

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Novembro 2009

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

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Etiene Gomes de Carvalho

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Leandro Arantes de Melo - estagiário

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Controle de texto e padronização

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Diagramação eletrônica

Carla de Araújo Rego

Etiene Gomes de Carvalho

Leandro Arantes de Melo – estagiário

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.

Apoio

Geraldo Martins Teixeira Júnior – DIEDI

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.gov.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*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

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 Amilcar Machado*

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*

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*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

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 Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

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 *Antônio Souza Prudente* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

2ª Seção

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* – Presidente
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

3ª Seção

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* – Presidente
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*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

4ª Seção

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

1ª Turma

Desembargador Federal *Carlos Olavo* - Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

2ª Turma

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva* – Presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

3ª Turma

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – Presidente
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

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 *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

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 *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* –
Vice-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

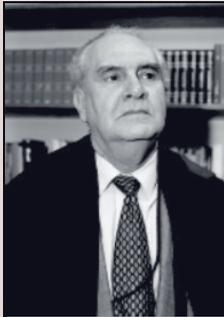
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

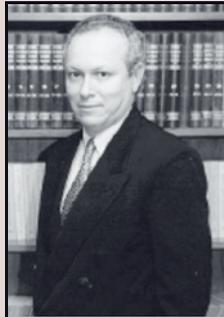
Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Vice-Diretor

Seccionais

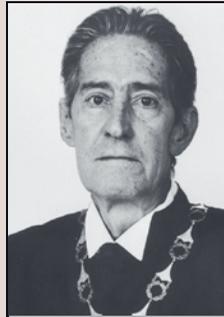
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção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



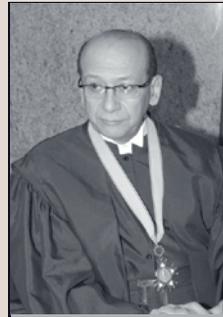
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



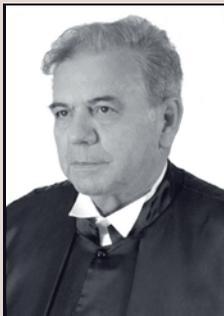
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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

Em Foco, 21

Defensoria pública para todos

Luciano Borges dos Santos

Discurso, 25

Homenagem à memória do jurista Arx da Costa Tourinho

Nilza Reis

Gastando o Latim, 29

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

Então, para que serve a vírgula?

Variedades, 37

Artigos doutrinários

Breve história legislativa da previdência dos servidores públicos civis federais: contribuição e benefícios, 39

Roberto Luis Luchi Demo

A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, 47

Joceli Scremin da Rocha

Tópicos jurídicos

Concessão de medicamentos e divisão das responsabilidades dos órgãos do SUS, 57

Oscar Valente Cardoso

Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual), 59

Vicente Greco Filho

Inovações Legislativas, 63

Arguição de Inconstitucionalidade

Administrativo. Constitucional. Expressão “não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão”, contida no art. 13, § 2º, da Lei 9.651/1998. Ofensa ao art. 40, § 8º, da CF (EC 20/1998). Violação ao princípio da isonomia. Inconstitucionalidade, 69

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Acórdãos: inteiros teores

Corte Especial – Processual Civil. Conflito negativo de competência. Discussão acerca de cláusulas de contrato de financiamento (cédula de crédito rural) objeto de securitização (lei 9.138/1995). Competência “interna corporis”, 79

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Conflito de Competência 2006.01.00.035179-5/GO

1ª Seção – Processual Civil. Administrativo. Prorrogação da licença para acompanhar cônjuge. Exercício provisório com base no art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990. Requisitos preenchidos. Art. 226 da Constituição Federal. Proteção à família. Embargos infringentes improvidos, 84

Rel. : Juíza Federal Mônica Sifuentes (convocada)

Embargos Infringentes em Apelação Cível 1998.01.00.089982-3/MT

2ª Seção – Penal e Processual Penal. Denúncia pelos crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993 e do art. 201, I, do Decreto-Lei 201/1967. Intempestividade da resposta escrita, apresentada pelo denunciado. Competência da Justiça Federal. Recursos provenientes de repasses federais, efetuados por força de convênios. Fiscalização do Tribunal de Contas da União. Súmula 208/STJ. Prescrição da pretensão punitiva estatal, quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/1993. Art. 109, IV, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. Indícios de apropriação de recursos federais pelos denunciados. Vistoria efetuada pela Polícia Federal, provando a não execução de parte dos serviços objeto do convênio. Aprovação da prestação de contas referente ao convênio, na esfera administração do Ministério do Meio Ambiente. Não vinculação do judiciário. Necessidade da persecução penal. Existência de justa causa. Inaplicabilidade do princípio “in dubio pro reo”. Delimitação das responsabilidades do denunciado, pelo conluio com o ex-prefeito, a ser realizada durante a instrução criminal. Denúncia parcialmente recebida, apenas em relação ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, 89

Rel.: Desembargadora Federal Assuete Magalhães

Inquérito Policial 2007.01.00.006597-8/PI

3ª Seção – Processual Civil. ‘Bingo’. Jogo de azar. Ações civis públicas. Ajuizamento pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pelo Ministério Público Federal. Identidade de uma das partes, de objeto e de causa de pedir. Conexão. Conflito entre juiz titular e juiz substituto da mesma vara. Normas processuais sobre conflito de competência. Aplicação extensiva. Competência do juiz titular (suscitante), 107

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira

Conflito de Competência 2008.01.00.055880-3/BA

4ª Seção – Embargos infringentes. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Imposto de renda. Não incidência. Contribuições feitas pelos autores no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995. Retenção na fonte. Lei 7.713/1988 e Lei 9.250/1995, 110

Rel.: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Embargos Infringentes 2003.34.00.014152-4/DF

1ª Turma – Direito Administrativo. Servidor. Reenquadramento. Equívoco da administração pública. Ausência de qualificação específica para o desempenho de atividade. Possibilidade de retorno ao enquadramento anterior. Inexistência de violação a princípios constitucionais, 115

Rel.: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado)

Apelação Cível 2001.41.00.003084-5/RO

2ª Turma – Previdenciário e Constitucional. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Idade. Boia-fria. Termo “a quo”. Correção monetária. Juros de mora. Verba honorária, 119

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2009.01.99.029205-1/GO

3ª Turma - Penal e Processual Penal. Crime de descaminho. Art. 334 do Código Penal. Princípio da insignificância. Tributo iludido de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00. Arts. 18, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 10.522/2002. Atipicidade da conduta. Precedentes do STF. Apelação improvida, 123

Rel.: Desembargadora Federal Assuete Magalhães

Apelação Criminal 2006.35.00.007402-6/GO

4ª Turma - Penal. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Crime omissivo. Autoria e materialidade comprovadas. Dificuldades financeiras não demonstradas. Apelação provida, 133

Rel.: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Apelação Criminal 1999.38.00.035671-0/MG

5ª Turma – Intervenção do Estado na economia. Ato de concentração de empresas (Nestlé e Garoto). Indeferimento de aprovação pelo Cade. Pedido de reapreciação com proposta de desinvestimento. Manutenção do indeferimento. Voto do relator. Falta de motivação adequada. Anulação desse voto e, em consequência, da decisão, tomada por maioria de um voto. Sentença em que se considera aprovado o ato de concentração por decurso de prazo (art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994). Fundamento de falta de motivação na requisição de diligências suspensivas desse prazo. Insubstância. Provimento parcial à remessa oficial e à apelação. Deferimento parcial do pedido inicial, por outro fundamento 137,

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira

Apelação Cível 2005.34.00.015042-8/DF

6ª Turma – Civil e Processual Civil. Ação de depósito. Perda do produto (arroz) confiado ao depositário. Descumprimento do contrato. Dever de indenizar. Denúnciação da lide, 165

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 1998.36.00.006620-7/MT

7ª Turma – Administrativo e Processual Civil. Mandado de Segurança. Liminar. Servidor efetivo do MPU. Inscrição na OAB/DF. Anotação de “impedimento” (art. 30, I, da Lei 8.906/1994). Art. 21 da Lei 11.415/2006 (cláusula de incompatibilidade). Impetrante graduado após a Lei 11.415/2006. Presunção de constitucionalidade das leis. Seguimento negado monocraticamente. Agravo interno não provido, 170

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo Interno no Agravo 2009.01.00.032417-5/DF

8ª Turma – Tributário. Execuções fiscais de julgados do TCU. Reunião dos processos. Avaliação da conveniência processual. Dívida ativa da União, 173

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

Agravo de Instrumento 2008.01.00.022862-5/BA

Decisões Monocráticas

Recurso Especial. Limitação da taxa anual de juros em 12% (doze por cento). Seguimento denegado (CPC, art. 543-C, § 7º, I), 175

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Recurso Especial na Apelação Cível 2001.38.03.004551-1/MG

Insurgência contra o valor da verba honorária fixada de acordo com a apreciação equitativa do juiz encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial não admitido, 179

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Recurso Especial na Apelação Cível 2000.34.00.043020-8/DF

Juízo de admissibilidade ou não dos agravos de instrumento interpostos contra decisões do tribunal de origem que não admitiu o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário para o STJ e o STF, respectivamente, é da competência funcional absoluta daqueles Tribunais Superiores. Regular processamento do Agravo (CPC, art. 544, § 2º), 181

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário 2009.01.00.033825-9/MG

JEFs em Revista

Processual Civil. Pedido de Uniformização de Jurisprudência. Acórdão que decidiu tema alheio à controvérsia. Aplicação analógica da questão de ordem 17 da TNU. Anulação de ofício, do acórdão. Pedido de uniformização prejudicado. Devolução dos autos para realização de novo julgamento, 183

Rel.: Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2006.38.00.725102-0/MG

Previdenciário. Pensão por morte. Filho falecido. Beneficiária genitora. Dependência econômica, 186

Rel.: Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.746038-8/MG

Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização. Inclusão indevida do nome no cadastro de devedores, 189

Rel.: Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.39.00.702036-0/PA

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Resíduo de 3,17%. Base de cálculo. Incidência de parcelas não reajustadas. Funções de confiança e gratificadas. Quintos e décimos. Rubricas de natureza permanente. Pedido de uniformização ao qual se nega provimento, 192

Rel.: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.34.00.701298-5/DF

Breviário, 195

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

Embargos infringentes. Honorários de advogado. Valor da causa. Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Cabimento. Legalidade da fixação.

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Vantagem pecuniária. Pagamento indevido. Desconto das parcelas em folha de pagamento. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de anuência prévia. Impossibilidade de privação dos bens do devedor sem o devido processo legal. Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal/1988. Apelação e remessa oficial não providas.

Administrativo. Incorporação de quintos/décimos. Período compreendido entre a Lei 9.624/1998 e a Medida Provisória 2.225/2001. Possibilidade. Posterior transformação em VPNI. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Custas. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada.

Processo Penal. Crimes praticados através da internet. Competência. Justiça Federal. Sentença reformada.

Penal e Processual Penal. Recurso em Sentido Estrito. Crime de redução à condição análoga à de escravo e de frus-

tração de direitos assegurados por lei trabalhista. Arts. 149 e 203, § 2º, do Código Penal. Competência da Justiça Federal art. 109, VI, da CF/1988. Precedentes do STF e do STJ. Recurso provido.

Penal. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante delito. Internacionalidade. Lei 11.343/2006, artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso I e artigo 35. Liberdade provisória. Vedação. Inconstitucionalidade. Inexistência.

Direito Administrativo. Parque Nacional de Brasília. Derivação significativa de águas públicas. Autorização administrativa. Necessidade. Bens públicos de uso comum do povo. Inalienabilidade e imprescritibilidade. Antiguidade da derivação. Irrelevância.

Constitucional. Anistia. Exercício gratuito do mandato de vereador. Indenização pecuniária. Inexistência de direito. CF/88 - ADCT, art. 8º, § 4º. Lei 10.559/2002.

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução de sentença. Expurgos inflacionários.

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Bem de família. Lei 8.009/90. Impenhorabilidade configurada. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

Tributário. IPI. Matéria-prima e insumos tributados. Produto final não tributado, isento ou sujeito à alíquota zero. Empresa de construção civil. Não contribuição ao IPI. Lei. 4.502/1964 e Dec. 4.544/2002.

Estatística, 201

Repositórios oficiais de jurisprudência, 211

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 213

Avizinha-se o final de mais um ano e, sem embargo, se intensificam as ações que, direta e efetivamente, se voltam à formação, informação e aperfeiçoamento de magistrados. Aos 1º e 2 de outubro próximo passado, no Centro Cultural da Justiça Federal, na cidade do Rio de Janeiro (RJ), realizou-se, sob a coordenação proficiente do Professor Doutor Márcio Flávio Mafra Leal, Juiz Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis, Estado da Bahia, o *Curso de Processo Civil Comparado Brasil-Alemanha*, envolvendo renomados mestres dos dois países e renomado professor da Universidad Católica do Chile, mestre e doutor pela Universidade de Colônia, na Alemanha, que o ministraram. Além do enfoque dado à comparação entre os sistemas judiciais e processuais civis de Brasil e Alemanha, respeitadas as realidades das duas nações, o evento teve por fim o de estabelecer uma via de mão dupla, prevendo-se que magistrados brasileiros possam visitar a Universidade de Freiburg e tribunais alemães e lá divulgar suas experiências na área do processo civil brasileiro. Asseguraram o êxito do evento o primor da organização, a excelência das exposições, mercê do elevadíssimo nível dos expositores, assim como a atualidade e interesse de temas pertinentes ao processo de execução, aos processos coletivos no Brasil e na Alemanha, e à Reclamação Constitucional nesses sistemas jurídicos, dentre outros, proporcionando, ao mesmo tempo, evidente aprimoramento intelectual aos juízes que tiveram o privilégio de dele participar.

Já ao final desse mesmo mês de outubro, no período de 27 a 29, é a vez, na cidade de Belo Horizonte (MG), da *I Jornada de Direito Previdenciário da Escola da Magistratura Federal da Primeira Região*, sob coordenação ilustre de seu digno Diretor, Desembargador Federal Hilton Queiroz, evento a se distinguir pela rara inspiração e a apurada sensibilidade na escolha de sua temática. Com efeito, nos últimos tempos tem-se feito frequentes as modificações introduzidas, em nível constitucional e infraconstitucional, na disciplina pertinente ao Regime Geral da Previdência Social e aos regimes próprios de seguridade social do funcionalismo público, voltados os olhos do legislador fundamentalmente ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e de suas respectivas contas. Como invariavelmente se registra em casos de alteração das normas jurídicas, cujo efeito mais imediato é o da interferência dessas alterações na esfera de direitos e interesses individuais, as controvérsias se acirram e se multiplicam as demandas junto ao Poder Judiciário, bastando ver o cada vez mais acentuado incremento no número de processos distribuídos às Turmas da Seção especializada na matéria, no âmbito do nosso Tribunal.

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, mais que repositório da jurisprudência da Corte, é importante veículo de divulgação de ideias, com a publicação de artigos que abrilhantam seu conteúdo. Tende e espera, portanto, ser veículo de divulgação dos trabalhos produzidos nesses importantes encontros de operadores da ciência jurídica.

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”.

“Pagai o mal com o bem, porque o amor é vitorioso no ataque e invulnerável na defesa.”

Lao-Tsé

In: <<http://www.pensador.info/p/defesa/1/>>

Defensoria pública para todos

Luciano Borges dos Santos*



Para defesa de seus direitos o cidadão deve dispor de ferramentas eficazes facilmente alcançadas por experientes advogados, bem remunerados por seus serviços. Contudo, o cidadão carente de recursos financeiros não consegue alcançar a defesa de seus interesses jurídicos. A Constituição Federal de 1988 criou a Defensoria Pública para prestar assistência jurídica integral e gratuita aos insuficientes de recursos.

Revista: A Lei Complementar 80/1994, por expressa previsão nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal de 1988, trata da organização e normas gerais da Defensoria Pública. A atual estrutura da instituição atinge as expectativas da população?

Luciano Borges dos Santos: No Brasil ainda existe uma distância entre a vontade da Constituição e a realidade, no que toca à assistência jurídica integral e gratuita.

Nossa Carta republicana é de 1988 e o Estado brasileiro ainda não conseguiu levar assistência jurídica para a população carente que hoje, segundo dados do IBGE, representa mais de 130.000.000 de brasileiros.

Significa dizer, portanto, que milhares de pessoas ainda não têm voz, pela ausência de uma instituição pública capaz de viabilizar a proteção de direitos e garantias fundamentais dos hipossuficientes.

As Defensorias Públicas dos Estados conseguem alcançar apenas 40% das Comarcas brasileiras, sendo que existem entes federados como PR, SC e GO que,

pelo conservadorismo de seus governantes, sequer implantaram a Defensoria Pública Estadual.

Se analisarmos a situação da Defensoria Pública da União, a realidade é ainda mais caótica, pois contamos com apenas 340 Defensores Públicos Federais para atuar na Justiça Federal, que tem mais de 2.000 Juízes Federais, e na Justiça do Trabalho, com mais de 3.000 membros.

A Defensoria Pública da União atua também na Justiça Militar da União e tem atribuição para defender hipossuficientes na Justiça Eleitoral, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores.

Enfim, o Estado brasileiro, malgrado tenhamos que reconhecer os avanços sentidos nos últimos anos, não tem atentado que a cidadania e a democracia exigem que as portas do Judiciário sejam abertas aos grupos vulneráveis, o que somente será possível com uma Defensoria Pública forte e atuante.

Revista: A imprensa divulgou que tramitam na Justiça brasileira cerca de 43 milhões de processos. O que a Defensoria Pública tem feito para não permitir o perecimento de direitos dos menos favorecidos?

* Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU.

Luciano Borges dos Santos: Em um país em que as desigualdades sociais são incontroversas, a Defensoria Pública tem papel fundamental para promover a garantia dos direitos fundamentais.

Com esse escopo que a Defensoria Pública da União e dos Estados têm atuado diretamente nas comunidades carentes.

Tem sido uma realidade constante no âmbito da Defensoria Pública da União a realização de itinerantes, em conjunto com Poder Judiciário Federal, para prestar assistência jurídica às comunidades quilombolas, indígenas, população ribeirinha do norte do país.

Muitas dessas comunidades não têm energia elétrica, acesso à saúde, educação, previdência e assistência social, transporte, etc. São carentes, na realidade, de cidadania, pois o Estado não as alcança, o que faz com que a participação da Defensoria Pública da União minimize as diversas dificuldades enfrentadas por tais grupos.

Revista: A respeito de questão pontual, qual tem sido a atuação da Defensoria Pública em razão do caótico sistema carcerário brasileiro?

Luciano Borges dos Santos: A situação carcerária é caótica, porquanto, no Brasil, o detento não perde apenas a liberdade. Ele perde muito mais que isso, ele perde a dignidade, os direitos fundamentais.

Basta ver a realidade dos estabelecimentos carcerários em que muitos presos morrem nos corredores com tuberculose, fraturas, doenças infectocontagiosas, sem acesso a cuidados médicos básicos.

Essa triste realidade tem sido identificada nos mutirões carcerários promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a participação efetiva da Defensoria Pública da União e dos Estados.

Além da participação nos mutirões do CNJ, foi criada, com o apoio do Ministério da Justiça, uma Força Nacional de Defensores federais e estaduais, para atuar justamente nos estabelecimentos penais, o que vem a reforçar a sensibilidade do Ministério da Justiça e da Defensoria Pública com o sistema carcerário, promovendo assim um atendimento mais próximo dos mais de 90% de detentos que carecem dos serviços de um Defensor Público.

Revista: O Projeto de lei 137/2009 que trata da nova *Lei Orgânica da Defensoria Pública* segue para sanção presidencial. Se convertido em Lei, a atuação do Defensor Público será ampliada para solução das lides por meio da mediação, conciliação e arbitragem de conflitos. Tais soluções para lide podem trazer prejuízo ao jurisdicionado em razão da sua condição hipossuficiente na relação jurídica?

Luciano Borges dos Santos: O Projeto 137/2009 que trata da nova Lei Orgânica da Defensoria Pública prevê a necessidade de que o Defensor Público encontre o melhor caminho para defender de forma eficiente os interesses dos hipossuficientes.

Foi nesse espírito que se estabeleceu a necessidade de se buscar a solução dos conflitos de interesse por meios alternativos de pacificação social.

Abrem-se os olhos para a necessidade de que o escopo maior do Estado não seja a judicialização dos conflitos, mas a pacificação social.

É com esse olhar que devemos analisar a nova Lei, em especial o olhar de que, quando há uma controvérsia, o Estado tem o dever de promover a pacificação, por meio da Justiça ou outra forma alternativa de resolução.

Ora, se a pacificação puder ser obtida de forma célere e eficaz, por meio da conciliação, mediação ou arbitragem, sempre com a presença do Defensor Público para acompanhar os desdobramentos, vamos perceber que houve grandes avanços em prol da sociedade, pois o legislador vem a reiterar uma tendência mundial de incentivo a busca de métodos alternativos de solução de conflitos.

Revista: Existe alguma estratégia, aliança ou convênio com a Justiça Federal brasileira para otimizar o processamento dos feitos em que atua a Defensoria Pública?

Luciano Borges dos Santos: A Justiça Federal brasileira tem sido sensível à causa da Defensoria Pública da União, pois percebe que milhares dos mais de 130.000.000 de brasileiros hipossuficientes ainda não podem bater às portas do Poder Judiciário pela ausência de uma Defensoria Pública da União em muitas subseções judiciárias.

A partir dessa identificação, hoje é uma realidade constante a atuação conjunta do Judiciário Federal e Defensoria Pública da União, em itinerantes.

Judiciário Federal e Defensoria Pública da União se deslocam para os lugares mais distantes do Brasil, locais muitas vezes em que somente se chega de barco, que não tem energia elétrica, etc. Nessas localidades, Justiça Federal e Defensoria Pública da União podem levar um pouco de cidadania aos grupos vulneráveis esquecidos pelo Poder Público.

Discurso proferido pela Juíza Federal Nilza Reis, durante inauguração do prédio dos Juizados Especiais Federais de Salvador, cujo nome homenageia a memória do jurista Arx da Costa Tourinho, Subprocurador-Geral da República.

Arx

Quando, para meu gáudio, fui convocada pelo Dr. Paulo Pimenta, operoso Diretor da Seção Judiciária do Estado da Bahia, a pronunciar estas palavras, a primeira coisa na qual pensei foi que falar de *Arx Tourinho* é falar de *saudade*, de um vazio insuportável, porque impossível de ser preenchido.

Buscando reviver alguns momentos vivenciados com *Arx Tourinho*, não me foi possível passar ao largo do imenso desejo de transformar-me em um instrumento distante da minha natureza humana, única forma, talvez, de impedir o desabrochar das enormes emoções que ameaçam a segurança desta minha fala, notadamente quando lembro a sua figura alegre, solidária, democrata e, sobretudo, *destemida*.

Creio que todas as pessoas que tiveram o privilégio de ter a sua companhia, ainda que por pouco tempo, identificaram, facilmente, o seu espírito empreendedor, a sua vocação para o mundo do Direito conectado com a vida. Lembrar de *Arx Tourinho*, aqui imaterializado, faz-me criar asas imaginárias e desejar, ardentemente, voltar ao passado, para vê-lo como soube ser: um brilhante advogado, um abnegado professor universitário, um zeloso Subprocurador-Geral da República, sem esquecer, em meio a tantas atividades - todas desempenhadas com dedicação, mestria e ética -, os vínculos criados com os seus familiares e com os inúmeros amigos, agora despojados de quem, como poucos, era uma pessoa *extrema*, na fala e nas ações.

Em um dos seus muitos escritos, o jornalista *Mario Santayana* assinalou que “Todos os direitos do homem podem ser resumidos em um só: o de ser, enquanto a vida durar.” E acrescenta:

A vida de cada um de nós é única e irrepetível aventura. O universo dura, para o ser humano, o seu próprio tempo de vida: é dádiva de uso limitado, realidade que nasce para cada um dos homens e em cada um deles morre.

Refletindo sobre essas afirmações, não acredito na existência de fundamento capaz de me fazer discordar da primeira, uma vez que, mesmo ligada a outras, cada pessoa humana tem um caminho exclusivo. Não posso concordar, entretanto, com a última, porque sei da existência de homens e mulheres que saem da sua própria história e passam a integrar a trajetória de semelhantes em caráter permanente. São aqueles que, como *Arx Tourinho*, têm como meta a arte da solidariedade e postergam todas as formas de “voracidade animal”¹ que podem conduzir um ser humano a “aniquilar os mais fracos e acumular riqueza e poder”²². Integrando o rol dos primeiros, *Arx Tourinho* era intransigente com as pessoas que adotam essa espécie de conduta, pois sabia que elas fazem qualquer coisa para chegar ao topo da montanha ideal voluntariamente construída para as suas vidas, não raras vezes à margem dos sofrimentos e das angústias alheias que, sem qualquer remorso ou problema ético, deixam para traz, esquecidas de que estes aspectos também passam a compor a sua própria trajetória de vida. Intolerante a qualquer forma de submissão, *Arx Tourinho* amava a liberdade, a democracia e a paz.

Nascido em Salvador, na Rua dos Perdões, hoje Monsenhor Tapitanga, nº 49, em 5 de novembro de 1947, *Arx Tourinho* seguiu o seu caminho largo e iluminado, cursando *Direito* e, depois, *Letras* na Universidade Federal da Bahia. Ao fazer a sua primeira opção, o nosso homenageado encontrou o seu verdadeiro caminho, eis que, negavelmente, soube ser um grande profissional nas diversas áreas nas quais esteve presente. Respeitado como Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFBA., atuou em diversos órgãos coletivos dessa instituição, inclusive no Conselho Universitário,

¹ Expressão utilizada pelo jornalista *Mario Santayana*, in *Direitos Humanos, Conquistas e Desafios*, 2ª edição, Letraviva, 1999.

² *idem*.

como representante da coletividade, sede maior das suas preocupações e reflexões, buscando preservar, a partir delas, o sagrado direito à rebelião contra todas as formas de servidão, identificadas, em razão de sua argúcia, mesmo quando eram manhosas, dissimuladas ou sub-reptícias.

Como Subprocurador-Geral da República, *Arx Tourinho* emitiu brilhantes pareceres sobre temas complexos e palpitantes, adotando a mesma postura no Instituto dos Advogados da Bahia e para o Centro Acadêmico Ruy Barbosa, da Faculdade de Direito da UFBA, no qual se pôs, também, contra a cobrança de taxas de matrícula nos cursos de graduação e pós-graduação, entendimento consagrado, recentemente, pelo STF através da Súmula nº 12.

Na Ordem dos Advogados, da qual foi Presidente, no Estado da Bahia, demonstrou o seu caráter operoso, abrindo novos horizontes para uma instituição de inegável magnitude, oportunidade em que tive o imenso prazer de acompanhar e de participar dos seus projetos e das suas realizações em benefício da classe que tanto soube dignificar, sempre atento para a existência dos profissionais mais necessitados. Ciente desta circunstância, quando comandava a Seccional da OAB/BA, *Arx Tourinho* a colocou no século XX, conferindo-lhe, inclusive, outras funções sociais, além daquela que lhe é insita. Inaugurou livreria, farmácia, prédio para estacionamento, serviço médico e odontológico, e outros serviços e benefícios. Com o auxílio do seu irmão *Fernando da Costa Tourinho Neto*, foi o responsável pela aquisição do prédio que atualmente abriga a sede própria da OAB/BA, que, em razão dos seus muitos méritos, hoje também exibe o seu nome. Instalou a Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes, sem descurar, todavia, das subseções, às quais comparecemos, em inúmeras oportunidades, levando conhecimentos novos aos interessados e, especial, a defesa apaixonada que fazia sobre as prerrogativas legalmente instituídas em defesa da classe.

Integrando o Conselho Federal da OAB, juntamente com *Arx Tourinho*, todos os meses, durante um ano e pouco, pude estar na sua companhia, inicialmente no voo Salvador Brasília, depois, no retorno, e na própria sede da instituição, onde ingressávamos pela manhã e saíamos à noite. Nessas ocasiões os votos e as intervenções de *Arx Tourinho* a todos cativavam pelo brilhantismo, pela lógica e

coerência dos fundamentos utilizados para respaldar as suas convicções, sendo essas usualmente enriquecidas pelo compromisso firmado com a garantia da paz social e com a realização do bem-comum.

As eventuais dificuldades da vida jamais tiveram habilidade para bloquear o caminho luminoso de *Arx Tourinho*, sobre quem, ao prefaciá-la a obra *Temas de Direito*, nascida do amor dos seus filhos, o Presidente do Conselho Federal da OAB Roberto Busato afirmou ser ele uma “Referência moral e intelectual. Era bem mais que um profissional competente e bem-sucedido. Era um guerreiro da justiça, paladino das liberdades cívicas, engajado em movimentos sociais e ardoroso militante dentro de sua profissão.”

Ferrenho opositor dos métodos utilizados pelos donos do poder econômico, sempre manifestou o seu inconformismo com o controle descabido da informação, com o ato de manipular e até de silenciar qualquer protesto legítimo. Em diversos artigos doutrinários criticou a edição imoderada das Medidas Provisórias e formulou veemente denúncia sobre o retaliamento da Constituição Federal, em decorrência de diversas alterações, que, na sua compreensão, terminaram acarretando a “desfiguração do espírito do Texto Constitucional de 1988”. Falou, então, sobre a Constituição violentada e de Emenda Constitucional promulgada contra o povo.

O povo, no dizer de *Arx Tourinho*, não era uma abstração necessária e utilizável para a obtenção de adeptos, de eleitores ou de plateia. Não. Nas suas falas e escritos, o povo, tal como acontecia na antiga Grécia e em Roma, não se confundia com a população, pois só poderia ser representado pela parcela formada por quem revelasse interesse pelo bem público. Consciente dessa dimensão, *Arx Tourinho* desempenhou, com esmero, uma inegável, relevante e permanente função crítica sobre os poderosos, buscando fazer com que os direitos e a cidadania saíssem do papel, ganhassem as ruas e a consciência do povo.

Aprendemos, a duras penas, que a vida é tão frágil e, muitas vezes, tão curta, mas, seguramente, será sempre uma passagem. Não temos a consciência permanente dessa realidade, até porque seria penoso viver lembrando, continuamente, da nossa finitude temporal. É necessário, todavia, ao menos de vez em quando, recordarmos a nossa natureza transitória, para não perdermos as chances da alegria, da felicidade. E

assim viveu *Arx Tourinho*, sempre com um sorriso largo, aberto à vida, certo como é que a profundidade e a força dos seus conhecimentos não impediram a manifestação da leveza da sua presença, que era desejada por todos e em qualquer lugar. Na sua viagem em direção a um extraordinário e, lamentavelmente, curto destino, nunca conferiu importância aos retrocessos e aos temores vivenciados no país; jamais deixou medrar, em si, a desesperança, ainda quando essa estivesse presente na mente, na alma e nos dias dos seus compatriotas. *Arx* também sabia ser a *esperança*!

A sua personalidade emergia, assim, desse conjunto de qualidades inigualáveis que não podem ser fixadas em nossa memória apenas como simples recordações. Elas sempre estarão em nossas vidas, como exemplo, integrando, fortemente, os nossos sentimentos.

Defensor inquebrantável da liberdade de expressão e opinião como um direito inerente à essência humana, *Arx Tourinho* encontrou ressonância em *Leonardo Boff*, pois esse também reconhece que a liberdade manifestada através da fala “não é apenas um meio de comunicação. É a maneira como o ser humano pensa, ordena o mundo e constrói continuamente a realidade”. E, parecendo repetir palavras tantas vezes pronunciadas pelo homenageado, esse autor assinala, com percuciência:

Não é sem razão que quando se instalam ditaduras e sistemas de forte controle religioso a primeira medida tomada visa a silenciar as pessoas e a tolher-lhe a palavra. Tal violência as mata como pessoas, embora as deixe vivas fisicamente.³

A linguagem e as formas de expressão de *Arx Tourinho*, contudo, superavam as palavras. Indo muito mais além, rompiam as fronteiras convencionais, revelando-se por intermédio dos seus gestos tão peculiares e dotados de habilidade para mostrar a todos a sua forte e simples personalidade: o paletó dependurado sobre um dos ombros, mostrando a camisa de seda pura, acompanhada de um sorriso largo e paralelo à evocação dos nomes das pessoas que encontrava; as expressões de sua face transmitindo uma alegria contagiante pelo sucesso alheio ou a sua flagrante intolerância com a corrupção, o autoritarismo, a tirania e a incompreensão de alguns seres humanos.

³ *Leonardo Boff*, obra citada anteriormente, pp. 249/255.

Ninguém pode duvidar dos méritos de *Arx Tourinho*, nem mesmo quando discordasse ou discorde das suas ideologias. Ele não foi um espectador nem um paradigma solitário. Foi um ativo protagonista dos fatos individuais, coletivos e sociais da sua época, sempre contribuindo para a melhoria das condições de vida dos seus semelhantes. Nunca silenciou quando deveria falar. Se havia alguém oprimido, discriminado ou com a liberdade ameaçada, surgia em sua defesa, postergando as infinitas vantagens do silêncio, tão simpáticas àqueles que são destituídos de coragem e optam pela covardia da acomodação em benefício próprio.

