional, que ora arbitro em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, retornem os autos à origem.

Brasília, 2 de março de 2010.

Desembargadora Selene Maria de Almeida, relatora

Numeração única: 75622-08.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento

2009.01.00.066220-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Construtora Andrade Gutierrez S/A
Advogado: Dr. Daniel Barros Guazzelli e outros
Agravado: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Publicação: e-DJF1 de 18/3/2010, p. 131

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende Construtora Andrade Gutierrez S/A ver reformada a decisão que deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, para determinar que a impetrada se abstenha de cobrar ou exigir IRPJ e CSLL sobre os juros de mora e correção monetária creditados/recebidos (inclusive a Taxa Selic decorrente de depósitos judiciais levantados e de créditos e tributos recuperados), ressaltando que em relação aos juros de mora e a Taxa Selic, a abstenção da impetrada deve se restringir às hipóteses em que o valor principal a que estes se referem sejam parcelas indenizatórias, conforme fundamentação (fls. 440-444).

Sustenta a agravante que, com entrada em vigor da Lei 10.406/2002 (Novo Código Civil) em 11/1/2003 a natureza indenizatória dos juros de mora deixou de ser uma simples concepção de alguns e passou à categoria de lei, com todos os efeitos coercitivos que lhe são próprios, fato expressamente reconhecido no REsp. 1.037.452/SC, *leading case* (e verdadeiro divisor de águas) relatado pela Ministra Eliana Calmon.

Defende que, independentemente do caráter não indenizatório do principal, deve ser reconhecido o direito à não incidência da CSL e IRPJ sobre os juros de mora, uma vez que este sempre possui caráter de indenização.

Requer a reforma da decisão, para que seja determinado que a autoridade impetrada também se abstenha de cobrar ou exigir IRPJ e CSLL sobre os juros de mora (inclusive Selic) decorrentes de verbas remuneratórias (que compõem a apuração do lucro), ou seja, conceda a liminar nos exatos termos do pedido inicial.

A União apresentou contraminuta, em que alega bastar que ocorra a entrada de receita ou rendimento, para incidir o imposto, desde que não haja nenhum motivo que o exclua ou impeça a incidência. Dessa maneira, também os juros de mora são considerados como renda, pois constituem resultado da aplicação do capital, do trabalho ou a combinação de ambos, conforme estabelece o art. 43 do CTN. Pugna seja julgado improcedente o agravo.

Decido.

Em razão do *periculum in mora*, recebo o agravo de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

A pretensão da agravante consiste na suspensão da exigibilidade do IRPJ e da CSLL incidente sobre os juros de mora e a correção monetária, creditados e recebidos, inclusive a Taxa Selic decorrente de depósitos judiciais levantados e de créditos e tributos recuperados.

Relata, para tanto, que além de encargos decorrentes de inadimplência, a Impetrante também recebe, no exercício regular de suas atividades, juros e atualização monetária provenientes de depósitos judiciais e administrativos levantados (guias anexas) e de indébitos tributários (inclusive saldos negativos de IRPJ e de CSLL, como visto acima). Aliás, como ela possui diversas ações em andamento (MS 2005.38.00.020369-0, p. ex., andamento processual anexo), inclusive algumas em que foram/são feitos depósitos judiciais (ação 2003.38.00.022431-0, p. ex., guia de depósito

judicial anexa), é praticamente certo que a Impetrante também venha a levantar outros depósitos e a reaver outros créditos e tributos pagos indevidamente.

O foco da insurgência da agravante é incidência do IRPJ e da CSLL sobre a correção monetária e sobre os juros de mora relativos ao recebimento de faturas em atraso, aos depósitos judiciais levantados e aos créditos e tributos recuperados.

A decisão agravada assentou ser indevida a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a Taxa Selic e sobre os juros de mora somente se o principal tiver natureza de verba indenizatória, o que é objeto deste recurso.

No entanto, razão assiste à agravante, pois a não incidência dessas exações, no caso, decorre do fato de que os juros de mora, que também compõem a taxa Selic, representam indenização ao credor em virtude da inadimplência das faturas em atraso ou pela recuperação de tributos indevidamente pagos ou depositados judicialmente.

Não se trata de aplicar-lhes a mesma sorte do principal, dada a sua natureza acessória, mas do seu próprio cunho indenizatório, que o descaracteriza, assim como à Taxa Selic, como fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Comungo do entendimento explicitado no trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido no REsp 1037452/SC, *DJ* de 10/6/2008: a questão é simples e está ligada à natureza jurídica dos juros moratórios, que a partir do novo Código Civil não mais deixou espaço para especulações, na medida em que está expressa a natureza indenizatória dos juros de mora. No mesmo sentido o REsp 1090283/SC, relator Ministro Humberto Martins, *DJ* de 12/12/2008.

Aplicável ao caso em tela, para fins de suspensão de exigibilidade, o disposto no art. 151, III, do CTN.

Assim, dou provimento ao presente agravo, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, para suspender a exigibilidade do IRPJ e da CSLL sobre os juros de mora e sobre a correção monetária creditados/recebidos, inclusive a taxa Selic, decorrentes de inadimplência, depósitos judiciais levantados ou a levantar e de créditos e tributos recuperados ou a recuperar, independentemente da natureza indenizatória do montante principal, devendo, ainda, a autoridade impetrada se abster de negar a expedição de Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa em decorrência do objeto desta controvérsia.

Comunique-se ao MM. Juiz a quo para que dê cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 - 12, de 13/9/2004, do TRF – 1ª Região.

Brasília, 10 de março de 2010.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, relatora.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Santarém - PA
Autor: Ministério Público Federal
Publicação: *e-DJF1* de 12/3/2010, p. 183

Decisão

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF - 1ª Região, formulado pela União Federal em face de decisão da lavra do MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Santarém - PA que, nos autos da Ação Civil Pública 1516-09.2009.4.01.3902/PA, ajuizada pelo Ministério Público Federal, proferiu decisão acolhendo "...a postulação liminar, em ordem a subordinar a requerida a promover a sustação de todos os efeitos já implementados e os atos subseqüentes do procedimento licitatório impugnado nesta sede processual até posterior definição judicial, salvante a possibilidade de reajustamento administrativo dos termos da licitação ao procedimento finalizado de identificação e delimitação dos territórios das comunidades envolvidas que ocupam e utilizam a região abrangida e bem assim a revisão do Plano de Manejo da Floresta Nacional Sacará-Taquera, todos publicados na Imprensa Oficial" (fls. 15-17).

2. A Ação Civil Pública em comento foi proposta objetivando sustar o procedimento licitatório da concessão da Floresta Nacional Saracá-Taquera, localizada nos municípios de Faro, Oriximiná e Terra Santa, no Estado do Pará, sob o argumento de que o procedimento não observou a necessidade de prévia titulação dos territórios quilombolas, de prévia revisão do plano de manejo e de prévia identificação e delimitação das áreas ocupadas pelas demais comunidades locais.

3. Sustenta a requerente a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas, argumentando que manutenção da medida liminar atrasa a satisfação do interesse público primário, porque ensejará o comprometimento da programação planejada à execução de projeto que beneficiará não só o meio ambiente, mas também todas as populações envolvidas.

4. Ademais, continua a União Federal, a concessão da Floresta Nacional Saracá-Taquera, regida pelo edital de concorrência 1/2009, é parte de um projeto de compatibilização da conservação ambiental com a exploração econômica sustentável dos recursos florestais, pois trata-se de mecanismo criado pela Lei 11.284/2006 (Lei de Gestão de Florestas Públicas), que permite aos governos federal, estadual e municipal concederem a particulares o direito de explorar, de forma econômica e ambientalmente sustentável, bens e serviços em florestas públicas, e que dentre os objetivos da concessão florestal estão o combate ao desmatamento, a preservação dos ecossistemas, a preservação da biodiversidade e de valores culturais, bem como o estabelecimento de atividades que promovam o uso eficiente e racional das florestas, cumprindo-se os princípios que regem a exploração sustentável das florestas públicas, enumerados no art. 2º do diploma legal suprarreferido, tendo como critérios técnicos a redução do impacto ambiental, a criação de empregos locais e o grau de industrialização dos produtos florestais nas sedes dos municípios localizados no entorno da floresta.

5. Ao final, ressalta a possibilidade de ocorrência do chamado efeito multiplicador de decisões semelhantes.

É o relatório. Decido.

7. 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 ordinária, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria.

8. 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 41/2003. 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 7/4/2008. Tribunal Pleno. PP-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 10/4/2008 p. 1.)

9. 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 meio das vias ordinárias.

10. 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 20/3/2006, DJ 10/4/2006 p. 98).

11. Complemento a citação jurisprudencial com os seguintes precedentes do colendo STJ, destacando no voto do relator, eminente Ministro Edson Vidigal:

11.1. 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 à 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.

11.2.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).

12. Da mesma forma vemos na doutrina:

12.1. 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.

12.2. *In* Mandado de Segurança – Questões Controvertidas, Editora Podium, José Henrique Mouta Araújo, pp. 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 asseverou: ‘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.

12.2.1. Destaco ainda a nota 18, *idem*, p. 133: “Ordem pública não é sinônimo de ordem jurídica. Aquela está ligada a 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”.

13. 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 sustenta 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; delibação cabível e necessária do mérito do processo principal: precedente (AgSS 846, Pertence, DF 8/11/1996).

Sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni iuris* 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.

14. 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 delibação, 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 29/5/1996, DJ 8/11/1996, 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 iuris* 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.

15. O MM. Juízo de primeiro grau deferiu a medida liminar sob o argumento de que “a exploração florestal desprovida de planejamento cauteloso constitui potencial risco de depauperação ou dizimação dos componentes físicos daqueles valores dantes enumerados (fauna, flora e recursos hídricos), vindo mesmo a esvaziar a base empírica da promessa constitucional de resguardar ou minorar gravames impostos aos descendentes de quilombolas, cuja supremacia jamais pode ser considerada Inconsequente ou meramente declaratória”, e que “... referida tutela constitucional não pode estar dissociada dos mesmos valores que presidiram a formulação do preceito do art. 231, *caput*, ou seja, prestigiando ou tentando minimizar os impactos que “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” sofreram com a segregação racial e o tratamento escravagista, os quais, por sua vez, devem nortear a identificação das comunidades de remanescentes quilombolas dentro de um contexto multidisciplinar, com superlativo destaque para a conformação precedida de sondagem antropológica”.

16. Contudo, observo, em um exame preliminar, pela análise dos documentos acostados à peça inicial, que todas as cautelas foram adotadas, após estudos minuciosos que levaram em consideração as comunidades quilombolas e ribeirinhas existentes na área da Floresta Nacional Sacará-Taquera.