Quantas vezes o ser humano esquece que o seu coração está aflito em decorrência de inúmeras situações de indignação? E dessa seguramente *Arx Tourinho* entendia bem. A indignação pela prática da injustiça, pela malversação do dinheiro público, pelas restrições indevidas, ilegais e ilegítimas à liberdade humana, pela falta de ética na política marcava presença em seus sólidos e proveitosos dias, em prol de outros cujos rostos sequer conhecia. Era o seu modo de ser: buscar, incessantemente, a melhoria da qualidade de vida das pessoas mais humildes. Muitas delas estarão aqui, nesta Casa, perseguindo o acesso à Justiça, uma instituição que dele mereceu inúmeras críticas e, quando possível, significativos elogios.

Arx Tourinho ganhou distinção pela sua voz firme, independente e, portanto, alheia a qualquer compromisso com os poderosos. O seu destaque foi a intensidade da sua personalidade, a generosidade do seu caráter, a grandeza do seu talento na vida pessoal e no exercício profissional, a sua coragem na defesa da cidadania, fazendo emergir, assim, os traços que o transformaram em um líder e uma influência para a sua geração. E, fazendo uma adaptação de palavras escritas em uma das lindas paredes do Museu Ricardo Brennand, na cidade de Recife⁴, fica em mim a certeza de que *Arx Tourinho* foi, sem dúvida, uma pessoa substantiva. Mas, como afirma o texto antes referido, ele conseguiu superar essa condição, porque saiu de si mesmo, eliminou voluntariamente os seus próprios limites para ingressar no mundo dos outros

⁴ Texto adaptado de uma mensagem que me foi cedida por um amigo e que, segundo informações obtidas no Museu Ricardo Brennand, foi dedicado à arquiteta Janete Costa pelo então Diretor da Faculdade de Direito de Recife, Dr. Joaquim Falcão.

e, assim, incorporar inúmeros destinos em seu modo de ser. Ao fazê-lo, moldou e concretizou, através do seu comportamento coerente e iluminado pelos seus fortes princípios éticos, um sentido para a sua geração. Não conseguiu apenas liderar e influenciar. Não era simplesmente uma pessoa substantiva. Era muito mais. Era, essencialmente, um ser humano qualificante. Com a sua profícua atuação na Advocacia, no Magistério Superior e no Ministério Público Federal, com as suas palavras e atitudes, conferiu uma identidade própria e um lugar de destaque à sua geração para que não se perdesse na anônima trajetória da história. As pessoas substantivas são a excelência da geração, as qualificantes são agentes de mudança. Por isto, inegavelmente, Arx Tourinho fazia parte destes dois grupos, porque era leal, ético e comprometido com a cidadania, fazendo com que, com as suas inigualáveis características pessoais, não fosse apenas uma estrada, mas, acima de tudo, uma direção.

A sua morte prematura deixou um vazio insuperável para todos aqueles que tiveram o privilégio de constatar as inúmeras dimensões do seu modo peculiar de ser e de viver, o respeito que de todos merecia em razão da sua retidão de caráter, da sua coragem de enfrentar, sem destemor, as pessoas dotadas de vocação para submeter os iguais à tirania, provocando o intolerável surgimento dos “vassallos da sociedade civilizada.”

E, assim, vivenciando uma saudade que nunca poderia encontrar a sua forma de expressão na fragilidade das palavras, creio que todos nós preferimos reter Arx Tourinho conosco, mantendo viva, em nossas mentes e em nossos sentimentos, a sua forte presença, cuja beleza decorre do fato de ter sido moldada na originalidade da coerência entre as suas ideias e as suas ações, ambas vivenciadas, com uma seriedade quase religiosa, com base nos mais elevados princípios éticos, permitindo-lhe angariar, por esforço e mérito próprios, a admiração do mundo jurídico, que hoje ficará consubstanciada na concessão do seu nome a este prédio do Juizado Especial Federal.

“Por isto, inegavelmente, Arx Tourinho fazia parte destes dois grupos, porque era leal, ético e comprometido com a cidadania, fazendo com que, com as suas inigualáveis características pessoais, não fosse apenas uma estrada, mas, acima de tudo, uma direção”

E, aqui, ao final, cabe repetir as palavras dedicadas pelo próprio Arx Tourinho a um outro grande advogado baiano, o Dr. Jayme Guimarães, quando, em razão do seu óbito, afirmou que “a morte está, em verdade, acima de todos nós, fugindo da ciência e zombando dos homens, destruindo a matéria, absorvendo a seiva da vida e aniquilando o corpo, mas sem conseguir elidir o espírito, apagar o abstrato ou desmaiar o símbolo humano” da sua vítima. E buscando inspiração no prefácio da obra autobiográfica *Minha Formação*, de Joaquim Nabuco, concluiu formulando uma reflexão, agora renovada:

Esta manhã, casais de borboletas brancas, douradas, azuis, passam inúmeras vezes contra o fundo de bambus e samambaias às montanha. É um prazer para mim vê-las voar, não o seria, porém, apanhá-las, pregá-las em um quadro... Eu não quisera guardar delas senão a impressão viva, o frêmito de alegria da natureza, quando elas cruzam o ar, agitando as flores. Em uma coleção, é certo, eu as teria sempre diante da vista, mortas, porém, como uma poeira conservada junta pelas cores da vida... O modo único para mim de guardar essas borboletas eternamente as mesmas, seria fixar o seu voo instantâneo pela minha nota íntima...

E assim é que devemos recordar Arx Tourinho.

- 76. *Actum nihil dicitur, cùm aliquid superest agendum (Aph. Jur.).*

Acto não se diz nada, quando incompleto.

- 77. *Actus agentum nunquam ultra eorum intentionem operantur. (Aph. Jur.).*

O acto nunca produz efeito além da intenção dos agentes.

- 78. *Actus, a principio nullus, nullum producit effectum. (Aph. Jur.).*

O acto, nullo de seu principio, nenhum efeito produz.

- 79. *Actus corrui, omisa forma legis. (Aph. Jur.).*

O Acto é nullo, quando se omite a fórmula da lei.

- 80. *Actus debet semper interpretari, ut aliquid operetur; non ut sit inanis et inutilis. (Aph. Jur.)*

O acto se deve sempre interpretar de modo que produza algum efeito, e não para que fique inútil.

- 81. *Actus in dubio, validus interpretari debet. (Aph. Jur.).*

O acto, em caso de duvida, se deve interpretar como valioso.

- 82. *Actus judicialis potentior est extrajudiciali. (Aph. Jur.).*

O acto judicial pode mais que o extrajudicial.

- 83. *Actus legitimi conditionem non recipiunt neque diem. (Direito Canonico).*

Os actos legitimos não dependem de condição, nem de dia.

Então, para que serve a vírgula?*

Foram utilizados dois números de nosso artigo O quê do mês (n. 39 e 41) para explicar duas situações específicas em que não se pode usar a vírgula: separando o sujeito do verbo e o verbo de seu complemento.

Acrescento outros casos em que não se pode usar a vírgula.

Não se separa com vírgula o sujeito do verbo ainda que ele esteja deslocado na frase. Ex.: “Não costumava comportar-se assim, o menino.”(Incorreto.)

Também não se separa por vírgula: a) o verbo do agente da passiva (A casa havia sido projetada nos anos sessenta, por um arquiteto muito jovem. [incorreto]); b) o verbo de seu predicativo (Belas, eram todas aquelas jovens candidatas. [incorreto]); o adjetivo de seu substantivo (O cãozinho, preto foi o que mais lhe agradou. [incorreto]).

Agora, neste número, vamos falar dos diversos usos da vírgula.

A vírgula, então, serve para quê?

“A vírgula marca uma pausa de pequena duração. Emprega-se não só para separar elementos de uma oração, mas também orações de um só período” (Celso Cunha).

No interior da oração, acredito que o uso mais unânime e conhecido de todos é quando ela separa os elementos de mesma função sintática, quando não vêm unidos pelas conjunções *e*, *ou* e *nem*. Exemplos: O jardim, as laterais, a horta e o pomar estavam cobertos pelo mato. / Aquele cidadão era honesto, sensível, bondoso e disciplinado.

Esse é o caso das vírgulas utilizadas em nosso famoso parágrafo introdutório das minutas de Decisão em Recurso Especial. Então, vejamos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, às fls. 962/975, com fundamento no artigo 105 da CF, contra acórdão deste Tribunal, cuja ementa de fl. 940 ora transcrevo.

As vírgulas no texto acima estão corretas. O primeiro par está isolando um adjunto adverbial de lugar: às fls. 962/975. Depois temos vírgulas que se sucedem separando uma série de sintagmas com mesma função sintática, ou seja, a de adjunto adnominal: com fundamento... / contra acórdão... / cuja ementa...

Vamos supor que o autor do texto em questão tivesse colocado uma vírgula depois da palavra especial (Trata-se de recurso especial, interposto pelo Ministério...) Nesse caso, a vírgula estaria incorreta. Por quê? Porque o termo *recurso especial* é sujeito passivo do predicado *interposto pelo MP*, sendo este último (MP) o agente da passiva, que também não pode ser separado do verbo, por formar uma unidade orgânica com ele.

As pessoas que escrevem com regularidade têm familiaridade com o uso da vírgula para isolar expressões: explicativas (considerando-se como tal o aposto), retificativas e continuativas, a exemplo de: Machado de Assis, autor do Dom Casmurro, tem um estilo sóbrio e elegante. / José, o mais rápido dos quatro, chegou cinco minutos na frente. / Os dois, isto é, pai e filho chegaram atrasados. / Queria todos os bens, ou seja, carro, casa, terras e dinheiro. / Veja, por exemplo, este caso. / Diga, então, o que quer. / Esse é, por assim dizer, o eleito dos céus. / Acrescente-se, além disso, outro detalhe. / A compra do material, a meu ver, é indispensável.

A vírgula serve, ainda, para separar vocativos (Vejam, amigos, o resultado do nosso trabalho.); para indicar a omissão do verbo ou de um grupo de palavras (O pai prefere os livros e os filhos, o esporte.); para separar, nas

* Texto produzido pela Consultoria em Língua Portuguesa do TRF 1ª Região, de autoria da servidora Maria da Glória Barbosa e veiculado na intranet sob o título *O quê do mês*.

datas, o nome do lugar (São Paulo, 16 de abril de 1990.); para evitar ambiguidades, separando o objeto anteposto (O livro, o deputado comprou.); para separar complementos repetidos para dar ênfase (Essas palavras, não *as* disse.); para isolar o predicativo do sujeito deslocado (Paula, bonita, saiu.); para destacar expressões, dando-lhes ênfase (Atitude, é o que quero, e logo.); para separar palavras repetidas (Quero ficar com você juntinho, juntinho.); para separar elementos de um provérbio (Tal pai, tal filho.); após “sim” ou “não” em respostas (Sim, sou feliz.)

Quanto ao uso da vírgula entre as orações... estudemos um pouco de análise sintática.

Os termos de uma oração organizam-se em torno de um verbo (ainda que implícito), ou seja, cada oração possui um, e apenas um, verbo. Não existe oração com dois verbos. O período é uma composição de orações que ocorre obedecendo a dois tipos de estruturas: coordenação e subordinação, nesta, existe uma relação de dependência, na verdade, uma hierarquia entre as orações, naquela, elas são independentes entre si (sejam ou não introduzidas por conjunções).

Em um período composto por coordenação, a vírgula separa tanto as coordenadas assindéticas quanto a maior parte das sindéticas. As *assindéticas* são orações que compõem um mesmo período, têm sentido independente e não são ligadas por conjunção: Acendeu um cigarro, cruzou as pernas, estalou as unhas, demorou o olhar em Mana Maria. / Pois eu caçava, fígava, alçapava.; as *sindéticas* são orações que compõem um mesmo período, têm sentido independente, porém são ligadas por conjunções que trazem idéias: aditivas, alternativas, adversativas, conclusivas ou explicativas: Ele estudou muito, porém não passou. / Ele estudou muito, portanto passou. / Ele deve ter passado no concurso, pois já está trabalhando.

O leitor deve observar que, nos exemplos acima, as conjunções aditiva e alternativa não aparecem. É que a vírgula entre orações coordenadas sindéticas que trazem ideia aditiva, sendo introduzidas pelas conjunções *e* e *nem*, não deve ser usada (Queremos mudanças e exigimos isso. / Ela não ouve nem fala.); da mesma forma, as que trazem ideia alternativa, com a conjunção *ou* (Você quer ir ou ficar?), não devem ser separadas por vírgula.

Exceções: em alguns casos ocorre uso da vírgula diante da conjunção *e*: a) orações com sujeitos diferentes: Ela saiu, e ele ficou em casa.; b) quando a conjunção *e* equivale a *mas*: Saiu cedo para arrumar emprego, e nada conseguiu.; c) em expressões de contraste: A reclamada, e não o autor, deve arcar com as custas. ; d) ênfase do termo imediatamente posposto ao *e*: Algumas coisas precisam ser esclarecidas, e logo!; e) nos polissíndetos (repetição sucessiva da conjunção *e* – nesse caso a vírgula é optativa.): Ele fez o céu (,) e a terra (,) e o mar (,) e tudo quanto há neles.

Não se separam por vírgula as orações subordinadas substantivas, devido à relação de integração existente entre elas, ou seja, a subordinada pode ser o sujeito da principal ou funciona como seu objeto direto, indireto, complemento nominal, etc.

Já vimos que, das orações subordinadas adjetivas, apenas as explicativas são separadas por vírgula (O quê do mês 39 e 41), as que têm um valor restritivo ou especificativo prescindem dela. E aqui abro parênteses para mencionar uma concessão que alguns gramáticos de renome fazem em relação ao uso da vírgula com orações adjetivas restritivas. Um deles, Napoleão Mendes de Almeida, na página 573 de sua Gramática Metódica da Língua Portuguesa (36.^a edição/1989) apresenta como correto o seguinte uso da vírgula: “Para marcar a pausa no fim da subordinada adjetiva restritiva, quando esta é constituída por dizeres muito longos: ‘As famílias que se estabeleceram naquelas encostas meridionais das longas serranias chamadas pelos antigos Montes Marianos, conservaram por mais tempo os hábitos...’”

[A autora deste O quê do mês aconselharia uma outra solução para este tipo de estrutura, qual seja, isolar com vírgulas a oração reduzida de participio chamadas pelos antigos Montes Marianos, o que lhe daria um valor explicativo, evitando assim toda polêmica que pode causar uma vírgula posicionada entre o sujeito e o seu verbo (As famílias... conservaram...)]

Também Evanildo Bechara traz exemplos “suspeitos” desse tipo de construção. Na página 610 (37.^a edição/1999) de sua Moderna Gramática Portuguesa, ele também considera correto o uso da vírgula: “para separar,

quase sempre, as orações adjetivas restritivas de certa extensão, principalmente quando os verbos de duas orações diferentes se juntam: No meio da confusão que produzira por toda parte este acontecimento inesperado e cujo motivo e circunstâncias inteiramente se ignoravam, ninguém reparou nos dois cavaleiros.”

[Acredito, todavia, não se tratar aqui de uma adjetiva restritiva, mas de um adjunto adverbial de lugar, expandido pela restritiva (No meio da confusão que produzira por toda parte este acontecimento...) e anteposto à oração principal, qual seja, ninguém reparou nos dois cavaleiros...]

Mas Bechara continua, com uma observação: “Esta pontuação pode ocorrer ainda que separe por vírgula o sujeito expandido pela oração adjetiva: Os que falam em matérias que não entendem, parecem fazer gala da sua própria ignorância.”

[Esta autora registra que, em outra obra de nosso professor Bechara, Lições de Português pela análise sintática, ele traz o seguinte texto: “Simbolizamos a entoação suspensiva com [,]. É pela entoação suspensiva que se distinguem alguns tipos de oração, como, por exemplo, a adjetiva restritiva da explicativa. Note-se o contraste de sentido pela entoação distinta que se dá ao trecho: O homem que vinha a cavalo parou defronte da casa. Se proferimos: O homem [,] que vinha a cavalo [,] parou defronte da casa, a narração pressupõe a existência de um só homem. Se proferimos: O homem que vinha a cavalo parou defronte da casa (sem entoação suspensiva), pressupõe-se que na narração há mais de um homem.”

Contradição? Ou Bechara simplesmente nega, na idade madura, o que disse na juventude?

Acredito também que certas exceções não se fazem sem o risco de todo um sistema de regras ser negado por elas. A regra de não se colocar vírgula entre o sujeito e o verbo me parece uma escolha sólida da Língua Portuguesa. Se algo é escolhido pelos usuários de um sistema, é sinal de que outros elementos foram preteridos. Assim funcionam os sistemas: baseados em escolhas e rejeições. Permitir que se separe o sujeito de seu verbo, de acordo com a extensão daquele, é rejeitar uma regra de sólida aceitação; é ameaçar uma dominante do sistema e consequentemente todo o sistema. Destruo um ritmo e crio o caos até que outro sistema se estabeleça. Bem, fico por aqui no raciocínio, sugerindo aos “concurseiros” que, se forem ameaçados por Napoleão Mendes e Bechara, por meio de banca cruel de algum concurso, podem aproveitar estas argumentações no recurso.]

Fecha-se aqui esse polêmico assunto da vírgula separando a restritiva e retoma-se a explanação.

Quanto às orações subordinadas adverbiais, são separadas por vírgula quando deslocadas para o início ou para o meio do período: Quando estudava no Rio, nunca fora reprovado (oração subordinada adverbial temporal); Vou comprar, se tudo correr bem, um carro novo este ano (oração subordinada adverbial condicional); Como não tinha dinheiro, só comia uma vez por dia (oração subordinada adverbial causal).

Observação: mesmo que a oração subordinada adverbial venha por último, é correto o emprego da vírgula, sendo nesse caso facultativo. Exemplos: Chorou tanto (,) que adoeceu dos olhos (Oração subordinada adverbial consecutiva). / Comprou um carro novo (,) para que impressionasse os amigos (Oração subordinada adverbial final). / Namorava a menina mais bonita da escola (,) embora não fosse o rapaz mais simpático (Oração subordinada adverbial concessiva).

Vamos continuar analisando as vírgulas de nossa Decisão:

O recorrente alega violação do artigo 44 da Lei 11.343/2006. Sustenta, em síntese, que a vedação à liberdade provisória a que se refere o artigo supracitado não foi revogada, e existe a necessidade de manter a prisão do paciente, uma vez que é legal. Afirma haver divergência com o entendimento do STJ.

Nesse trecho, temos uma expressão explicativa (em síntese), corretamente isolada por duas vírgulas. A vírgula seguinte (revogada, e existe) é necessária, porque, apesar de estar posicionada antes da conjunção “e”, está separando duas orações que têm sujeitos diferentes. A última vírgula (paciente, uma vez que) é opcional, porque faz uma pausa antes de uma oração subordinada adverbial causal que segue sua oração principal, ou seja, não está deslocada. Bem entendido o “opcional”, ela não está errada. Não colocá-la também não seria um erro.

Use, ainda, a vírgula antes e depois dessas conjunções sempre que elas estiverem intercaladas no período: no entanto, porém, contudo, todavia, entretanto. Ex.: O ferido pediu socorro; nenhum motorista, *no entanto*, parou para ajudá-lo.

De outra forma, se estiverem no começo do período, a vírgula é opcional: Os livros custam caro; todavia, vou comprá-los. / Os livros custam caro; todavia vou comprá-los.

Observação: a conjunção *pois*: a) quando tiver um sentido conclusivo, vem sempre deslocada (sem estar no começo da oração), portanto, deve estar entre vírgulas: Chegou muito cansado; não quis, *pois*, ir ao teatro. b) quando tem um sentido explicativo, vem sempre no começo da oração e será apenas antecedida de vírgula: Ande logo, *pois* ela está para chegar.

Finalmente a vírgula serve para separar as orações reduzidas. E o que são orações reduzidas? Vamos então saber. As orações subordinadas podem ser de dois tipos quanto ao nexos subordinativo: introduzidas por pronomes relativos ou por conjunções subordinativas. Nesses casos, elas têm o verbo sempre numa forma finita, ou seja, ele vem aplicado a uma das três pessoas, que podem estar no singular ou no plural (eu, tu, ele, nós, vós, eles). Há porém um outro tipo de oração subordinada: a *reduzida*. Ela é uma oração dependente que não se inicia por relativo nem por conjunção subordinativa, e que tem o verbo numa das formas nominais: o Infinitivo, o Gerúndio, o Particípio. Em nossa análise de texto, teremos vários exemplos dessas orações. Mas vamos a alguns exemplos: A não *ser* isto, é uma paz regalada. / *Sendo* tantos os mortos, enterram-nos onde calha. / *Fatigado*, ia dormir.

As orações reduzidas podem ser substantivas, adjetivas e adverbiais. Quando tiverem um sentido adverbial, serão sempre separadas com vírgula. Quanto àquelas de sentido adjetivo, elas serão separadas por vírgula quando tiverem um valor explicativo e não serão quando tiverem um valor restritivo.

Continuemos com a análise de nossa minuta:

Verifico a relevância da questão colocada para julgamento, aliada à razoabilidade da argumentação do recorrente, estando presentes os requisitos do recurso, o quais foram corretamente preenchidos, bem como ficou demonstrado o devido prequestionamento.

A primeira vírgula (julgamento, aliada à) está correta, pois separa a oração principal de uma oração adjetiva reduzida de particípio (se a desenvolvermos, ficará: que se alia à razoabilidade da argumentação do recorrente), fazendo jus à vírgulas. Em seguida temos uma oração coordenada reduzida de gerúndio (estando presentes os requisitos do recurso), a qual merece uma vírgula que a separe de sua antecessora bem como da que se lhe segue (os quais foram corretamente preenchidos), a qual, por também envergar um valor adjetivo explicativo, merece estar entre vírgulas. O período termina com uma oração coordenada aditiva (bem como ficou demonstrado o devido prequestionamento) que dispensaria a vírgula antes dela, não fossem as diversas orações intercaladas entre sua coordenada (Verifico a relevância da questão colocada para julgamento), que está lá no início do período.

Segue-se outro parágrafo da minuta em análise.

Merece, pois, ser o recurso recebido, a fim de que possa ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao qual cabe, por ter missão constitucional, assegurar a exata interpretação da lei federal e pronunciar-se, em caráter definitivo, sobre divergências em sua aplicação.

Nesse período, todas as vírgulas estão corretas. As duas que isolam a conjunção *pois* estão certas, visto ter esta última, no contexto, valor conclusivo. A que se coloca após a palavra recebido também está correta, porque vem antes de uma oração subordinada adverbial final (recebido, a fim). O trecho seguinte tem valor de adjunto adnominal para o ente STJ (ao qual cabe...). Duas vírgulas separam uma oração adjetiva reduzida de infinitivo de caráter explicativo (por ter missão...), para encontrarmos mais à frente as orações que servem de sujeito ao verbo *caber*: assegurar a exata interpretação... e pronunciar-se... (orações subordinadas substantivas subjetivas reduzidas de infinitivo). Finalmente, duas vírgulas isolam corretamente um adjunto adverbial de modo: em caráter definitivo.

E o último período de nosso texto-decisão.

Observo, que o recorrente, demonstrou o dissídio jurisprudencial, preenchendo o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, assim como os requisitos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira vírgula (Observo, que) está incorreta. Por quê? Porque, sendo o verbo observar transitivo direto, o que se segue é uma oração subordinada substantiva objetiva direta; não pode, pois, ser separada por vírgula do verbo para o qual serve de complemento (observo). A segunda vírgula (o recorrente, demonstrou) também está incorreta, pois separa o sujeito de seu predicado. As seguintes estão corretas: antes de preenchendo, por separar uma oração subordinada adverbial de meio reduzida de gerúndio; as duas que isolam parágrafo único, devido a o termo estar deslocado; se a citação do artigo estivesse na ordem direta (do contido para o que contém), elas não teriam lugar. As duas que isolam o trecho c/c o art. 3º do CPP, por tratar-se de uma oração adjetiva reduzida de particípio (combinado com).

Finalmente, temos a conclusão:

Pelo exposto, admito o recurso especial.

Correta a vírgula, pois marca uma pausa depois de uma oração subordinada adverbial causal reduzida de particípio que está deslocada. Na ordem direta, e desenvolvendo-se a referida oração, ficaria: *Admito* o recurso especial devido ao que se expôs.

Encerramos por ora esta longa e intrincada explanação sobre os usos da vírgula. Se por acaso todos esses conhecimentos falharem e a dúvida persistir, tenho a opinião de que o excesso de vírgulas é falta mais grave do que a ausência delas. Então, use seu bom senso, e boa sorte.

Exercícios

Em cada frase abaixo, se necessário, efetue as correções relacionadas às vírgulas.

1. Contra a decisão, Recurso de Revista, interpôs a reclamada.
2. O planejamento para execução de auditorias operacionais, começa, normalmente com a identificação de um fato a ser descoberto.
3. A situação apresentada antiga e recorrente já foi objeto de análise detida e exaustiva.
4. A argumentação apresentada é inconsistente, o deferimento do pedido impossível, portanto.
5. A reclamada, inconformada sustenta, em suas razões de Revista que a decisão regional violou a literalidade da Lei 1.060/50 e do art. 5º, XXXIV e XXXV da Constituição Federal.
6. Requer, a Reclamante, portanto, o reconhecimento da sucessão de empregados, o pagamento da sobrejornada extracontratual, e a sua incorporação para fins de cálculos rescisórios.
7. A ausência de ressalva específica do sindicato, não obsta o pedido, relativo às diferenças salariais, ocorridas no decorrer do contrato de trabalho.
8. O Estatuto do Índio de 19 de dezembro de 1973, determina, que todos os indígenas, indiscriminadamente são tutelados pela FUNAI.
9. Alega a parte consoante argumentação às fls. 18/21 que no concernente aos períodos de descanso não dispunha de tais momentos e, sim, de 40 minutos para almoço.
10. Saliente-se, que nos termos da OJ n. 115, da SDI-1 desta Corte, não impulsiona o Recurso que pretende a nulidade da decisão recorrida por falta de prestação jurisdicional, a alegação de afronta ao art. 5º, da Constituição Federal.

Gabarito

1. Contra a decisão, Recurso de Revista,^x interpôs a reclamada. (*Contra a decisão, Recurso de Revista interpôs a reclamada.*)
2. O planejamento para execução de auditorias operacionais,^x começa, (só admitida esta vírgula se houver outra depois, isolando a palavra) normalmente, com a identificação de um fato a ser descoberto. (*O planejamento para execução de auditorias operacionais começa, normalmente, com a identificação de um fato a ser descoberto.*)
3. A situação apresentada, antiga e recorrente, já foi objeto de análise detida e exaustiva. (*A situação apresentada, antiga e recorrente, já foi objeto de análise detida e exaustiva.*)
4. A argumentação apresentada é inconsistente, o deferimento do pedido impossível, portanto. (Correta)
5. A reclamante, inconformada, sustenta, em suas razões de Revista, que a decisão regional violou a literalidade da Lei 1.060/1950 e do art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal. (*A reclamante, inconformada, sustenta, em suas razões de Revista, que a decisão regional violou a literalidade da Lei 1.060/1950 e do art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal.*)
6. Requer,^x a Reclamante, portanto, o reconhecimento da sucessão de empregadores, o pagamento da sobrejornada extracontratual,^x e a sua incorporação para fins de cálculos rescisórios. (*Requer a Reclamante, portanto, o reconhecimento da sucessão de empregadores, o pagamento da sobrejornada extracontratual e a sua incorporação para fins de cálculos rescisórios.*)
7. A ausência de ressalva específica do sindicato,^x não obsta o pedido,^x relativo às diferenças salariais,^x ocorridas no decorrer do contrato de trabalho. (*A ausência de ressalva específica do sindicato não obsta o pedido relativo às diferenças salariais ocorridas no decorrer do contrato de trabalho.*)
8. O Estatuto do Índio, de 19 de dezembro de 1973, determina,^x que todos os indígenas, indiscriminadamente, são tutelados pela Funai. (*O Estatuto do Índio, de 19 de dezembro de 1973, determina que todos os indígenas, indiscriminadamente, são tutelados pela Funai.*)
9. Alega a parte, consoante argumentação às fls. 18/21, que, no concernente aos períodos de descanso, não dispunha de tais momentos, e,^x sim,^x de 40 minutos para almoço. (*Alega a parte, consoante argumentação às fls. 18/21, que, no concernente aos períodos de descanso, não dispunha de tais momentos, e sim de 40 minutos para almoço.*)
10. Saliente-se,^x que, nos termos da OJ 115,^x da SDI-1 desta Corte, não impulsiona o Recurso, que pretende a nulidade da decisão recorrida por falta de prestação jurisdicional, a alegação de afronta ao art. 5º,^x da Constituição Federal. (*Saliente-se que, nos termos da OJ 115 da SDI-1 desta Corte, não impulsiona o Recurso, que pretende a nulidade da decisão recorrida por falta de prestação jurisdicional, a alegação de afronta ao art. 5º da Constituição Federal.*)

Livro Segundo

A Família*

Capítulo I

A religião como principal elemento constitutivo da família antiga

Se nós nos transportarmos, em pensamento, para o seio dessas antigas gerações de homens, encontraremos em cada casa um altar, e ao redor desse altar, toda a família reunida. Cada manhã, a família ali se reúne para dirigir ao lar as suas primeiras orações, e não há noite em que ali o não invoque ainda uma derradeira vez. Durante o dia, junto dele comparece para a refeição, partilhada pela família piedosamente, depois da oração e libação. Em todos os seus atos religiosos a família canta em comum os hinos que seus pais lhe legaram. Fora de casa, em campo vizinho, mas o mais próximo possível de casa, existe o túmulo. É a segunda morada desta família. Aqui repousam em comum muitas gerações de antepassados; a morte não os separou. Continuam agrupados entre si nesta segunda existência e persistem, formando uma família indissolúvel.

Entre os vivos e os mortos da família apenas existe a distância de alguns passos, tantos quantos os que separam a casa do túmulo. Em certos dias, determinados na sua religião doméstica por cada família, os vivos reúnem-se junto dos antepassados. Levam-lhes a refeição fúnebre, derramam-lhes leite e vinho, depõem os bolos e as frutas, ou queimam para eles as carnes de alguma vítima. Em troca destas oferendas, clamam por sua proteção; tratam-nos por seus deuses e pedem-lhes que tornem o seu campo fértil, a casa próspera, os corações virtuosos.

A origem da família antiga não está unicamente na geração. A prova disso temos no fato de a irmã na família não igualar seu irmão, no filho emancipado ou a filha casada deixarem completamente de fazer parte dela, e, enfim, nas numerosas disposições

importantes das leis gregas e romanas, como adiante teremos ocasião de estudar.

O esteio da família não o encontramos tampouco no afeto natural. O direito grego como o direito romano não tinham em conta este sentimento. Este podia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era. O pai podia amar sua filha, mas não lhe podia legar os seus bens. As leis de sucessão, isto é, aquelas leis de entre as demais que com mais exatidão traduzem as idéias formadas pelos homens acerca da família, essas, estão em flagrante contradição, tanto com a ordem de nascimento como com o afeto natural¹.

Os historiadores do direito romano, muito justamente, têm notado que nem o nascimento, nem o afeto foram fundamento da família romana, julgando que devemos ir encontrar este fundamento no poder paterno ou no marital. Fazem deste poder uma espécie de instituição primordial. Mas não explicam como a família se formou, a não ser pela superioridade da força do marido sobre a mulher, do pai sobre os filhos. Ora, parece-nos um erro grave atribuir-se assim à força a origem do direito. Veremos, além disso, como a autoridade paternal, ou a marital, longe de ter sido causa principal, foi, ela mesma, efeito; derivou da religião e por esta foi estabelecida: não foi, pois, o principal elemento constitutivo da família.

O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa, mais que associação natural. Também veremos como a mulher só será verdadeiramente considerada, quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; como o filho já não conta tampouco para a família quando renuncia ao culto ou em sendo emancipado; como, ao contrário, o adotado se tornará verdadeiro filho para a família, porque, embora não exista o laço de sangue,

*COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Livraria Martins Fontes. Editora Ltda. 1ª ed. brasileira: agosto de 1981 – p. 43/45. Tradução de Fernando de Aguiar.

¹Torna-se evidente que falamos aqui do direito mais antigo. Veremos a seguir como estas velhas leis foram se revogando.

passa a ter na comunhão do culto alguma coisa de mais e de melhor que o sangue; como o legatário ao recusar-se a adotar o culto dessa família não terá a sua sucessão; enfim, como o parentesco e o direito à herança estão regulados, não por virtude do fato-nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto, e exatamente como a religião os estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras e daí resultando receber a família antiga constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores.

A antiga língua grega oferecia palavra bastante significativa para designar a família; chamava-lhe *èpiston*, o que literalmente significa: *aquilo que está junto de um lar*. A família era assim um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados.²

² Heródoto, V, 73, para nomear 700 famílias, emprega a expressão *heptakótia hepistía*. Em outro lugar, I, 176, para designar 80 famílias, diz *ogdókonta hestíai*. A mesma expressão pode encontrar-se em Plutarco, *Rômulo*, 9.

Breve história legislativa da previdência dos servidores públicos civis federais: contribuição e benefícios

Roberto Luis Luchi Demo*

A previdência dos servidores públicos federais passou ao longo dos anos por diversas alterações, inclusive conceituais, no compasso das mudanças sociais, culturais e políticas do Brasil. A propósito, cumpre notar que os benefícios previdenciários devidos para os então denominados empregados públicos civis, posteriormente chamados de funcionários públicos civis e atualmente qualificados com o *nomen juris* de servidores públicos civis - ou simplesmente servidores públicos, nos termos da Emenda Constitucional 18/1998 -, são relativamente bem conhecidos pelos operadores do direito, mercê das dúvidas que suscitaram e suscitam ainda (de se lembrar que alguns desses benefícios antigos ainda estão ativos) nas pessoas, dúvidas essas que muitas vezes geram irresignações as quais desembocam em inúmeras ações judiciais questionando diversos aspectos, desde os requisitos para obtenção de uma aposentadoria à habilitação de membros da família para rateio da pensão, passando pelo valor dos benefícios previdenciários e seus reajustes. Daí que, ao lado de ações judiciais questionando temas atuais, como se uma determinada gratificação criada aos servidores ativos se estende à aposentadoria dos inativos com base no princípio constitucional da paridade, não é raro encontrar ação ajuizada, por exemplo, por neta de contribuinte do Montepio dos Empregados do Ministério da Fazenda criado em 1890, isso mesmo, há mais de um século, questionando seu direito de receber cota de pensão.

Por outro lado, as ações judiciais versando as contribuições previdenciárias devidas pelos servidores públicos não são muitas, seja porque essas contribuições sempre foram descontadas em folha, no momento do pagamento da remuneração, evitando destarte a sonegação e dispensando ações de cobrança, seja porque os contribuintes, via de regra e especialmente antes da Constituição Federal de 1988, não as questionavam, por entendê-las legítimas. Esse

o motivo pelo qual entendo oportuno um resgate histórico das diversas normas que estabeleceram ao longo dos anos as contribuições dos empregados públicos civis, posteriormente dos funcionários públicos civis e atualmente dos servidores públicos civis, destinadas ao financiamento dos benefícios previstos especificamente para eles e sua família, ou seja, previstos nos seus regimes próprios de previdência, mencionando ademais alguns contornos dos benefícios previdenciários então dispostos nas sucessivas normas, a fim de permitir uma visão panorâmica da evolução da cobertura previdenciária e da intensidade do caráter contributivo do sistema no tempo, sem olvidar a importância pedagógica de se conhecer a legislação passada para melhor compreender o conteúdo significativo da legislação vigente.

Muito bem. O Decreto 2, de 10 de janeiro de 1835, aprovou o Plano do Montepio Geral de Economia, assegurando o pagamento de pensão às famílias do empregado público civil e do militar falecido em exercício ou na aposentadoria ou reforma (art. 1º) e no caso de perda do emprego em virtude de condenação judicial (art. 14). A contribuição do empregado civil e do militar que voluntariamente se matriculasse no plano correspondia a 5% da remuneração e era descontada mensalmente em folha (art. 4º, §1º). Por sua vez, o valor da pensão era de 50% dessa remuneração (art. 6º), sendo que se a remuneração do empregado ou militar excedesse a dois contos de réis (2.000\$000), a pensão seria de um conto de réis (1.000\$000) mais 20% do excedente a dois contos de réis (art. 7º, §2º). Por exemplo, se um empregado público ou um militar ganhasse três contos de réis (3.000\$000), seus herdeiros receberiam de pensão um conto e duzentos mil réis (1.200\$000). Importante aqui destacar que o Plano do Montepio Geral de Economia previa contribuição também dos pensionistas, montando em 2,5% do valor da pensão por morte (art. 4º, §3º) e em 5% do valor da pensão por perda do emprego em virtude de condenação judicial (art. 14).

* Juiz Federal Substituto em Brasília-DF

Abro aqui um parêntese para registrar que, a despeito de o Plano do Montepio Geral de Economia ser o mais antigo referente aos empregados públicos civis - até então não havia a categoria jurídica dos funcionários públicos civis nem dos servidores públicos civis -, não é o mais antigo no Brasil. Isso porque antes dele já havia sido criado, pelo Alvará de 23 de setembro de 1795, o montepio para as famílias dos oficiais da Marinha, estabelecendo uma contribuição mensal equivalente a um dia de soldo assim do militar ativo (art. 1º) quanto do militar reformado (art. 12), para efeito de garantir, quando de sua morte, pensão para a família no valor de metade do soldo sobre o qual contribuía (art. 2º). Da referida norma de custeio (art. 1º), a qual faz menção ao militar reformado, pode-se inferir inclusive a existência, já nessa época, de aposentadoria e reforma custeadas integralmente pelo Tesouro Nacional, ou seja, independente de contribuição¹. Também antes do Montepio Geral de Economia, a Lei de 6 de novembro de 1827 concedeu “às viúvas dos oficiais do Exército que têm falecido, e daqueles que falecerem, assim como aos órfãos menores de 18 anos, e às filhas que existirem solteiras, ao tempo da morte dos pais, a metade do soldo que caberia a seus maridos e pais, se fossem reformados” (art. 1º), sendo esse benefício extensivo às mães dos oficiais militares, na falta de viúva e filhos (art. 2º), cumprindo advertir que o meio-soldo não era condicionado a qualquer contribuição do militar. Fecho o parêntese, a fim de retornar à legislação previdenciária dos empregados públicos civis.

O Decreto 942-A, de 31 de outubro de 1890, criou o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda, assegurando o pagamento de pensão às famílias do empregado público civil e do militar falecido em exercício ou na aposentadoria ou reforma (art. 31) e no caso de perda do emprego em virtude de condenação judicial (art. 17, parágrafo único). Os empregados públicos civis e os militares que já pertenciam ao Montepio Geral de Economia tinham a faculdade (e não obrigatoriedade) de também

contribuírem para este Montepio do Ministério da Fazenda (art. 3º, §2º), daí por que embora fosse ele destinado precipuamente aos empregados civis, abrangia também alguns militares. A contribuição mensal para o Montepio do Ministério da Fazenda, descontada em folha, era de um dia de remuneração (art. 12), sendo devida assim pelos empregados e militares ativos, bem como pelos aposentados ou reformados que ganhassem mais de 1.200\$000 anuais (art. 3º). No seu turno, o valor da pensão era de 50% da remuneração (art. 31). Importante aqui destacar que também o Montepio do Ministério da Fazenda previa contribuição dos pensionistas, limitada à hipótese de pensão por perda do emprego em virtude de condenação judicial e montando em um dia do valor da pensão (art. 17, parágrafo único). Em 30 de janeiro de 1933, foi editado o Decreto 22.414 que passou a regular o então denominado Montepio dos Funcionários Públicos Civis da União, alterando a contribuição para um dia de ordenado, entendido como dois terços da remuneração (art. 3º), sendo devida pelos funcionários em atividade e aposentados (art. 2º), prevendo ainda que “as pensões reversíveis estão sujeitas à contribuição mensal correspondente a um dia, que será descontada em folha” (art. 20, §2º). Esse Decreto 22.414/1933 também ampliou as hipóteses de pensão em vida à família, para abranger a demissão do funcionário por ato arbitrário do governo (art. 6º, §2º) e a incapacidade mental do funcionário (art. 8º), bem como instituiu o auxílio para funeral ou luto a ser pago, sem prejuízo da pensão, à família do funcionário morto, no valor de 400\$000 (art. 29). Em 3 de novembro de 1937, foi editada a Lei 571, ampliando regras de reversão da pensão previstas no Decreto 22.414/1933.

Ainda a propósito do Montepio dos Empregados do Ministério da Fazenda (ou Montepio dos Funcionários Públicos Civis da União ou ainda Montepio Civil Federal), cumpre referir que, pelo Decreto 956, de 6 de novembro de 1890, foi estendido aos servidores do Ministério da Justiça e, pelo Decreto 8.904, de 16 de agosto de 1911, a todos os demais servidores civis, sendo que a Lei 3.089, de 8 de janeiro de 1916, suspendeu a admissão de novos contribuintes para o montepio. Não obstante, diversas leis específicas autorizaram a admissão pontual de novos contribuintes. Com efeito, em 5 de janeiro de 1927, o Decreto 5.137 facultou aos Ministros do Supremo Tribunal Federal requererem sua inscrição no Montepio do Ministério

¹ A aposentadoria então se dava geralmente por invalidez, com algumas exceções, como a prevista no Decreto 9.912-A, de 26 de março de 1888, que garantia esse direito aos empregados dos Correios após 30 anos de efetivo serviço e 60 anos de idade, sendo que, a partir da Constituição Federal de 1891, a aposentadoria se dava somente no caso de invalidez decorrente do serviço, por força do seu art. 75, *verbis*: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”

da Fazenda. A Lei 3.058, de 22 de dezembro de 1956, estendeu aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como aos Ministros do Tribunal de Contas e aos do Tribunal Federal de Recursos e ao Procurador-Geral do Tribunal de Contas, a faculdade de se inscreverem no montepio. Em 12 de novembro de 1964, a Lei 4.477 estabeleceu que a contribuição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o montepio corresponderia à 25ª parte (4%) do vencimento e a pensão para os herdeiros seria igual a 15 vezes a contribuição (60% da remuneração). Em 1978, a Lei 6.554, de 21 de agosto, permitiu a adesão ao montepio para os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, aos Juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Juizes Federais, aos Juizes Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento, aos Juizes de Trabalho Substitutos e aos Juizes de Direito do Distrito Federal e de investidura federal no Estado do Rio de Janeiro. Em 1979, o Decreto 83.226, de 1º de março, estabeleceu que a contribuição dos inscritos no Montepio do Ministério da Fazenda conforme as referidas leis específicas, correspondia à 25ª parte (4%) da remuneração, cobrável mediante desconto em folha de pagamento (art. 5º), sendo a pensão de montepio civil correspondente a 15 vezes o valor da contribuição mensal (60% da remuneração) e atualizada pela tabela de vencimentos que estiver em vigor para o pessoal em atividade (art. 9º). Em 1980, a Lei 6.810, de 7 de julho, permitiu a adesão ao Montepio Civil da União para os Ministros Togados, os Juizes Auditores e os Auditores Substitutos da Justiça Militar. Em 1982, a Lei 7.034, de 5 de outubro, facultou a adesão ao montepio para os Conselheiros, Auditores e Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Em 31 de dezembro de 1926, o Decreto 5.128 reorganizou a previdência dos funcionários públicos civis da União mediante substituição do sistema de montepio por um sistema de pecúlio similar àquele das instituições de seguro, criando então o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União, o qual abrangia obrigatoriamente “todos aqueles, maiores de 18 anos, que pelo exercício permanente de função ou emprego de natureza civil, ao serviço da União, receberem do Tesouro Nacional vencimentos ou estipêndio de qualquer espécie, ou tiverem direito a salários ou percentagens, desde que não sejam contribuintes do atual montepio” (art. 16, *caput*), ou seja, tornava contribuintes obrigatórios todos os

servidores não vinculados ao Montepio do Ministério da Fazenda. Os valores anuais da contribuição ou prêmio para o instituto variavam entre 14\$985 e 77\$879 para cada 1.000\$000 de pecúlio a ser proporcionado à família quando da morte do contribuinte, de acordo com o plano escolhido e a idade do contribuinte, nos termos da tabela A anexa ao Decreto (art. 17). O pecúlio podia ser pago à família do servidor falecido em forma de pensão mensal vitalícia (conforme valores da Tabela C anexa ao Decreto), pensão mensal temporária (conforme valores da Tabela D anexa ao Decreto) ou de uma única vez em dinheiro (art. 22), sendo previsto ainda que “ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros ou aos legatários do contribuinte falecido, será abonada de uma só vez, por dedução do pecúlio, nas condições que o conselho administrativo determinar, a quantia de 300\$000 para funeral e luto” (art. 27). O Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União foi regulamentado posteriormente pelo Decreto 17.778, de 20 de abril de 1927, Decreto 5.407, de 30 de dezembro de 1927, Decreto 1.646, de 30 de janeiro de 1931, Decreto 20.932, de 12 de janeiro de 1932, e Decreto 24.563, de 3 de julho 1934, que alterou seu nome para Instituto Nacional de Previdência (art. 1º).

O Decreto 288, de 23 de fevereiro de 1938, criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores de Estado - Ipase, incorporando o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União - então denominado Instituto Nacional de Previdência - e elegendo como contribuintes obrigatórios os servidores civis efetivos, interinos ou em comissão, os extranumerários que executassem serviços de natureza permanente e os empregados do próprio Instituto (art. 3º) e como contribuintes facultativos os que exercessem função pública civil ou militar, federal, estadual, ou municipal inclusive os membros do Poder Legislativo e do Executivo (art. 4º). Aos que já eram contribuintes dos montepios era permitida a opção entre o regime anterior e o instituído por este Decreto (art. 56) até o Decreto-Lei 3.347, de 12 de junho de 1941, a partir de quando aqueles que contribuíam para o montepio civil (Montepio do Ministério da Fazenda), para os montepios militares (Marinha, Exército e Aeronáutica) ou para qualquer outra Caixa ou Instituto de Pensões, eram excluídos do Ipase. Os contribuintes obrigatórios do Ipase deveriam contribuir, mediante desconto em folha, com uma percentagem sobre a remuneração que variava de 4% a 7% (quanto maior a remuneração,

maior era a alíquota, nos termos do art. 22), que garantia a eles aposentadoria nos termos da legislação (art. 5º)² e, no caso de morte, pecúlio e pensão vitalícia e pensão temporária para seus beneficiários, nos valores definidos em regulamento (arts. 8º e 9º), que veio a ser estabelecido pelo Decreto-lei 3.347, de 12 de junho de 1941, o qual criou no seu art. 7º uma contribuição previdenciária adicional de 5% sobre o vencimento básico do contribuinte para efeito de garantir o recebimento da pensão à família, calculada de acordo com o vencimento básico e a idade do contribuinte, conforme os valores determinados na Tabela I anexa ao Decreto-lei (art. 5º).

Em 28 de outubro de 1952, foi editada a Lei 1.711, dispondo sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos da União e que disciplinou somente a aposentadoria, a licença para tratamento de saúde, a licença à gestante e o auxílio-funeral - todos custeados integralmente pelo Tesouro Nacional -, remetendo as demais questões do Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, incluindo aí as previdências, para legislação específica, nos termos do seu art. 163. Em 12 de março de 1958, foi editada a Lei 3.373, dispondo sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os arts. 160 e 161 da Lei 1.711/1952, na parte que diz respeito à previdência do servidor civil. Essa Lei 3.373/1958 estabeleceu que a contribuição obrigatória para o Ipase incidia sobre 50% do salário-base, de modo que o valor das pensões vitalícias e temporárias eram limitadas a 50% do salário-base (art. 4º), bem como garantiu aos beneficiários do contribuinte falecido, além da pensão vitalícia e temporária, o pecúlio (art. 3º). Importante aqui destacar que a gestão desse novo regime previdenciário do funcionário público foi atribuída ao já existente Ipase, que operacionalizava o antigo regime previdenciário, ou seja, já era o destinatário das contribuições recolhidas pelo funcionário e concedia e mantinha as pensões para a família do contribuinte. Em 30 de maio de 1966, a Lei 5.010, que organizou a Justiça Federal de primeira instância, estabeleceu que “Os Juízes e servidores da Justiça Federal serão contribuintes obrigatórios

do Ipase, facultado aos primeiros contribuir para o Montepio Federal” (art. 53).

Em 1º de setembro de 1977, a Lei 6.439 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - Sinpas, mantendo, com o respectivo custeio, na forma da legislação própria, os regimes de benefícios do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - Ipase, o qual foi extinto, passando então esses benefícios a serem operacionalizados pelo Instituto Nacional de Previdência Social - INPS (que operacionalizava à época a previdência dos trabalhadores da iniciativa privada, concedendo e mantendo os respectivos benefícios). Em 24 de janeiro de 1979, regulando a mencionada Lei 6.439/1977, que instituiu o Sinpas, o Decreto 83.080 aprovou o Regulamento de Benefícios da Previdência Social, dispondo sobre a Previdência Social do Funcionário Federal na sua Parte III e estabelecendo como segurados obrigatórios os funcionários da União, do Distrito Federal, dos Territórios e das autarquias federais (art. 350) e como segurado facultativo o congressista (art. 353), bem assim estabelecendo os benefícios de pecúlio, pensão vitalícia e pensão temporária (art. 356), sendo que o valor das pensões correspondia a 50% do salário-base (art. 357) e, o do pecúlio, a três vezes o salário-base do contribuinte falecido (art. 360). O custeio desse sistema veio a ser previsto no Decreto 83.081, também de 24 de janeiro de 1979, que aprovou o Regulamento de Custeio da Previdência Social, estabelecendo a contribuição dos servidores para sua previdência no valor de 6% sobre seu salário-base (art. 37), cumprindo referir que o conceito de salário-base abrangia o vencimento do cargo, gratificação adicional por tempo de serviço, gratificação de função e diferença de vencimentos recebida a título de vantagem pessoal (art. 96). Daí por que era comum a lei criar determinada gratificação ou vantagem e dizer que sobre essa parcela incidia o desconto previdenciário.

Importante advertir nesse passo que, até então, os valores pagos aos empregados/funcionários públicos civis em virtude de seus afastamentos remunerados consubstanciados em diversas licenças (v.g.: licença à funcionária gestante e licença ao funcionário acidentado em serviço ou atacado de doença profissional) e da sua passagem para a inatividade remunerada mercê da aposentadoria, eram considerados de natureza salarial e não previdenciária, de maneira que não se colocava em discussão a legitimidade da incidência das

² Nessa época, já havia previsão de aposentadoria compulsória aos 68 anos de idade, além da aposentadoria por invalidez (vide art. 170 da Constituição Federal de 1934 e art. 156 da Constituição Federal de 1937), ambas custeadas integralmente pelo Tesouro Nacional

contribuições previdenciárias sobre os proventos pagos aos empregados/funcionários na inatividade, já que essas contribuições eram restritas ao financiamento de pensões e do pecúlio aos beneficiários do empregado/funcionário e, nos tempos mais antigos, do auxílio-funeral. Por outro lado, nos sucessivos regimes previdenciários do empregado/funcionário público civil, não havia previsão de cobrança de contribuição previdenciária pelos pensionistas - com exceção, novamente nos tempos mais antigos, do Plano do Montepio Geral de Economia e do Montepio do Ministério da Fazenda -, ou seja, não havia contribuição dos pensionistas para custeio do regime próprio de previdência social dos empregados/funcionários civis, havendo por outro lado previsão de os pensionistas custearem outros aspectos do seguro social, a exemplo da assistência médica, nos termos do art. 2º, inc. II, do Decreto-lei 1.910, de 29 de dezembro de 1981.

Em 11 de dezembro de 1990, foi editada a Lei 8.112 dispondo sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, cumprindo notar que quando da implantação desse regime jurídico único, dos cerca de 750.000 servidores civis federais, tão somente perto de 150.000 eram regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, ou seja, a ampla maioria era celetista e por isso mesmo vinculada ao Regime Geral de Previdência Social. Essa Lei 8.112/1990 instituiu também o Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família que, no aspecto previdenciário, visou garantir: [i] meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão; e [ii] proteção à maternidade, à adoção e à paternidade (art. 184, incs. I e II), estabelecendo no art. 185 os seguintes benefícios previdenciários: [i] quanto ao servidor: aposentadoria; auxílio-natalidade; salário-família; licença para tratamento de saúde; licença à gestante, à adotante e licença-paternidade; e licença por acidente em serviço; e [ii] quanto ao dependente: pensões vitalícias e temporárias; auxílio-funeral; e auxílio-reclusão. Os valores das licenças, das pensões e do auxílio-reclusão correspondiam aos proventos integrais do servidor; já o valor das aposentadorias variava entre os proventos integrais e um terço da remuneração do servidor.

O art. 231 da Lei 8.112/1990 previa contribuição previdenciária dos servidores públicos para o Plano de Seguridade Social, diferenciada em função da

remuneração mensal. Essa contribuição foi instituída pelos arts. 8º e 9º da Lei 8.162/1991, em percentuais variando de 9% a 12% sobre a remuneração mensal do servidor (ou seja, abrangendo a totalidade dos vencimentos). Ocorre que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as alíquotas progressivas, em virtude de o art. 231, §2º, da Lei 8.112/1990 prever que o custeio da aposentadoria era de responsabilidade integral do Tesouro Nacional³, de maneira que a contribuição previdenciária do servidor público retornou à regência da Lei 6.439/1977, regulada pelo Decreto 83.081/1979, ou seja, retornou à alíquota de 6%. Sobreveio então a Emenda Constitucional 3/1993, que incluiu o §6º no art. 40 da Constituição Federal, prevendo que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”, bem assim a Lei 8.688/1993, dando nova redação ao art. 231, §2º, da Lei 8.112/1990 (“O custeio das aposentadorias e pensões é de responsabilidade da União e de seus servidores”) e restabelecendo as alíquotas progressivas de 9% a 12%. Portanto, somente a partir da Lei 8.688/1993, o servidor público civil federal passou a contribuir para sua aposentadoria e para os demais benefícios previdenciários pagos a ele e a seus dependentes, como licença para tratamento de saúde (arts. 202 a 206 da Lei 8.212/1991, que corresponde ao auxílio-doença do Regime Geral de Previdência Social) e o auxílio-reclusão (art. 229 da Lei 8.112/1991, que corresponde ao também chamado auxílio-reclusão do Regime Geral de Previdência Social). Antes da referida Lei 8.688/1993, a contribuição previdenciária paga pelos servidores era exclusiva para custear, via de regra, as pensões, que correspondiam a cerca de metade do valor de sua remuneração.

As sobreditas alíquotas progressivas de 9% a 12% foram reguladas pela Lei 8.688/1993 até junho de 1994, quando exauriu o prazo de sua aplicação (art. 2º, §1º). Foi editada então a Medida Provisória 560, de 26 de julho de 1994, restabelecendo no seu art. 1º as alíquotas progressivas de 9% a 12%, a incidir a partir de 1º de julho de 1994 sobre a remuneração definida nos termos do art. 1º, inc. III, da Lei 8.852/1994, cumprindo notar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu na ADI

³ STF, ADI 790, Marco Aurélio, Pleno, DJ 23.4.1993.

1.135⁴ a inconstitucionalidade parcial da norma por desobediência à anterioridade nonagesimal disposta no art. 195, §6º, da Constituição Federal, de modo que a contribuição previdenciária somente passou a ser devida a partir de 26 de outubro de 1994⁵. A Medida Provisória 560/1994, após diversas reedições, foi convertida na Lei 9.630/1998, estabelecendo uma alíquota fixa de 11% a partir de julho de 1997. Posteriormente, foi editada a Lei 9.783/1999, mantendo a alíquota de 11% no seu art. 1º e estabelecendo adicionais temporários de 9% e 14% no seu art. 2º, os quais foram julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 2.010⁶. Atualmente, está em vigor a Lei 10.887/2004 (lei de conversão da Medida Provisória 167/2004), cujo art. 4º prevê a alíquota de 11% sobre o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas: [i] as diárias para viagens; [ii] a ajuda de custo em razão de mudança de sede; [iii] a indenização de transporte; [iv] o salário-família; [v] o auxílio-alimentação; [vi] o auxílio-creche; [vii] as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; [viii] a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e [ix] o abono de permanência. Outrossim, o servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de

⁴ STF, Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 5.12.1997

⁵ “A Contribuição Social dos Servidores Públicos Federais foi extinta, por término do prazo de vigência das alíquotas previstas na Lei. 8.688, de 1993, em 30 de junho de 1994. A Medida Provisória 560, de 26.7.1994, e sucessivas reedições, revigoraram tal contribuição. Mas, em atenção ao princípio da anterioridade mitigada, sua exigibilidade passou a ocorrer somente em 26 de outubro de 1994. Os valores recolhidos pelos autores no período de 90 dias após a publicação da MP 560/1994 são indevidos e devem ser restituídos.” (TRF 4ª Região, AC 199804010540596, Vilson Darós, 2ª T, DJ 16.2.2000)

⁶ STF, Celso de Mello, Plenário, DJ 12.4.2002. Um dos fundamentos utilizados pelo STF na referida decisão foi que a progressividade em matéria tributária supõe expressa autorização constitucional, inexistente na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade

cálculo do benefício previdenciário, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei 10.887/2004⁷.

De se ressaltar, ainda no aspecto da contribuição previdenciária devida pelo servidor público ativo, que, no caso de ele preencher os requisitos para aposentadoria, seja pela regra permanente ou pela regra transitória do art. 2º da Emenda Constitucional 41/2003, e optar por permanecer em atividade, terá direito a um abono de permanência em serviço equivalente ao valor da respectiva contribuição previdenciária⁸ até completar

⁷ Portanto, a contribuição previdenciária sobre o cargo em comissão ou função de confiança, que era obrigatória até a vigência da Lei 9.783/1999 - inclusive, sendo que a incidência na vigência dessa lei foi considerada ilegítima -, passou a ser facultativa a partir da Lei 10.887/2004. Sobre o assunto: “*Tributário. Contribuição Previdenciária. Servidor Público. Função Comissionada Não Incorporável. Lei 9.783/1999. Não Incidência.* 1. A EC 20/1998, dando nova redação ao art. 40, §3º, da Constituição Federal, alterou a sistemática da previdência social, passando a aposentadoria a ser calculada com base exclusivamente no cargo efetivo, não mais se incluindo o cargo em comissão ou função comissionada. Também a Lei 9.527, de 10.12.1997, que revogou o 193 da Lei 8.112/1990, vedou a incorporação de quintos, além de não mais permitir que, por ocasião da aposentadoria, os servidores optassem por receber, como proventos, os valores totais da remuneração da FC ou os da opção (parte da remuneração total da FC acompanhada da remuneração do cargo efetivo). 2. As novas regras introduzidas pela EC 20/1998 tiveram sua eficácia diferida por seu art. 12 até a edição da nova lei que viesse a dispor sobre as contribuições para os regimes previdenciários, o que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 9.783/99, em 29.1.1999. A partir de então, é indevido o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação aos proventos da aposentadoria, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário. Precedentes. 3. Recurso especial desprovido.” (STJ, RESP 591.037, Teori Albino Zavascki, 1ª T, DJ 10.5.2004.)

⁸ A natureza jurídica do abono de permanência, se remuneratória ou indenizatória, e, portanto, sua tributação ou não pelo imposto de renda, é controvertida na jurisprudência. Confira-se, no primeiro sentido: “É faculdade do servidor continuar na ativa quando já houver completado as exigências para aposentadoria voluntária. A permanência em atividade é opção que não denota supressão de direito ou vantagem do servidor e, via de consequência, não dá ensejo a qualquer reparação ou recomposição de seu patrimônio. O abono de permanência possui natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário e configura fato gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.” (STJ, REsp 1105814, Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/5/2009). No outro sentido: “O constituinte reformador, ao instituir o chamado ‘abono permanência’ em favor do servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária, em valor equivalente ao da sua contribuição previdenciária (CF, art. 40, § 19, acrescentado pela EC 41/2003), pretendeu, a propósito de incentivo ao adiamento da inatividade, anular o desconto da referida contribuição. Sendo assim, admitir a tributação desse adicional pelo imposto de renda, representaria o desvirtuamento da norma constitucional.” (STJ, AgRg no REsp 1021817, Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 1º/9/2008)

as exigências para aposentadoria compulsória, cf art. 40, § 19, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 41/2003, e art. 3º, §1º, da Emenda Constitucional 41/2003 (regra permanente) e art. 2º, §5º da Emenda Constitucional 41/2003 (regra transitória). Entretanto, o implemento das condições para aposentadoria pela regra transitória do art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005 não enseja o direito ao abono de permanência em serviço, mercê da ausência de previsão constitucional expressa nesse sentido.

No novo contexto normativo inaugurado a partir da Lei 8.688/1993, a contribuição previdenciária dos servidores inativos foi instituída com a alíquota de 11% a partir da edição da Medida Provisória 1.482-34, de 14 de março de 1997 (uma das várias reedições da Medida Provisória 560/1994), valendo salientar, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal reconhecia a legitimidade da tributação dos inativos no âmbito do regime próprio de previdência social dos servidores civis⁹. Essa contribuição previdenciária foi mantida pela Lei 9.783/1999 que, no seu art. 1º, estendeu a contribuição aos pensionistas, na mesma alíquota de 11%. Ocorre que esta Lei 9.783/1999 foi editada na vigência da Emenda Constitucional 20/1998 que, incluindo o §12 no art. 40 da Constituição Federal de 1988, determinou a aplicação subsidiária das regras do Regime Geral de Previdência Social, o qual por sua vez não admite a cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas, nos termos do art. 195, inc. II, da Constituição Federal. Por esse motivo é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas estabelecida na Lei 9.783/1999¹⁰.

Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional 41/2003, acrescentando o § 18 ao art. 40 da Constituição Federal (“Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”), bem assim estabelecendo, no seu art. 4º, que “Os servidores

inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos” (*caput*), sendo que “a contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: [i] 50% do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e [ii] 60% do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União” (parágrafo único). A contribuição dos inativos e pensionistas autorizada constitucionalmente veio a ser regulada pelo art. 6º da Lei 10.887/2004, que estabeleceu o percentual de 11% para a contribuição previdenciária.

Oportuno gizar que a legitimidade do *caput* do mencionado art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, versando a contribuição daqueles que já estavam em gozo de aposentadoria ou pensão antes da emenda constitucional, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3105 e ADI 3128¹¹, o qual julgou, na mesma assentada, a inconstitucionalidade dos limites de 50% e 60% dispostos no seu parágrafo único, considerando que, dado o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia, o limite do Regime Geral de Previdência Social disposto no art. 195, inc. II, da Constituição Federal haveria de ser aplicado a ambos os regimes, sem nenhuma distinção¹². Cumpre registrar ademais que esse limite da imunidade da contribuição previdenciária (teto do Regime Geral de Previdência Social) é dobrado quando o beneficiário de aposentadoria ou pensão,

⁹ Vide ADI-MC 1441, Octavio Gallotti, Pleno, DJ 18.10.1996.

¹⁰ STF, ADI-MC 2010, Celso de Mello, Plenário, DJ 12.4.2002.

¹¹ Pleno, Joaquim Barbosa, DJ 18.2.2005.

¹² Desse modo, a interpretação do art. 6º da Lei 10.887/2004 deve ser feita com a supressão da expressão declarada inconstitucional pelo STF, qual seja, 60%, mantendo-se as demais disposições. Nesse sentido: TRF 4ª Região, APELREEX 200572000007564, Luciane Amaral Corrêa Münch, 2ª T, DJE 29.10.2008

na forma da lei, for portador de doença incapacitante, nos termos do art. 40, § 21, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 47/2005. Nesse caso, a contribuição prevista incidirá apenas sobre a parcela de proventos de aposentadoria e de pensão que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Finalmente, é de se registrar que a Medida Provisória 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 16-A à Lei 10.887/2004, estabelecendo que “A contribuição do Plano de Seguridade do Servidor Público, decorrente de valores pagos em cumprimento de decisão judicial, ainda que decorrente de homologação de acordo, será retida na fonte, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal, pela instituição financeira responsável pelo pagamento, por intermédio da quitação da guia de recolhimento, remetida pelo setor de precatórios do Tribunal respectivo”. Desse modo, se antes dessa norma a obrigatoriedade de retenção e recolhimento da contribuição previdenciária era estabelecida em lei somente para os órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência a que o servidor estivesse vinculado (art. 8º da Lei 9.717/1998 e art. 1º, §3º, da Lei 10.887/2004), não havendo previsão para que o Poder Judiciário fizesse, em processo judicial, o desconto da contribuição previdenciária para o Plano de Seguridade do Servidor Público, a partir da Medida Provisória 449/2008, passou a existir previsão legal tornando destarte obrigatória a retenção na fonte da contribuição previdenciária do servidor sobre os valores pagos mediante precatório e requisições de pequeno valor. Aliás, esse novo marco legal lembra a situação das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos em reclamatórias trabalhistas aos trabalhadores celetistas vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, que são retidas pela Justiça do Trabalho e repassadas ao INSS desde a Emenda Constitucional 20/1998, que inseriu o §3º no art. 114 da Constituição Federal, *verbis*: “Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”, norma que atualmente está no inc. VIII do mencionado art. 114, por força da Emenda Constitucional 45/2004.