17. No documento de fls. 18 e seguintes – Informações de viabilidade técnica, econômica, sociocultural e ambiental do lote de concessão florestal –, temos, inicialmente, um estudo sobre os tipos de formações vegetais existentes na região e, entre elas, as que devem ser preservadas e aquelas passíveis de exploração (fls. 31-33).

18. Já as fls. 39-41, temos um estudo sobre as áreas de uso comunitário e de conservação. Vê-se. À fl. 40, que “Visando identificar as áreas comunitárias e garantir a não sobreposição destas com as UMFs, foram realizadas diversas reuniões com tais comunidades, algumas preliminares ao lançamento do pré- edital e outras posteriores a este, audiências e consultas públicas e verificações em campo, onde foram devidamente georreferenciadas as áreas comunitárias (moradias e áreas de uso de cada família). Assim, quando do desenho final das UMFs essas áreas comunitárias foram consideradas, guardado sempre uma distância mínima de 3 quilômetros da eventual área da UMF”.

19. A partir da fl. 54, verifica-se um estudo sobre a socioeconomia e população dos municípios sob influência da Flona Sacará-Taquera, o qual abrange desde as origens da ocupação territorial na região até o quantitativo populacional atual e os aspectos sociais, econômicos dos povos da região.

20. Tem-se, às fls. 56-57 que, “Dentre as áreas pleiteadas, quatro se encontram fora da Fiona (Território Trombetas, Erepecurú, Água Fria e Boa Vista). São três os pleitos que incluem área da Fiona: a) Território Moura, abrangendo a comunidade do Moura, localizada integralmente dentro da Fiona; b) Território Jamari, envolvendo as comunidades do Jamari, Palhal, Juquiri Grande, Juquirzinho e Último Quilombo do Erepecurú, residentes principalmente em área da Rebio mas vivendo do roçado e extrativismo também da área da Fiona; e c) Território Alto Trombetas, correspondendo às comunidades de Tapagem, Sagrado Coração de Jesus, Curuçá-Mirim, Mãe-Cué e Palhal, residentes na Fiona”, sendo que:

De todos estes territórios, somente Água Fria e Boa Vista já foram titulados. Este último recebeu a primeira titulação concedida em favor de quilombos no Brasil, reforçando a importância histórica dessas comunidades na região.

Por tal razão, buscando garantir a integridade dos territórios pleiteados por estas comunidades, as UMFs foram delimitadas respeitando tais limites e sempre a uma distância de aproximadamente três quilômetros do limite do território proposto pelas comunidades quilombolas. Ademais, os limites da UMF I foram traçados tendo como base o divisor de águas, de forma a atender a dois objetivos: a) o de seguir a mesma lógica prevista no laudo antropológico já realizado para o Território do Alto Trombetas, cujo limite é o divisor de águas, quando da definição dos territórios das duas comunidades remanescentes de quilombos na região (comunidades do Jamari e do Moura); e b) o de propiciar condições para que não haja escoamento de sedimentos e rejeitos da exploração florestal nos igarapés que deságuam diretamente no Rio Trombetas, evitando, assim, que possíveis impactos ambientais dessa exploração venham a ocorrer nas áreas quilombolas.

21. Das fls. 82 e seguintes, temos um levantamento minucioso sobre as comunidades residentes na Floresta Nacional de Saracá-Taquera, compostas por algumas comunidades de remanescentes quilombolas e outras comunidades ribeirinhas, localizadas ao longo do rio Trombetas, além da comunidade Jamari, ao sul da Floresta Nacional, já sob a jurisdição do Município de Terra Santa, o qual analisa os principais aspectos referentes à demografia, infra-estrutura e atividades sócio-econômicas.

22. Apesar de se tratar de exame de mérito do *decisum*, o que se faz tão somente para vislumbrar a existência ou não do *fumus boni iuris*, item 14 retro, é de se depreender que, em princípio, o procedimento licitatório da concessão da Floresta Nacional Saracá-Taquera foi precedido de estudos e de cautelas que visam a assegurar a preservação dos componentes culturais das comunidades quilombolas e ribeirinhas dentro ou sob sua área de influência procedimento.

23. Ademais, a cautela também foi no sentido de evitar a sobreposição das áreas ocupadas com essas comunidades com aquelas objeto das Unidades de Manejo Florestal.

24. Verifico, portanto, que a decisão atacada tem o condão de causar grave lesão à ordem pública, pois interfere na esfera de atuação da administração pública de fixar os limites e regras para a concessão do manejo florestal sustentável dessa floresta, concessão essa fundada no que dispõe a Lei 11.284/2006.

25. Observo, também, a possibilidade de ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, na medida em que impede a consecução de projeto que busca trazer o desenvolvimento ecologicamente sustentável e a oportunidade do oferecimento de emprego e fonte de renda em região cuja população é notoriamente carente e desenvolve apenas atividades de subsistência.

26. Vislumbro, outrossim, que a grave lesão à ordem e à segurança públicas também estão caracterizadas, pois o projeto ora vetado pela decisão sub examine trará o desenvolvimento sustentável à região, ao mesmo tempo em que possibilitará um maior controle por parte do Poder Público e se constituirá em obstáculo para a continuidade de atividades predatórias ao meio ambiente, como é a extração irregular de madeiras e de outros recursos florestais.

27. Por último, também é patente a possibilidade de ocorrência do chamado efeito multiplicador de decisões semelhantes, pois outras unidades de conservação também deverão ser objeto de licitação para fins de manejo florestal sustentável, nos termos da Lei 11.284/2006.

Pelo exposto, defiro o pedido e suspendo a medida liminar deferida na Ação Civil Pública 1516-09.2009.4.01.3902/PA, em trâmite na Subseção Judiciária de Santarém – PA.

Comunique-se, com urgência, ao MM. Juízo Federal prolator do ato impugnado, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo legal sem manifestação, dê-se baixa e arquivem-se.

Brasília, DF, março de 2010.

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Presidente

Numeração única: 38097-79.2006.4.01.3400

Agravo de Instrumento

2006.34.00.700653-2

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida
Agravante: Francisco Lucena de Araújo
Advogado: Dr. Lino de Carvalho Cavalcante
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Aurea Regina Socia de Queiroz Ramim
Publicação: e-DJF1 de 26/2/2010, p. 625

Ementa*

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Cancelamento de expedição de precatório em valor excedente a sessenta salários mínimos referentes ao débito do INSS e de RPV correspondente aos honorários de sucumbência. Valor atribuído à causa inferior a sessenta salários mínimos. Competência do Juizado Especial Federal. Inaplicabilidade de renúncia tácita pelo autor ao crédito excedente. Súmula 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Expedição de precatório. Possibilidade. Art. 14, § 4º da Lei 10.259/2001. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido.

I. Cuida-se de Agravo de Instrumento impetrado contra decisão da 26ª Vara do JEF/SJDF (fls. 98/99) que determinou o cancelamento das requisições de pagamento expedidas: um precatório no valor de R\$33.111,52 - trinta e três mil, cento e onze reais e cinquenta e dois centavos em nome de *Francisco Lucena de Araújo* e Requisição de Pequeno Valor - RPV de R\$9.995,19 – nove mil, novecentos e noventa e cinco reais e dezenove centavos, em nome do advogado do acionante, ao fundamento de que é inerente à opção pelo rito estabelecido nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 a renúncia aos valores excedentes ao limite de sessenta salários mínimos; devendo, sob esse prisma, o valor exequível limitar-se ao valor da causa que deveria ter sido corretamente atribuído quando da propositura da demanda, mais os eventuais acréscimos decorrentes do retardamento do processo, atualização monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

II. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que não havendo nos autos elementos que indiquem ofensa à regra legal que disciplina a fixação do valor da causa, deve prevalecer o valor atribuído pelos autores, ressalvado o direito de impugnação fundamentada pela parte contrária, o qual deve ser exercido em sede de contestação, nos termos do art. 261 e seu parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil. Nesse sentido: (AC 2004.34.00.001850-1/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ p.96 de 20/8/2007).

III. Na hipótese dos autos, verifica-se que o INSS *não* impugnou o valor lançado na inicial pelo autor (R\$ 12.000,00 – doze mil reais), resumindo-se a Autarquia Previdenciária à discussão da legalidade/legitimidade da atuação administrativa no caso, e, por conseguinte, da inexigibilidade da atualização vindicada (39,67% do IRSM de fevereiro de 1994). Competente, portanto, o Juizado Especial Federal no que se refere à apreciação da presente controvérsia.

IV. Consoante disposto na Súmula 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, não há renúncia tácita no Juizado Especial Federal, para fins de competência. O valor atribuído à causa à época da propositura da lide não resulta em renúncia dos valores excedentes a 60 (sessenta) salários mínimos devidamente calculados em liquidação e devidos em seu favor.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rui Costa Gonçalves e Alysson Maia Fontenele.

V. O valor da execução, para fins de expedição de RPV, não pode considerar o crédito referente aos honorários advocatícios de maneira isolada. Assim, determinada a expedição de precatório para o pagamento do crédito do autor, o crédito referente aos honorários advocatícios necessariamente devem ser pagos também por precatório, sob pena de ofensa ao art. 100, § 4º da CF/1988. Não há, no caso, *reformatio in pejus*, haja vista que a decisão agravada determinou o cancelamento total das requisições anteriormente expedidas.

VI. Agravo parcialmente provido. Acórdão proferido nos moldes do art. 46 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao agravo.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal.

Brasília, 4/2/2010.

Juiz Federal *Náiber Pontes de Almeida*, relator.

Numeração única: 0060626-87.2009.4.01.3400

Agravo de Instrumento

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida
Agravante: Abdon Lopes de Meneses
Advogados: Dra. Maria Susana Minare Brauna e outro
Agravado: União Federal (Fazenda Nacional)
Procuradora: Dra. Danusia Lucinda Farage de Gouveia
Publicação: e-DJF1 de 26/2/2010, p. 649

Ementa*

Agravo de Instrumento. Tributário. Imposto de renda. Abono de permanência. Não incidência. Natureza indenizatória reconhecida. Decisão reformada. Agravo provido.

I. Trata-se de Agravo interposto pela parte autora em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para que a parte ré deixasse de promover incidência de imposto de renda sobre verba paga ao autor sob o título de abono de permanência.

II. Ao julgar o Recurso Inominado 2009.34.00.700253-6, esta c. Turma Recursal decidiu que ao instituir o abono de permanência, o legislador constituinte tinha a clara intenção de manter na ativa o servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária, com larga experiência no serviço público e capaz de continuar, até sua aposentadoria compulsória, contribuindo para a prestação de serviços públicos eficientes.

III. Com a edição da EC 41/2003, o constituinte não tinha por objetivo aumentar a base de cálculo do IR, mas evitar que a Administração Pública tivesse gasto cumulativo com provento da inatividade e remuneração de novo servidor.

IV. O abono de permanência em serviço possui natureza indenizatória, porquanto visa a compensar o servidor que, tendo direito à aposentadoria voluntária, opta por prosseguir em atividade, sendo indevida a tributação sobre a renda, por não representar referida parcela acréscimo patrimonial, a teor do que prescreve o art. 43, incisos I e II, do CTN.

V. Diante do exposto, por estarem presentes os requisitos autorizadores do artigo 273 do CPC, defere-se o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

VI. Decisão reformada. Agravo provido. Acórdão lavrado nos moldes do artigo 46 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, *dar provimento* ao Agravo.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal.

Brasília, 4/2/2010.

Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rui Costa Gonçalves e Alysson Maia Fontenele.

Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança

2009.36.00.701972-2

Relator: Juiz Federal José Pires da Cunha
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Impetrados: Juízes Relatores da Turma Recursal – MT
Publicação: e-DJF1 de 2/3/2010, p. 767

Ementa

Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança contra ato da Turma Recursal que fixa competência do JEF para causas em que o valor exceda o teto legal durante a execução de sentença. Controle de competência. Possibilidade. Precedente do STJ. Agravo provido.

I. O INSS impetrou o presente mandado de segurança perante esta Turma Recursal contra ato proferida pela própria Turma, que mantivera a competência dos Juizados Especiais Federais para processo de ações, cujos valores, na execução de sentença, excedam o teto previsto em Lei. Alegou o Impetrante que a ação era dirigida ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, uma vez que esta TR não pode analisar mandado de segurança impetrado contra seus próprios atos.

II. No caso, o STJ tem decidido, recentemente, que a autonomia dos juizados especiais, todavia, não pode prevalecer para a decisão acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas. No caso, como não existe na Lei 9.099/1995, mecanismo para o controle de competência dos Juizados Especiais, é possível, apenas e tão-somente para esses fins, o manuseio de ação mandamental que deve ser julgada pelo Tribunal Regional Federal a que estiver vinculada a Turma Recursal impetrada.

III. Agravo provido para o envio dos Autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, *conheceu o recurso de Agravo de Instrumento e deu a ele provimento, determinando a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, nos termos do voto do relator.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso.

Cuiabá, 19/2/2010.

Juiz Federal José Pires da Cunha, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:
– Trata-se Agravo de Instrumento interposto em mandado de segurança anteriormente impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em face da Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, insurgindo-se o Agravante contra decisão de fls. 48/51, proferida em embargos de declaração propostos pelo INSS, que, rejeitando tais embargos, confirmou a competência desta Turma Recursal para o julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de

seus Juízes Relatores, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Aduz o Agravante que o presente mandado de segurança, inicialmente impetrado contra decisão desta Turma Recursal, é dirigido ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, falecendo a esta Turma Recursal a competência para o julgamento de seus próprios atos, já que se objetiva o controle da competência dos Juizados Especiais Federais que não pode ser realizado pela própria Turma.

É o Relato.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: – Destaco, de início, que o conflito se instaurou porque esta Turma Recursal interpretou que a norma exposta no art. 17 § 3º da Lei 10.259/2002, que regulamenta a fase de execução, permite que a causa continue na justiça especializada mesmo sem a renúncia da parte autora. A Turma conclui, portanto que, como no sistema dos Juizados há a necessidade de cálculo para prolação de sentença líquida, a opção da parte pela não-renúncia pode ocorrer ainda na fase de julgamento (antes da sentença), sendo que, caso a atualização dos valores faça com que estes excedam o teto do juizado, à parte autora deve ser dado o direito de optar pela competência do Juizado, abrindo mão unicamente da Requisição de Pequeno Valor.

Insurgindo-se contra tal entendimento, o INSS impetrou o presente mandado de segurança perante esta Turma Recursal, mas alegando ser a ação dirigida ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob o argumento de esta TR não pode analisar mandado de segurança impetrado contra seus próprios atos.

A liminar restou indeferida, assim como os embargos de declaração interpostos desta decisão, tendo o Relator confirmado a competência da Turma.

Desta decisão, contudo, o INSS interpôs o presente Agravo de Instrumento, desta vez dirigido a esta Turma Recursal, para que seja declarada – pelo Colegiado – a incompetência originária para a ação de mandado de segurança, com a remessa dos autos ao TRF da 1ª Região.

De início, compreendi que a questão da competência da Turma Recursal para julgar mandado de segurança contra seus próprios atos era matéria já definida pelo Supremo Tribunal Federal, com ressonância no Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo os seguintes julgados:

Ementa: Embargos de Declaração. Recebimento como Agravo Regimental. Mandado de Segurança impetrado contra Colégio Recursal dos Juizados Especiais. Incompetência do STF. Pretendida remessa dos autos ao juízo competente. Risco de perecimento do direito. Ajuste de voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Julier Sebastião da Silva e Cesar Augusto Bearsi.

Em razão da taxatividade da competência deste Supremo Tribunal em sede de mandado de segurança (alínea “d” do inciso I do art. 102), é da própria Turma Recursal a competência para julgar ações mandamentais impetradas contra seus atos. Precedentes. O risco de perecimento do direito justifica a remessa dos autos à Corte competente para o feito. Pelo que é de se rever posicionamento anterior que, fundado na especialidade da norma regimental, vedava o encaminhamento do processo ao órgão competente para sua análise. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. Agravo regimental a que se nega provimento, determinando-se, contudo, a remessa dos autos ao Juizado Especial impetrado. (Acórdão) STF Ministro (a) Carlos Britto. DJe-013. Divulg 10/5/2007. Public 11/5/2007. DJ 11/5/2007. PP-00048. Ement Vol-02275-02. PP-00221. LexSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 132-142. Sem grifos no original.

Processual Civil. Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Ato do ministro coordenador da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais. Incompetência deste Superior Tribunal de Justiça.

I. É pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal que deve a própria **Turma Recursal** dos Juizados Especiais apreciar o **mandado de segurança** impetrado **contra** atos de seus próprios membros.

II. Isso porque, mesmo estando os membros das **Turmas Recursais** subordinados administrativamente ao respectivo Tribunal, estas Turmas devem ser consideradas como órgão independente. **Assim, vale ressaltar que, o vínculo administrativo do magistrado, que é membro da Turma Recursal, com o respectivo Tribunal, não determina a competência da referida Corte para julgar o mandado de segurança impetrado contra ato do juiz.**

III. No caso em apreço, apesar da autoridade coatora ser ministro componente desta Corte Superior de Justiça, o ato impugnado emanou da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais, ou seja, o ora Impetrado estava investido no cargo de Presidente da Turma Nacional, proferindo atos inerentes àquele Colegiado.

IV. Na esteira desse entendimento, e aplicando-se analogicamente o art. 21, VI, da Loman, entendo que a competência para processar e julgar o writ impetrado **contra** ato do Ministro Coordenador da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais é da própria Turma Nacional.

V. Agravo regimental desprovido.

(Acórdão) STJ Ministra Laurita Vaz. DJ Data:18/2/2008. PG:00020. Decisão: 19/12/2007. Sem grifos no original.

Agravo Interno. "Mandado de Segurança contra ato de Turma Recursal" dos Juizados Especiais Federais. Incompetência do Tribunal Regional Federal.

I. Hipótese em que a autarquia previdenciária se insurge *contra* o entendimento manifestado na decisão recorrida, *de* que o Tribunal Regional Federal não é competente para julgar *mandado de segurança* impetrado *contra* decisão da *Turma Recursal* do Juizado Especial Federal.

II. Ao contrário do que afirma autarquia previdenciária, a decisão agravada está em plena sintonia co/ a jurisprudência do eg. STF, tendo sido assentado, por diversos julgados do Pretório Excelso, que a *competência* originária para conhecer *de mandado de segurança contra* coação imputada à *Turma Recursal* dos Juizados Especiais é dela mesma e não do eg. STF e tampouco do Tribunal Regional Federal. Precedentes do col. STF.

III. Negado provimento ao agravo interno. (TRF2 - MS 200802010160407 MS - *Mandado de Segurança* - 9719)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem, atualmente, perfilhado entendimento mais específico e aplicável justamente a esse caso concreto. Trata-se da possibilidade de os Tribunais Regionais Federais realizarem, mediante mandado de segurança, o chamado controle de competência dos Juizados Especiais Federais, quando já houver decisão de Turma Recursal. Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso Ordinário em "Mandado de Segurança". "Ato de" membro "de Turma Recursal" definindo "competência" para julgamento "de" demanda. Controle pelo Tribunal "de" Justiça. Impetração do "writ". Possibilidade.

I. A questão posta nos autos cinge-se ao cabimento do Recurso em *Mandado de Segurança* para os Tribunais *de* Justiça controlarem *atos* praticados pelos membros ou presidente das *Turmas Recursais* dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

II. O entendimento do Superior Tribunal *de* Justiça é pacífico no sentido *de* que a *Turma Recursal* dos Juizados Especiais deve julgar *Mandados de Segurança* impetrados *contra atos* de seus próprios membros.

III. Em que pese a jurisprudência iterativa citada, na hipótese *sub judice*, o *Mandado de Segurança* não visa à revisão meritória *de* decisão proferida pela Justiça especializada, mas versa sobre

a *competência* dos Juizados Especiais para conhecer da lide.

IV. Inexiste na Lei 9.099/1996 previsão quanto à forma *de* promover o controle da *competência* dos órgãos judicantes ali referidos.

V. *As decisões que fixam a "competência" dos Juizados Especiais - e nada mais que estas - não podem ficar absolutamente desprovidas "de" controle, que deve ser exercido pelos Tribunais "de" Justiça e Tribunais Regionais Federais e pelo Superior Tribunal "de" Justiça.*

VI. A Corte Especial do STJ, no julgamento do RMS 17.524/BA, firmou o posicionamento *de* que é possível a impetração *de Mandado de Segurança* com a finalidade *de* promover controle *da competência* dos Juizados Especiais.

VII. Recurso Ordinário provido. (STJ-ROMS 200800730183- ROMS - *Recurso Ordinário em "Mandado de Segurança"* - 26665).

Conforme o entendimento do STJ acima citado, não é cabível mandado de segurança para análise de mérito das decisões proferidas pela Justiça Especializada (Juizados), mas é possível discutir por meio de mandado de segurança o controle de competência do Juizado Especial, uma vez a Lei 9.099/1995 não prevê mecanismo para esse tipo de controle.