Para concluir, menciono que esse passeio no tempo permite uma série de ilações, variando de acordo

com o enfoque do observador. Por exemplo, pode-se afirmar que os servidores sempre contribuíram, em menor ou maior intensidade, para sua previdência própria. Também é possível assentar que houve um sucessivo aumento da cobertura previdenciária ao longo dos anos, com a criação de benefícios abrangendo mais riscos sociais a que estão sujeitos os servidores públicos e a majoração do valor daqueles benefícios já existentes, especialmente após a Constituição Federal de 1988, quando também foi majorada significativamente a contribuição previdenciária. De todo modo, o objetivo deste trabalho não é chegar a esta ou àquela conclusão específica, senão trazer à cena o dinamismo e a trajetória da legislação da previdência dos servidores públicos civis federais enquanto ponto de partida metodológico para discussões e investigações jurídicas, suscitando destarte algumas dúvidas, como a eventual ilegitimidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, inc. IV, da Lei 8.112/1990, em virtude de esse direito decorrer no atual ordenamento jurídico nacional de contribuições vertidas ao sistema pelo próprio servidor, bem assim ampliando os caminhos possíveis para reflexões futuras sobre esse tema em constante renovação no Brasil e no mundo.

Referências bibliográficas

- DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Social do Servidor Público*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2006.
- MOREIRA DA SILVA, Álvaro. *Teoria e Prática do Montepio e Pensões Militares*. Rio de Janeiro: Editora Conquista, 1954.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma da Previdência aprovada e comentada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- SERRA E GURGEL, JB. *Evolução da Previdência Social*. Brasília: Funprev Fundação Anasps, 2007.

A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil

Joceli Scremin da Rocha*

Resumo

Sustentou-se, em artigo publicado no Boletim 198 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, que a prescrição penal, fundamentada no princípio do Estado Democrático de Direito e *por ser expressão do direito fundamental das liberdades*, pode ser considerada juridicamente como cláusula pétrea, com supedâneo nos artigos 5º e 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal (segundo o articulista, advogado criminalista e professor *Felipe Machado Caldeira*).

Isso posto, este trabalho pretende tecer breves comentários às recentes interpretações proferidas pela Corte Internacional de Direitos Humanos que examinou a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz das relações entre Direito Constitucional e Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Sumário

1. Pressupostos da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade; 2. A incidência das normas do Estatuto de Roma nos crimes de lesa-humanidade praticados no Brasil; 3. Paradigmas constitucionais e internacionais da imprescritibilidade; Considerações finais; Referências.

1. Pressupostos da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade

De acordo com o entendimento exposto pelo ilustre docente no trabalho mencionado em epígrafe, o artigo 29 do Estatuto de Roma “não está em conformidade com a normatividade interna constitucional porque prevê hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela CRFB/1988, além de não possuir

* Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo e servidora do Ministério Público Federal.

o condão de remover ou modificar o conteúdo das disposições constitucionais confrontantes.”

No mais, suas assertivas mencionam que as normas do Estatuto de Roma, ou mais precisamente o teor contido em seu artigo 29¹, devem guardar conformidade com a Carta Política e que “a única interpretação compatível e harmônica com a CRFB/1988 é admitir a imprescritibilidade dos crimes previstos no ER apenas quando guardarem relação com o racismo ou com a ofensa a normatividade constitucional e o Estado Democrático (...)”²

Sobre o teor do respeitável trabalho científico em comento, pede-se vênia para tecer algumas considerações, na tentativa respeitosa de esclarecer que a hermenêutica esposada pelo ilustre advogado e professor, ao mencionar que o Estatuto de Roma confere “hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela Constituição Federal”, não considerou amplamente o atual modelo de constitucionalismo adotado pelo nosso país, a penosa transição para a efetiva consolidação do regime democrático e, principalmente, descartou vários compromissos firmados pelo Brasil no âmbito internacional, consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A incidência das normas do Estatuto de Roma nos crimes de lesa-humanidade praticados no Brasil

O sistema de responsabilização criminal mundial, atualmente representado pelo Estatuto de Roma, com competência para julgar os autores de graves crimes

¹ Art. 29
Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

² Os trechos em destaque encontram-se redigidos no artigo intitulado *A conformação do Estatuto de Roma com a Constituição de 1988: A imprescritibilidade e os princípios do Estado Democrático de Direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas*. Cf. *Boletim IBCCRIM* 198, mai.2009, p. 2.

contra a humanidade e firmado em Roma na data de 17 de julho de 1998, foi aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 112, de 6 de junho de 2002, e posteriormente promulgado internamente pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Como regra geral, o Estatuto de Roma estabelece que todos os Estados signatários aceitarão a jurisdição do Tribunal, desde que a ele tenham aderido. No caso do Brasil, a eventual submissão à jurisdição do Estatuto de Roma encontra-se corroborada nos exatos termos do artigo 5º, §4º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, e assim redigido: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

No entanto, a eventual responsabilização criminal dos agentes responsáveis pela prática dos crimes contra a humanidade, que vier a ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional, encontra-se *delimitada* pela aplicação dos princípios da *anterioridade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e da *retroatividade* (*não retroatividade ratione personae*), expostos nos artigos 22 e 24, nestes termos:

Artigo 22 (...)

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. (...)

Artigo 24 (...)

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto. (...)

Dessa forma, malgrado a prática dos crimes de homicídio, de tortura e de desaparecimento forçado de pessoas esteja taxativamente compreendida na competência do referido diploma legal³, verifica-se que a jurisdição do Tribunal Internacional, infelizmente, não poderá abarcar os crimes contra a humanidade

³ Artigo 7

Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a humanidade, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; (...) f) tortura; (...) i) desaparecimento forçado de pessoas; (...)

praticados no Brasil em períodos autoritários, uma vez que os mesmos foram cometidos anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma no território nacional.

Ademais, deve-se ressaltar que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é realizada diretamente, mas, *subsidiariamente*, caso seja demonstrado inequivocamente, da parte do ente estatal signatário, inércia, negligência ou falta de interesse nas investigações, na persecução criminal dos responsáveis e na prestação jurisdicional às vítimas.

Atentando-se às considerações acima expendidas, verifica-se que o aspecto temporal e o esgotamento de todos os procedimentos internos vigentes no país signatário são as regras basilares para a eventual incidência da jurisdição internacional do Estatuto de Roma, consubstanciadas no ato pelo qual a Justiça Nacional entregará o indivíduo à Corte Internacional (*surrender*).

Em compensação, o Estatuto de Roma enumera taxativamente que os crimes contra a humanidade “não se encontram sujeitos ao instituto jurídico penal da prescrição.”⁴ Todavia, a questão da imprescritibilidade posta pelo referido diploma legal contempla somente os crimes expressamente atrelados à sua jurisdição e praticados posteriormente à sua entrada em vigor, com supedâneo nos princípios supracitados.

3. Paradigmas constitucionais e internacionais da imprescritibilidade

De início, antes de tecer qualquer consideração, há que se ressaltar que o campo de incidência dos direitos fundamentais, a fim de se discutir a conformidade ou a desconformidade da prescrição penal em crimes contra a humanidade, - e que se mencionados taxativamente no artigo 7º do Estatuto de Roma⁵, *não acolhe somente*

⁴ “Art. 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”

⁵ “Artigo 7º

Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; (...) f) Tortura; (...) i) Desaparecimento forçado de pessoas.”

a liberdade do acusado, (-como pretendeu destacar o escol exegeta, de acordo com o entendimento desta pesquisadora, salvo melhor juízo-), mas também a vida e a liberdade das vítimas, e, mormente, o dever estatal de punir delitos de tão extrema gravidade, com arrimo no artigo 5º, caput, §2º, da Constituição Federal, nestes termos:

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: (...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sucintamente, a imprescritibilidade pode ser definida como a não incidência do decurso de tempo, previsto em lei para o exercício da ação penal, podendo o Estado, portanto, exercer a pretensão punitiva em face do acusado a qualquer tempo.

No tocante aos crimes contra a humanidade praticados em nosso país, quais sejam, homicídio, sequestro e tortura, na vigência dos períodos militares, basta somente atentar-se à perpétua memória dos fatos e às atrocidades cometidas para que o operador do direito reflita sobre a imprescritibilidade da pretensão punitiva e executória. Isso porque:

*(...) a memória social jamais apagaria crimes profundos alarmantes, em face do perigo que criam ou crueldade que revelam. Seria contínuo o reclamo da comunidade por retribuição ao grave mal do crime, mediante a intervenção do Direito Penal. Seria permanente a força da exemplaridade da pena e seu poder de reequilibrar a consciência e os sentimentos coletivos, abalados intensamente (...)*⁶

Ora, ainda que o Direito Penal figure como *ultima ratio*, também é certo que a concepção do Direito Penal mínimo não exclui a restrição ou a privação de

Aponte-se que os delitos em destaque foram medidas adotadas pela política estatal brasileira, a partir da implantação do regime ditatorial no ano de 1964, para reprimir violentamente qualquer suspeita de dissidência política, e que, por conseguinte, resultou na morte de milhares de vítimas.

⁶ Mara Regina Trippo, *Imprescritibilidade Penal*, pp.62-63.

um direito inviolável que afrontou a tutela de um bem valioso indispensável, como na situação posta.

A princípio, adotando-se meramente uma interpretação taxativa ou literal da Constituição Federal, de fato, verifica-se que a imprescritibilidade é restrita somente ao crime de racismo e aos crimes praticados contra a ordem constitucional e a Estado Democrático, nos termos do artigo 5º, incisos XLII e XLIV.⁷

Porém, de antemão, percebe-se que os ilícitos raciais não se incluem entre os mais graves do sistema jurídico penal brasileiro. Ora, a conduta de um racista, embora grave e repulsiva, não se torna tão perigosa quanto a conduta de um homicida, de um torturador ou sequestrador. Daí que a imprescritibilidade prevista pelo legislador constituinte, no tocante aos crimes de racismo, encontra-se dotada de desproporcionalidade em relação aos bens jurídicos mais relevantes da sociedade.

No que tange aos crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, verifica-se que a conduta do agente, em tese, direciona-se à destruição da instituição política ou estatal do país. Mais uma vez, patente a desproporcionalidade, eis que o legislador constituinte valorizou mais a democracia e o poder estatal do que a inviolabilidade à própria vida, inserida no *caput* do artigo 5º⁸, da Constituição Federal.

Todavia, pode-se afirmar que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tipificados no Estatuto de Roma, encontra-se mencionada, sim, no bojo da atual Constituição Federal. A diferença existente entre os crimes de racismo, os crimes praticados contra a ordem constitucional do Estado e os crimes contra a humanidade é que nestes últimos a *menção da imprescritibilidade é implícita*.

⁷ Art. 5º (...)

XLII- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...)

XLIV- constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático."

⁸ 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; (...)"

Ora, ao adotar-se uma interpretação teológica e sistemática de todos os dispositivos constitucionais, destacando-se mormente o princípio consagrado da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da inviolabilidade à vida, juntamente com as normas internacionais esculpidas nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos, *incorporadas materialmente* na Carta Magna, por força do artigo 5º, §2º, verifica-se que *a imprescritibilidade é a regra constitucional*.

Aponte-se que o artigo acima mencionado encontra-se colacionado na Constituição da República Federativa do Brasil, com a seguinte redação:

Art.5º (...)

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. (grifo nosso)

É bem verdade que o §3º inserido recentemente no artigo 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional 45/2004, enumera que as normas correlatas dos tratados e convenções de Direitos Humanos devem ser avaliadas pelo Congresso Nacional e aprovadas por um *quorum* qualificado, a fim de serem equivalentes às normas constitucionais.⁹

Porém, deve-se esclarecer que a intenção do legislador ao acrescentar o dispositivo em testilha na Carta Política não foi infirmar a força constitucional das normas internacionais dos tratados e convenções de Direitos Humanos, - *e que sempre estiveram incorporadas materialmente na Constituição Federal, conforme o entendimento majoritário da doutrina brasileira* -, mas apenas possibilitar sua inclusão formal no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰

A redação equivocada, lamentavelmente, poderá induzir o intérprete ao entendimento de que somente os tratados que forem submetidos ao Congresso Nacional e aprovados pelo *quorum* terão o mesmo

valor hierárquico das demais normas constitucionais, o que não é verdade. Como também não é verdade que os tratados e convenções que já foram ratificados pelo Brasil, mas não submetidos ao Congresso Nacional, sejam meramente equiparados às leis ordinárias.

Tal interpretação foi feita com brilhantismo pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:

(...) *O novo §3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa* destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

(...)

Este me parece ser o caso do novo §3º do art. 5º.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo §2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente com as normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo §3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: *a dos muitos tratados* internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico *desde* a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional 45.

(...)

Explico-me, observando que entendo, por força do §2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de

⁹ Art. 5º (...) §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁰ Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p-329.

1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.

*Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia de advêm de sua inserção no bloco de constitucionalidade. (...)*¹¹ (grifos no original).¹²

Daí a importância da interpretação ser feita com parcimônia pelo operador do Direito e de forma teleológica, atentando-se para os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), do repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), bem como da punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI), todos inscritos na atual Constituição Federal.

Assim, considerando-se a atual redação da Constituição Federal, com as modificações acrescidas pela Emenda Constitucional 45/2004, e adotando-se, outrossim, uma interpretação teleológica e sistemática de todos os dispositivos mencionados, pode-se afirmar que os dispositivos dos tratados e das convenções de Direitos Humanos, já ratificados, além de se encontrarem no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais brasileiras, materialmente incorporados no ordenamento jurídico pátrio, independentemente de

serem submetidas à aprovação do Congresso Nacional, cuja finalidade volta-se meramente à sua inclusão formal no texto constitucional-, afastam a incidência da prescrição nos crimes contra a humanidade.

Isso porque a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, praticados em nosso país durante o regime militar, encontra respaldo jurídico, atentando-se às normas internacionais embasadas nos principais Tratados e Convenções de Direitos Humanos já ratificados pelo Brasil, merecendo-se destacar, em especial, o artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim redigido:

Art. 15 (...)

2. Nenhuma disposição do Presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações. (grifo nosso)

Acrescente-se ainda o artigo 8º e o artigo 28, ambos mencionados na Declaração Universal de Direitos Humanos, com a seguinte redação:

Artigo VIII

Toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo XXIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades reconhecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

No plano regional interamericano, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, mais conhecida como o *Pacto de San José da Costa Rica*, foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e oficialmente promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Frise-se que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e a responsabilização criminal dos agentes responsáveis, repudiando-se, portanto, a incidência da prescrição, encontra-se destacada pela convenção, especialmente em seus artigos 1º, 2º, 8º e 25, exatamente nestes termos:

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos

¹¹ HC 87.585-TO de 12 de março de 2008, voto do Min. Celso de Mello, pp. 25-26.

¹² Não obstante, os preceitos enumerados pelo jurista Luiz Flavio Gomes rechaçam que os tratados já vigentes no Brasil possuem valor supralegal (acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição), embasados na tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP), reiterada no HC 90.172-SP, j. 05.06.07 e que foi ratificada no julgamento ocorrido em 3 de dezembro de 2008. Cf. *Carta Forense*, marc. 2009, p. 8.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

Art. 2º Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Art. 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

Art. 25 Proteção judicial

1. *Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.* (...) (grifo nosso)

Insta observar que eventuais conflitos existentes entre as normas jurídicas dos tratados e convenções de Direitos Humanos e entre as normas constitucionais pátrias serão facilmente solucionados, considerando-se justamente os pressupostos da teoria monista radical que foi adotada em nosso país. Nesse sentido, alerta Kans Kelsen:

Estamos, portanto, em face de um abuso de uma ou outra construção quando, como frequentes vezes sucede, delas se deduzem soluções que apenas poderão ser adotadas com base no Direito internacional positivo ou no Direito estadual positivo. Assim, os representantes do primado da ordem jurídica internacional afirmam, a partir daí, que o Direito internacional está supra ordenado

ao Direito estadual, que aquele é, em face deste, a ordem jurídica mais elevada, que, em consequência, em caso de conflito entre os dois, o Direito Internacional goza de prevalência- quer dizer, o Direito estadual que o contradiga é nulo.¹³

Mas não é só. O entendimento majoritário da jurisprudência internacional é que a incidência da prescrição penal a graves violações de direitos humanos, ou, mais precisamente, a crimes contra a humanidade ou crimes de lesa-humanidade, *se contrapõe às obrigações internacionais dos Estados*.

Nesse passo, os precedentes internacionais além de reforçarem a obrigação estatal de se proceder à investigação, e, por conseguinte, a punibilidade dos responsáveis, assevera que *o afastamento da prescrição penal não depende da firmação ou ratificação de qualquer convenção ou tratado especial*, tratando-se, portanto, de norma *jus cogens*.

Comungando do acima exposto, colham-se os seguintes julgados:

(...) São inadmissíveis os dispositivos de anistia, os *dispositivos de prescrição* e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Peru*, §41.) (grifo nosso)¹⁴

(...) Há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte (...), a comissão de crimes de lesa-humanidade, incluindo o assassinato contra setores da população civil, era violatória de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *jus cogens*, e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito

¹³ Kans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 381.

¹⁴ No caso *Barrios Alto*, constam dos autos que membros do exército Peruano estiveram nessa região, localizada em Lima, no Peru, no ano de 1991, e obrigaram vários moradores do local a se deitarem no chão. Ato contínuo, começaram a atirar indiscriminadamente por aproximadamente dois minutos, matando quinze pessoas e deixando outras quatro gravemente feridas. Para justificar a operação sangrenta, foi alegado pelo governo peruano que a operação teria consistido em uma represália contra supostos membros do *Sendero Luminoso*.

Internacional geral. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, §99)¹⁵

A obrigação, de acordo o Direito Internacional, de processar e, caso haja condenação, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre estes os crimes de lesa-humanidade, depreende-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica no dever dos Estados-partes organizarem todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, §110)

A Corte estima que (...) ante a particular gravidade destes delitos e a natureza dos direitos lesionados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correlativo dever de investigar e sancionar os seus responsáveis tem adquirido caráter de *jus cogens*. (Corte IDH, *Caso Goiburú v. Paraguai*, § 84)

(...)

Quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juizes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de *controle de constitucionalidade* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana,

¹⁵ O caso *Almonacid Arrelano* foi apreciado pela Corte em 2006, uma vez ter sido ele assassinado por militares em 1973, em frente a sua residência, fato, inclusive, presenciado por sua família. A sentença acima referenciada contém as declarações fornecidas por sua esposa, Elvira Gómez Olivares, perante o Tribunal. Em seu depoimento, ela menciona que no dia 16 de setembro de 1973, às 11h, seu esposo compareceu à residência do casal para vê-la, eis que se encontrava escondido em outro local, por razões de segurança. Aproximadamente às 11h30, acostou uma patrulha defronte à residência para buscá-lo. Posteriormente, ao conduzi-lo, os militares dispararam tiros de metralhadora em seu corpo. Neste exato instante, ela que estava grávida de oito meses, sentiu que sua placenta se desprendia, e, por conseguinte, a criança que estava em seu ventre, nasceu morta. Seu esposo chegou a ser levado ao hospital para ser operado, no entanto, não resistiu aos ferimentos e faleceu no dia seguinte. O fato foi visto ainda, pelos outros dois filhos do casal, de dois e nove anos de idade, respectivamente.

intérprete última da Convenção Americana. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, § 124)

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso de tempo, e genericamente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar os autores. Esta é uma garantia que não deve ser observada deliberadamente pelo julgador para todo criminoso. Sem prejuízo do disposto anteriormente, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se tratar de graves violações dos Direitos Humanos na esfera do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme assim tem anunciado. (Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, § 111)

Saliente-se que o Brasil encontra-se vinculado aos costumes e princípios gerais de direito internacional por força da ratificação da Convenção da Haia, firmada em 1907, cujos termos foram novamente reafirmados com a posterior assinatura e ratificação da Carta das Nações Unidas, no ano de 1945.

Insta observar que a imprescritibilidade aqui discutida, de fato, não se encontra atrelada ao princípio da irretroatividade previsto no Estatuto de Roma¹⁶. Primeiramente, porque conforme já se mencionou anteriormente, a submissão brasileira à jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional é exclusivamente suplementar.

Em segundo lugar, há que se ressaltar que todas as persecuções criminais que *deverão* ser deflagradas em face dos agentes estatais brasileiros que sequestraram, torturaram e mataram vários opositores políticos, *atentando-se à necessidade de se completar efetivamente a transição da política brasileira ao regime democrático*, - questão esta lamentavelmente ainda não cumprida no Brasil, ao contrário de outros países-, *pertencerão inicialmente à jurisdição brasileira*.

Como se vê, conforme os entendimentos colacionados pela jurisprudência da Corte Interamericana, a *imprescritibilidade* desses crimes é a *regra geral* a ser adotada pelos países, perfeitamente consubstanciada nos princípios e nas normas gerais do Direito Internacional. E a irretroatividade trazida

¹⁶ Artigo 24

Não retroatividade *ratione personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

pelo Estatuto de Roma não é norma genérica, mas específica.¹⁷

Assevere-se ainda que as regras gerais do Direito Internacional encontram-se fundamentadas, sempre, na proteção soberana do objeto jurídico tutelado, devendo-se, pois, desde o início, *favorecer a vítima e não o acusado*. Portanto, a jurisdição nacional deverá reconhecer a constitucionalidade da imprescritibilidade desses crimes, *independentemente da data que os mesmos foram praticados*. Nesse sentido:

*(...) Que el principio de no retroactividad de la ley penal há sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigorosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad*¹⁸

Frise-se que a Convenção da Organização das Nações Unidas, firmada em 1968 e que dispõe sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, corrobora o entendimento que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, *independentemente da data em que tenham sido cometidos*. E o Brasil encontra-se vinculado aos termos

¹⁷ Vale lembrar que o Estatuto de Roma dispõe em seu artigo 11, item 1, a restrição de sua competência jurisdicional, abrangendo somente os crimes cometidos após sua entrada em vigor.

¹⁸ Traduzindo: *O princípio da não retroatividade na lei penal é relativo. Vigorará se a nova lei for mais rigorosa, e não se for mais benigna. Assim, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade reconhece uma conexão lógica entre a imprescritibilidade e a retroatividade. Diante da existência de um conflito entre o princípio da irretroatividade, favorecendo o autor de crimes contra os Direitos Humanos, e entre o princípio da retroatividade, aparente dos textos convencionais sobre imprescritibilidade, deverá prevalecer este último, consubstanciado nas normas imperativas dos Direitos Humanos, isto é, nas normas de justiça tão evidentes que jamais poderão ofuscar a consciência jurídica da humanidade* Tradução livre da autora. Parecer proferido pela Ministra Regina V. Finta, na Suprema Corte do Canadá, na data de 24 de março de 1994 e extraído do voto proferido pelo Sr. Ministro Antonio Boggiano, na Corte Suprema da Argentina, no caso *Julio Hector Simon y otros*, transcrito na sentença publicada em 14 de junho de 2005.

da referida convenção, apesar de sua ratificação não expressa.

Saliente-se que o respeito à persecução e sanção dos agentes responsáveis pela prática de crimes de lesa-humanidade já havia sido expressa pela Assembleia Geral das Nações Unidas, anteriormente à promulgação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, através da Resolução 2338, XXII, firmada em 18 de dezembro de 1967, nestes termos: “(...) en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad se há previsto limitación en el tiempo.”²⁰

Atentando-se às disposições supracitadas, nota-se que a Assembleia Geral das Nações Unidas fez patente referência ao *princípio da imprescritibilidade* em crimes de guerra e em crimes contra a humanidade. E consoante o entendimento pronunciado pela Assembleia Geral, “uma futura convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade cumpriria com a necessidade e oportunidade de afirmar no direito internacional esse princípio, e assegurar sua aplicação universal.”¹⁹

Nesse diapasão, a obrigação dos Estados em cumprir e garantir o princípio da imprescritibilidade independe da ratificação aos termos da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade e encontra-se consubstanciada, logicamente, no dever de garantir às vítimas o direito de acesso à justiça.

Ressalte-se, por fim, que a imprescritibilidade deverá ser plena, abrangendo, inclusive a persecução penal executória. Ora, se o crime de racismo, imprescritível, é dotado de imprescritibilidade ampla, haveria razão para não dispensar o mesmo tratamento a crimes tão graves, atentando-se à importância do objeto jurídico tutelado? À guisa de exemplo, destaque-se o seguinte acórdão:

O crime de racismo, gizado pela Constituição, é imprescritível, ou seja, a pena é

¹⁹ Cf. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias, elaborado em 15 de setembro de 2004, na cidade de Nova York, pela Presidência do *Internacional Center for Transitional Justice - ICTJ*, p. 20.

perene, possibilitando que o Estado puna o autor do fato a qualquer tempo, imprescritibilidade, esta, que é aplicada tanto da pretensão punitiva, quanto na pretensão executória. (HC-STJ 15.555-RS)²⁰

Portanto, à luz dos paradigmas constitucionais e internacionais, pode-se assegurar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com supedâneo no artigo 5º, §2º, confere como cláusula pétrea a *imprescritibilidade processual absoluta dos crimes contra a humanidade*, dispensando-se, por conseguinte, a análise das regras prescricionais, enumeradas no Código Penal e representadas no ordenamento jurídico brasileiro por lei ordinária.²¹

Insta observar que a prescrição penal, *literalmente*, não detém o *status* de garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Mas ainda admitindo-se o contrário, respeitando-se obviamente a interpretação trazida à baila pelo autor *Felipe Machado Caldeira*, e independentemente da interpretação que se dê à força normativa das normas dos Tratados e das Convenções de Direitos Humanos, -repise-se- *incorporadas materialmente à Constituição Federal, à luz do artigo 5º, §2º*, e que qualificam os crimes contra a humanidade como imprescritíveis, são aptas a infirmar o regime geral e ordinário da prescrição.

No mais, releva-se observar que os crimes contra a humanidade e a questão da imprescritibilidade são assuntos que receberam um tratamento especial na legislação francesa e encontram-se literalmente expressos no Código Penal da França, nos artigos 212-1 e 213-5, exatamente nestes termos:

*Art. 212-1. La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'executions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité. (...)*²²

²⁰ Voto do Ministro Gilson Dipp. Cf. Mara Regina Trippo. *Imprescritibilidade Penal*, p. 81.

²¹ A imprescritibilidade relativa corresponde à existência de obstáculos que podem ser superados, ao passo que a imprescritibilidade absoluta caracteriza-se pela existência de argumentos de ordem processual, totalmente inafastáveis. *Ibidem*, p.58.

²² Traduzindo: *Art. 212-1. A deportação, a redução à escravidão ou a prática maciça e sistemática de execuções sumárias, o sequestro de*

Chegando-se ao final deste estudo, pode-se afirmar que as interpretações proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à prevalência da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, além de serem compatíveis com o regime democrático adotado pelo Brasil, encontram supedâneo nos compromissos internacionais firmados pelo Brasil e na atual redação da Constituição Federal.

Os crimes de lesa-humanidade não admitem o instituto penal da prescrição. A imprescritibilidade é um princípio do direito internacional que foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, anteriormente à aprovação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, firmada em 1968.

E com espeque neste princípio de direito internacional os Estados detém o dever de perseguir e sancionar os agentes responsáveis. Isso posto, a não ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não exime a obrigação estatal em comento, haja vista que as normas do referido instituto recorrem a um princípio de direito que já vigorava anteriormente à sua aprovação.

Doutro turno, na hipótese de persistir eventual conflito do direito fundamental à liberdade, atrelado à prescrição penal, mas evocado de forma a favorecer a liberdade dos acusados, em face de outros direitos fundamentais estendidos às vítimas, com arrimo nos paradigmas constitucionais, penais e internacionais, deverá prevalecer, sem qualquer dúvida, a conformação da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade.

Repita-se que a observância dos princípios humanitários do direito internacional que reforçam o instituto jurídico da imprescritibilidade, é obrigação *erga omnes* estendida a todos os Estados, independentemente da firmação de qualquer ato convencional. E, com fundamento nestes princípios,

peçoas, seguidos de seus desaparecimentos, torturas ou de outros atos desumanos, inspirados por motivos políticos, filosóficos, raciais ou religiosos e organizados em execução por comum acordo ou de encontro a um grupo da população civil são puníveis com reclusão criminal perpétua. Tradução livre da autora.

o Brasil encontra-se obrigado a perseguir e sancionar os crimes de lesa-humanidade praticados em seu território e cometidos por seus agentes estatais.

Nesse passo, é de rigor reconhecer-se que a *incidência jurídica da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade sempre existiu, e, por conseguinte, sempre vigorou em todos os países*, tornando-se dispensável discutirem-se as disposições contempladas nos artigo 29 do Estatuto de Roma, trazidas pelo respeitável articulista.

Repise-se que o princípio da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade encontra-se expressamente reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em várias Resoluções, sem contar que o seu caráter universal já havia sido anteriormente mencionado pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1950.

Assim, entende esta pesquisadora que a *imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é regra obrigatória a ser adotada na jurisdição brasileira*, e que ainda seria incontestável a obrigatoriedade de sua incidência, mesmo que o Brasil não tivesse firmado nenhum compromisso internacional sobre Direitos Humanos, ou mesmo que revestidas pela ratificação, as normas correlatas eventualmente não estivessem incorporadas materialmente como cláusulas pétreas na Carta Magna.

Por derradeiro, deve-se destacar que é cada vez mais forte a tendência à *constitucionalização* das ciências jurídicas penais, - Direito Penal e Direito Processual Penal-, especialmente por limitarem e condicionarem *formal e materialmente* o dever estatal de punir.

Dessa feita, denota-se que os estudos voltados à discussão do exercício do *jus puniendi* do Estado, ou mais precisamente da incidência do instituto jurídico da prescrição penal, são questões que ainda não alcançam consenso entre os operadores do Direito.

Referências

BOLETIM IBCCRIM. Ano 17, nº 198, mai. 2009.

CARTA FORENSE. 70 ed., mar. 2009.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.4.

CEJIL GAZETA. *Publicação do Centro pela Justiça e o Direito Constitucional*. República Federal da Alemanha: Ministério dos Negócios Exteriores, nº 28, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Manual de Direito Penal; Volume II. Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

Concessão de medicamentos e divisão das responsabilidades dos órgãos do SUS

Oscar Valente Cardoso*

O direito individual a medicamentos não fornecidos pelo SUS, e a possibilidade – ou não – dessa forma de interferência do Judiciário nas políticas públicas, constituem temas bastante discutidos recentemente, inclusive em audiência pública realizada no STF.

Porém, não há maior rigor na delimitação da responsabilidade que incumbe a cada ente da Federação (leiam-se: União, DF, Estados e Municípios), normalmente atribuindo-se a todos a culpa pela omissão de somente um deles, o que causa maior desequilíbrio ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Uma das diretrizes constitucionais do SUS é a descentralização da prestação dos seus serviços (art. 198, I). A Lei 8.080/1990 especificou tal modo (art. 7º, IX), por meio de uma gestão tripartite, formada pela União (por meio do Ministério da Saúde), Estados, Distrito Federal e Municípios (por suas respectivas Secretarias da Saúde) (art. 9º). Ainda, a lei dispõe que a direção nacional do SUS deve promover a descentralização dos serviços e ações da saúde para os Estados e Municípios (art. 16, XV), e que a direção estadual deve descentralizá-los para os Municípios (art. 17, I). O objetivo dessas normas é o de aproximar o serviço dos cidadãos e efetivar as ações da saúde, considerando que não há uma demanda genérica e uniforme no país, devendo cada Município garantir o direito à saúde de acordo com suas peculiaridades específicas. Ao próprio Município (apesar de não previsto expressamente) cabe promover a descentralização dos serviços e ações de saúde entre seus distritos e bairros, para que cada comunidade seja atendida conforme suas maiores necessidades.

A Lei 8.080/1990 também especifica as atribuições de cada componente do Sistema Único de Saúde, entre as quais estão: a) a União deve formular, avaliar e apoiar a implementação de políticas de saúde; coordenar determinados sistemas; definir normas, critérios e

padrões de controle; prestar cooperação financeira e técnica aos Estados, Distrito Federal e Municípios; elaborar o Plano Estratégico Nacional do SUS e coordenar a sua avaliação técnica e financeira (art. 16, I a VI, XIII, XVIII e XIX); b) aos Estados incumbe prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente as ações e serviços da saúde; coordenar e executar (de forma complementar) diversas ações e serviços referentes à saúde; formular, executar, acompanhar e avaliar em caráter suplementar a política de insumos e equipamentos para a saúde; gerir sistemas públicos de alta complexidade; gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa (art. 17, III, IV, VIII, IX e X); c) e aos Municípios cabe gerir e executar os serviços públicos de saúde; executar os serviços de vigilância epidemiológica e sanitária, de saneamento básico e de saúde do trabalhador; e executar a política de insumos e equipamentos para a saúde (art. 18, I, IV e V).

O Distrito Federal possui as atribuições listadas para os Estados e Municípios (art. 19). Já o art. 15 da Lei 8.080/1990 arrola as atribuições comuns aos entes, resumindo-se a atividades de elaboração de normas, administração dos recursos orçamentários organização, coordenação, acompanhamento e controle.