Com efeito, explícita do supracitado Tribunal que a autonomia dos juizados especiais, todavia, não pode prevalecer para a decisão acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas. É necessário estabelecer um mecanismo de controle da competência dos Juizados, sob pena de lhes conferir um poder desproporcional: o de decidir, em caráter definitivo, inclusive as causas para as quais são absolutamente incompetentes, nos termos da lei civil. - Não está previsto, de maneira expressa, na Lei 9.099/1995, um mecanismo de controle da competência das decisões proferidas pelos Juizados Especiais. É, portanto, necessário estabelecer esse mecanismo por construção jurisprudencial. - Embora haja outras formas de promover referido controle, a forma mais adequada é a do mandado de segurança, por dois motivos: em primeiro lugar, porque haveria dificuldade de utilização, em alguns casos, da Reclamação ou da Querela *Nullitatis*; em segundo lugar, porque o mandado de segurança tem historicamente sido utilizado nas hipóteses em que não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de reparar lesão ou prevenir ameaça de lesão a direito. - O entendimento de que é cabível a

impetração de mandado de segurança nas hipóteses de controle sobre a competência dos juizados especiais não altera o entendimento anterior deste Tribunal, que veda a utilização do *writ* para o controle do mérito das decisões (STJ, Corte Especial, RMS 17.524/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 11/9/2006).

Diante do exposto, conheço o presente recurso de agravo de instrumento e *voto* pelo seu *provimento*, para determinar a remessa da ação de mandado de segurança ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Sem custas.

É o voto.

Recurso Inominado

2009.36.00.702321-5

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi
Relator p/ acórdão: Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Arildo Santana
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Publicação: e-DJF1 de 2/3/2010, p. 797

Ementa

Previdenciário. Labor sob condições especiais. Agente nocivo eletricidade. Lei 9.528/1997. Laudo pericial. Tempo atingido. Benefício devido. Sentença reformada.

I. Até a edição do Decreto 2.172/1997, em 5/3/1997, a atividade de Eletricista era presumidamente considerada como especial, tendo em vista o constante contato com o agente nocivo eletricidade. Após a publicação do Decreto 2.172/1997, a eletricidade não foi enumerado na lista de agentes nocivos, deixando a atividade de Eletricista de ser presumidamente considerada como especial. Assim, a partir de 5/3/1997, data de publicação do Decreto 2.172, passou-se a exigir a elaboração de laudo pericial como prova de trabalho especial.

II. No caso do autor, foi elaborado laudo técnico pericial que afirma que a atividade exercida, Eletricista, é especial, pois há contato habitual e permanente com elemento danoso eletricidade. Neste sentido, embora a atividade de Eletricista tenha deixado de ser presumidamente considerado especial, o autor comprovou que exercia sua atividade em contato com agente nocivo, devendo, portanto, ser considerado como especial a atividade comprovada através de laudo pericial após na data de 5/3/1997.

III. Tendo em vista que o Autor apresentou laudo técnico referente ao tempo de 4/5/1992 a 22/8/2001, deve ser considerado como especial esse período e o período de 1/7/1972 a 5/3/1997, pois a partir de 5/3/1997 que se passou a exigira comprovação por laudo técnico. Assim, o tempo de serviço especial totalizou 25 anos, 11 meses e 11 dias. Portanto, como o Autor conta com 25 anos, 11 meses e 11 dias de tempo de contribuição especial, tem direito a aposentadoria por tempo de contribuição especial.

IV. Recurso provido.

Acórdão

A Turma, por maioria, vencido o relator, *conheceu do recurso e deu-lhe provimento*, nos termos do voto do Juiz relator para o acórdão.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso.

Cuiabá, 19/2/2010.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, relator.

Dispensado o relatório, na forma do artigo 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearzi:
– A insurgência recursal refere-se ao não reconhecimento do alegado desempenho de atividade especial no período posterior a 5/3/1997, quando entrou em vigor os Decretos 53.831/1964 e 83.082/1979.

Com relação à atividade especial, é de ressaltar-se que o tempo de serviço é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. Desse modo, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente uma lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial.

Nesse sentido, aliás, é a orientação adotada pela Terceira Seção o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (AGREsp 493.458/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU de 23/6/2003, p. 429, e Resp 491.338/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJU de 23/6/2003, p. 457), a qual passou a ter previsão legislativa expressa com a edição do Decreto 4.827/2003, que introduziu o § 1º ao art. 70 do Decreto 3.048/1999.

Feita essa consideração e tendo em vista a diversidade de diplomas legais que se sucederam na disciplina da matéria, necessário inicialmente definir qual a legislação aplicável ao caso concreto, ou seja, qual a legislação vigente quando da prestação da atividade pela parte autora.

Tem-se, então, a seguinte evolução legislativa quanto ao tema *sub judice*:

a) no período de trabalho até 28/4/1995, quando vigente a Lei 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) e suas alterações e, posteriormente, a Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios), em sua redação original (arts. 57 e 58), possível o reconhecimento da especialidade do trabalho quando houver a comprovação do exercício de atividade *enquadrável como especial* nos decretos regulamentadores e/ou na legislação especial *ou* quando *demonstrada a sujeição* do segurado a *agentes nocivos* por *qualquer meio de prova* (exceto para ruído, em que necessária sempre a aferição do nível de decibéis por meio de perícia técnica, carreada aos

autos ou noticiada em formulário emitido pela empresa, a fim de se verificar a nocividade ou não desse agente);

b) a partir de 29/4/1995, inclusive, foi definitivamente extinto o enquadramento por categoria profissional, de modo que, no interregno compreendido entre esta data e 5/3/1997, em que vigentes as alterações introduzidas pela Lei 9.032/1995 no art. 57 da Lei de Benefícios, necessária a demonstração efetiva de exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se, suficiente, para tanto, a apresentação de formulário-padrão preenchido pela empresa, sem a exigência de embasamento em laudo técnico:

c) no lapso temporal compreendido entre 6/3/1997 e 28/5/1998, em que vigente o Decreto 2.172/1997, que regulamentou as disposições introduzidas no art. 58 da Lei de Benefícios pela Medida Provisória 1.523/1996 (convertida na Lei 9.528/1997), passou-se a exigir, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos por meio da apresentação de formulário-padrão, embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica;

d) após 28/5/1998, não é mais possível, a conversão de tempo especial para comum (art. 28 da MP 1.663/1998, convertida na Lei 9.711/1998).

Essa conclusão é suportada por remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 461.800/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25/2/2004, p. 225; REsp 513.832/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 4/8/2003, p. 419; REsp 397.207/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 1/3/2004, p. 189).

Para fins de enquadramento das categorias profissionais, devem ser considerados os Decretos 53.831/1964 (Quadro Anexo – 2ª parte) e 83.080/1979 (Anexo II) até 28/4/1995, data da extinção do reconhecimento da atividade especial por presunção legal. Já para o enquadramento dos agentes nocivos, devem ser considerados os Decretos 53.831/1964 (Quadro Anexo – 1ª parte) e 83.080/1979 (Anexo I) até 5/3/1997 e o Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) no interregno compreendido entre 6/3/1997 e 28/5/1998.

Posto isso, a questão está em saber se no período posterior a 5/3/1997 a função de eletricitista pode ser

considerada como de natureza especial, para fins de averbação de tempo de serviço, a despeito de não serem enquadradas como tal.

Não há dúvida de que, nesse período, o autor desempenhava tais funções, conforme certidão de informações sobre atividades exercidas em condições especiais fornecida pelo INSS (fl. 47).

Por outro lado, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é *exemplificativo e não exaustivo*. Assim, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada pela segurada como atividade especial não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.

Porém, no caso concreto, a atividade de *eletricista* era caracterizada, até a edição do Decreto 2.172/1997, como atividade especial, a teor do item 2.1.1. do Anexo do Decreto 53.831/1994. Apenas com a vigência do Decreto 2.172/1997, o agente físico *eletricidade* deixou de ser enquadrado como atividade especial.

Ora, tendo o autor laborado como eletricista durante o período requerido, certa está a sentença em considerar como especial apenas o período até a data da vigência do Decreto 2.172/1997 (5/3/1997), não cabendo ao judiciário alterar os critérios expressos em lei e fazer o papel de legislador positivo a fim de reconhecer o pedido.

Desta forma, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, “voto” pelo “conhecimento” do Recurso e seu “improvemento”. Concedo ao recorrente os benefícios da Justiça Gratuita. Sem custas. É o voto.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:
– Trata-se de recurso interposto pelo autor *Arildo Santana* contra a sentença que julgou *improcedente* seu pedido de concessão do benefício de aposentadoria especial.

Alega, em síntese, que a comprovação da atividade especial, com a efetiva demonstração de exposição a elemento de risco, se deu através da elaboração de laudo técnico que comprova que o autor exerceu a atividade exposta a elementos de risco até a data de 6/11/2001 (posteriormente à data de 5/3/1997). Portanto, como o autor comprovou o exercício do trabalho especial, deve

ser aposentado por tempo de contribuição em atividade especial.

Contrarrazões fls. 157/158.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:
– Peço vênia ao ilustre Relator para lançar o seguinte entendimento.

Trata-se de recurso inominado interposto em face da improcedência do pedido de Aposentadoria Especial.

Aduz o Recorrente que trabalhou como eletricista, por um período de 25 anos, 11 meses e 11 dias, sendo assim, faz jus à aposentadoria especial, pois sempre exerceu a profissão de eletricista da mesma forma e, embora o Decreto 2.172/1997 não tenha classificado a atividade de eletricista como especial, há nos autos laudo técnico que comprova o exercício da atividade profissional com exposição a elementos de risco.

Inicialmente, a aposentadoria especial é devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais de exposição a agentes nocivos que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante os períodos de quinze, vinte ou vinte e cinco anos.

No caso, o autor exerceu a atividade de Eletricista, conforme laudo pericial técnico apresentado na inicial. Tal atividade exigia, segundo os Anexos I e II do Decreto 83.080/1979, 25 anos de tempo de serviço, habitual e permanente, sob as condições especiais, para fins de aposentadoria especial.

No entanto, até a edição do Decreto 2.172/1997, em 5/3/1997, a atividade de Eletricista era presumidamente considerada como especial, tendo em vista o constante contato com o agente nocivo eletricidade. Após a publicação do Decreto 2.172/1997, a eletricidade não foi enumerado na lista de agentes nocivos, deixando a atividade de Eletricista de ser presumidamente considerada como especial.

* Participou do julgamento o Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva.

Assim, a partir de 5/3/1997, data de publicação do Decreto 2.172, passou-se a exigir a elaboração de laudo pericial como prova de trabalho especial.

No caso do autor, foi elaborado laudo técnico pericial que afirma que a atividade exercida, Eletricista, é especial, pois há contato habitual e permanente com elemento danoso eletricidade. Neste sentido, embora a atividade de Eletricista tenha deixado de ser presumidamente considerado especial, o autor comprovou que exercia sua atividade em contato com agente nocivo, devendo, portanto, ser considerado como especial a atividade comprovada através de laudo pericial após na data de 5/3/1997.

Nesse sentido é a jurisprudência, conforme arestos abaixo:

Previdenciário. Recurso Especial. Contagem de tempo de serviço. Exercício em condições especiais. Comprovação por meio de formulário próprio. Possibilidade até o Decreto 2.172/1997 – ruídos acima de 80 decibéis considerados até a vigência do referido Decreto. Recurso improvido.

I. As Turmas da Terceira Seção deste Superior Tribunal já consolidaram o entendimento no sentido de que o período de trabalho exercido em condições especiais em época anterior à Lei 9.528/1997 não será abrangido por tal lei, em respeito ao direito adquirido incorporado ao patrimônio do trabalhador. A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor à época da prestação do serviço.

II. Assim, até o advento do Decreto 2.172, de 5/3/1997, que regulamentou a Medida Provisória 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/1997, é possível o reconhecimento de tempo de serviço em atividade especial mediante apresentação de formulário próprio descritivo da atividade do segurado e do agente nocivo à saúde ou perigoso, enquadrados nos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979.

III. “In casu”, a demonstração de que a parte autora estava exposta a agente nocivo, consistente em ruído acima de 83,8 decibéis, foi feita principalmente por meio de Formulário de Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Nocivos, baseado em laudo técnico, conforme ali registrado.

IV. A Terceira Seção desta Corte entende que não só o período de exposição permanente a ruído acima de 90 dB deve ser considerado como insalubre, mas também o acima de 80 dB, conforme previsto no Anexo do Decreto 53.831/1964, que, juntamente com o Decreto 83.080/1979, foram

validados pelos arts. 295 do Decreto 357/1991 e 292 do Decreto 611/1992.

V. Recurso especial a que se nega provimento. (RESP 200300449480, STJ, Quinta Turma, Relator: Arnaldo Esteves Lima, Data da Decisão: 6/9/2005).

E mais:

Previdenciário e Processual Civil. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Exposição a agentes insalubres. Conversão do tempo especial em comum. Leis 3087/1960 e 8213/1991. Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 2.172/1997. Possibilidade.

I. Apresentando o impetrante documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade insalubre, têm-se como própria a via processual por ele eleita (AMS 2000.38.00.036392-1/MG, Relator Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, DJ 5/5/2003; AMS 2001.38.00.028933-3/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ 24/11/2003).

II. Exercendo o segurado uma ou mais atividades sujeitas a condições prejudiciais à saúde sem que tenha complementado o prazo mínimo para aposentadoria especial, é permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. (RESP 411946/RS, Relator Min. Jorge Scartezini, DJ 7/4/2003; AMS 2000.38.00.036392-1/MG, Relator Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 5/5/2003)

III. O fator de conversão 1,4 consiste na transformação do período trabalhado em condições especiais, com acréscimo compensatório em favor do segurado, em tempo comum, para efeitos de concessão de aposentadoria. Não é fator aleatório, eleito pelo legislador, mas grandeza matemática, extraída a partir da correlação existente entre o tempo de serviço exigido pela lei vigente à época da prestação do serviço para obtenção da aposentadoria especial e o tempo que se exige para a aposentadoria comum no momento em que requerida.

IV. Os agentes nocivos estão previstos nos Anexos I e II do Decreto 83.080/1979 e no Anexo do Decreto 53.831/1969, que vigoraram até a edição do Decreto 2.172/97 (5/3/1997), por força do disposto no art. 292 do Decreto 611/1992, devendo-se considerar como agente agressivo à saúde a exposição a locais de trabalho com ruídos acima de 80 dBA, para as atividades exercidas até 5/3/1997. De 06 de março de 1.997 até 18 de novembro de 2003, o índice é de 90 dB (A). (AMS 2000.38.00.018266-8/MG, Relator Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ 17/3/2003). A partir de 19 de novembro de 2003, a Instrução Normativa

95 INSS/DC, de 7 de outubro de 2.003, com redação dada pela Instrução Normativa 99, de 5 de dezembro de 2.003, de 5 de dezembro de 2.003, alterou o limite para 85 dB(A) (art. 171).

V. *Como documentos hábeis à comprovação do tempo de serviço sob condições insalubre são admitidos os formulários SB-40, DSS 8030, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP e laudo técnico, devendo ser ressaltado, conforme jurisprudência da Corte, que a exigência de laudo pericial somente pode se dar a partir de 10/12/1997, data da publicação da Lei 9.528/1997.* No que diz respeito à utilização de equipamento de proteção individual (EPI), ele tem a finalidade de resguardar a saúde do trabalhador, para que não sofra lesões, não podendo descaracterizar a situação de insalubridade. (AMS 2001.38.00.017669-3/MG, Relator *Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma*, DJ 24/10/2002; AMS2001.38.00.005243-0/MG, Relator: *Desembargador Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves*, DJ 9/12/2002; AC 2002.38.00.032229-8/MG, Relator Convocado *Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma*, Publicação: 7/10/2008 e-DJF1).

VI. “As regras de transição dos artigos 3º e 9º da Emenda Constitucional 20/98 restaram sem efeito para a aposentadoria integral, seja por tempo de contribuição, seja aposentadoria especial.” (AMS 2005.34.00.026978-4/DF, Relator *Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Publicação: 1/4/2008 e-DJF1)

VII. A condenação ao pagamento das parcelas vencidas, desde o ajuizamento da ação de mandado de segurança não comporta o pagamento de prestações pretéritas, nos termos da Súmula 271 do STF. Os juros de mora são devidos, em face do caráter alimentar da dívida. no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da notificação. A correção monetária, nos termos da Lei 6.899/1981, é devida a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ).

VIII. Apelação do INSS e remessa desprovidas. (AMS 200438000205519, TRF1, Primeira Turma, Relator: Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, Data da Decisão: 12/8/2009).

Tendo em vista que o Autor apresentou laudo técnico referente ao tempo de 4/5/1992 a 22/8/2001, deve ser considerado como especial esse período e o período de 1/7/1972 a 5/3/1997, pois a partir de 5/3/1997 que se passou a exigira comprovação por laudo técnico. Assim, o tempo de serviço especial totalizou *25 anos, 11 meses e 11 dias*.

Portanto, como o Autor conta com *25 anos, 11 meses e 11 dias de tempo de contribuição especial*, tem direito a aposentadoria por tempo de contribuição especial.

Posto nestes termos, voto *pele conhecimento do recurso* e seu *provimento*, reformando a sentença de primeiro grau, nos termos acima, para determinar ao INSS que implante, em favor do Autor, o benefício Aposentadoria Especial por Tempo de Serviço, com RMI equivalente a 100% do salário-de-benefício, desde a data do requerimento administrativo, ou seja, 6/3/2002. Sobre os atrasados incidirão correção monetária pelo Manual de Cálculo da Justiça Federal e juros de mora no percentual de 1% ao mês, estes últimos a partir da citação.

Sem condenação em honorários e sem custas.

É como voto.

Numeração única: 0012344-70.2008.4.01.3200

**Pedido de Uniformização de Jurisprudência
2008.32.00.703438-0/AM**

Relator: Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Fatima Pereira Serrão
Defensor: Defensoria Pública da União
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 8/3/2010, p. 115

Ementa

Constitucional. Atualização de salário-de-contribuição. Correção monetária. Incidência sobre benefício de salário maternidade. Valor do salário mínimo vigente à época do parto. Preservação do valor real. Irrelevância de o requerimento ter ocorrido após o parto.

I. No caso, à vista da norma constitucional inserta no § 3º do art. 201 da CF/1988, considero que não há razão para afastar do benefício de salário-maternidade a incidência da correção monetária. Se a Constituição determina a atualização de todos os salários de contribuição a serem computados no cálculo do benefício, compreende-se que visa proteger o valor aquisitivo da moeda, assegurando o denominado valor real dos benefícios. Dessa norma, portanto, extrai-se que mesmo para os benefícios estipulados em um salário mínimo deve haver mecanismos de correção da moeda, sob pena de excluí-los do dispositivo constitucional sobre a preservação do valor real dos benefícios.

II. Por fim, destaco ainda o entendimento sumulado pelo Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, conforme Enunciado 19, no sentido de que: O pagamento de benefícios previdenciários, vencimentos, salários, proventos, soldos e pensões, feito, administrativamente, com atraso, está sujeito a correção monetária desde o momento em que se tornou devido.

III. Diante de tal exposição, considero que o pedido da parte autora encontra respaldo legal, devendo haver uniformização de entendimento no sentido de que é devida a correção monetária, a incidir sobre o benefício de salário-maternidade, mesmo que requerido em momento posterior ao nascimento da criança, incidindo desde que cada prestação se tornou devida.

IV. Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, *acordam* os Excelentíssimos Senhores Juízes da Egrégia Turma, *por unanimidade, dar parcial provimento ao pedido de uniformização.*

Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região.

Brasília, 11/11/2009.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: – Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência interposto pela autora *Fátima Ferreira Serrão*, em face de decisão proferida pela Turma Recursal do Amazonas que, dando provimento a recurso do INSS, reformou a decisão do juízo monocrático de modo a não reconhecer a incidência de correção monetária sobre benefício de salário-maternidade requerido em momento posterior ao nascimento da criança.

Alega a parte Recorrente que a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Bahia, em caso idêntico, julgou que *o salário-maternidade deve corresponder ao valor do salário mínimo vigente na data do parto. O pagamento do valor em data posterior ao parto, feito pela autarquia previdenciária, embora inicialmente imune aos juros de mora, em face do cumprimento do prazo de 45 dias previsto no § 6º do art. 41 da LBPS, deve ser corrigido monetariamente desde o termo inicial do benefício (data do parto) até a data final da liquidação completa da obrigação.* (cf. Recurso 2005.36.00.902570-4- Rel. Juiz Carlos D'Ávila Teixeira, em 6/9/2006).

Defende a similitude fática entre a situação aventada pelo julgado paradigma e a situação posta nos presentes autos, já que ambas lidam com pagamento de salário-maternidade requerido após o parto da criança, no qual deve incidir correção monetária, uma vez que esta não representa gravame, mas mera atualização da moeda.

Sem contrarrazões.

A MM. Juíza Presidente da Turma Recursal do Amazonas proferiu decisão *admitindo* o presente incidente de Uniformização de Jurisprudência, sendo os autos remetidos a esta Turma Regional.