A Lei 8.080/1990 também trata do financiamento do SUS, especificando em seus arts. 33 e 34 que cabe ao Fundo Nacional de Saúde (órgão gestor financeiro) administrar os recursos financeiros da União para a saúde, devendo o Ministério da Saúde fiscalizar a correta aplicação das quantias repassadas aos Estados e Municípios. A Lei 8.142/1990 regulamenta as transferências intergovernamentais de recursos financeiros da saúde, prevendo em seu art. 2º, IV, que os recursos do FNS devem ser aplicados, entre outros fins, na cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal. Desses valores, no mínimo 70% são repassados aos Municípios, (art. 3º, § 2º), do que igualmente se extrai a atribuição primordial deste na execução dos serviços de saúde.

* Juiz Federal Substituto - 4ª Região. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Especialista em Direito Público e em Direito Constitucional.

Logo, a lei delimita as atribuições de cada um, reservando à União o poder-dever de formular e apoiar a implantação das políticas de saúde, controlar a aplicação e assegurar financeira e tecnicamente o seu êxito; já os Municípios possuem a principal função de executar as ações e serviços da saúde; e os Estados desempenham um papel supletivo e complementar, atuando sempre em auxílio dos Municípios e, em algumas hipóteses, da União (executando diretamente as ações somente em duas situações, quais sejam, as de gerir sistemas públicos de alta complexidade e as unidades que permaneceram em sua organização administrativa).

O fato de existir um Sistema Único de Saúde não significa que as suas fontes são as mesmas, e que não pode haver divisão de atribuições e de responsabilidades. Se assim fosse, todas as unidades hospitalares públicas deveriam ser geridas conjuntamente por União, seus respectivos Estados e Municípios. Todavia, nem a sua base de financiamento é única (arts. 194, parágrafo único, V e VI, e 198, parágrafo único, CF), tendo cada ente federativo deveres e responsabilidades próprios para assegurar o funcionamento do SUS.

Da mesma forma, a elaboração, coordenação e prestação dos serviços de saúde também não é necessariamente unificada, ou seja, cada ente possui suas atribuições dentro do SUS delimitadas pela Constituição e pela legislação ordinária, atuando para um fim comum e único, mas nem sempre de forma conjunta.

Ainda, os referidos incisos do art. 194 são claros: há *equidade* na forma de participação no custeio, e *diversidade* da base de financiamento.

A normatização apenas reforça o que já está previsto na Constituição, de que compete ao Município prestar os serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira do Estado e da União (art. 30, VII).

Logo, incumbe à União destinar recursos para a aquisição de medicamentos pelos Estados e Municípios, e os Municípios devem fornecer os medicamentos destinados à saúde de sua população. Aos Estados, seguindo as disposições legais, resta um papel supletivo de colaborar com os Municípios e fornecer medicamentos delimitados em relação específica.

Desse modo, a obrigação de fornecer medicamentos compete principalmente ao Município (ou ao Estado, naqueles adquiridos diretamente por ele, previstos em relação específica), tendo a União somente a obrigação de lhes prestar auxílio financeiro e operacional.

Consequentemente, não há inconstitucionalidade nos dispositivos da Lei 8.080/1990, no tocante à divisão e atribuição de responsabilidades distintas à União, Distrito Federal, Estados e Municípios, para o melhor funcionamento do SUS.

Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)

Vicente Greco Filho*

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e outros dispositivos, substituindo a antiga denominação de *Crimes contra os costumes* para *Crimes contra a dignidade sexual*.

Como toda lei nova, suscitará interpretações inusitadas inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos, mas antes – ou mais que tudo – mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes. Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal.

Entre as modificações da lei, houve alteração do art. 213, com incorporação do antigo 214 (atentado violento ao pudor), desaparecendo a referência à mulher como sujeito passivo. Ficou assim redigido:

Título VI

Dos crimes contra a dignidade sexual

Capítulo I

Dos crimes contra a liberdade sexual

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor; a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro, para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: *A mantém B* (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

Segunda a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo porque mais benéfico.

A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Dissemos em outra oportunidade¹, quanto aos crimes de ação múltipla, que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de *Mischgesetze* (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os *Mischtatbestande* (tipos misturados ou mistos).

Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão “normas penais conjuntas”, que a nosso ver

* Professor titular da Faculdade de Direito de São Paulo.

¹ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – Prevenção e Repressão*, 13ª ed., Saraiva, 2009, p. 119 e segs.

exprime melhor a ideia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado).

Delogu (*Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunidas, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.

Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o *bis in idem* e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.

Massimo Punzo (*Reato continuato*, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque essas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.

Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do

concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e, em outras, alternativo, e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no *caput* em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.

Assim, o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causais, teremos, então, delitos autônomos.

Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?

Massimo Punzo (*op. cit.*, p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque neste caso o delito seria único;

2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);

3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

Aplicando-se esses conceitos ao exemplo trazido como paradigma em face do atual art. 213 a interpretação, *data venia*, única correta é a seguinte.

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou a prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.

Lei 12.036, de 1º de outubro de 2009*

Altera o Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à Constituição Federal em vigor.

O *Vice-Presidente da República*, no exercício do cargo de *Presidente da República*

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à Constituição Federal em vigor.

Art. 2º O § 6º do art. 7º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

.....” (NR)

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

Art. 4º Revogam-se o § 2º do art. 1º e o parágrafo único do art. 15 do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Brasília, 1º de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

José Alencar Gomes Da Silva

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2/10/2009

* *in*: <http://www.planalto.gov.br>

Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009*

Constituição Federal, art. 5º, inciso LVIII

Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

O *Vice-Presidente da República*, no exercício do cargo de *Presidente da República*

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Art. 6º É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revoga-se a Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000.

Brasília, 1º de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

José Alencar Gomes da Silva

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2/10/2009

Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009*

Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

“Capítulo II-A

Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Art. 12-C. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 12-D. Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.

Seção III

Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.”

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

Brasília, 27 de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

Tarso Genro

Luiz Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28/10/2009

Incidente de Inconstitucionalidade na AMS

1999.34.00.025843-1/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Arguente: Segunda Turma do TRF – 1ª Região
Arguido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra
Procurador: Dr. Ercides Lima de Oliveira Júnior
Arguido: Edmar Luiz da Costa e outros
Advogados: Dr. Ruy Monteiro Conde e outro
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara - DF
Publicação: e-DJF1 de 17/8/2009, p. 157

Ementa

Administrativo. Constitucional. Expressão “não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão”, contida no art. 13, § 2º, da Lei 9.651/1998. Ofensa ao art. 40, § 8º, da CF (EC 20/1998). Violação ao princípio da isonomia. Inconstitucionalidade.

I. “A GP, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, *não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão*, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.” (Art. 13, § 2º, Lei 9.651/1998.)

II. A hipótese prevista na Constituição é a de que o servidor inativo seria alcançado, necessariamente, pelas gratificações concedidas àqueles em atividade. Essa foi a vontade do legislador, quando da Emenda 20/1998.

III. Ocorrência de ofensa material à CF, por violação ao princípio da isonomia, pelo § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998, ao impedir que os servidores inativos sejam contemplados com determinados benefícios já concedidos àqueles em atividade.

IV. Inconstitucionalidade.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria absoluta, declarar inconstitucional a expressão “nem aos proventos de aposentadoria ou pensão” constante do § 2º, do art. 13, da Lei 9.651/1998, em face do disposto no art. 40, § 8º da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional 20/1998.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 2/7/2009.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*: – Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela 2ª Turma, com fundamento nos arts. 97 da Constituição Federal e 480-482 do CPC, quando do julgamento de Apelação interposta pelo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária Incra*, em face da expressão “não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou

pensão”, contida no art. 13, § 2º, da Lei 9.651, de 27 de maio de 1998, que assim preceituava:

Art. 13. Até que seja promulgada lei dispondo sobre a remuneração dos ocupantes de cargos da área jurídica do Poder Executivo, poderá ser paga Gratificação Provisória - GP aos ocupantes de cargos efetivos de Procurador e Advogado de autarquias e fundações públicas federais, de Assistente Jurídico não transpostos para a carreira da Advocacia-Geral da União na forma do disposto no inciso I do art.

19 da Lei 9.028, de 1995, e da carreira de Defensor Público da União.

(...)

§ 2º A GP, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, “não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão”, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.

Entendeu a egrégia 2ª Turma, acompanhando, à unanimidade, voto de minha relatoria, que a expressão “não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão”, constante do aludido dispositivo legal, malferiu a paridade entre os servidores públicos da ativa e os inativos e pensionistas, conforme prescrevia o art. 40, § 8º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, *verbis*:

§ 8º - 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 a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos 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. (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998).

O Ministério Público Federal, em Parecer da lavra do Procurador Regional da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinou pela declaração da inconstitucionalidade da expressão acima citada, contida no § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998 (fls. 138-141).

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - *Incra* manifestou-se, por força do disposto nos arts. 482, § 1º, do CPC e 351, § 1º, do TITRF-1ª Região, no sentido de que “A Lei 9.651/1998 instituiu a Gratificação Provisória destinada aos procuradores federais em atividade, haja vista tratar-se de gratificação de natureza específica, *propter laborem*.” Segundo a autarquia, esta vantagem provisória só vigeria até a promulgação de lei dispondo sobre a remuneração dos ocupantes de cargos na carreira jurídica do Poder Executivo (fls. 155-157).

Traz à colação julgados do eg. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, pela jurisprudência daquela

Corte, o art. 40, § 8º, da CF, não assegura a servidores inativos a extensão de vantagem condicionada ao exercício de determinada função, razão pela qual requer seja rejeitado o presente incidente de inconstitucionalidade.

É o relatório.

Voto*

Administrativo. Constitucional. Expressão “não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão”, contida no Art. 13, § 2º, da Lei 9.651/1998. Ofensa ao art. 40, § 8º, da CF (EC 20/1998). Violação ao princípio da Isonomia. Inconstitucionalidade.

I. “A GP, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.” (Art. 13, § 2º, Lei 9.651/1998.)

II. A hipótese prevista na Constituição é a de que o servidor inativo seria alcançado, necessariamente, pelas gratificações concedidas àqueles em atividade. Essa foi a vontade do legislador, quando da Emenda 20/1998.

III. Ocorrência de ofensa material à CF, por violação ao princípio da isonomia, pelo § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998, ao impedir que os servidores inativos sejam contemplados com determinados benefícios já concedidos àqueles em atividade.

IV. Inconstitucionalidade.

O Exmo Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam: – Inicialmente, cumpre salientar que o art. 13 da Lei 9.651/1998 foi revogado expressamente pela Medida Provisória 2.229-43, de 6/9/2001, que assim dispõe:

Art. 78. Ficam revogados os arts. 4º, 9º, 10 e 11 do Decreto-Lei 2.266, de 12 de março de 1985; a Lei 7.702, de 21 de dezembro de 1988; o art. 7º da Lei 8.538, de 21 de dezembro de 1992; o art. 22 da Lei 8.691, de 28 de julho de 1993; a Lei 9.638, de 20 de maio de 1998; a Lei 9.647, de 26 de maio de 1998; o art. 11 da Lei 9.620, de 2 de abril de 1998; os arts.

* Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Italo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Leomar Barros Amorim de Sousa, Assusete Magalhães, Catão Alves, Olindo Menezes e Luciano Tolentino Amaral.

1º e 10 da Lei 9.641, de 25 de maio de 1998; o § 1º do art. 11, o § 2º do art. 12 e o Anexo III da Lei 9.650, de 27 de maio de 1998; os arts. 1º e 13 da Lei 9.651, de 27 de maio de 1998; o Decreto 2.665, de 10 de julho de 1998, e a Medida Provisória 2.150-42, de 24 de agosto de 2001.

O § 8º do art. 40 da CF, por sua vez, também teve sua redação alterada, por intermédio da Emenda Constitucional 41/2003, ficando com a seguinte redação:

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.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que, em sede de controle concentrado, a posterior revogação de norma inquinada de inconstitucionalidade implica na perda de objeto da ação, por falta de interesse de agir, como se depreende dos julgados abaixo:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Revogação superveniente da Lei Objeto da Ação. Prejudicialidade.

I. Disposições do Decreto Estadual 2.989, de 3 de dezembro de 1990, do Estado de Mato Grosso, cujo diploma veio a ser expressamente revogado pela Lei Estadual 6.583, de 13 de dezembro de 1994, que “Realinha as tabelas vencimentais dos servidores públicos civis e militares do Poder Executivo e dá outras providências”.

II. *Se a norma inquinada de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque revogada, torna-se insubsistente o interesse de agir, o que implica prejudicialidade por perda do objeto.*

Pedido julgado prejudicado, ficando cassada a liminar. ADI 520 - MT. Rel. Min. Mauricio Corrêa - DJ 6/6/1997 PP-24866.

Ementa: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade: art. 17 da Lei 7.923, de 12.12.1989, “caput” do art. 36 da Lei 9.082, de

25.07.1995, art. 1º, parágrafo único do art. 3º e art. 6º do Decreto 2.028, de 11.10.1996. Princípio da autonomia das universidades. Preliminar: Ilegitimidade ativa de federação sindical e de sindicato nacional para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preliminar de conhecimento.

I. Preliminar: legitimidade ativa *ad causam*. O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgamentos, tem entendido que apenas as confederações sindicais têm legitimidade ativa para requerer ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), excluídas as federações sindicais e os sindicatos nacionais. Precedentes. Exclusão dos dois primeiros requerentes da relação processual, mantido o Partido dos Trabalhadores.

II. Preliminar: conhecimento (art. 36 da Lei 9.082/1995). *Não cabe ação direta para provocar o controle concentrado de constitucionalidade de lei cuja eficácia temporária nela prevista já se exauriu, bem como da que foi revogada, segundo o atual entendimento deste Tribunal.*

III. O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não, é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de firma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização.

IV. Pedido cautelar indeferido quanto aos arts. 1º e 6º do Decreto 2.028/1996.

V. Ação direta conhecida, em parte, e deferido o pedido cautelar também em parte para suspender a eficácia da expressão “judiciais ou” contida no par. único do art. 3º do Decreto 2.028/1996. ADI-MC 1599 - DF. Rel. Min. Mauricio Corrêa. DJ 18-5-2001 PP-00430.

Contudo, em se tratando de controle difuso, pode e deve o Poder Judiciário se manifestar no caso concreto. É também esse o posicionamento do eg. STF, *verbis*:

Constitucional. Administrativo. Viúva de servidor. CF/1969. Recebimento de pensão integral. Lei autorizadora. Revogação. Controle Difuso de Constitucionalidade.

I. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei 6.745/1985 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa.

Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e Rp 890.

II. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou.

III. Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436.

IV. Art. 40, § 7º, da CF/1988. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição.

V. Agravo regimental improvido. RE-AgR 397354 - Se. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 18-11-2005 PP-00021.

Também esta Corte Especial assim já se posicionou, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 200.34.00.033686-1/DF, da qual fui relator:

*Administrativo. Constitucional.
Reestruturação de carreiras no âmbito da
Administração Pública Federal. Gratificação
de desempenho de atividade de fiscalização
agropecuária não estendida aos servidores
aposentados em razão da Medida Provisória 2.048-
26/2000, reeditada na medida Provisória 2.229-
43/2001. Tratamento não isonômico entre ativos e
inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 40,
§ 8º, da CF/1988.*

I. *Revogação posterior da lei não interfere no controle difuso de sua constitucionalidade, uma vez que se pretende retificar o resultado de sua aplicação enquanto vigorava.*

II. Art. 40, § 8º, da Carta Política (redação originária):

“§ 8º - 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 a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos 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.”

III. Medida Provisória 2.048-26/2000, arts. 54, caput, incisos I e II, e 55 in fine expressão “ressalvado o disposto no artigo anterior, reeditada até a Medida Provisória 2.229-43/2001, arts. 59, caput, I e II, e 60, hoje revogados pela Lei 10.302/2001, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à gratificação instituída no artigo 30 da citada Medida Provisória.

IV. Incidente de Inconstitucionalidade arguido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial.

Superada essa questão, passo à análise do mérito.

O art. 40, § 8º, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, previa, com base no princípio da isonomia, a revisão dos proventos de aposentadoria e das pensões na mesma proporção e na mesma data em que ocorresse a modificação da remuneração dos servidores da ativa. Estendia, ainda, aos aposentados e pensionistas, todos os benefícios e vantagens porventura concedidos àqueles em atividade.

O § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998, quando dispõe que a Gratificação Provisória - GP, destinada aos ocupantes de cargos efetivos de Procurador e Advogado de autarquias e fundações públicas federais, de Assistentes Jurídicos não transpostos para a carreira da Advocacia-Geral da União e de Defensor Público da União, “não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão”, vai de encontro ao preceito constitucional acima citado.

Com o advento da Emenda Constitucional 41/2003, a redação do § 8º do art. 40 da CF foi modificada, acabando com a paridade da remuneração dos servidores da ativa com os inativos e pensionistas.

Entretanto, quando da edição da Lei 9.651/1998, ainda vigorava o art. 40, § 8º, da CF, com a redação da EC 20/1998, pelo que, qualquer vantagem porventura concedida aos servidores da ativa deveria ser, automaticamente, estendida aos inativos e pensionistas.

A alegação do *Incra* de que, no caso, se trata de gratificação de serviço (*propter laborem*) não deve prosperar. Mesmo que o mencionado diploma legal não fizesse expressa menção aos servidores inativos, a referida norma a eles também se aplicaria, com base no princípio constitucional da isonomia.

Aliás, durante a vigência do § 8º do art. 40 da CF com a redação anterior, o Poder Executivo utilizava-se da expressão “em atividade” nas vantagens concedidas

aos servidores ativos, exatamente para escapar do excesso de despesas na remuneração dos inativos, sem, contudo, estabelecer critérios de avaliação para aferir o desempenho individual ou coletivo dessa “atividade”.

Ao argumentar que se tratava de “gratificação de atividade”, o Poder Executivo buscava fugir à regra do § 8º do art. 40 da CF, até que, através da EC 41/2003, conseguiu excluir do Texto Constitucional a paridade entre ativos e inativos, ou seja, a obrigatoriedade da extensão da extensão aos inativos e pensionistas das vantagens concedidas aos servidores públicos que estavam em atividade.

Verifica-se, portanto, que é clara e evidente a inconstitucionalidade do § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998, pois vai de encontro com a vontade do constituinte, quando este previu a paridade entre ativos e inativos.

Aliás, como bem se observa do Parecer ministerial, “A hipótese prevista na Constituição não deixava qualquer margem para outra interpretação, a não ser a de que o servidor inativo seria alcançado, necessariamente, pelas gratificações concedidas àqueles em atividade. Essa foi a vontade do legislador constituinte que, não obstante ter editado a EC 41/2003, garantia aos aposentados e pensionistas a revisão proporcional e na mesma data, sempre que fosse modificada a remuneração dos servidores em atividade, além de qualquer benefício ou vantagem também concedida”.

E, mais adiante, assevera que “... ao impedir os servidores inativos de serem contemplados com determinados benefícios já concedidos àqueles em atividade, constatasse uma ofensa material à CR. Afinal, o preceito contido no art. 40 § 8º, anterior à EC 41/2003, foi o dispositivo constitucional ferido pela expressão ‘não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão’, prevista no art. 13 § 2º Lei 9.651/1998. Logo, tal expressão é, materialmente, inconstitucional”.

Nesse mesmo sentido, esta Colenda Corte Especial assim já se posicionou

Administrativo. Constitucional.
Reestruturação de carreiras no âmbito da Administração Pública Federal. Gratificação de desempenho de atividade jurídica não estendida aos servidores aposentados em razão da Medida Provisória 2.048-26/2000, reeditada na Medida Provisória 2.229-43/2001. Tratamento não isonômico entre

ativos e inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 40, § 8º, da CF/1988.

I. Art. 40, § 8º da Carta Política, na Emenda 20/1998 (antes § 4º, na redação originária):

“§ 8º - 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 a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos 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.”

II. Medida Provisória 2.048-26/2000, arts. 54, *caput*, incisos I e II, e 55 *in fine* expressão “ressalvado o disposto no artigo anterior”, reeditada até a Medida Provisória 2.229-43/2001, arts. 59, *caput*, I e II, e 60, hoje revogados pela Lei 10.302/2001, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à gratificação instituída no artigo 41 das citadas Medidas Provisórias, em relação aos inativos e pensionistas.

III. Incidente de Inconstitucionalidade arguido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial. (IIMS 2001.34.00.019830-3/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, DJ de 21/9/2007, p.1.)

Administrativo. Constitucional.
Reestruturação de carreiras no âmbito da Administração Pública Federal. Procurador da Fazenda Nacional. “Pro labora”. Art. 7º da Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002. Vantagem não estendida aos servidores aposentados. Tratamento não isonômico entre ativos e inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 40, § 8º, da CF/1988.

I. Art. 40, § 8º ao, da Carta Política (redação originária): “§ 8º - 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 a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos 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.”

II. Medida Provisória 43/2002, art. 7º, *caput*, convertida na Lei 10.549/2002. Na expressão “exceto

o *pro labore* a que se refere o art. 4º, relativamente às aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação?, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à vantagem prevista no art. 4º da citada Medida Provisória.

III. Incidente de Inconstitucionalidade arguido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial. (IIMS 2002.34.00.023567-7/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, DJ II de 7/12/2006, p.1)

Constitucionalidade. Administrativo. Arguição de inconstitucionalidade. Servidor. Gratificação de desempenho de atividade de ciclo de gestão - GCG. Medida Provisória 2.229-43, arts. 59 e 60.

Os arts. 59 e 60 da Medida Provisória 2.229-43, de 6/9/2001, violam o § 8º do art. 40 da Constituição Federal, ao excluir os servidores inativos de receberem Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciclo de Gestão - GCG sendo, assim, inconstitucionais. (IIMS 2000.34.00.028560-1/DF, Fel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Corte Especial, DJ II de 18/6/2003, P. 44.)

Constitucionalidade. Administrativo. Arguição de Inconstitucionalidade. Servidor público. Gratificação de desempenho de atividade ciência e tecnologia - GDACT. Medida Provisória 2.229-43, arts. 59 e 60. Constituição Federal, art. 40, § 8º.

I. Os arts. 56 e 57 da Medida Provisória 2.048, de 29/6/2000, repetidos nos arts. 59 e 60 da Medida Provisória 2.229-43, de 6/9/2001, violam o § 8º do art. 40 da Constituição Federal, ao excluir os servidores inativos de receberem Gratificação de Desempenho de Atividade e Tecnologia - Gdact, sendo, assim, inconstitucionais.

II. Retorno dos autos à 2ª Turma para continuação do julgamento da apelação. (IIMS 2001.34.00.012811-2/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Corte Especial, DJ II de 1º/12/2005, p. 3.)

Por todo o acima exposto, declaro a inconstitucionalidade da expressão “*não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão*”, contida no § 2º do art. 13 da Lei. 9.651/1998.

É o voto.

Voto-vogal

O Exmo Sr. Desembargador Federal Mário César Ribeiro: – Senhora Presidente, segundo esclareceu o eminente Relator, cuida a hipótese de gratificação provisória instituída pelo art. 13 da Lei 9.651, de 1988,

que, no § 2º, preceitua que “a GP - Gratificação Provisória -, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, não se incorpora ao vencimento, nem aos proventos de aposentadoria ou pensão, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens ou contribuições previdenciárias ou de seguridade”. Portanto, pela leitura que faço desse dispositivo, verifica-se que a gratificação provisória foi concedida, de forma linear e geral, a todos os servidores ativos ocupantes de cargos efetivos de procurador e advogado de autarquias e fundações públicas federais, de assistente jurídico não transpostos para a carreira da Advocacia Geral da União, uma vez que não exige dos ativos que preencham qualquer requisito específico ou especial para que possam usufruir da referida verba. Isso é o que resulta da leitura do art. 13, em comento. Assim sendo, se não houve a modificação da remuneração dos servidores em atividade, é indubitoso o direito líquido e certo dos impetrantes à extensão do benefício, por aplicação do art. 40, § 4º, na redação anterior à Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, que diz: “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”.

O Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, da Relatoria do Ministro Moreira Alves, disse o seguinte, já na vigência do art. 40, § 4º, da Constituição Federal: “Vantagem remuneratória deferida (...) [é] (...) afronta à Súmula 339”. (RE 309.031/RJ). Foi publicado no DJ de 28/6/2002. Ora, se assim o é, se não foi estabelecida nenhuma condição específica para a concessão dessa gratificação provisória, à luz do preceito constitucional em referência, então, efetivamente, o dispositivo é inconstitucional. E assim sendo, acompanho o eminente Relator.

Voto-vogal

O Exmo Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Presidente, esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes sobre matéria assemelhada, o Relator relaciona diversos precedentes desta Corte. Dos julgamentos de que

participei, quero crer que fiquei vencido, porque não compartilhei do entendimento de que haveria lesão ao então § 8º do art. 40 da Constituição Federal. Ainda continuo não convencido, porque, na hipótese, foi instituída uma gratificação provisória aos ocupantes de cargos efetivos de procurador e advogado de autarquias e fundações públicas federais, de assistente jurídico não transpostos para a carreira da Advocacia-Geral da União, na forma do disposto no inciso I do art. 19 da Lei 9.028, de 1995, e da carreira de defensor público da União, esse é o art. 13.

O § 2º, em que está a expressão que ora se apoda de inconstitucional, diz assim: “A GP - Gratificação Provisória -, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, não se incorpora ao vencimento, nem aos proventos de aposentadoria ou pensão, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens ou contribuições previdenciárias ou de segurança”. Quer dizer, parece-me que há duas vertentes, não sei se entendi bem, mas o Relator, se estiver errado, Sua Excelência, por favor, corrija-me, entendeu que esse dispositivo se destina aos aposentados, ou seja, os aposentados não receberiam essa gratificação. Mas há uma outra vertente, a de que ela não se incorporaria ao vencimento desses que receberam a gratificação, só aos ativos na época, aqueles que recebiam essa gratificação. De qualquer sorte, a ideia de que a gratificação foi destinada àqueles em atividade, e aqueles na atividade a gratificação não se incorporaria, por ser provisória, ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão. Talvez, quando se diz proventos de aposentadoria, seriam os aposentados, agora incorporar aos proventos...

De qualquer sorte, o meu entendimento é o de que, pelo fato de ser uma gratificação provisória - quer dizer, a explicação da gênese dessa gratificação é os movimentos grevistas, ou para atender uma determinada situação - não teria o condão de ferir o § 8º do art. 40, porque esse dispositivo previa que: “Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição, os proventos de aposentadoria e as pensões 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 aos 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”.

Ora, parece-me que esse § 8º refere-se à revisão geral. E quando diz, inclusive, “sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade”, parece-me que tem o sentido de benefício em caráter permanente. Como o próprio nome diz: uma gratificação provisória, até que feita a transposição para o quadro próprio, então no momento em que se fizesse a transposição para o quadro próprio, aí sim, haveria extensão para os aposentados, mas, enquanto não feita, a mim me parece não haveria essa incorporação e, por isso, não vejo incompatibilidade com esse dispositivo constitucional.

Com a devida vênia do Relator, rejeito a arguição.

Voto-vista

O Exmo Sr. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves: – Senhor Presidente, o exame da questão constitucional me leva à mesma conclusão a que chegou o eminente relator, quanto à incompatibilidade da expressão impugnada com o quanto disposto no parágrafo 8º do artigo 40 da Carta Constitucional, na redação então vigente, pois que instituída a vantagem pecuniária pela só titularidade dos cargos de procurador e advogado de autarquias e fundações públicas federais, assistentes jurídicos não transpostos para as carreiras da Advocacia-Geral da União, e defensor público da União, assim de forma linear e geral a todos os destinatários da mesma, se impunha sua extensão aos inativos em igual situação. É certo que o dispositivo impugnado, naquilo quanto não estendeu o benefício por ele previsto aos inativos, preceituou se cuidar de pagamento provisório, sem incorporação a vencimentos ou proventos de inatividade ou pensão, mas essa provisoriedade há de ser analisada à luz do próprio dispositivo, que lhe dá tal caráter por prever instituição do mesmo “até que seja promulgada lei disposta sobre a remuneração dos ocupantes dos cargos da área jurídica do Poder Executivo”, a qual, pelo princípio mesmo da irredutibilidade de estipêndios, desenhado constitucionalmente, não pode apenas extinguir a parcela sem outorga, no universo remuneratório dos beneficiários, de compensação que não faça menor o valor até então por eles recebido.

Peço, pois, licença à divergência para acompanhar o ilustre relator.

É como voto.

Voto-vista

O Exmo Sr. Desembargador Federal Tourinho Neto: – Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela Segunda Turma, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra*, quanto a expressão “*não se incorporar aos proventos de aposentadoria ou pensão*”, contida no § 2º do art. 13 da Lei 9.651, de 27.5.1998, que assim dispõe:

Art. 13. Até que seja promulgada lei dispondo sobre a remuneração dos ocupantes de cargos da área jurídica do Poder Executivo, poderá ser paga Gratificação Provisória - GP aos ocupantes de cargos efetivos de Procurador e Advogado de autarquias e fundações públicas federais, de Assistente Jurídico não transpostos para a carreira da Advocacia-Geral da União na forma do disposto no inciso I do art. 19 da Lei 9.028, de 1995, e da carreira de Defensor Público da União.

§ 2º A GP, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.

O relator, Juiz Jirair Aram Meguerian, deu pela inconstitucionalidade da expressão, em face do que dispõe o § 8º do art. 40 da Constituição Federal vigente na época da edição da Lei 9.655, de 1998.

Em 2003, a Ementa Constitucional 41, terminou com a paridade da remuneração dos servidores da ativa com os inativos e pensionistas.

Durante a vigência do disposto no § 8º do art. 40, com a redação anterior, a paridade era admitida, pois dizia:

Observado o disposto no art. 37, os proventos de aposentadoria e as pensões 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 aos 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.

A redação atual é a seguinte:

É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

O relator, o eminente Juiz Jirair Aram Meguerian, em seu voto, disse (fls. 169):

Ao argumentar que se tratava de “gratificação de atividade”, o Poder Executivo buscava fugir à regra do § 8º do art. 40 da CF, até que, através da EC 41/2003, conseguiu excluir do Texto Constitucional a paridade entre ativos e inativos, ou seja, a obrigatoriedade da extensão da extensão aos inativos e pensionistas das vantagens concedidas aos servidores públicos que estavam em atividade.

14. Verifica-se, portanto, que é clara e evidente a inconstitucionalidade do § 2º do art. 13 da Lei 9.651/1998, pois vai de encontro com a vontade do constituinte, quando este previu a paridade entre ativos e inativos.

15. Aliás, como bem se observa do Parecer ministerial, “A hipótese prevista na Constituição não deixava qualquer margem para outra interpretação, a não ser a de que o servidor inativo seria alcançado, necessariamente, pelas gratificações concedidas àqueles em atividade. Essa foi a vontade do legislador constituinte que, não obstante ter editado a EC 41/2003, garantia aos aposentados e pensionistas a revisão proporcional e na mesma data, sempre que fosse modificada a remuneração dos servidores em atividade, além de qualquer benefício ou vantagem também concedida”.

16. E, mais adiante, assevera que “...ao impedir os servidores inativos de serem contemplados com determinados benefícios já concedidos àqueles em atividade, constata-se uma ofensa material à CR. Afinal, o preceito contido no art. 40 § 8º, anterior à EC 41/2003, foi o dispositivo constitucional ferido pela expressão ‘não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou pensão’, prevista no art. 13 § 2º Lei 9.651/1998. Logo, tal expressão é, materialmente, inconstitucional”.

O ilustre Juiz Luciano Tolentino Amaral divergiu, rejeitando a arguição, dizendo (fls. 174/175):

O § 2º, em que está a expressão que ora se apoda de inconstitucional, diz assim: “A GP - Gratificação Provisória -, compatível com as demais vantagens atribuídas ao cargo efetivo, não se incorpora ao vencimento, nem aos proventos de

aposentadoria ou pensão, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens ou contribuições previdenciárias ou de seguridade”. Quer dizer, parece-me que há duas vertentes, não sei se entendi bem, mas o Relator, se estiver errado, Sua Excelência, por favor, corrija-me, entendeu que esse dispositivo se destina aos aposentados, ou seja, os aposentados não receberiam essa gratificação. Mas há uma outra vertente, a de que ela não se incorporaria ao vencimento desses que receberam a gratificação, só aos ativos na época, aqueles que recebiam essa gratificação. De qualquer sorte, a ideia de que a gratificação foi destinada àqueles em atividade, e aqueles na atividade a gratificação não se incorporaria, por ser provisória, ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensão. Talvez, quando se diz proventos de aposentadoria, seriam os aposentados, agora incorporar aos proventos...

De qualquer sorte, o meu entendimento é o de que, pelo fato de ser uma gratificação provisória - quer dizer, a explicação da gênese dessa gratificação é os movimentos grevistas, ou para atender uma determinada situação - não teria o condão de ferir o § 8º do art. 40, porque esse dispositivo previa que: “Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição, os proventos de aposentadoria e as pensões 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 aos 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”.

Ora, parece-me que esse § 8º refere-se à revisão geral. E quando diz, inclusive, “sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade”, parece-me que tem o sentido de benefício em caráter permanente. Como o próprio nome diz: uma gratificação provisória, até que feita a transposição para o quadro próprio, então no momento em que se fizesse a transposição para o quadro próprio, aí sim, haveria extensão para os aposentados, mas, enquanto não feita, a mim me parece não haveria essa incorporação e, por isso, não vejo incompatibilidade com esse dispositivo constitucional.