É o relato.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: – Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência

interposto pela parte autora, *Fátima Ferreira Serrão*, sob a alegação de divergência de entendimentos proferidos por Turmas Recursais da Primeira Região, sendo elas a Turma Recursal do Amazonas e a Turma Recursal da Bahia, relacionados à incidência de correção monetária em benefício de salário-maternidade requerido em momento posterior ao nascimento da criança.

De início, ressalto que o salário-maternidade, nos termos da doutrina¹, é um dos benefícios que visam à cobertura de encargos familiares, tendo por objetivo a substituição da remuneração da segurada gestante durante os cento e vinte dias de repouso, referentes à licença-maternidade. Para as seguradas especiais, o benefício de salário-maternidade é devido no valor de um salário mínimo, conforme disposições do art. 39, parágrafo único c/c art. 73 da Lei 8.213/1991.

No caso, à vista da norma constitucional inserta no § 3º do art. 201 da CF/1988, considero que não há razão para afastar do benefício de salário-maternidade a incidência da correção monetária. Se a Constituição determina a atualização de todos os salários de contribuição a serem computados no cálculo do benefício, compreende-se que visa proteger o valor aquisitivo da moeda, assegurando o denominado valor real dos benefícios. Dessa norma, portanto, extrai-se que mesmo para os benefícios estipulados em um salário mínimo deve haver mecanismos de correção da moeda, sob pena de excluí-los do dispositivo constitucional sobre a preservação do valor real dos benefícios.

Sendo assim, deve haver incidência de correção monetária em benefício de salário-maternidade, mesmo que requerido após o nascimento da criança. Como é sabido, a correção monetária consiste em simples mecanismo de reposição do valor da moeda, em face de perdas ocasionadas pela inflação. Não se classifica como penalidade, nem por inadimplemento nem por mora. No mais, é irrelevante que o benefício limite-se a um salário mínimo, pois, tratando-se de dívida de valor, a corrosão inflacionária ocorrerá da mesma forma.

Ademais disso, tem-se que a lei não previu nenhuma norma decadencial para o exercício do direito pela segurada, de modo que esta pode requer tal

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Cláudio José Coelho Costa, José Magno Linhares Moraes, Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, Paulo Ernane Moreira Barros, Cristiane Miranda Botelho, Reginaldo Márcio Pereira, Atanair Nesser Ribeiro Lopes, Regis de Souza Araújo, Ana Paula Martini Tremarin, Pedro

Braga Filho, Rui Costa Gonçalves, Pompeu de Sousa Brasil, Anselmo Gonçalves da Silva e David Wilson de Abreu Pardo.

¹ Marcelo Leonardo Tavares, *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2004. p. 181.

benefício ainda que tardiamente. É certo, por outro lado, que tal atraso não pode ser imputado ao INSS, a ponto de obrigá-lo ao pagamento de juros de mora, uma vez que não houve demora na concessão do benefício.

Por fim, destaco ainda o entendimento sumulado pelo Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, conforme Enunciado 19, no sentido de que:

O pagamento de benefícios previdenciários, vencimentos, salários, proventos, soldos e pensões, feito, administrativamente, com atraso, está sujeito a correção monetária desde o momento em que se tornou devido.

Diante de tal exposição, considero que o pedido da parte autora encontra respaldo legal, devendo haver uniformização de entendimento no sentido de que *é devida a correção monetária, a incidir sobre o benefício de salário-maternidade, mesmo que requerido em momento posterior ao nascimento da criança, incidindo desde o momento em que se tornou devida.*

Pelo exposto, *dou parcial provimento ao recurso de uniformização de jurisprudência*, para firmar o posicionamento de que *é devida a correção monetária, a incidir sobre o benefício de salário-maternidade, conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, mesmo que requerido em momento posterior ao nascimento da criança, incidindo desde o momento em que se tornou devida.*

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É o voto.

Recurso Inominado

2005.38.00.719451-7

Relator: Juiz Federal Cláudio José Coelho Costa
Recorrente: Ronaldo de Castro e Silva
Advogado: Dr. Daniel Castelo Branco Ramos (DPU)
Recorrido: União Federal
Advogado: Dr. Aurélio Agostinho Verdade Vieito
Publicação: e-DJF1 de 11/3/2010, p. 800

Ementa

Administrativo. Processual Civil. PIS. Levantamento de saldo. Situações excepcionais. Possibilidade mesmo diante da ausência de expressa previsão legal. Sentença reformada. Recurso provido. Honorários advocatícios incabíveis. Isenção quanto às custas processuais.

I. O direito ao saque, na hipótese, não pode ser obstado pelo fato de a norma não ter previsto a situação na qual se encontra o autor. Daí o entendimento jurisprudencial cristalizado, posto a mitigar situações como a do presente caso, admitindo-se que o rol do §1º do art. 4º da LC 26/1975 e Decreto 78276/1976 não são taxativos, comportando, pois, ampliação por interpretação teleológica, tendo em vista o alcance social da norma e o princípio da razoabilidade.

II. O entendimento jurisprudencial já cristalizado sobre a matéria revela a possibilidade de se lançar mão do saldo da conta do PIS, para atender a uma das necessidades mais prementes do ser humano, que é a saúde, a qual lhe é garantida, inclusive, por princípio constitucional.

III. Recurso a que se dá provimento. Sentença reformada.

IV. Honorários incabíveis na espécie. Isenção quanto ao pagamento das custas processuais.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

3ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 9/2/2010.

Juiz Federal *Cláudio José Coelho Costa*, relator.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cláudio José Coelho Costa: – Dispensado relatório na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995, aplicado por força do art. 1º da Lei 10.259/2001.

Conheço do pedido de justiça gratuita formulado em sua peça inicial e reiterado à fl. 41, para deferi-lo, com amparo no seguinte precedente da 2ª Turma Recursal, a saber:

Processual Civil. Embargos de Declaração. 3,17%. Instrumento de mandato não original. Ausência de preparo. Justiça gratuita requerida na inicial ou no Recurso Inominado. Possibilidade. Prescrição. Matéria pacificada. Limitação do reajuste sobre funções gratificadas. Embargos rejeitados.

I. Embargos próprios e tempestivos.

II. Considerando-se os princípios orientadores dos Juizados Especiais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) não há que se falar em defeito de representação quando o instrumento de mandato juntado for cópia do original, mormente quando, como é o caso dos presentes autos, tal documento for contemporâneo à data do ajuizamento da demanda e outorgar poderes específicos para a defesa do direito de que cuida a ação.

III. É de se deferir o pedido de justiça gratuita formulado pelo Recorrente em sua peça recursal, considerando-se que pode ser feito em qualquer tempo e grau de jurisdição. Sobre a possibilidade de tal deferimento gerar efeitos *ex tunc*, deve-se apenas observar no caso concreto se há intenção de afastar uma sucumbência já imposta à parte, o que inexistiu na espécie. Ausente, portanto, a intenção de burlar eventual condenação e, levando-se em conta os princípios da informalidade e da simplicidade, orientadores do Juizado Especial, tudo somado à ausência de prejuízo às partes, deve o recurso ser recebido e processado. Justiça gratuita deferida. Deserção não verificada.

(...)

VII. Embargos Declaratórios a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *negar* provimento aos embargos declaratórios, nos termos do voto do Relator. (2ª TR-SJMG, Proc.

2007.38.00.719644-6, Rel. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo, in BJI das Turmas Recursais da SJMG, n. 5, de 29/8/2008, pp. 8/9 – grifos deste Relator)

Com estas considerações, recebo o recurso.

No caso em exame pretende a parte autora o levantamento de saldo existente em conta vinculada do PIS (Programa de Integração Social), para fazer frente às despesas com tratamento, uma vez ser portador de fissura anal crônica, necessitando de tratamento clínico e uso diário de medicamentos, inclusive, com a indicação de intervenção cirúrgica.

A sentença monocrática julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o caso em exame, não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas na legislação que rege a matéria.

Recorre a parte autora alegando, em síntese, que embora não se enquadre nas estritas hipóteses enumeradas na legislação que rege a matéria, há que se ter em vista que essas são meramente exemplificativas, o que não impede, portanto, a retirada em outros casos que não aqueles elencados na lei. Aduz a importância dos fins sociais do Programa Social, que são entre outros, a garantia à saúde e a dignidade, além de objetivar, em todos os casos, a beneficiar os trabalhadores de baixa renda, mais vulneráveis à situação que impliquem gastos excepcionais. Pugna a parte autora, ao final, pela procedência do pedido formulado na inicial. Contrarrazões pela recorrida às fls.44/46.

Verifico através da documentação carreada aos autos (fls. 9/12), possuir o autor atualmente 56 anos de idade, doente, sendo portador de fissura anal crônica, com indicação de tratamento cirúrgico, e em uso constante de medicamentos.

O direito ao saque, na hipótese, não pode ser obstado pelo fato de a norma não ter previsto a situação na qual se encontra o autor. Daí o entendimento jurisprudencial cristalizado, posto a mitigar situações como a do presente caso, admitindo-se que o rol do §1º do art. 4º da LC 26/1975 e Decreto 78276/1976 não são taxativos, comportando, pois, ampliação por interpretação teleológica, tendo em vista o alcance social da norma e o princípio da razoabilidade.

O STJ, a propósito, já se posicionou a respeito, conforme se infere dos julgados abaixo transcritos, *verbis*:

* Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Juízas Federais Cristiane Miranda Botelho e Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares.

Tributário. PIS. Legitimidade passiva “ad causam” da CEF. LC 26/1975. Doença grave. Diabete “melitus”. Possibilidade de saque mesmo diante da ausência de expressa previsão legal.

I. Versando a lide sobre o levantamento dos valores constantes em conta vinculada do PIS, não se aplica o enunciado da Súmula 77/STJ.

II. Possibilidade de levantamento do PIS em caso de portadores de moléstia grave. Precedentes.

III. Recurso especial improvido. (STJ - Superior Tribunal de Justiça. Resp - Recurso Especial – 760593. Processo: 200501014435 UF: RS Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 15/9/2005 Documento: STJ000246433. Relatora: Ministra Eliana Calmon – DJ. Data: 3/10/2005. Pg: 231).

Recurso Especial. PIS. Levantamento. LC 26/1975. Situações excepcionais. Tratamento de doença grave. Possibilidade mesmo diante da ausência de expressa previsão legal. Recurso Especial desprovido. (Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça. Resp - Recurso Especial – 871341. Processo: 200601658970. UF: PR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 12/8/2008. Documento: STJ000334690. Fonte DJE. Data: 3/9/2008. Relatora Denise Arruda).

E não é outro o entendimento do TRF da 1ª Região, verbis:

Administrativo. FGTS. PIS. Liberação de saldo de conta vinculada. Doença grave. Possibilidade.

I. A possibilidade de levantamento do FGTS por motivo de doença não se esgota nos casos de neoplasia maligna e AIDS, expressamente previstos na legislação (art. 20, XIII, da Lei 8.036/1990), do mesmo modo que o art. 4º da Lei Complementar 26/1975 não exaure as hipóteses de levantamento do PIS.

II. Nada impede - aliás, recomenda-se -, que seja dada interpretação extensiva a tais dispositivos, no sentido de assegurar o direito à vida e à saúde (art. 5º e 196 da Constituição), que lhes serve de fundamento, de modo a considerar neles incluídas outras hipóteses para o levantamento dos depósitos de FGTS e PIS.

III. Comprovado, suficientemente, que o titular da conta vinculada ao FGTS é portador de pneumopatia crônica, surge o direito ao levantamento do saldo do FGTS e do PIS.

IV. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (AMS 2001.35.00.003713-3/GO, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p.17 de 16/12/2003).

Portanto, o entendimento jurisprudencial já cristalizado sobre a matéria revela a possibilidade de se lançar mão do saldo da conta do PIS, para atender a uma das necessidades mais prementes do ser humano, que é a saúde, a qual lhe é garantida, inclusive, por princípio constitucional, permitindo a aplicação extensiva da legislação que rege a matéria, com a finalidade de atingir os desígnios a que ela se destina.

Pelo exposto, hei por bem *dar provimento* ao recurso para reformar a sentença monocrática e julgar procedente o pedido, determinando à parte recorrida a proceder à liberação do saldo da conta do PIS da parte autora, cujo valor atualizado até agosto de 2003 era de R\$1.933,61 (um mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta e um centavos), acrescidos dos rendimentos posteriores, conforme extrato de (fl. 26). Honorários incabíveis na espécie (cf. Enunciado Unificado 39, Turmas Recursais da SJMG). Isenção quanto ao pagamento de custas processuais.

É como voto.

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

Penal e Processual Penal. Queixa-Crime subsidiária. Petição inicial apresentada pelo próprio querelante, sem representação de advogado. Incapacidade postulatória. Juíza Federal. Determinação de instauração de inquérito.

I. A apresentação de Queixa-Crime deve ser subscrita por profissional tecnicamente habilitado, ou pelo próprio querelante, se advogado for. Na hipótese dos autos, encontrando-se o querelante legalmente impedido de exercer a advocacia fora das atribuições do seu cargo de Procurador Federal (autárquico), impõe-se a sua representação por meio de advogado regularmente constituído, hipótese não ocorrida, na espécie, daí resultando a sua incapacidade postulatória para o ajuizamento da presente demanda.

II. Queixa-Crime não conhecida.

Numeração única: 0019837-32.2007.4.01.0000

Queixa-Crime 2007.01.00.019939-8/MG

Relator: Desembargador Federal *Souza Prudente* – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 8/3/2010, pp. 34/35

Administrativo. Servidor público. Ingresso na classe e padrão iniciais da carreira. Reenquadramento na classe “D” padrão “V”, ou seja, padrão intermediário de acordo com o Edital do concurso. Lei 8.460/1992 e Lei 8.112/1990. Impossibilidade. Embargos Infringentes improvidos.

I. “Prevendo o Edital 1/1994 provimento no padrão IV da classe D dos cargos de Técnico em Assuntos Educacionais, Administrador e Agente de Portaria, intermediário da respectiva carreira, contrapôs-se ele às normas constitucionais e legais relativas a esta, até porque a noção mesma de carreira traz, como pressuposto implícito, a ela inerente, nomeação e posse no padrão e classe iniciais do respectivo cargo, para posterior progressão vertical do funcionário, exclusivamente sob a forma de provimento derivado em virtude de promoção.” “O axioma jurídico de que “o edital é a lei do concurso” não é absoluto, deixando de prevalecer em havendo descompasso com norma constitucional ou legal”. (AC 1998.01.00.080584-5/DF, Juiz *Carlos Moreira Alves*, Segunda Turma, 13/4/2000).

II. “A Lei 8460/1992, ao estabelecer nova estrutura dos planos de cargos aplicável aos servidores da Administração Pública Direta e Indireta, atribui à SAF competência para baixar as normas para o enquadramento dos cargos nela não previstos nas tabelas então instituídas, o que culminou com a edição da Portaria SAF 2343, de 20 julho 1994, e o ofício-circular SAF 50, de 27 out 1994, determinando o ingresso no serviço público sempre na classe inicial da carreira, cujo desenvolvimento do servidor na respectiva carreira se dará mediante “promoção” e “acesso”, nos termos do parágrafo único do art. 10 da Lei 8112/1990” (AC 1997.01.00.030805-1/DF, Juiz *Luciano Tolentino Amaral*, Primeira Turma, Pub.8/5/2000).

III. Fundamentou-se corretamente o acórdão embargado na jurisprudência desta Corte.

IV. Embargos Infringentes a que se nega provimento.

Numeração única: 0067325-27.2000.4.01.0000

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.01.00.077357-2/DF

Relatora: Juíza Federal *Rogéria Maria Castro Debelli* (convocada) – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 15/3/2010, p. 132

Processual Civil. Ação de Improbidade. Ação Rescisória. Embargos Infringentes. Ausência de notificação para manifestação prévia. Art. 17, §§ 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/1992. Ausência de contestação. Revelia. Prejuízo. Nulidade. Ofensa ao preceito legal e ao devido processo legal.

I. O art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992 impõe ao juiz permitir ao réu na ação de improbidade manifestação prévia, a fim de evitar-se que acusações infundadas ou mesmo temerárias imputadas a servidores públicos pudessem prosperar até o momento da sentença, causando sérios inconvenientes.

II. Após a resposta preliminar, deve o juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, rejeitar ou receber a petição inicial da ação de improbidade, em decisão fundamentada, sendo que somente se convencido de que há plausibilidade na acusação é que deve ser determinada a citação do réu.

III. *In casu*, não foi determinada a notificação do requerido para apresentar sua manifestação por escrito, mas sim determinado sua citação e, como não houve resposta, a revelia foi decretada e o pedido julgado procedente.

IV. O réu, revel, não alegou durante o processo, nulidade por falta da notificação prévia, mas tal fato não justifica a inobservância ao art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992 e ao devido processo legal.

V. A alegação de ausência de prejuízo à defesa do réu, por não ter sido notificado para apresentação de defesa prévia, não prospera, pois como bem fundamentado no voto vencedor, o prejuízo “está evidente, pois o atropelo do rito, quando o demandado poderia fazer a prova dos motivos pelos quais temporariamente usara dos recursos do convênio para outras despesas do Município, levou à acolhida o pedido, com a imposição de pesadas condenações”.

VI. Deve ser reconhecida a nulidade do processo, *ab initio*, por ausência de formalidade reputada essencial para garantia do devido processo legal.

VII. Embargos Infringentes improvidos.

Numeração única: 0033744-50.2002.4.01.0000

Embargos Infringentes na Ação Rescisória 2002.01.00.041032-8/MG

Relator: Juiz Federal *Klaus Kuschel* (convocado) – 2ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 8/3/2010, p. 45

Processual Civil. Agravo Regimental. Antecipação de tutela que susta execução de honorários exorbitantes. Equitatividade. Incidência do art. 20, § 4º, do CPC. Decisão agravada mantida. Agravo improvido.

I. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deferiu a antecipação de tutela requerida pela CEF para sustar a execução de honorários reconhecidos em sede de ação monitória até o julgamento da ação rescisória.

II. Não é possível a condenação em embargos de devedor a honorários com valor exorbitante (R\$ 47.136,14) que suplante o crédito pretendido (R\$ 8.188,79) pelo autor da respectiva ação monitória, tanto mais quando seja resultado do provimento parcial de embargos que diminuíram o valor pretendido.

III. Se o arbitramento de honorários em percentual sobre o valor da condenação não é capaz de remunerar devidamente o trabalho do advogado, incide, na espécie, o § 4 do artigo 20 do CPC, que estabelece que, em causas de pequeno valor, de valor inestimável ou onde não houver condenação, a verba honorária deve ser fixada de maneira equitativa pelo juiz, não servindo de base o valor da causa.

IV. “Ofende a lógica do razoável a fixação de honorários de advogado em valor muito superior ao próprio crédito, nos autos de embargos de devedor.” (STJ, AgRg no Ag 447353/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 24/2/2003). Precedentes.

V. Agravo Regimental do réu improvido.

Numeração única: 0038431-94.2007.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2007.01.00.038906-6/MG

Relatora: Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida* – 3ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 11/2/2010, p.83

Processual. Tributário. Ação rescisória. Imposto de renda sobre complementação de aposentadoria. Leis 7.713/1988 e 9.250/1995. Vedação de bitributação. Prescrição decenal.

I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 928.302/DF, à unanimidade, decidiu ser inaplicável a Súmula 343/STF quando a interpretação do texto legal for controvertida nos Tribunais à época da prolação da decisão rescindenda e a jurisprudência daquela Corte Superior firmar-se em sentido oposto.

II. Cabível a propositura de ação rescisória, com intuito de desconstituir acórdão proferido em demanda na qual se discute a incidência do imposto de renda sobre os benefícios de complementação de aposentadoria no período de 1/1/1989 a 31/12/1995, ainda que a matéria fosse controvertida à época que proferida a decisão rescindenda, tendo em vista o posicionamento do STJ ter se firmado em sentido contrário ao acórdão que se busca rescindir.

III. É decenal o prazo de prescrição do direito de exigir a restituição do IRPF recolhido sobre complementação de aposentadoria (tese dos 5+5 anos), afastada a LC 118/2005 que a Corte Especial deste Tribunal, em atenção ao art. 97 da CF, seguindo entendimento já manifestado pelo STJ, declarou a inconstitucionalidade da expressão: “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005” (ArgInc 2006.35.02.001515-0, Des. Federal *Leomar Amorim*, Corte Especial, sessão de 2/10/2008).

IV. Os valores relativos às contribuições vertidas ao fundo de previdência privada a que aderiu o autor, cujo ônus lhes competiam (1/3), efetivados entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995, quando vigente a Lei 7.713/1988, não podem compor novamente a base de cálculo do imposto de renda no momento dos seus resgates mesmo que sob a forma de aposentadoria complementar, posto que já tributados segundo a sistemática de recolhimento do IRPF à época.

V. Pedido rescisório procedente.

Numeração única: 0032193-88.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.032409-0/DF

Relator: Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos* (convocado) – 4ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 8/3/2010, p. 60

Administrativo. Militar. FAB. Soldado de primeira classe. Lei 6880/1980. Decreto 880/1993. Tempo máximo de permanência no serviço militar. Licenciamento. Ato vinculado. Desnecessidade de processo administrativo.