Acompanharam o relator os Juizes Mário César e Carlos Moreira Alves.

Pedi vista para melhor exame.

O § 8º do art. 40 da Constituição, antes da Emenda Constitucional 41, de 2003, assegurava *expressamente* tratamento *isonômico* entre os servidores em atividade e os aposentados, ressaltando tão-somente, o respeito ao teto de salários.

Logo, o § 2º do art. 13 da Lei 9.651, de 1998, não poderia violar o dispositivo constitucional então vigente.

Estou, assim, de acordo com aqueles que acolheram a arguição, *data venia* do Juiz Luciano Tolentino Amaral.

Acolho, pois, a arguição de constitucionalidade.

É o voto.

Voto-vogal Pela ordem

A Exma Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – Senhor Presidente, com as vênias devidas do Desembargador Olindo Menezes, se Vossa Excelência me permitir, gostaria de adiantar o meu voto, até porque em todas as discussões a matéria realmente foi bastante debatida. Lembrou-me aqui o Desembargador Cândido Ribeiro que, quando a cláusula pétrea valia da forma que era, realmente deveria ser nos termos em que Vossa Excelência colocou no voto. Peço vênias ao Desembargador Luciano e acompanho Vossa Excelência.

Voto-vista

O Exmo Sr. Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes: – Os impetrantes, procuradores autárquicos aposentados do *Incra*, pediram que dos seus proventos constasse a Gratificação Provisória – GP, instituída pela Lei 9.928/1995, estendida aos Procuradores Autárquicos pela Lei 9.651, de 27/3/1998, não transpostos para a carreira da Advocacia Geral da União, até que fosse promulgada a lei dispondo sobre a remuneração dos ocupantes de cargos de Procurador e Advogado de autarquias e fundações públicas federais.

É que, pelo § 2º do art. 40 da Lei 9.651/1998, a gratificação “*não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensões, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios,*

vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.”

Invocaram como base constitucional o princípio da isonomia, nos termos do § 8º do art. 40 da Constituição, na redação da EC 20/1998, que garantia a inclusão, nos proventos da aposentadoria, de *“quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade”*. Obtiveram sucesso. A sentença entendeu ser inconstitucional a exclusão da vantagem. (Cf. documento de fls. 87–90.)

Ao julgar a apelação do *Incra*, em 1º/4/2003, a 2ª Turma entendendo que ocorria efetivamente a inconstitucionalidade, sobrestou o julgamento e afetou a questão a esta Corte. Iniciado o julgamento do incidente em 11/03/2008, o Relator, Des. Federal Jirair Aram Meguerian, votou pela acolhida da arguição e declarou a inconstitucionalidade da expressão *“não se incorpora ao vencimento nem aos proventos de aposentadoria ou pensões”*, acima referida.

Foi seguido pelo Des. Federal Mário César Ribeiro. Divergiu o Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, entendendo que a vantagem era provisória e, como tal, a ela não se aplica o § 8º do art. 40 da Constituição, que trata somente de vantagens definitivas concedidas aos servidores em atividade. Os Des. Federais Carlos Moreira Alves e Tourinho Neto, em pedidos de vista, acompanharam o Relator. A Desª. Federal Maria do Carmo Cardoso, adiantando o seu voto, também acompanhou o Relator. Pediu vista na sessão de 9/2/2009, para melhor exame da questão.

Meu entendimento, com a devida vênia, é pela rejeição do incidente. Quando o § 8º do art. 40 da Constituição, na redação da EC 20/1998, afirma que serão estendidos aos proventos de aposentadoria ou pensões *“quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade”*, deve-se entender, naturalmente, quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade em caráter permanente, pois elas é que se incorporam ao padrão do vencimento e passam a compor a remuneração do cargo. O preceito não se refere a vantagens temporárias, que têm duração limitada no tempo e atendem a finalidades transeuntes.

A Gratificação Temporária – GT, instituída pela Lei 9.928/1995, e estendida aos Procuradores Autárquicos pela Lei 9.651, de 27/3/1998, não transpostos para a carreira da Advocacia Geral da

União, até que fosse promulgada a lei dispondo sobre a remuneração dos ocupantes de cargos de Procurador e Advogado de autarquias e fundações públicas federais, atendia a uma finalidade transitória e, por isso mesmo, não serviria, pela letra expressa da lei, de base de cálculo para quaisquer outros benefícios, vantagens, ou contribuições previdenciárias ou de seguridade.

Não pode, por outro lado, incorporar-se aos proventos um item creditício que não serviu de base à contribuição para a seguridade social. Não houve, no caso dos impetrantes, nenhuma quebra do princípio constitucional da isonomia, como entendeu a sentença e os que adotam a sua interpretação.

Assim posta a questão, peço vênia ao Relator e aos que o seguiram e rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

É o voto.

Voto-vogal

O Exmo Sr. Desembargador Federal Souza Prudente: – Senhor Presidente, também entendo que a lei que concede menos do que aquilo que já está garantido constitucionalmente, em termos de benefício ao servidor público, é flagrantemente inconstitucional, não só por agredir o princípio da isonomia, como também por agredir o princípio da proibição do retrocesso, que domina todo o sistema jurídico universal. Com essas considerações, acompanho o voto de Vossa Excelência.

Corte Especial

Conflito de Competência

2006.01.00.035179-5/GO

Relator:	Desembargador Federal Souza Prudente
Autor:	Banco do Brasil S/A
Advogada:	Dra. Ana Paula Cabral Barbosa Andrade e outros
Réu:	Washington Luiz Posse Senhorelo
Advogada:	Dra. Maria de Fátima Freitas
Suscitante:	Desembargador Federal da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	Desembargador Federal da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 9/10/2009, p. 143

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Discussão acerca de cláusulas de contrato de financiamento (cédula de crédito rural) objeto de securitização (Lei 9.138/1995). Competência "interna corporis".

I. Nos termos dos arts. 6º, III, e 8º, § 3º, III, do RITRF 1ª Região, competente é a Terceira Seção processar e julgar os feitos relativos a contratos, como no caso, em que se discutem cláusulas contratuais relativas a financiamento (cédula de crédito rural), cuja dívida fora securitizada (Lei 9.139/1995), ainda não inscrita na Dívida Ativa da União. Precedente.

II. Conflito de competência conhecido para declarar competente para o julgamento do AG 2006.01.00.035179-5/GO, a colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, sob a Relatoria do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, integrante da Quinta Turma daquele Colegiado.

Acórdão

Decide a Corte Especial Judicial, à unanimidade, conhecer do conflito, para declarar competente a colenda Terceira Seção, ora, suscitada.

Corte Especial do TRF 1ª Região - 20/8/2009.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente: – Cuida-se de conflito negativo de competência, instaurado nos autos do Agravo de Instrumento 2006.01.00.035179-5/GO, distribuído, originariamente, à colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, sob a Relatoria do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, que, amparando-se em precedente da egrégia Corte Especial, ordenou a sua redistribuição para a Quarta

Seção, sob o fundamento de que a questão debatida nos autos de origem – renegociação de dívida de financiamento agropecuário celebrado com instituição financeira bancária, com base na Lei 9.138/1995, que trata da chamada securitização da dívida rural – estaria inserida na competência *interna corporis* daquele Colegiado, por se enquadrar no ramo do direito financeiro, incidindo, assim, na espécie, a norma do art. 8º, § 4º, do RITRF 1ª Região.

Redistribuídos os autos à colenda Oitava Turma deste egrégio Tribunal, sobreveio a r. decisão de

fls. 101/102, da lavra do eminente Desembargador Federal Leomar Amorim, suscitando conflito negativo de competência, ao argumento de que, em face do que dispõe o art. 8º, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal e na linha do entendimento mais recente da Corte Especial, é da competência da Terceira Seção o processo e julgamento das causas em que se discutem a suspensão ou cancelamento das restrições originárias de securitização de créditos rurais, bem assim, a manutenção do alongamento do pagamento de débitos, como no caso.

A douta Procuradoria Regional da República manifestou-se às fls. 111/113, opinando pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente, no caso, a Terceira Seção.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente: – Da leitura dos elementos carreados para os presentes autos, notadamente, a petição inicial que instrui os autos de origem, verifica-se que a pretensão deduzida pelo autor da demanda, além de suspender ou cancelar a inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes, em virtude de débito relativo a contrato de financiamento rural, é no sentido de determinar-se a revisão do valor do aludido débito, bem assim a manutenção do alongamento dos respectivos pagamentos, sem as restrições ali questionadas.

Discutem-se, portanto, as próprias regras estabelecidas no contrato celebrado entre as partes, de forma a caracterizar, na espécie, a competência da colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, para processar e julgar o feito, por força do que dispõem os arts. 6º, III, e 8º, § 4º, do RITRF 1ª Região, conforme, inclusive, decidiu esta douta Corte Especial, em Sessão realizada no dia 4/12/2008, por ocasião do julgamento do conflito de competência 2008.01.00.022736-0/MT, de que foi Relator o eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, “in verbis”:

* Participaram do julgamento os Exmo. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Daniel Paes Ribeiro, Selene Maria de Almeida, Leomar Barros Amorim de Sousa.

Regimental e processual civil. Conflito de competência. Ação ordinária que objetiva discutir amplamente cláusulas de contrato de crédito (cédula de crédito rural) que fora objeto de securitização. Questão contratual, de competência da terceira seção (RI-TRF/1ª Região, art. 8º, § 3º, inciso III).

I. Tratando-se, na espécie, de ação que tem por objetivo a ampla discussão de cláusulas contratuais referentes a cédula de crédito rural, cuja dívida fora securitizada, a competência para sua apreciação é da Terceira Seção, a teor do disposto no art. 8º, § 3º, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, já que se trata de questão contratual, e não de direito financeiro.

II. Conflito conhecido e julgado procedente, declarando-se a competência da Terceira Seção, suscitada.

(CC 2008.01.00.022736-0/MT, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Corte Especial, e-DJFI de 19/12/2008).

Registro, por oportuno, que, embora tenha votado pela competência da colenda Quarta Seção, no julgamento do Conflito de Competência 2007.01.00.021175-4/BA, no aludido feito, o débito objeto da discussão ali travada já se encontrava inscrito na Dívida Ativa da União, encontrando-se, inclusive, sendo cobrado em sede de execução fiscal, razão por que entendi, na época, como continuo entendendo, que essa circunstância atrai a competência daquele Colegiado, a teor do que dispõe o art. 6º, IV, do RITRF 1ª Região, em face da sua natureza financeira e fiscal, na linha, inclusive, do que vem decidindo a douta Corte Especial, conforme se vê do seguinte julgado:

Regimental. Conflito de competência. Exceção de pré-executividade em execução fiscal de crédito de natureza financeira, inscrito em dívida ativa da fazenda pública. Art. 2º da lei 6.830/1980. Questão de direito financeiro. Arts. 6º, IV, E 8º, §§ 4º, IX, E 5º, do RI-TRF/1ª Região. Competência da 4ª seção da Corte.

I. Na forma do art. 2º da Lei 6.830, de 1980, a dívida pública da Fazenda Pública é aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320/1964, 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.

II. Em se tratando de exceção de pré-executividade em execução fiscal de crédito de natureza financeira, relativo à cobrança de cédula de crédito rural, inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública, cuida-se de questão de direito financeiro,

pelo que a competência para processar e julgar a execução fiscal da dívida ativa não tributária, na espécie, e de seus incidentes, é da 4ª Seção, na forma dos arts. 6º, IV, e 8º, §§ 4º, IX, e 5º, do RI-TRF/1ª Região.

III. Conflito conhecido, para declarar competente a 4ª Seção do TRF/1ª Região.

(CC 2007.01.00.021175-1/BA, Rel. Acórdão Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, e- DJF1 de 16/6/2008, p.2).

A situação fático-processual descrita nestes autos, contudo, não se assemelha àquela supracitada, eis que, na espécie em comento, não consta dos autos qualquer elemento indicador da inscrição do débito questionado na Dívida Ativa da União.

Com estas considerações, conheço do presente conflito para declarar competente a colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, para processar e julgar o Agravo de Instrumento já referido, sob a Relatoria do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, integrante da Quinta Turma daquele Colegiado.

Este é meu voto.

Voto-vogal

A Desembargadora Federal Assusete Magalhães: – Senhor Presidente, na verdade, no precedente referido, em que fiquei relatora para o acórdão, a situação era diferenciada, porque o débito havia sido inscrito em dívida ativa e objeto de execução fiscal. Se havia uma execução fiscal, sendo subjacente ou não uma lide de natureza tributária, a competência é da 4ª Seção.

Não é o que ocorre, no caso, porque não houve inscrição de dívida, ao que pude perceber, e também não se trata de execução fiscal, mas apenas de discussão de matéria contratual. Assim, peço vênias à Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e voto com o Relator.

Voto-vogal

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Senhor Presidente, voto pela 4ª Seção, porque se trata de securitização de dívida e, portanto, de direito financeiro, com a devida vênias do Relator.

Esclarecimento

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Senhor Presidente, na sessão de hoje vou

trazer um caso de securitização de dívida em que já foi ajuizada a execução, só que em tramite na Justiça Estadual, sendo partes o banco e o devedor. Mas como a União assumiu responsabilidade financeira por conta da securitização, há uma ação ordinária na Justiça Federal ajuizada pelo devedor contra a União e o banco, pleiteando, entre outras coisas, invalidar a transferência da dívida para a União e, também, discutindo os valores da dívida, pedindo que o seu nome fosse excluído do Cadin e fosse declarado que não existe mais essa dívida que está sendo objeto de execução na Justiça Estadual.

Analisando esse precedente da Corte Especial, ao qual se referiu o Desembargador Souza Prudente verifiquei que, naquele caso, havia uma execução, de fato. O voto do Desembargador Souza Prudente, nesse precedente, e também o voto de alguns colegas era no sentido de que o mero fato de haver uma execução fiscal, qualquer que fosse a natureza da dívida inscrita, tributária ou não, acarretava a caracterização da causa como matéria de Direito Financeiro, pelo fato de haver dívida inscrita, e, por isso, ensejava a competência da 4ª Seção. Mas houve outros votos aos quais me filio, especialmente o voto do Desembargador Antônio Ezequiel e também o do Desembargador Luciano, que aderiram ao voto do Desembargador Souza Prudente, mas por um outro fundamento. Entenderam eles que não é pelo fato de ser execução fiscal que vai para a competência da 4ª Seção, mas, sim, pelo fato de ser um contrato de financiamento, um alongamento de dívida, com garantia de recursos do Tesouro Nacional. Assim, a matéria se enquadraria em “Direito Financeiro” não apenas por ser uma dívida inscrita, mas porque, na origem da dívida inscrita, há um contrato de financiamento honrado com recursos do Tesouro Nacional. É bem específico a esse propósito o voto do Desembargador Ezequiel.

O Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian:
- Vossa Excelência está concluindo no seu para a 4ª Seção...

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – E vou concluir assim neste caso também, em divergência, com a devida vênias com o voto do Relator. No precedente da Corte Especial, relatora a Desembargadora Assusete, concluiu-se pela 4ª Seção, mas era dívida inscrita em dívida ativa. O fato de ser inscrita em dívida ativa é o fator determinante do voto do Desembargador Souza Prudente. Por isso

ele, coerentemente, naquele caso, considerou que era competente a 4ª Seção e, neste caso, entende que é a 3ª Seção, porque ainda não está em execução a dívida, é uma ação em que se discute o contrato de financiamento que deu origem à dívida.

O Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian:- Mas o seu entendimento é...

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: - O meu entendimento, naquele caso, seria idêntico ao voto do Desembargador Ezequiel e ao do Desembargador Luciano, que aderiram, naquele caso, ao voto do Desembargador Souza Prudente, porque entenderam que não é pelo fato de haver inscrição em dívida, mas, sim, em razão da circunstância de que o contrato que deu origem à inscrição em dívida é contrato de financiamento envolvendo recursos orçamentários do Tesouro Nacional.

O Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: Eu falei de financiamento, mas não financeiro.

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: - Mas Vossa Excelência, Dr. Luciano, acabou votando para que fosse tratada a questão como matéria de Direito Financeiro.

O Dr. Ezequiel é mais claro ainda neste caso. Disse ele, naquele precedente da Corte Especial: “Senhor Presidente, admito que, só pelo fato de ser inscrição em dívida ativa a execução fiscal, não define a matéria como de competência da 4ª Seção”. É o contrário do entendimento do Desembargador Souza Prudente, embora a conclusão tenha sido igual, porque naquele caso havia inscrição em dívida ativa. O Desembargador Ezequiel afirmou: “Agora, geralmente, tem-se entendido que, quando a União coloca os recursos do Tesouro Nacional, a competência deixa de ser propriamente contratual, como no caso do Banco do Brasil, que firmou os contratos para erradicar café, cacau e outras coisas, e esses recursos não eram do Banco. Por não serem do banco, eles saíam da Justiça Estadual e vinham para a Justiça Federal. Vou acompanhar a divergência na consideração de que, em se tratando de recursos orçamentários que estão sendo empenhados para conceder prorrogação de financiamento, a matéria deixou de ser de natureza contratual, prevalecendo mais a regra das disposições legais ou regulamentares que admitiram a assunção

desse tipo de crédito do banco pela União. Acompanho a divergência, mantendo a competência da 4ª Seção”.

O Desembargador Souza Prudente entende que o que é relevante para estabelecer a competência entre a 3ª e 4ª Seções é a dívida já estar inscrita. O Desembargador Ezequiel entende – e é esse o meu pensamento também – que não é por ser uma execução de dívida ativa e, sim, porque a origem dessa dívida ativa é um financiamento que envolve recursos do Tesouro Nacional, e, assim, a questão deixa de ser um mero contrato particular entre um banco e um devedor e passa a ser questão regida por leis de Direito Financeiro, uma questão orçamentária que envolve recursos da União, portanto passa a ser uma questão de Direito Financeiro da 4ª Seção.

A meu ver, não dou relevância a circunstância de já estar inscrita ou não a dívida; penso que essa mesma dívida que estamos discutindo na ação ordinária, o valor dessa dívida, se a União deve ou não ser titular desse crédito, como ela foi securitizada pelo Tesouro Nacional, como os recursos envolvidos para o alongamento dessa dívida são do Tesouro, é matéria de Direito Financeiro. Minha diferença de entendimento em relação ao voto do Desembargador Souza Prudente é que não espero haver a inscrição em dívida para considerar que a matéria seja da 4ª Seção; penso que a própria discussão do contrato de securitização já é da 4ª Seção, na linha do voto do Desembargador Ezequiel. Na linha do meu entendimento, tanto o contrato, a discussão das cláusulas do contrato de securitizado, quanto a execução da dívida dele proveniente são de competência da 4ª Seção, enquadrando-se na matéria “Direito Financeiro”.

O Desembargador Federal Souza Prudente: [Sem taquigrafia].

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: - Esse precedente cujo voto eu li é exatamente o precedente da Corte Especial relatado pela Desembargadora Assusete, e o voto do Desembargador Antônio Ezequiel não foi vencido, ele aderiu ao voto da Dra. Assusete, foi vencedor. Só que a corrente vencedora teve duplo fundamento. O voto do Desembargador Souza Prudente mandava para a 4ª Seção, porque já estava sendo executada a dívida. Também naquele caso era uma ação em que se discutiam as condições da securitização. Naquele caso do precedente, o processo do qual extraído o conflito

era de um devedor contra o banco e a União, alegando o devedor que a União não podia ficar com aquele crédito, discutindo-se as condições da securitização. O voto do Desembargador Souza Prudente entendia que, como já havia uma execução fiscal ajuizada, era da 4ª Seção. O voto do Dr. Ezequiel também entendia que era da 4ª Seção, mas não pelo mero fato de haver uma execução fiscal e, sim, pela natureza da dívida inscrita. Então, não é corrente vencida, é vencedora, ambos estavam na mesma corrente.

O Desembargador Federal Souza Prudente: - Vossa Excelência me permite, o precedente do Dr. Daniel exatamente votado nessa sessão disse que era da 3ª Seção, porque não se trata de dívida inscrita.

A Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: - Estou citando outro precedente, relatado pela Desembargadora Assusete.

O Desembargador Federal Souza Prudente: - Não é do Desembargador Souza Prudente o entendimento dessa 3ª Seção. Vou ler a decisão do Desembargador Fagundes de Deus neste caso: “Ocorre que em sessão (...) [lê] (...) do Direito Financeiro.” Vossa Excelência, inclusive me prestigia citando trecho do meu voto. “Ante o exposto (...) [lê] (...) colenda 4ª Seção.” Só que neste caso o débito não foi inscrito em dívida ativa e por isso se enquadra no precedente do Desembargador Daniel. Desembargador Fagundes, a hipótese não é aquela da Desembargadora Assusete.

Primeira Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

1998.01.00.089982-3/MT

Relatora: Juíza Federal Mônica Sifuentes (convocada)
Embargante: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso - FUFMT
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini
Embargado: Rosange Maria Benatti
Advogado: Dr. Leonidas Cabral Albuquerque e outros
Publicação: e-DJF1 de 9/10/2009, p. 175

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Prorrogação da licença para acompanhar cônjuge. Exercício provisório com base no art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990. Requisitos preenchidos. Art. 226 da Constituição Federal. Proteção à família. Embargos infringentes improvidos.

I. Nos termos do artigo 84 da Lei 8.112/1990, depreende-se que pode o servidor público obter a concessão da licença, com ou sem remuneração, por prazo indeterminado, para o acompanhamento de cônjuge ou companheiro que tenha sido deslocado para outro Estado da Federação ou para o exterior. Não obstante, conforme o art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990, somente poderá ser concedido o exercício provisório do servidor público em atividade compatível com o seu cargo, quando houver deslocamento do cônjuge ou companheiro, também servidor público, civil ou militar, caso em que a licença será com remuneração.

II. Desse modo, tendo em vista que o comando normativo em comento não impõe qualquer razão específica ao deslocamento, exigindo-se apenas a mudança de domicílio, possui o servidor direito à licença em comento, ainda que o deslocamento do seu cônjuge tenha se dado em decorrência de investidura em cargo público, como bem asseverado pelo voto condutor do v. acórdão embargado.

III. Consoante remansosa jurisprudência a respeito, o art. 84 da Lei n. 8.112/1990 deve ser analisado com observância ao disposto no art. 226 da Constituição Federal, segundo o qual, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

IV. Posta a questão nesses termos, e considerando que o cônjuge da embargada é servidor público civil, Professor Adjunto da UFRS, bem assim que a pretensão da embargada é no sentido de prorrogar a sua licença e continuar a exercer as atribuições compatíveis ao seu cargo, vislumbro a presença dos requisitos autorizadores a ensejar a prorrogação da concessão da licença para acompanhar cônjuge ou companheiro, com o consequente exercício de suas atividades junto à UFRS.

V. Embargos infringentes desprovidos.

ACÓRDÃO

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da relatora.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 15/9/2009.

Juíza Federal *Mônica Sifuentes*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Sifuentes:
– Trata-se de embargos infringentes opostos pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, contra o v. acórdão de fls. 186/194, da Segunda Turma desta Corte, que, por maioria, vencido o Juiz Carlos Fernando Mathias, deu provimento à apelação para condenar a ora embargante a prorrogar a licença conferida à embargada para acompanhar cônjuge, com lotação provisória na Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Alega a embargante que deve prosperar a posição adotada pelo Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, no voto-vencido, considerando que o deslocamento do cônjuge da embargada não decorreu de ato da Administração Pública, e sim de investidura em cargo público. Sustenta, portanto, não ser aplicável ao presente caso o disposto no art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990.

Impugnação apresentada, via fax, pela embargada (fls. 250/257), cuja original foi juntada às fls. 258/265, pugnando, em suma, pela manutenção do v. acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Sifuentes:
– Insurge-se a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT contra acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, que reformando sentença que julgara improcedente o pedido formulado pela embargada, deu provimento à apelação para condenar a ora embargante a prorrogar a licença da embargada para acompanhar cônjuge, com lotação provisória na Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Sustenta ofensa ao art. 84, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, asseverando que não seria possível a prorrogação da licença da embargada para acompanhar seu cônjuge, com lotação provisória na Faculdade de Medicina da

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, uma vez que o deslocamento do cônjuge da embargada não decorreu de ato da Administração Pública, e sim de investidura em cargo público.

O acórdão embargado assim restou ementado (fl. 194):

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Licença para acompanhar cônjuge. Prorrogação. Arts. 84 da Lei 8.112/1990, 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 226 e 227 da Constituição Federal.

I - O art. 84 da Lei 8.112/1990, em sua redação anterior e posterior à da Lei 9.527/1997, prevê que a licença por motivo de deslocamento do cônjuge será por prazo indeterminado e sem remuneração, não estabelecendo, como requisito para sua concessão, a qualidade de servidor público do cônjuge ou companheiro ou a ocorrência do deslocamento no interesse da Administração.

II - O § 2º do aludido art. 84 da Lei 8.112/1990 - que permitia que, no caso do deslocamento do cônjuge ou companheiro, o servidor fosse lotado, provisoriamente, em repartição da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo - passou a possibilitar, na nova redação que lhe deu a Lei 9.527/1997, exercício provisório, naqueles órgãos ou entidades, apenas na hipótese em que o cônjuge ou companheiro também seja servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

III - À época em que deferida a licença à autora para acompanhar cônjuge, com lotação provisória na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim como na data em que convocada para reassumir suas funções de Professora Auxiliar, na Universidade Federal do Mato Grosso, o art. 84 da Lei 8.112/1990 vigorava na redação primitiva, sendo certo que, mesmo em face da alteração promovida pela Lei 9.527/1997, exercendo seu marido o cargo de Professor Adjunto, com dedicação exclusiva, sob o regime da Lei 8.112/1990, na UFRS, e manifestando-se esta Universidade no sentido de ser imprescindível a permanência da autora no Departamento de Pediatria e Puericultura de sua Faculdade de Medicina, faz ela jus à continuidade de sua licença - assegurada, legalmente, por prazo indeterminado - para acompanhar cônjuge, com lotação provisória no citado Departamento, especialmente em face dos fins sociais aos quais se dirige a norma (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) e do disposto nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal, que estabelecem ter a família

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva, Francisco de Assis Betti e Carlos Olavo e os Exmos. Srs. Juizes Federais Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (conv.) e Antônio Francisco do Nascimento (conv.).

especial proteção do Estado, que tem o dever de assegurar à criança o direito à convivência familiar.

IV- Apelação provida. (AC 1998.01.00.089982-3/MT, Rel.: Juíza Federal Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ de 25/02/2002)

Por sua vez, o voto-vencido do eminente Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias está assim fundamentado:

(...)

O princípio da união da família é um grande princípio e dele cuida a Constituição. Mas, quem desagregou a família não foi a Universidade Federal de Mato Grosso e também não foi a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A hipótese é a seguinte: Uma pessoa *sponte sua* faz um concurso, desloca-se para o Rio Grande do Sul, usa da sua liberdade de ir e vir e ficar que é uma garantia constitucional, e depois vai dizer que a Universidade Federal de Mato Grosso de onde sua cônjuge era servidora, está impedindo a união da família? Por certo a Universidade Federal de Mato Grosso não foi sequer consultada sobre se esse professor deveria ou poderia fazer o concurso. Nem isso seria cabível. A universidade também não foi consultada se sua servidora deveria se casar com o professor desta ou daquela universidade, pois também não seria cabível tal ingerência na vida privada. Então o argumento é falacioso. Com a devida vênia, o argumento é muito frágil e sem qualquer respaldo jurídico. O outro argumento é o de que a lei garantiria a transferência. Poder, em direito, é verbo, como se sabe, que indica mera faculdade, e por princípio a lei não possui palavras desnecessárias. Até as anotações léxicas, em Direito, são fundamentais para a interpretação. Quanto muito, se a Universidade Federal do Rio Grande do Sul concedeu uma licença e ela teria de ser necessariamente sem remuneração, como manda a lei, e a professora acabou conseguindo uma lotação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nada demais. Se os interesses privados se harmonizam com os interesses públicos, tudo bem, mas, invocar-se aplicação da lei, com falácia, é o fundamento de sua finalidade social. Quem está sendo lesado, na verdade, e não participam do feito, são os alunos da Universidade Federal de Mato Grosso, além da própria universidade, que tem um funcionário trabalhando para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Com as devidas vênicas, não há direito algum, ao meu sentir. Com essas razões, nego provimento ao apelo, para confirmar *in totum* a respeitável sentença *a quo*.

Após detido exame dos autos, contudo, tenho que a fundamentação expedida pelo voto condutor do v. acórdão embargado está em consonância com o entendimento da jurisprudência pátria, de modo que não merece prosperar a irresignação da embargante.

Com efeito, a licença por motivo de afastamento do cônjuge encontra-se prevista na Lei 8.112/1990, que em seu artigo 84, assim dispõe:

Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

§ 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.

§ 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.

Nos termos do artigo acima transcrito, depreende-se que pode o servidor público obter a concessão da licença, com ou sem remuneração, por prazo indeterminado, para o acompanhamento de cônjuge ou companheiro que tenha sido deslocado para outro Estado da Federação ou para o exterior. Não obstante, conforme o art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990, somente poderá ser concedido o exercício provisório do servidor público em atividade compatível com o seu cargo, quando houver deslocamento do cônjuge ou companheiro, também servidor público, civil ou militar, caso em que a licença será com remuneração.

Aliás, ao contrário do alegado pela embargante, a lei exige o mero deslocamento do cônjuge ou companheiro a ensejar a licença para acompanhar cônjuge, não fazendo nenhuma menção se o deslocamento deve ocorrer por vontade própria do servidor ou no interesse da Administração.

Desse modo, tendo em vista que o comando normativo em comento não impõe qualquer razão específica ao deslocamento, exigindo-se apenas a mudança de domicílio, tenho que o servidor possui direito à licença em comento, ainda que o deslocamento do seu cônjuge tenha se dado em decorrência de

investidura em cargo público, como bem asseverado pelo voto condutor do v. acórdão embargado.

Vale ressaltar, ainda, que a manutenção da embargada na cidade de Rio Grande do Sul não ensejará nenhum prejuízo à Administração, haja vista que ela está desempenhando suas funções na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a qual, inclusive, se manifestou no sentido de ser imprescindível a permanência da embargada no Departamento de Pediatria e Puericultura da Faculdade de Medicina (fl. 23).

Nesse sentido o entendimento dos tribunais pátrios a respeito do tema, conforme se depreende da leitura, entre outros, dos seguintes julgados do Colendo STJ e deste Tribunal, *in verbis*:

Direito Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Remoção para acompanhar cônjuge. Situação consolidada no tempo. Prejuízo para a administração. Inexistência. Recurso especial conhecido e improvido.

I. Em face do princípio insculpido no art. 226 da Constituição Federal, tem o Estado interesse primário na preservação da família, pois, considerando que é sobre esta que se assentam as colunas econômicas e que se arrimam as bases morais da sociedade, sua própria sobrevivência dependerá da proteção fornecida à entidade familiar.

II. Hipótese em que, embora a mudança de domicílio da esposa do recorrido tenha se dado em razão de primeiro provimento de cargo público municipal, deve a situação já consolidada no tempo ser preservada, em face da ausência de prejuízo para a Administração e da necessidade de preservação da unidade familiar.

III. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 770458/R, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 4/8/2008)

Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Corte especial. Servidor público. Licença por motivo de afastamento do cônjuge servidor. Artigo 84, § 2º, da Lei 8112/1990 e artigo 226 da constituição. Requisitos subjetivos. Harmonia dos interesses públicos e privados.

I. O § 2º do art. 84 da Lei 8.112/1990 não faz distinção em relação à forma de movimentação do cônjuge do servidor, se a pedido ou de ofício, para ensejar a licença.

II. A licença da servidora pública, por prazo indeterminado e sem remuneração, para acompanhar cônjuge ou companheiro, ocorre

independentemente de ser este servidor público ou não.

III. Exercício provisório. Possibilidade de a servidora, diante da licença do seu órgão de origem, exercer provisoriamente suas atribuições no órgão de destino. Requisitos objetivos: compatibilidade dos cargos e cônjuge removido ser servidor público, civil ou militar.

IV. Razoabilidade. Conciliação do interesse público com o interesse privado, em benefício da manutenção do poder econômico e da unidade familiar. (CF art. 226) V. Precedentes do STJ e do TRF-1ª Região.

VI. Manutenção da liminar. Concessão da segurança. (MS 2003.01.00.019177-2/DF, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Corte especial, DJ de 21/9/2007)

Dessa forma, entendo que a situação da embargada enquadra-se na hipótese contida no art. 84, § 2º, da Lei 8.112/1990, tendo em vista inexistir restrição legal no sentido de que o deslocamento deve ocorrer no interesse da Administração, alcançando, portanto, os servidores cujos cônjuges foram deslocados por vontade própria, ou em decorrência de investidura em cargo público.

Ademais, se outra fosse a intenção do legislador, este teria previsto tal exigência, considerando que no caso de remoção para acompanhamento de cônjuge, o art. 36, parágrafo único, III, “a”, da Lei 8.122/1990, prevê, expressamente, como condição para o deferimento da referida remoção, o deslocamento do respectivo cônjuge no interesse da Administração.

Registre-se, ainda, que consoante remansosa jurisprudência a respeito, o art. 84 da Lei 8.112/1990 deve ser analisado com observância ao disposto no art. 226 da Constituição Federal, segundo o qual, “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

A respeito desse tema, confirmam-se, entre outros, os seguintes excertos de julgado do STJ e deste Tribunal:

Direito Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no Agravo de instrumento. Servidor público. Licença para acompanhar cônjuge que muda seu domicílio para tomar posse em cargo público. Previsão legal. Inexistência. Situação consolidada no tempo. Art. 226 da Constituição Federal. Proteção à família. Necessidade. Agravo improvido.

I. Conforme recente jurisprudência do STF e deste Tribunal, não se aplica a teoria do fato consumado quando, por força de decisão liminar, o agravado alcançou o objetivo almejado.

II. Hipótese em que, por força de liminar, foi concedido ao agravado o direito de ser removido da Alfândega do Aeroporto Internacional de São Paulo/SP para a Delegacia da Receita Federal em São José do Rio Preto/SP, para acompanhar sua esposa que mudou seu domicílio para tomar posse em cargo público.

III. Nos termos dos arts. 226 e seguintes da Constituição Federal, foi a família reconhecida como base da sociedade, razão pela qual deve receber proteção do Estado, o que deve ser observado pela Administração e pelo Poder Judiciário.

IV. Não é razoável que, após 8 anos de serviço público prestado em São José do Rio Preto/SP, seja determinado o retorno do agravado ao órgão de origem, com a consequente mudança de domicílio e afastamento de sua família, mormente quando sua manutenção naquela cidade não acarreta nenhum prejuízo à Administração, e, ainda que não houvesse ocorrido o provimento judicial, certamente já teria o servidor conseguido administrativamente sua remoção.

V. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1008736/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 25/8/2008)

Constitucional. Administrativo. Licença para acompanhar cônjuge. Inexistência de deslocamento. CF/1988, art. 226. Lei 8.112/1990, art. 84, "caput".

I. O disposto no art. 84, caput, da Lei 8.112, de 1990, que só permite concessão de licença ao servidor para acompanhar cônjuge (ou companheiro) quando este for deslocado para outro ponto do território ou para o exterior, não pode sobrepor-se à norma constitucional prevista no art. 226.

II. Em face do disposto no art. 226 da Constituição Federal, deve prevalecer a tutela da família sobre o interesse público.

III. A Constituição Federal de 1988 adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado (CF/1988, art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."). Não é simples proteção, é proteção especial.

IV. O Estado - no direito público - é a organização política regida por leis que o limitam. As leis restringem o Estado no interesse do homem. Não importa a escola filosófica, sequer a aberração doutrinária: no Estado sobreleva o homem, como princípio e fim, causa e razão do fato jurídico (Pedro Calmon).

V. "O universo não deve ser estudado por si mesmo, mas pelo homem" (Comte) (MS 2007.01.00.046883-2/DF, Relator Desembargador Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1 16/6/2008).

Posta a questão nesses termos, e considerando que o cônjuge da embargada é servidor público, Professor Adjunto da UFRS, bem assim que a pretensão da embargada é no sentido de prorrogar a sua licença e continuar a exercer as atribuições compatíveis ao seu cargo, vislumbro a presença dos requisitos autorizadores a ensejar a prorrogação da concessão da licença para acompanhar cônjuge ou companheiro, com o consequente exercício de suas atividades junto à UFRS.

Cumpre asseverar, ainda, por oportuno que, consoante entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, a licença por motivo de afastamento do cônjuge não se enquadra no poder discricionário da Administração Pública, sendo, direito subjetivo do servidor que preenche os requisitos elencados na lei. (cf. AgRg no REsp 981.376/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 01.09.2008).

Conclui-se, portanto, que deve prevalecer o v. acórdão da Segunda Turma desta Corte, que, por maioria, reconheceu o direito da embargada à prorrogação da licença, bem como ao exercício provisório de suas atividades junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Voto-vogal

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva: – Acompanho também a Relatora, parabênizo pelo brilho, extensão e compreensão do voto que fez com que nós todos soubéssemos exatamente o que estava acontecendo, e a fundamentação pela qual estávamos escolhendo esse ou aquele resultado.

Segunda Seção

Inquérito Policial

2007.01.00.006597-8/PI

Relatora:	Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Autor:	Justiça Pública
Procurador:	Dr. Tranvanvan da Silva Feitosa
Indiciado:	Benedito Dantas Neto
Advogado:	Dr. Gilson de Moura Cipriano e outros
Indiciado:	Agenor Ferreira Lima
Advogado:	Dr. Macário Galdino de Oliveira e outro
Publicação:	e-DJF1 de 9/10/2009, pp. 183-184

Ementa

Penal e Processual Penal. Denúncia pelos crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993 e do art. 201, I, do Decreto-Lei 201/1967. Intempestividade da resposta escrita, apresentada pelo denunciado. Competência da Justiça Federal. Recursos provenientes de repasses federais, efetuados por força de convênios. Fiscalização do Tribunal de Contas da União. Súmula 208/STJ. Prescrição da pretensão punitiva estatal, quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/1993. Art. 109, IV, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. Indícios de apropriação de recursos federais pelos denunciados. Vistoria efetuada pela Polícia Federal, provando a não execução de parte dos serviços objeto do convênio. Aprovação da prestação de contas referente ao convênio, na esfera administração do Ministério do Meio Ambiente. Não vinculação do judiciário. Necessidade da persecução penal. Existência de justa causa. Inaplicabilidade do princípio “in dubio pro reo”. Delimitação das responsabilidades do denunciado, pelo conluio com o ex-prefeito, a ser realizada durante a instrução criminal. Denúncia parcialmente recebida, apenas em relação ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

I. A resposta escrita, prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990, prévia ao recebimento ou rejeição da denúncia, é de oferecimento facultativo – portanto, prescindível –, e está condicionada ao prazo legalmente estabelecido, sendo que “a preclusão temporal existe no processo penal e deve ser prestigiada, sob pena de o procedimento ficar engessado, condicionado ao mero interesse de cooperar do acusado, que preferirá quedar-se inerte até que se opere a prescrição” (STJ, HC 33.744/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 3/9/2007, p. 192). Preliminar de intempestividade da resposta apresentada por *Agenor Ferreira Lima* acolhida.

II. “Na linha do entendimento inserto nos enunciados 208 e 209 da Súmula deste STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e não incorporadas ao patrimônio do Município” (STJ, HC 62.998/RO, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, 5ª Turma, unânime, DJU de 12/3/2007, p. 282). Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada.

III. Denunciados os acusados pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, o prazo prescricional correspondente é 8 (oito) anos (art. 109, IV, do Código Penal). Tendo transcorrido o lapso prescricional desde a data da assinatura do contrato com a empresa *Geotécnica* (Convênio 41/1999) – quando já seria possível a consumação do suposto fato típico –, e não havendo qualquer causa de interrupção do prazo prescricional (art. 117 do CP), é de ser declarada extinta a punibilidade, pela ocorrência de prescrição, quanto ao aludido delito.

IV. “A simples constatação técnico-contábil do Órgão Fiscalizador das contas públicas não tem o condão de, por si só, desautorizar a persecução penal, tendo em vista a cediça independência das instâncias” (STJ), REsp

264.576/PB, Rel. Min. *Gilson Dipp*, 5ª Turma, unânime, *DJUI* de 19/2/2001, p. 213). Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região.

V. Existência de justa causa para a instauração da Ação Penal, com fulcro no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, e nos termos da denúncia ofertada, eis que há indícios de apropriação de parte dos recursos do Convênio 79/1998 pelos denunciados, porquanto parte dos serviços não foi executada, conforme vistoria efetuada pela Polícia Federal, conquanto tenham sido efetuados os pagamentos pela totalidade dos serviços objeto do Convênio 79/1998, pelo acusado Agenor, à *Geotécnica*, empresa gerenciada, de fato, por Benedito, sobrinho de Agenor, e integrada, formalmente, por parentes do acusado Agenor.

VI. A não instauração da ação penal deve estar baseada na total ausência de elementos configuradores do tipo penal, na ocorrência de causa extintiva da punibilidade, na inexistência de indícios de autoria ou na atipicidade da conduta. É inapropriada a invocação, antes que se permita a verificação dos fatos, do princípio *in dubio pro reo*.

VII. Apresentada a narrativa dos fatos criminosos e as suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da defesa pelos acusados, não se exige, na hipótese de co-réus, que haja, na denúncia, a minuciosa descrição dos atos praticados por cada um. A delimitação da responsabilidade do denunciado Benedito na apropriação de verbas públicas, supostamente praticada em conluio com o ex-Prefeito, constitui matéria própria da instrução do processo, ocasião em que há de se proceder à melhor averiguação das condutas.

VIII. Denúncia recebida, em parte, apenas quanto ao crime tipificado no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, relacionado ao Convênio 79/1998 (INQ 2007.01.00.006596-4/PI).

IX. Extinção da punibilidade, pela prescrição, quanto ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, imputado aos denunciados em relação ao Convênio 41/99 (INQ 2007.01.00.006597-8/PI), na forma do art. 107, IV, c/c art. 109, IV, do Código Penal, e do art. 61 do Código de Processo Penal.

Acórdão

Decide a Seção acolher a preliminar de intempestividade da resposta apresentada pelo denunciado Agenor Ferreira Lima, reconhecer a competência da Justiça Federal, julgar extinta a punibilidade, pela prescrição, em relação ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, e receber, em parte, a denúncia, apenas quanto ao delito tipificado no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 2/9/2009.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora

Relatório

A *Exma. Srª Desembargadora Federal Assusete Magalhães (relatora)*: – Trata-se de denúncia oferecida, em 8/3/2007 (fl. 2-F), em relação aos Inquéritos 2007.01.00.006596-4/PI e 2007.01.00.006597-8/PI, em desfavor de *Benedito Dantas Neto* (atual Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI) e de *Agenor Ferreira Lima* (ex-Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI), pela prática, em tese, dos crimes tipificados no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29 do Código Penal, e no art. 90 da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal.

Relata a denúncia, quanto ao 1º fato, referente ao Inq 2007.01.00.006596-4/PI (Inquérito 18/2002), que, em 26/6/1998, o denunciado *Agenor*, então Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI, firmou, com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, o Convênio 79/1998, no valor de R\$ 75.000,00, para a construção de 03 (três) poços tubulares e 03 (três) chafarizes, nas localidades de Buriti Grande, Baixa do Juazeiro e Baixa Grande, todas no âmbito do mencionado Município, tendo sido contratada, para realizar as obras, mediante licitação, a empresa *Geotécnica – Perfurações e Construções Ltda*, de propriedade de Juarez de Araújo Lima e outros, sobrinhos do ex-Prefeito.

Aponta o *parquet* que a Presidente da Comissão de Licitação do Município, para execução do Convênio 79/1998, era a esposa do ex-Prefeito *Agenor* (Francisca Ivete do Nascimento), que também acumulava o cargo de Tesoureira e de Secretária Municipal de Assistência Social, a qual, no entanto, não se desincumbiu do encargo relacionado ao citado procedimento licitatório, eis que a Prefeitura tinha contrato com a empresa de contabilidade *Estecol*, de propriedade do denunciado *Benedito* (atual Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI), também sobrinho de *Agenor*, que elaborou todo o processo de licitação para execução do Convênio 79/1998, na qual se sagrou vencedora a *Geotécnica*. Embora não figurasse no contrato social da *Geotécnica*, *Benedito* era quem, de fato, administrava a empresa – cuja sócia é sua esposa (Expedita Gonçalves dos Santos) –, empresa que funcionava em imóvel alugado de Joaquim José de Araújo – que “afirmou que o imóvel fora alugado juntamente com o telefone para o então Prefeito Agenor Ferreira Lima” (fl. 2-B) – e que, quando foi contratada para execução do Convênio 79/1998, não tinha registro no Conselho Regional de Engenharia do Estado do Piauí, somente obtido em 16/10/1998.

Sustenta que as fraudes objetivavam a apropriação de recursos federais, repassados por Convênio, mediante a indução a erro do ente federal, na medida em que os denunciados fizeram incluir, no Plano de Trabalho, a necessidade de aquisição de geradores de energia elétrica, para os chafarizes, em localidades que tinham regular fornecimento de energia elétrica, por concessionária do serviço público. A vistoria realizada no local onde os chafarizes deveriam ser instalados, acompanhada de fotografias, prova “que os geradores adquiridos com repasse do Convênio 79/1998, não estavam sendo utilizados para alimentação dos chafarizes, que funcionavam mediante uso de energia elétrica fornecida por concessionária”, constatando-se, ainda, que “o chafariz da localidade de Buriti Grande não estava funcionando e que o chafariz que deveria ter sido instalado no povoado de Baixa do Juazeiro não foi executado”. Quanto aos três geradores adquiridos com recursos do Convênio, dois estavam na residência de *Agenor* e o terceiro estava no povoado de Varandado, localidade não contemplada pelo aludido Convênio 79/1998.

Conclui o MPF que a conduta dos denunciados incorre no previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei

201/1967, deixando, entretanto, de lhes imputar o delito do art. 90 da Lei 8.666/1993, haja vista que a pena já se encontra prescrita, no caso, tendo em vista o prazo prescricional de 8 (oito) anos (fl. 2-C).

No que se refere ao 2º fato, objeto do Inq 2007.01.00.006597-8/PI (Inquérito 17/2002), ressalta o *parquet* que, em 14/12/1999, o acusado *Agenor* firmou, com a União, através do Ministério da Integração Regional, o Convênio 41/1999, no valor de R\$ 250.000,00, para recuperação de 138 (cento e trinta e oito) casas no Município de Dom Expedito Lopes/PI, consistente na reforma de telhado ou substituição da cobertura de palha e revestimento de paredes.

Afirma a denúncia que “a licitação teve agilidade incomum para o caso, visto que em data de 28 de dezembro de 1999 o Prefeito Agenor Lima homologou o resultado da licitação, que teve como vencedora a empresa *Geotécnica* Perfurações e Construções Ltda (...) e já no dia 29 de dezembro de 1999 foi celebrado o contrato entre o Município de Dom Expedito Lopes, representado pelo Prefeito Agenor Lopes, e a construtora *Geotécnica*, representada por Juarez de Araújo Lima, sobrinho de Agenor Lopes” (fl. 2-D). Os pagamentos à empresa também foram realizados muito rapidamente, na ótica do MPF, eis que, já no dia 06/01/2000, foram pagas as importâncias de R\$ 100.000,00 e R\$ 10.732,00, no dia 26/1/2000 pagaram-se mais R\$ 75.000,00 e R\$ 8.048,00, e, finalmente, em 24/02/2000, o restante do valor (R\$ 75.750,00 e R\$ 7.298,00), sem que a reforma das casas pudesse ser realizada, em tempo tão exíguo. Ademais, para o pagamento da fatura correspondente à Nota Fiscal 202, no valor de R\$ 83.048,00, foi emitida Nota de Empenho em nome de Gildete Rodrigues Araújo Moura – servidora pública estadual, que prestava serviços à Prefeitura – sem que tivesse qualquer conhecimento dos fatos.

Aduz, ainda, que todo o procedimento licitatório relacionado ao Convênio 41/1999 também foi elaborado pela *Estecol*, de propriedade do denunciado *Benedito*, sendo, igualmente, a Presidente da Comissão de Licitação a esposa de *Agenor* (Francisca Ivete), que se limitou a assinar os documentos, sem conferir quaisquer dados do certame.

Sustenta que a licitação constituiu-se em simulação, visando beneficiar a empresa *Geotécnica*, de propriedade dos sobrinhos de *Agenor*, “tanto assim

que os recursos foram liberados em tempo recorde, mas as obras, segundo os proprietários das residências beneficiadas, só foram executadas no final do ano de 2000” (fl. 2-E), estando, assim, os denunciados incurso nas penas do art. 90 da Lei 8.666/93.

Distribuídos os Inquéritos (em 26/2/2007) ao Desembargador Federal Olindo Menezes, o Juiz Federal Convocado Saulo Casali Bahia, após a manifestação do Ministério Público Federal (fls. 2-A/2-F), determinou a notificação dos acusados, por via postal, com aviso de recebimento, para o oferecimento de resposta escrita, no prazo de 15 (quinze) dias, em face do que dispõe o art. 4º da Lei 8.038/1990 (fl. 401 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI e fl. 658 – Inq 2007.01.00.006597-8/PI).

Foram notificados, pessoalmente, os denunciados *Benedito*, em 26/3/2007 (Inq 2007.01.00.006596-4/PI) e 27/03/2007 (Inq 2007.01.00.006597-8/PI) – AR’s juntados em 11/04/2007 (fls. 404v e 661v) –, e *Agenor*, em 23/03/2007 – AR’s também juntados em 11/4/2007 (fls. 405v e 662v).

Agenor requereu, nos autos do Inq 2007.01.00.006596-4/PI, em 3/4/2007, prorrogação do prazo para entrega da resposta escrita, por mais 15 (quinze) dias, tendo em vista que não mais ocupa o cargo de Prefeito do Município de Expedito Lopes/PI (fl. 407).

Benedito Dantas Neto (atual Prefeito do Município de Expedito Lopes/PI), em sua resposta, alega que a denúncia não logrou vislumbrar sequer indícios da suposta participação do denunciado nos fatos delituosos, fazendo meras conjecturas e ilações sobre o ocorrido; que o fato de o denunciado ser proprietário da *Estecol*, que presta assessoria contábil para o Município de Dom Expedito Lopes/PI, e de a empresa vencedora na licitação (*Geotécnica*) ter, em seus quadros societários, a esposa do acusado, não tem o condão de imputar-lhe a co-autoria de eventuais crimes praticados por *Agenor*, então Prefeito do Município; que os indícios de autoria estão relacionados ao denunciado *Agenor* e não guardam relação com *Benedito*; que não restou comprovada, pelo MPF, qualquer irregularidade ou fraude no procedimento licitatório em comento, realizado segundo os preceitos da Lei 8.666/1993, não estando, dessa forma, suficientemente demonstrado o crime de fraude à licitação, em todos os seus elementos, consoante a tipificação do art. 90 da Lei 8.666/1993; que não se pode atribuir responsabilidade ao denunciado

por crime para o qual ele não deu causa, nem se aproveitou do resultado (art. 13 do Código Penal), pois sua conduta é atípica, e não existem indícios de que concorreu, de qualquer modo, para as práticas ilícitas apontadas, nos termos do art. 29 do Código Penal; que não incorre o acusado nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, eis que não há vínculo subjetivo de sua conduta com a suposta apropriação dos recursos pelo denunciado *Agenor*; devendo a denúncia ser rejeitada, nos termos do art. 43, I, do CPP. Pugna, assim, ao final, pela rejeição da denúncia ou pela declaração de improcedência das acusações (fl. 415 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI e fl. 668 – Inq 2007.01.00.006597-8/PI).

Em virtude do decurso do prazo estabelecido a fl. 401 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI e a fl. 658 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI, sem a manifestação de *Agenor* (fls. 508 e 672), os autos foram encaminhados, em 10/5/2007, à PRR/1ª Região, que requereu o recebimento da denúncia (fls. 512/521 e 676/685).

Nos autos do Inq 2007.01.00.006596-4/PI, *Agenor Ferreira Lima* apresentou resposta à denúncia (fls. 523/535), em 17/5/2007, argüindo, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, vez que o crime de desvio de recursos públicos transferidos ao Município e que se incorporaram ao seu patrimônio é da competência da Justiça Estadual, consoante preceituam a Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência dos TRFs da 1ª e 4ª Regiões.

Alega o acusado, no mérito, que os 3 (três) poços tubulares, objeto do Convênio celebrado com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, foram perfurados e devidamente equipados; que os 3 (três) chafarizes não foram construídos, mas adquiridas caixas d’água para os moradores, “uma vez que o Prefeito ao invés de construir tais poços para que os moradores viessem apanhar água, achou mais importante que fosse levada a água até a casa de cada um dos moradores”; que “os transformadores foram adquiridos, contudo antes de serem instalados a Companhia Energética do Piauí – *Cepisa* tomou a iniciativa dela própria, realizar a regularização da rede elétrica da região”; que, assim, dois transformadores foram guardados e o terceiro foi instalado em povoado não beneficiado pela *Cepisa*; que todo o processo relacionado ao Convênio 79/1998

foi devidamente aprovado pelo respectivo Ministério e está arquivado; que os processos de prestação de contas dos Convênios 41/1999 e 79/1998 foram encaminhados, no momento oportuno, aos Ministérios correspondentes, contendo todos os dados relativos aos Convênios e os objetos de cada um; que os recursos públicos recebidos foram devidamente aplicados; que é verdade que a empresa *Geotécnica* pertence a parente do ex-Prefeito *Agenor*, sendo uma das sócias a esposa de *Benedito*, que, de fato, era quem fazia tudo, e o gerente Juarez de Araújo Lima “somente assinava” (fl. 530), bem como que a *Estecol* é de propriedade de *Benedito*, a qual preparava todo o processo licitatório; que o Município optou por contratar um escritório especializado (*Estecol*) para cuidar dos problemas administrativos, sobretudo processos licitatórios e preparação de prestação de contas a serem remetidas ao Tribunal de Contas, em face de não contar, em seus quadros, com servidores para tal mister, tendo, inclusive, a firma prestado o serviço por oito anos, sem que, em momento algum, fosse verificada qualquer irregularidade; que os crimes definidos no Decreto-Lei 201/1967 somente são puníveis na modalidade dolosa, ou seja, se ficar provado que o acusado teve o objetivo de causar prejuízo ao Erário, o que deve ser demonstrado, quando do oferecimento da denúncia, para que seja ela recebida. Pede, ao final, que os autos sejam remetidos ao Tribunal de Justiça do Piauí ou, assim não entendendo o Tribunal, que não seja recebida a denúncia, em relação ao acusado, por não haver prova de malversação dos recursos públicos ou, recebida a denúncia, que seja determinada a apresentação de defesa pelo denunciado, oportunizando a produção de prova documental, testemunhal e pericial (fl. 535 do *Inq* 2007.01.00.006596-4/PI).

Já nos autos do *Inq* 2007.01.00.006597-8/PI, o Relator, Juiz Federal Convocado Saulo Casali Bahia, determinou a intimação do advogado do denunciado, Macário Galdino de Oliveira, para que apresentasse resposta escrita, cujo ofício foi devolvido pela ECT, com a informação “não atendido” (fl. 703).

Manifestação ministerial pela intempestividade da resposta apresentada por *Agenor* ou, acaso ultrapassada a preliminar, pela competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, e pelo recebimento da denúncia, ofertada em desfavor de *Agenor Ferreira Lima* (fls. 838/847 e 691/700).

Redistribuídos os autos a esta Relatora, em 23/4/2008 (fls. 848 e 703), em razão da posse do eminente Desembargador Federal Olindo Menezes como Corregedor do TRF/1ª Região, para o biênio 2008/2010.

É o relatório.

Corrija-se a numeração dos autos do *Inq* 2007.01.00.006596-4/PI, a partir da fl. 840.

Distribuem-se cópias aos Membros da 2ª Seção (RITRF1 – art. 247).

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Assuete Magalhães: – Preliminar de intempestividade da resposta escrita – Primeiramente, cumpre examinar a alegação de intempestividade da resposta apresentada por *Agenor Ferreira Lima* nos autos do *Inq* 2007.01.00.006596-4/PI, argüida pelo Ministério Público Federal, ao seguinte argumento, *in verbis*:

(...) A resposta ofertada por Agenor Ferreira Lima não pode ser conhecida, porque apresentada intempestivamente, visto que fora notificado em 23 de março de 2007 e só apresentou defesa em 17 de maio de 2007, extrapolando o prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 4º da Lei 8.038 de 28 de maio de 1990.

In casu, o acusado foi notificado pessoalmente via Correios, tanto assim que assinou o Aviso de Recebimento – AR, tendo plena ciência do prazo de 15 (quinze) dias para ofertar resposta, vez que a notificação explicitou de forma clara o prazo.

A Lei não prevê dilação de prazo para apresentação da defesa, mesmo que a requerimento do denunciado.

Dessa sorte, preliminarmente opinamos pelo não conhecimento da resposta ofertada por Agenor Ferreira Lima. (fl. 839 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

De fato, como se vê do relatório, consta de ambos os Inquéritos que o acusado *Agenor*, diante da denúncia apresentada, foi notificado, *pessoalmente*, para o oferecimento de resposta escrita, no prazo de 15 (quinze) dias, em face do que dispõe o art. 4º da

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federal Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Fonseca (convocado.)

Lei 8.038/1990¹, em 23/3/2007 – AR's juntados em 11/4/2007 (fls. 405v do Inq 2007.01.00.006596-4/PI e 662v do Inq 2007.01.00.006597-8/PI) –, termo inicial da contagem do lapso legal (art. 798, § 5º, *a*, do CPP).

Agenor, no entanto, requereu, nos autos do Inq 2007.01.00.006596-4/PI, em 3/4/2007, dentro do lapso legal de 15 (quinze) dias, prorrogação do prazo para entrega da resposta, *por mais 15 (quinze) dias*, tendo em vista que não mais ocupa o cargo de Prefeito do Município de Expedito Lopes/PI e “para que possa apresentar resposta aos questionamentos desse Inquérito, precisa ter acesso aos documentos referentes ao Convênio 079/1998 e respectiva licitação” (fl. 407).

Não obstante a existência de dois Inquéritos, a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal abrangeu, *em uma única peça*, os fatos relacionados aos dois Convênios (41/1999 e 79/1998), manifestando-se a defesa do acusado *Agenor apenas* nos autos do Inq 2007.01.00.006596-4/PI, em relação ao qual requirera prorrogação de prazo. Ocorre, porém, que a resposta de *Agenor* foi apresentada em 17/5/2007, quando já transcorrido mais de um mês da intimação pessoal do acusado, do citado pedido de prorrogação de prazo e da própria juntada, aos autos, dos respectivos Avisos de Recebimento.

No caso, há de se considerar – mormente porque o denunciado, na resposta de fls. 523/535, impugnou os fatos relacionados aos dois Inquéritos, em face de uma só denúncia, e por constar, expressamente, na procuração outorgada por *Agenor*, que a advogada estava sendo constituída para “defender o outorgante nos autos do processo: Inquéritos 2007.01.00.006596-4/PI e 2007.01.00.006597-8/PI” (fl. 408 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI) –, a mesma defesa para ambos os feitos.

¹ Art. 4º Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em 5 (cinco) dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de 15 (quinze) dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Contudo, a resposta escrita, prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990, prévia ao recebimento ou rejeição da denúncia, é de oferecimento facultativo – portanto, prescindível –, e está condicionada ao prazo legalmente estabelecido, sendo que “a preclusão temporal existe no processo penal e deve ser prestigiada, sob pena de o procedimento ficar engessado, condicionado ao mero interesse de cooperar do acusado, que preferirá quedar-se inerte até que se opere a prescrição” (STJ, HC 33.744/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU 3/9/2007, p. 192).

De outro lado, a teor da Súmula 523 do colendo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que “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”.

Ora, dentro do prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação da resposta o acusado postulou a prorrogação do prazo e constituiu advogado para que o representasse, tanto no Inq 2007.01.00.006596-4/PI, quanto no 2007.01.00.006597-8/PI (fl. 407 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI) – o que demonstra que tinha conhecimento da existência de ambos os feitos e da denúncia neles ofertada –, não havendo que se falar em nulidade, por falta de oportunidade para a defesa do denunciado.

Sendo assim, considerando que a defesa apresentada, a fls. 523/535, refere-se a ambos os Inquéritos, eis que a denúncia foi ofertada em peça única; que o acusado, com advogado devidamente constituído, poderá, recebida a denúncia, manifestar-se quanto ao mérito da acusação no curso da instrução criminal, o que evidencia a ausência de prejuízo para a defesa; e que “é incabível a alegação de cerceamento de defesa por ausência de defesa prévia, se o defensor do réu, devidamente intimado para sua apresentação, deixou transcorrer o prazo *in albis*” (STJ, HC 14.371/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 23/4/2001), tem-se por *intempestiva* a resposta apresentada pelo acusado *Agenor Ferreira Lima*, eis que apresentada fora do lapso legal.

Preliminar de Incompetência – Muito embora intempestiva a resposta do acusado, não mereceria acolhida a preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito – matéria, aliás, que pode ser apreciada de ofício, por se tratar de competência absoluta –, sob o fundamento de que as

verbas públicas em questão foram incorporadas ao patrimônio do Município, o que atrairia a competência da Justiça Estadual.

Com efeito, a denúncia deixa claro que as verbas referem-se a repasses federais, efetuados por força dos Convênios 41/1999 e 79/1998, firmados entre o Município de Dom Expedito Lopes/PI e a União, por meio do Ministério da Integração Regional e do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, objetivando, respectivamente, a “recuperação de casas, de acordo com o Plano de Trabalho devidamente aprovado e rubricado” (fl. 135 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI), e a “construção de 03 poços tubulares e 03 chafarizes nas localidades de Buriti Grande, Baixa do Juazeiro e Baixa Grande, no Município de Dom Expedito Lopes, cujo detalhamento é o constante no Anexo I – Plano de Trabalho” (fl. 75 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Ressalte-se que consta dos termos dos aludidos Convênios 41/1999 e 79/1998 que a prestação de contas se fará aos Concedentes – Ministério da Integração Nacional e Ministério do Meio Ambiente/MMA (fl. 141, Cláusula Décima – Inq 2007.01.00.006597-8/PI, e fl. 80, Cláusula Quinta – Inq 2007.01.00.006596-4/PI) –, responsáveis pelo acompanhamento de todas as fases de execução dos respectivos Convênios (fl. 137, Cláusula Segunda – Inq 2007.01.00.006597-8/PI, e fl. 75, Cláusula Segunda – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), órgãos federais aos quais, juntamente com o Tribunal de Contas da União, cabe também a fiscalização da correta aplicação dos recursos. Consta igualmente, dos aludidos Convênios, que o Município deve restituir, à União, eventual saldo remanescente dos recursos financeiros repassados, ou o seu total, quando não for executado o objeto da avença, quando os recursos forem utilizados em finalidade diversa da pactuada, entre outras hipóteses (cláusula 13ª - fl. 143 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI e cláusula 2ª, II - fl. 76 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Com efeito, o exame das aludidas cláusulas de ambos os Convênios sepulta a alegação de que os recursos federais repassados ter-se-iam incorporado ao patrimônio do Município.

No tópico, assim se manifestou o MPF, *in verbis*:

(...) Acaso seja ultrapassada a preliminar, quanto ao mérito melhor sorte não merece as razões invocadas pelo acusado, senão vejamos.

A título de preliminar o defendente sustenta que este Eg. Tribunal é incompetente para conhecer da ação, visto que os recursos repassados ao Município de Dom Expedito Lopes mediante convênio se incorporaram ao patrimônio daquela comunidade, sendo, pois, a Justiça Estadual competente para processar e julgar a ação.

A tese não se sustenta pois o Eg. Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica que em casos de convênio, onde o município conveniado deve prestar contas dos recursos recebidos, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, *senão vejamos*:

Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal pelo crime de malversação de verbas públicas recebidas, sob condição, da União e sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União. Incidência do art. 109, IV, da CF, que prevê a competência da justiça federal para processar e julgar prefeitos municipais por infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (no caso, trata-se de verbas concedidas a município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE sujeitas a prestação de contas ao Ministério da Educação e a julgamento pelo Tribunal de Contas da União). Com esse entendimento, a Turma deferiu habeas corpus para anular acórdão do STJ que, ao julgar conflito de competência, assentara a competência da justiça comum estadual. Determinou-se, ainda, a remessa dos autos do processo-crime ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Precedentes citados: HC 68.967 (DJU de 16.4.1993) e HC 74.788-MS (DJU de 12.9.97). HC 78.728-RS, rel. Min. Maurício Corrêa, 23.2.1999. (Informativo 139).

No mesmo sentido:

Ementa: “Habeas Corpus”. Crime previsto no art. 2º, I do Decreto-Lei 201/1967. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do Fundef, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). Havendo

concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC 68.399, 74.788 e 78.728. "Habeas corpus" deferido parcialmente. (HC 80.867-PI, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.4.2002).

No caso em testilha, não se trata de repasse automático, mas de convênio firmado entre os Ministérios do Meio Ambiente e o Ministério da Integração Nacional, com o município de Dom Expedito Lopes, havendo cláusula expressa da obrigatoriedade de prestação de contas.

Assim, há que ser afastada a alegada incompetência da Justiça Federal (... (fls. 839/840 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI e fls. 692/693 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI).

Dispõe a Constituição que compete ao Tribunal de Contas da União “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;” (art. 71, VI), não havendo dúvida, portanto, a respeito da competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula 208/STJ, no sentido de que “compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.”