I. O soldado de primeira classe da Força Aérea Brasileira, nos termos do art. 121, II, §3º, da Lei 6880/1980 regulamentado pelo art. 24, §3º, do Decreto 880/1993, pode permanecer no serviço ativo até o limite máximo de 6 anos.

II. Ao término deste prazo o licenciamento é peremptório e, por se tratar de ato vinculado, desnecessária a instauração de processo administrativo e da observância da ampla defesa e do contraditório.

III. Não padece de vício de ilegalidade a regulamentação da Lei 6880/1980 pelo Decreto 880/1993 no âmbito da Força Aérea Brasileira.

IV. Apelação improvida.

Numeração única: 17141-81.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.017179-4/DF

Relator: Desembargador Federal *Carlos Olavo* – 1ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 2/3/2010, p. 41

Processual Civil e Administrativo. Apelação em Mandado de Segurança. Servidor. Pensão militar. Lei 5.774/1971. Filha adotiva. Decisão Monocrática. Negativa de seguimento ao recurso. Lei 8.059/1990. Fundamentação impertinente. Agravo parcialmente acolhido. Manutenção da decisão. Fundamento remanescente. Adoção por escritura pública. Finalidade fraudulenta. Adoção feita pelo sogro.

I. A decisão singular negou seguimento à apelação à constatação de que o óbito do militar teve lugar quando já em vigor a Lei 8.059/1990, esta que vedava a concessão do benefício à filha maior; e ainda de que a adoção levada a efeito no caso dos autos não poderia surtir efeitos para fins previdenciários.

II. Com razão a agravante no que diz respeito à impertinência da Lei 8.059/1990 para o caso dos autos, vez que o benefício por ela pleiteado era o disciplinado pela Lei 5.774/1971.

III. Todavia, o comando singular permanece inalterado, em seu resultado, em face do fundamento remanescente por ele apresentado, no sentido de que a adoção da nora feita pelo sogro, já em idade avançada e um ano antes de sua morte, sendo a primeira casada com o filho deste há cerca de dezoito anos, evidencia o intuito fraudulento do ato jurídico.

IV. Revela ainda mais o despautério daquilo que se requer nos presentes autos a constatação que após adoção a impetrante veio a ostentar uma relação incestuosa com seu marido, já que depois dela passou à condição de irmã e esposa deste. Assim, diante do proibitivo legal à formação de uma relação incestuosa, não pode esta ser judicialmente convalidada para fins de deferimento do benefício previdenciário em testilha.

V. Agravo interno parcialmente provido, apenas para se afastar o fundamento primeiro da decisão recorrida.

Numeração única: 47108-60.2000.4.01.0000

Agravo Regimental na Apelação em Mandado de Segurança 2000.01.00.054062-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal *Neuza Alves* – 2ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 4/3/2010, p. 25

Processual Penal. Apelação criminal. “Escândalo dos gafanhotos”. Sonegação fiscal. Beneficiária dos gafanhotos. Atipicidade da conduta. Precedente do STJ.

I. A recorrente, que, segundo a formatação da acusação formulada pelo Ministério Público Federal, recebia recursos ilícitos, na qualidade de beneficiária do esquema criminoso, não está obrigada, por força mesmo da prerrogativa individual contra a autoincriminação, a pagar os tributos sobre os recursos de origem ilícita. Do contrário, estaríamos a dizer que a recorrente estaria obrigada a se autoacusar da prática do crime principal (peculato e formação de quadrilha). Como ressaltou o eminente Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no HC 79.812-SP, “Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal”.

II. Não é admissível, nesse contexto, retirar do silêncio da recorrente em relação ao recebimento desses recursos – porque o silêncio configurava o exercício da prerrogativa da não autoincriminação – um efeito jurídico a ela desfavorável, qual seja a imputação pela prática do crime de sonegação fiscal.

III. Apelação provida.

Numeração única: 0001758-20.2004.4.01.4200

Apelação Criminal 2004.42.00.001757-9/RR

Relator: Juiz Federal *Jamil Rosa de Jesus Oliveira* (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 05/3/2010, p.48

Penal. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Descaminho (cigarros de fabricação estrangeira). Prisão em flagrante. Princípio da insignificância. Excesso de prazo.

I. Cumpre afastar a aplicação do princípio da insignificância, na espécie, pois valor total das mercadorias encontradas em poder do Paciente é da ordem de U\$5.346,00 (cinco mil, trezentos e quarenta e seis dólares). E, considerada a cotação do dólar na data do delito (20/7/2009), correspondente a R\$1,9068, consoante indicação no Laudo Merceológico, a mercadoria apreendida totalizou R\$10.193,75 (dez mil, cento e noventa e três reais e setenta e cinco centavos), valor esse que não pode ser havido por insignificante. Ademais, a alíquota vigente para cigarros é específica e gira em torno de 300% (trezentos por cento) – CF. Decretos 2.376/1997 e 4.542/2002 –, não se aplicando a ordinária para outros produtos, correspondente a 50% (cinquenta por cento).

II. Por outro lado, o Paciente se encontra detido há mais de 6 (seis) meses. No entanto, não foi oferecida denúncia pelo Parquet Federal, que defendeu a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese e requereu o arquivamento do inquérito, o que foi rejeitado pelo Juízo impetrado que encaminhou os autos a Procuradoria-geral República para fins do art. 28 do CPP.

III. Em que pese entender-se que não haja insignificância na hipótese, forçoso, todavia, reconhecer o excesso de prazo na segregação do Paciente, o qual não pode ser imputado à defesa ou à complexidade do feito, devendo, portanto, ser deferida a ordem, com o relaxamento da prisão.

IV. Ordem concedida.

Numeração única 0069552-72.2009.4.01.0000/MG

HC 2009.01.00.071728-2/MG

Relator: Juiz Federal *Klaus Kuschel* (convocado) – 4ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/3/2010, p. 244

Administrativo. Ensino superior. Mandado de Segurança. Universidade pública. Matrícula em dois cursos de graduação. Impossibilidade.

I. É legítima a vedação de matrícula em mais de um curso da mesma universidade pública, pois, embora inexista lei que preveja tal proibição, o ato administrativo proibitivo encontra guarida no princípio da universalização do atendimento escolar, que visa assegurar a todos o acesso ao ensino superior gratuito (CF, arts. 205 e 214, II).

II. Apelação da UFU e remessa oficial providas, para desconstituir a sentença e denegar a segurança.

Numeração única: 1146-36.2009.4.01.3803

Apelação/Reexame necessário no Mandado de Segurança 200938030011634/MG

Relator: Juiz Federal *Pedro Francisco da Silva* (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 12/3/2010, p. 331

Civil e Processual Civil. Embargos à Execução. Contrato de refinanciamento. Novação. Excesso de execução. Reconhecimento pelo exequente.

I. A exequente reconhece a existência de excesso de execução – em virtude de execução de valor de contrato que fora objeto de novação e que já havia sido incorporado ao valor da dívida global.

II. Descabimento do pedido de cobrança em dobro do valor executado a maior em sede de Embargos à Execução.

III. Apelação a que se dá parcial provimento para dar parcial provimento aos Embargos à Execução para reconhecer a existência de excesso de execução e para condenar a CEF a arcar com o pagamento de verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre o excesso de execução apurado.

Numeração única: 37636-40.1997.4.01.0000

Apelação Cível 1997.01.00.039954-9/BA

Relator: Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira* (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 8/3/2010, p. 93

Processual Civil e Tributário. Veículo importado: regular importação. Expedido o termo de liberação do bem apreendido: não há razão para retenção do veículo.

I. Remessa oficial tida por interposta, a teor do disposto no § 1º, do art. 14, da Lei 12.016/2009 (disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências).

II. A sentença não merece reparos, porque, como bem asseverou o magistrado *a quo*, restou demonstrado nos presentes autos que foi apresentada documentação atestando a regularidade na importação do veículo, isentando-o de qualquer ônus, e a Receita Federal emitiu o Termo de Liberação do Bem Apreendido, pelo que não há razão nenhuma para que o automóvel ficasse retido na Superintendência da Polícia Federal, fato este que depõe contra a transparência que os atos da administração devem ser revestidos, bem como há fortes indícios de que o automóvel

estava sendo usado irregularmente, porquanto recebeu duas multas por excessos de velocidade quando deveria estar guardado no depósito da Superintendência da Polícia Federal.

III. O recurso de apelação não merece ser conhecido, vez que compete ao recorrente, em suas razões, apresentar os fundamentos de fato e de direito pelos quais impugna a sentença, a fim de que se atenda à regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade da apelação (CPC, art. 514, II). As razões do recurso limitam-se, tão somente, aludir às informações prestadas pelo impetrado. Evidentemente, não há impugnação específica aos fundamentos da sentença recorrida. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a apelação deve trazer as suas razões específicas, não bastando, para o seu conhecimento, a mera referência genérica às razões da inicial ou da contestação (TRF1 - T5, AC 2004.33.00.011244-6/BA, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, *DJ* de 28/4/2005, p. 82; T2 Suplementar, AMS 1999.01.00.064322-7/DF, Rel. Juiz Federal *Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes* (convocado), *DJ* de 18/3/2004, p. 105; T1, AC 96.01.06959-3/MG, Rel. Des. Federal *Luciano Tolentino Amaral*, *DJ* de 6/9/1999, p. 13; e T2, AC 95.01.00865-7/BA, Rel. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian*, *DJ* de 30/3/1999, p. 417).

IV. Remessa oficial, tida por interposta, não provida. Apelação não conhecida.

V. Peças liberadas pelo Relator, em 22/2/2010, para publicação do acórdão.

Numeração única: 13668-92.1999.4.01.3400

Apelação Cível 1999.34.00.013692-7/DF

Relator: Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto* (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 5/3/2010, p. 118

Processual Civil. Mandado de Segurança. Conselho Regional de Administração. Fiscalização. AGU. Representação processual. Art. 22 da Lei 9.028/1995. Impossibilidade.

I. A Advocacia-Geral da União pode representar os ocupantes de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, quando a demanda referir-se a atos praticados no exercício da função pública, conforme determina o art. 22 da Lei 9.028, de 12/4/1995.

II. Afastada a possibilidade de a AGU exercer a representação processual, quando o ato que ensejou o mandado não se referir ao múnus público do impetrante.

III. Apelação da União não conhecida.

IV. Apelação do impetrante a que se nega provimento.

Numeração única: 0021458-93.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.021501-3/DF

Relatora: Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 5/3/2010, p. 371

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 nas seções *Em foco* ou *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.gov.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*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos doutrinários* deverão conter no mínimo dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos jurídicos* entre duas e nove laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, sendo de sua inteira responsabilidade a estrutura e o conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.gov.br.