Confira-se a jurisprudência:

Penal e Processual Penal. "Habeas Corpus". Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. Prefeito municipal. Alegada inépcia da denúncia. Incorrência. Competência. Justiça federal. Desvio de verbas públicas oriundas de convênio firmado com autarquia federal. Verba sujeita a prestação de contas. Enunciado da súmula 208/STJ. Alegação de ausência de dolo. Necessidade de dilação probatória. Impropriedade da via eleita.

I. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4/9/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 2/2/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

II. Na espécie, contudo, a exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 9/3/2007), de modo a permitir

o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 6/11/2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/9/2006), ou seja, não é inepta a denúncia que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 3/3/2006). De acordo com a denúncia, o paciente, Prefeito do Município de Gurinhém/PB, teria desviado verbas públicas oriundas de convênio firmado com autarquia federal (FNDE), repassando valores, destinados a subsidiar programa social, a pessoas que não preenchiam os requisitos para serem beneficiários do programa.

III. ‘Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal’ (Enunciado da Súmula 208/STJ).

IV. A alegação de ausência de dolo, na hipótese, demandaria ampla incursão na matéria fático-probatória, providência vedada em sede de habeas corpus (Precedentes). Ordem denegada. (STJ, HC 86.902/PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJe de 16/2/2009).

Processual Penal. Crime em processo de licitação. Lei 8.666/1993. Programa fundescola. Sujeição ao controle do tribunal de contas da união. Verba não incorporada ao patrimônio municipal. Competência da justiça federal. Ordem concedida.

I. Na linha do entendimento inserto nos enunciados 208 e 209 da Súmula deste STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e não incorporadas ao patrimônio do Município.

II. Sendo o Programa Fundescola vinculado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, eventual fraude em processos licitatórios para sua implementação deverá ser examinada pela Justiça Federal.

III. Ordem concedida. Processo anulado ab initio, no tocante aos atos decisórios. (STJ), HC 62.998/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 12/3/2007, p. 282)

Neste sentido também já decidiu o TRF/1ª Região:

Processo Penal. Inquérito. Prefeito municipal. Decreto-Lei 201/1967, artigo 1º, inciso IV. Convênio sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Competência da Justiça Federal. Ausência de descrição de conduta típica. Denúncia rejeitada.

I. Compete à Justiça Federal julgar os crimes praticados por Prefeitos, em se tratando de verba repassada ao Estado ou Município, mediante convênio, fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União, pelo simples fato de que, nesses casos, fica patente o interesse direto da União, consubstanciado no título executivo da imputação do débito, o que significa dizer que a verba manteve sua natureza originária (federal). Precedentes jurisprudenciais.

II. Na hipótese dos autos, não se desincumbiu o Ministério Público de atender às determinações do art. 41 do CPP, pois estando as condutas bem delineadas no Inquérito, deveria o il. Procurador individualizá-las corretamente na denúncia para permitir o exercício amplo do direito de defesa do denunciado.

III. *Denúncia rejeitada.* (TRF/1ª Região, Inq 2007.01.00.054366-6/PI, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 2ª Seção, unânime, e-DJFI de 5/5/2008, p. 29).

Rejeito, pois, a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Mérito – Destaca-se, por oportuno, que o Convênio 41/1999 foi firmado entre a União (Ministério da Integração Regional) e o Município de Dom Expedito Lopes/PI, em 14/12/1999 (fls. 135/144 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI). As irregularidades apontadas pelo *parquet* na denúncia, no entanto, ocorreram em face da licitação realizada e homologada em 28/12/1999, para restauração de 138 casas (fl. 181 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI), cujo contrato foi formalizado em 29/12/1999 (fls. 230/231 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI) e os pagamentos, à empresa *Geotécnica*, efetivados em 6/1/2000, 27/1/2000 e 24/2/2000 (fls. 170 e 182/187 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI). Essas são as datas dos fatos em análise. A denúncia, por tais fatos, apurados no Inquérito Policial 2007.01.00.006597-1/PI, relativos ao Convênio 41/1999, imputa, aos denunciados Benedito e Agenor, apenas a prática do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal (fls. 2-D/2-E).

Assim, *Benedito Dantas Neto* (atual Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI) e *Agenor Ferreira Lima* (ex-prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI) são acusados, em relação ao Convênio 41/1999 (Inq 2007.01.00.006597-8/PI - 2º fato descrito na denúncia), pela prática, em tese, do

crime tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993², c/c art. 29 do Código Penal (fl. 2-E), cuja pena *in abstracto* cominada é de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (fls. 2-D/2-E). Nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, tendo em vista a pena máxima fixada para o aludido crime, o prazo prescricional correspondente é de 8 (*oito*) anos.

Levando em consideração a data da assinatura do contrato com a empresa *Geotécnica*, em 29/12/1999 (fls. 230/231) –, quando já seria possível a consumação do suposto fato típico (fraudar ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, mediante ajuste ou combinação, com intuito de obter vantagem indevida) –, cujos pagamentos foram efetivados com a utilização das verbas oriundas do *Convênio 41/1999*, tendo sido oferecida a denúncia em desfavor dos acusados, portanto, por fatos ocorridos até 29/12/1999, e não havendo qualquer causa de interrupção do lapso prescricional (art. 117 do CP³), ocorreu, na hipótese, a prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena *in abstracto*, razão pela qual é de ser declarada extinta a punibilidade, em relação aos denunciados *Benedito Dantas Neto e Agenor Ferreira Lima*, pelo segundo fato descrito na denúncia, relativo ao Convênio 41/1999, prescrição que se consumou, *in casu*, antes que os presentes autos me fossem redistribuídos, em 23/4/2008 (fl. 703).

De outro lado, quanto ao *primeiro* fato apontado na denúncia, referente ao *Convênio 79/1998* – cujo objeto era a construção de 3 (três) poços tubulares e 3 (três) chafarizes, nas localidades de Buriti Grande, Baixa do Juazeiro e Baixa Grande, no Município de Dom Expedito Lopes/PI (Inq 2007.01.00.006596-4/PI) –, o MPF imputa, aos denunciados, apenas o crime capitulado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967

²Art. 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.

³Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II - pela pronúncia;
III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV - pela sentença condenatória recorrível;
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
VI - pela reincidência.

c/c art. 29 do Código Penal, esclarecendo que deixa de oferecer denúncia quanto ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, em face da prescrição (fls. 2-A/2-C).

Assim narra a denúncia o 1º fato, relativo ao Convênio 79/1998, imputando, aos acusados, o crime do art. 201, I, do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29 do Código Penal (Inq 2007.01.00.006596-4/PI):

(...) 1º Fato:

Em 26 de junho de 1998, o denunciado Agenor Ferreira Lima, representando o município de Dom Expedito Lopes/PI, firmou o convênio 79/1998, com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, hoje Ibama, no valor de R\$ 75.000,00 cujo objeto era a construção de 3 (três) poços tubulares e 3 (três) chafarizes nas localidades de Buriti Grande, Baixa do Juazeiro e Baixa Grande, no município de Dom Expedito Lopes.

Para realizar as obras foi contratada mediante licitação a empresa Geotécnica – Perfurações e Construções Ltda., de propriedade de Juarez de Araújo Lima e outros, sobrinhos do então Prefeito Agenor Ferreira Lima.

A presidente da Comissão de Licitação do Município de Dom Expedito Lopes, era a esposa do Prefeito Agenor Lima, senhora Francisca Ivete do Nascimento (fls. 105/116), que também acumulava os cargos de Tesoureira e Secretária Municipal de Assistência Social, e foi citada pessoa que presidiu a licitação para execução do objeto do convênio 79/1998. Entretanto, nem a Sra. Francisca Ivete nem servidores da Prefeitura daquele município se encarregavam de fazer a licitação, vez que a Prefeitura de Dom Expedito Lopes tinha contrato com o escritório de contabilidade Estecol, de propriedade do denunciado Benedito Dantas Neto, (atual prefeito daquele município, eleito em 2004), também sobrinho de Agenor Ferreira Lima, que se encarregou de elaborar todo o processo de licitação para execução do objeto do Convênio 79/1998, sagrando-se vencedora a empresa Geotécnica, de propriedade dos sobrinhos de Agenor Ferreira Lima.

Consta dos autos que, Benedito Dantas Neto embora não figurasse no contrato social, era de fato quem administrava a empresa Geotécnica, tanto assim que colocou sua esposa Expedita Gonçalves dos Santos como sócia da retrocitada empresa.

O endereço da empresa Geotécnica no município de Dom Expedito Lopes era Rua Cônego Cardoso 109, fone 444-1143, em imóvel alugado de Joaquim José de Araújo, que em declarações de fls. 42/43, afirmou que o imóvel fora alugado

juntamente com o telefone ao então Prefeito Agenor Ferreira Lima.

A fraude chegou a tal ponto que a empresa Geotécnica, quando foi contratada para execução do objeto do citado convênio não tinha sequer registro no Conselho Regional de Engenharia do Estado do Piauí, que só foi obtido em 16 de outubro de 1998. (fls. 308).

As fraudes no processo de licitação não foram em vão, tinham um objetivo, é dizer, se apropriar dos recursos repassados pelo ente federal mediante convênio, tanto assim que induziram a autarquia federal em erro, e fizeram incluir no plano de trabalho, a necessidade de aquisição de geradores de energia elétrica para fornecer energia para os chafarizes, todavia, as localidades onde os chafarizes foram executados tinham regular fornecimento de energia elétrica.

A vistoria realizada no local onde os chafarizes deveriam ser instalados (fls. 55/56), acompanhadas das fotos de fls. 56/61, provam que os geradores adquiridos com repasse do convênio 79/1998, não estavam sendo utilizados para alimentação dos chafarizes, que funcionavam mediante uso de energia elétrica fornecida por concessionária, constatou-se ainda que o chafariz da localidade de Buriti Grande não estava funcionando e que o chafariz que deveria ter sido instalado no povoado de Baixa do Juazeiro não foi executado.

Quanto aos três geradores adquiridos com recursos do convênio, dois estavam na residência do então Prefeito Agenor Lima, e o terceiro sendo utilizado no povoado de Varandado, local que não estava contemplado para receber recursos do prefalado convênio.

Assim, agindo com dolo, os denunciados fraudaram a licitação para entrega do objeto do convênio acima citado à empresa Geotécnica, de propriedade de sobrinhos de Agenor Lima e de Benedito Dantas, e não executaram as obras previstas, tendo se apropriado dos valores do convênio 79/1998.

Desta forma estão os denunciados incurso nas penas do art. 1º, inciso I do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29 do Código Penal.

Deixamos de imputar aos denunciados a pena do art. 90 da Lei 8.666/1993, visto que, nesta data, a pena já se encontra prescrita, tendo em vista o prazo prescricional de oito anos (...)” (fls. 2-B/2-C).

O Código de Processo Penal estabelece os requisitos da denúncia:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O Inq 2007.01.00.006596-4/PI originou-se de Representação formulada por Membros do Legislativo do Município de Dom Expedito Lopes/PI, dando conta das irregularidades na execução do Convênio 79/1998, firmado entre o Município e o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, cujo objeto era a construção de 3 (três) poços e 3 (três) chafarizes nas localidades de Baixa Grande, Buriti Grande e Baixa do Juazeiro (fls. 2/4), ao fundamento de que a aplicação dos recursos foi conduzida pelo ex-prefeito *Agenor* e direcionado para a contratação da empresa *Geotécnica Perfurações e Construções Ltda*, pertencente a seus familiares. Sustentaram os vereadores, nos depoimentos de fls. 27/43, a desnecessidade da construção dos chafarizes, nas localidades contempladas, a irregularidade da obra executada e esclarecendo que os geradores, adquiridos com recursos do Convênio 79/1998, não foram instalados, eis que os chafarizes funcionavam com energia elétrica.

Agenor Ferreira Lima era Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI à época da elaboração do Convênio 79/1998 e da licitação que contratou a empresa *Geotécnica* para realizar a respectiva obra. *Benedito Dantas Neto* – sobrinho de *Agenor* e atual Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI, consoante informação obtida no sítio eletrônico do TSE, cuja cópia deve ser juntada ao presente voto – é proprietário da empresa *Estecol*, responsável pela realização dos processos licitatórios do Município e por sua contabilidade, como se vê do seu depoimento de fls. 113/116, mas, aparentemente, também figurava como administrador, de fato, da empresa *Geotécnica*, vencedora da licitação, e da qual é sócia a sua esposa, *Expedita Gonçalves dos Santos Dantas*, consoante se pode depreender do depoimento de *Eduardo Rolim Lima Verde*, engenheiro e responsável técnico pela execução do contrato de instalação dos poços e chafarizes, quando, referindo-se à *Geotécnica*, afirmou que: “Acrescenta que as obras mencionadas, *segundo o proprietário da empresa, Benedito Dantas*, foram executadas e estão em pleno funcionamento” (fl. 126).

Também *Juracy Raimundo de Carvalho* informa, *in verbis*:

Que, gerencia a filial da empresa Geotécnica Perfurações e Construções Ltda, com sede na avenida Transamazônica, 672, bairro Bomba, em Picos/PI, telefone 422-4036, estando a sede de tal empresa à avenida Airton Sena, 441, bairro Ipueiras, em Picos/PI, fone 422-2700; Que, é funcionário dessa empresa desde novembro de 1998 (...); Que, a empresa é gerenciada pelo senhor Benedito Dantas Neto, e assim o é desde a época em que o declarante trabalha naquela empresa. (fls. 410/411 do IP 2007.01.00.006597-8/PI)

Vale transcrever, neste ponto, o mencionado depoimento de *Benedito*, perante a autoridade policial, no qual declarou, *in verbis*:

(...) Que é proprietário do escritório de contabilidade Estecol, juntamente com os sócios Expedita Gonçalves Santos Dantas, Jocilé Moura Luz e Ismênia Rodrigues Martins, dos quais a primeira é esposa do declarante; Que tal escritório presta assessoria à prefeitura de Dom Expedito Lopes/PI, na área contábil, e também, no desenvolvimento de licitações; Que, no que tange às licitações, o declarante confirma as colocações da senhora Francisca Ivete do Nascimento, quando diz que parte dos procedimentos licitatórios ficava a cargo do escritório do declarante, sendo que por vezes tais procedimentos ocorriam no âmbito da prefeitura, outras vezes no âmbito do escritório do declarante, entretanto, relativamente aos convênios 79/1998 e 41/1999, o declarante não recorda onde desenvolveu-se os processos licitatórios; (...) Que, o declarante conhece todas as empresas concorrentes, que participaram das licitações com vistas a cumprir os objetos dos convênios 79/1998 e 41/1999 (...); Que assegura o declarante que o desenvolvimento de todo o processo licitatório ocorria em sua grande parte sob responsabilidade do escritório do declarante; (...) Que, no que tange a licitações a participação do escritório do declarante encerrava com a conclusão do processo licitatório, no máximo poderia ter contato com documentação correspondente, apenas no que diz respeito à contabilidade da prefeitura; (...) Que, relativamente aos geradores utilizados na execução do projeto do convênio 79/1998, estes foram inseridos no plano de trabalho por Brasília, e assim foram adquiridos como forma de cumprir o plano de trabalho, embora não tenham sido utilizados diretamente na operação dos poços profundos, mas em outras atividades do Município, entretanto, um desses geradores foi utilizado temporariamente no poço existente na localidade de Varadado, poço este que não foi contemplado pelo convênio

079/1998, ademais, tais geradores foram utilizados quando do período de racionamento de energia elétrica recente, denominado 'apagão'; Que, de outro modo tais geradores são utilizados com reservas, para eventuais necessidades de geração de energia, na falta de elétrica. (fls. 113/115 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Ressalte-se, ainda, que a esposa do ex-prefeito *Agenor*, Francisca Ivete do Nascimento, à época Presidente da Comissão de Licitação do Município de Dom Expedito Lopes/PI, em seu depoimento, afirmou:

Que, ocupou o cargo de presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura de Dom Expedito Lopes/PI, bem como ocupou o cargo de tesoureira daquela prefeitura, entre os anos de 1997 e 1998, no final desse ano, foi destituída dos dois cargos, ao perceberem que não podia a declarante acumular cargos; Que, também ocupou o cargo, concomitantemente de Secretária Municipal de Assistência Social do Município de Dom Expedito Lopes/PI, no período compreendido entre 1997 até a presente data; Que, a declarante informa que embora fosse a presidente da Comissão de Licitação, não operava diretamente nos processos licitatórios, os quais tinham a parte burocrática realizada pelo escritório que realizava a contabilidade da prefeitura, escritório Estecol, com sede em Picos/PI, de propriedade do senhor Benedito Dantas Neto, de vulgo "Bené", embora a declarante tivesse conhecimento dos fatos ali desenvolvidos e, ao final assinasse a conclusão do processo.

Que, no que tange ao convênio 79/1998 ocorreu de forma semelhante ao convênio 41/1999, ou seja, a declarante tinha conhecimento do processo, das empresas participantes e assinava ao final de todo o processo, embora a parte burocrática fosse de responsabilidade do escritório de contabilidade do senhor *Benedito Dantas Neto*, vulgo 'bené'; Que, o processo licitatório correspondente a este convênio, também foi vencido pela empresa Geotécnica Perfurações e Construções Ltda.; *Que de igual modo a declarante não recorda as empresas participantes desse processo licitatório, entretanto, devem elas constar da documentação que apresenta*; Que, o senhor *Juarez de Araújo Lima*, proprietário da empresa Geotécnica Perfurações Ltda., e *Benedito Dantas Neto*, proprietário do escritório *Estecol*, são ambos sobrinhos do marido da declarante; *Que, quaisquer outras informações acerca dos processos licitatórios correspondentes aos convênios 079/1998 e 041/1999 (...) deverão ser melhor fornecidas pelo senhor Benedito Dantas Neto,*

proprietário do escritório Estecol (...) (fls. 106/107 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

A propósito, os sócios da *Geotécnica* (Expedita Gonçalves dos Santos, esposa de *Benedito*, Edvaldo Ferreira Dantas e Juarez de Araújo Lima - fls. 91/101 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI), *Benedito Dantas Neto* (irmão de Edvaldo) e Expedita Gonçalves dos Santos Dantas (esposa de *Benedito*) possuem diferentes graus de parentesco com o ex-Prefeito *Agenor*, conforme informação prestada pelo Cartório de Dom Expedito Lopes/PI (fl. 123 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Por sua vez, Juarez de Araújo Lima, apontado formalmente como sócio-gerente da *Geotécnica* (fls. 91/101 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI) e sobrinho do ex-Prefeito *Agenor* (fl. 123 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), afirmou, em depoimento prestado à autoridade policial (fl. 110 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), que o telefone, impresso nas notas fiscais da empresa Geotécnica, apresentadas por ocasião da prestação de contas ao Concedente, era utilizado, à época, pelo ex-Prefeito *Agenor*. Além disso, há evidências de que os sócios formais, à época, não administravam a *Geotécnica*, atividade que, de fato, era desempenhada por *Benedito*, haja vista o teor das declarações de Juarez, analisadas à luz do depoimento de Juracy Raimundo de Carvalho (fls. 410/411 do Inquérito 2007.01.00.006597-8/PI), *in verbis*:

(...) Que à época dos fatos, como já dito, o declarante bem assim os demais sócios não vivenciavam o cotidiano da empresa, pelo que informações mais precisas poderão ser obtidas junto ao gerente Juracy Raimundo de Carvalho; Que, na realidade o declarante desenvolvia suas atividades básicas na empresa Araújo e Dantas Ltda, em Picos/PI, o sócio Edval desenvolvia suas atividades no Armazém Nordeste onde era direito comercial e a sócia Expedita no escritório de contabilidade Estecol de propriedade de seu marido Benedito Dantas Neto (...) (fls. 111/112 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Como já se demonstrou, Juracy informou que trabalha na *Geotécnica* desde novembro de 1998 e que "a empresa é gerenciada pelo senhor *Benedito Dantas Neto*, esposo da sócia *Expedita Gonçalves dos Santos Dantas*, e assim o é desde a época em que o declarante trabalha naquela empresa;" (fls. 410/411 do Inq 2007.01.00.006597-8/PI).

O acusado Agenor, em sua resposta escrita, confirma que, de fato, o acusado Benedito é que gerenciava a empresa *Geotécnica* e que o gerente formal, Juarez, apenas assinava:

6.1. Com efeito, os recursos recebidos foram devidamente aplicados. É verdade que a Geotécnica pertence a parente do ex-Prefeito Agenor Ferreira Lima. É verdade que a Estecol é de propriedade do Sr. Benedito Dantas Neto. É verdade que uma das sócias da Geotécnica é dona Expedita Gonçalves dos Santos, esposa de Benedito Dantas Neto. Conforme documentação que a esta se junta, Benedito Dantas Neto, na realidade é quem fazia tudo. Juarez de Araújo Lima, tido como gerente da Geotécnica, somente assinava, pois Benedito Dantas Neto era quem, na realidade fazia tudo, inclusive através da Estecol preparava todo o processo licitatório. É bem verdade que Agenor e a Comissão Permanente de Licitação assinavam a papelada que vinha do escritório especializado. (fl. 530 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI)

Já Joaquim José de Araújo – proprietário do imóvel cujo endereço consta nas notas fiscais emitidas pela *Geotécnica* – declarou que o imóvel fora alugado verbalmente ao ex-prefeito *Agenor*, nos anos de 1997 e 1998, juntamente com o aludido telefone (fls. 42/43 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Soma-se a esses elementos o fato de que o Convênio 79/1998 tinha por objeto a “construção de 3 poços tubulares e 3 chafarizes nas localidades de Buriti Grande, Baixa do Juazeiro e Baixa Grande no Município de Dom Expedito Lopes, cujo detalhamento é o constante no Anexo I – Plano de Trabalho” (fl. 75 do Inq 2007.01.00.006596-4/PI). Das vistorias realizadas, nos locais de instalação dos poços e chafarizes, pela Polícia Federal (em fevereiro de 2002 - fls. 54/55) e pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí (em visita de inspeção realizada em 29/10/2001– fls. 285/297), constatou-se que os geradores adquiridos com os recursos do Convênio 79/1998 não estavam sendo utilizados para o funcionamento dos chafarizes, eis que as bombas estavam sendo alimentadas pela rede de energia elétrica local, que o chafariz da localidade de Buriti Grande não estava funcionando e que o de Baixa do Juazeiro não existia, além do que dois geradores em desuso encontravam-se na residência do ex-Prefeito *Agenor*, enquanto o terceiro gerador estava instalado na localidade de Varandado, não contemplada no Convênio 79/1998 (fls. 54/55, 289 e 295).

Destaca-se que, em depoimentos prestados perante a autoridade policial, acerca da fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí, dois dos Auditores (Maria Olívia Silveira Reis e Jaime Amorim Junior), responsáveis pelas inspeções ordinárias no Município de Dom Expedito Lopes/PI, afirmaram, *in verbis*:

*Maria Olívia – “(...) que a profundidade real do poço era inferior ao da documentação apresentada pela Prefeitura, o que não foi possível verificar, tendo em vista que a depoente não possuía meios no momento para verificar a profundidade do poço (...); Que observou que os chafarizes das localidades de Baixa do Juazeiro e Buriti Grande eram acionados por energia elétrica, não existindo neles grupos geradores; Que, após a inspeção, em reunião com o prefeito *Agenor Ferreira Lima*, o mesmo mostrou à depoente dois geradores que se encontravam em uma oficina ao lado da residência do mesmo; Que, *Agenor* disse para a depoente que os geradores estavam na oficina de reserva, ou seja, se desse defeito em outro gerador seria substituído pelos que estavam na oficina (...)” (fl. 130 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).*

*Jaime – “(...) Que, o depoente atendeu a denúncia dos vereadores e foi fiscalizar ‘in loco’ apenas uma das localidades que não recorda o nome (...); Que na localidade fiscalizada pelo depoente o poço possuía grupo gerador; Que, após a inspeção, em reunião com o prefeito *Agenor Ferreira Lima*, o mesmo mostrou ao depoente e aos demais auditores dois geradores que se encontravam em uma oficina ao lado da residência do mesmo; Que, *Agenor* disse para o depoente que os geradores estavam na oficina aguardando que os poços acabassem de ser equipados e possuíssem estrutura para receber os geradores; Que os referidos geradores não possuíam nenhum tombamento da prefeitura (...)” (fls. 131/132 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).*

Verifica-se dos autos, ainda, que a empresa *Geotécnica* – vencedora do certame para execução do objeto do Convênio 79/1998 e supostamente também beneficiária do proveito indevido –, segundo informação prestada pelo CREA/PI, somente obteve registro técnico, no Conselho profissional, necessário ao regular funcionamento, em 16/10/1998 (fl. 308 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), após a expedição da respectiva Ordem de Serviço, em 15/9/1998 (fl. 180 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), referente ao Contrato 10/98, também celebrado em 15/9/1998 (fl. 417/418 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), com a Prefeitura de Dom Expedito Lopes/PI, relativo à licitação homologada,

pelo então Prefeito *Agenor*, em 14/9/1998 (fl. 181 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), cuja adjudicação deu-se nesta mesma data (fl. 182 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Não obstante a Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal tenha tecnicamente aprovado, em 24/1/2002, a prestação de contas do mencionado Convênio 79/1998 (fl. 270 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI), percebe-se que a aprovação deu-se com base em vistoria realizada em 20/11/2001 (fls. 259/260 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI) – antes, portanto, da vistoria da Polícia Federal, feita em fevereiro de 2002, e um mês após a inspeção do Tribunal de Contas do Estado do Piauí (20/10/2001) –, sendo que ocorreu tão somente após várias ressalvas do órgão federal, com a exigência de complementação de informações (fls. 189/190, 200/202, 219/220, 257/258 e 266/267 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI) e com a constatação de que “houve algumas alterações em relação ao projeto aprovado na execução das obras” (fl. 266 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

A aprovação da prestação de contas referente ao Convênio 79/1998, na esfera administrativa do Ministério do Meio Ambiente (e não do TCU), além das ressalvas apontadas, não vincula o Judiciário, não havendo como afastar, *in casu*, a necessidade de se proceder à devida instrução criminal, com a apuração acerca do ocorrido, inclusive quanto ao efetivo dano ao Erário, mesmo porque a vistoria efetuada, *in loco*, pela Polícia Federal, em fevereiro de 2002 – após, portanto, a vistoria administrativa realizada em 20/11/2001 (fls. 259/260), pelo Ministério, e que levou à aprovação da prestação de contas relativa ao Convênio 79/1998 (fls. 266/267 e 269) – esclarece que o chafariz de Baixa do Juazeiro não existe, que o de Buriti Grande não possui torneiras e não funciona há mais de dois anos e que não existe, naqueles 3 (três) poços/chafarizes, qualquer gerador (fls. 54/55).

Diante dos fundados indícios decorrentes da vistoria *posterior*, efetuada, *in loco*, pela Polícia Federal, apenas a instrução criminal poderá deslindar adequadamente a matéria fática.

Corroboram esse entendimento, os seguintes precedentes:

Habeas Corpus. Processual Penal. Crimes de feitos e vereadores e crimes contra a lei de licitação. Acórdão condenatório. Execução

provisória do julgado. Possibilidade. Súmula 267 do STF. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STF e do STJ. Aprovação de contas pelo tribunal de contas estadual. Independência das instâncias. Precedentes desta corte.

I. Os recursos para os Tribunais Superiores, em regra, possuem apenas o efeito devolutivo, não obstando a execução da condenação, com a expedição de mandado de prisão. Incidência da Súmula 267 do STF. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

II. O fato de o Tribunal de Contas eventualmente aprovar as contas a ele submetidas, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, bem como a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiros públicos. Precedentes desta Corte.

III. *Ordem denegada.* (STJ, HC 34.506/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJU de 30/8/2004, p. 314)

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Trancamento da ação penal. Justa causa. Fundamentação do recebimento da denúncia. Súmula 394 do STF. Tipificação errada na peça acusatória. Decisão administrativa favorável.

I. A Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal restou cancelada, firmando-se entendimento que, uma vez encerrado o mandato, deixa de existir o foro privilegiado por prerrogativa de função, sendo válidos todos os atos praticados pelo tribunal (STF, Questão de Ordem no Inquérito 687-4, Relator Ministro Sidney Sanches, in DJ 9/9/1999).

II. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes, contudo, não há confundir falta de fundamentação com fundamentação sucinta e que se tem como injusta.

III. Necessária se faz a demonstração do real prejuízo sofrido pelo réu para que se possa anular determinado ato do processo (Princípio *pas de nullité sans grief*).

IV. O fato delituoso deduzido na acusatória inicial é que define a imputação feita e a ser julgada, não obrigando o juiz à classificação jurídica que lhe atribua o Ministério Público (Código de Processo Penal, artigo 383).

V. A existência de decisão favorável ao réu, na esfera administrativa, não determina o trancamento da ação penal, nem, tampouco, idêntica decisão na esfera judiciária.

VI. Não há falar em trancamento da ação penal por ausência de justa causa, somente admissível quando a atipicidade e a inexistência dos indícios de autoria se mostram na luz da evidência, *primus ictus oculi*.

VII. Recurso improvido. (STJ, RHC 10.342/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, unânime, DJU de 13/8/2001, p. 268)

Criminal. Recurso Especial. Prefeitura municipal. Crime de responsabilidade. Alegação de que há fatos elididos na esfera administrativa. Independência das instâncias. Eventual erro contábil. Pretensão de reexame do material fático-probatório. Súm. 7/STJ. Afastamento do cargo. afronta à lei não-evidenciada. Dissídio não-demonstrado. Não conhecimento do recurso.

I. A simples constatação técnico-contábil do Órgão Fiscalizador das contas públicas não tem o condão de, por si só, desautorizar a persecução penal, tendo em vista a cediça independência das instâncias.

II. A análise de matéria que enseja verdadeira reapreciação do material cognitivo e incursão na seara fático-probatória, não pode ser objeto de apelo extremo, pois encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

III. Não se acolhe alegação de negativa de vigência a normas previstas no Decreto-Lei 201/1967, se, pelo exame do julgado impugnado, não resta demonstrada afronta a qualquer dispositivo legal, mas, ao contrário, evidencia-se a correta aplicação das normas incidentes à espécie.

IV. Impõe-se, para demonstração da divergência jurisprudencial, a realização do confronto analítico entre os julgados, de modo a evidenciar sua identidade ou semelhança, a teor do que determina o art. 255, §2º do RISTJ, não restando caracterizado o dissídio pela mera compilação de ementas, tal como ocorrido in casu.

V. Recurso especial não-conhecido. (STJ, REsp 264.576/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 19/2/2001, p. 213)

Penal. Peculato. Pagamento antes da denúncia. Contas aprovadas pelo TCU e pela administração. Caracterização.

I. O pagamento do que foi indevidamente apropriado pelo funcionário público, mesmo antecedendo a denúncia, no peculato próprio não tem a força de extinguir a punibilidade.

II. Com o peculato visa-se proteger menos o erário e mais a moral e a política administrativa, o que justifica a permanência do crime, mesmo que as contas tenham sido julgadas corretas, sob o aspecto contábil, pelo TCU.

III. Recebimento de passagens e diárias por servidor que, nos finais de semana, saia de Brasília para o Rio de Janeiro, local de sua residência, não encontra justificativa legal que afaste a tipicidade.

IV. Recurso improvido. Sentença condenatória confirmada. (TRF/1ª Região, ACR 1997.01.00.028477-7/DF, Rel. Juíza Eliana Calmon, 4ª Turma, unânime, DJU de 19/3/1999, p. 476).

Estabelece o art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, invocado na denúncia, que:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, 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.

Verifica-se que há, nos autos, provas que amparam o recebimento da denúncia, quanto a ambos os acusados, pelo crime do art. 201, I, do Decreto-Lei 201/1967.

Com efeito, há provas de que o acusado Benedito, sobrinho de Agenor, além de realizar a licitação para o objeto do Convênio 79/1998, através da empresa de contabilidade Estecol, de sua propriedade, era quem, de fato, gerenciava a firma *Geotécnica* – vencedora do certame licitatório e que tinha, como sócios formais, sua esposa e parentes do então Prefeito Agenor – cujo endereço e telefone eram de imóvel locado pelo ex-prefeito Agenor.

Além disso, a vistoria feita pela Polícia Federal, em novembro de 2002, prova que o chafariz da Baixa do Juazeiro não existe, que o de Buriti Grande não possui torneiras e não funciona há mais de dois anos, e que, nos 3 (três) poços/chafarizes, não há qualquer gerador, encontrando-se dois geradores na residência de Agenor, sem qualquer tombamento patrimonial.

Assim, há indícios de apropriação de parte dos recursos do Convênio 79/1998 pelos denunciados, eis que parte dos serviços não foi executada, conforme vistoria efetuada pela Polícia Federal, conquanto tenham sido efetuados os pagamentos pela totalidade dos serviços objeto do Convênio 79/1998, pelo

acusado Agenor, à *Geotécnica*, empresa gerenciada, de fato, por Benedito, sobrinho de Agenor, e integrada, formalmente, por parentes do ex-Prefeito Agenor (fls. 183/188).

Interessante, ainda, anotar manifestação do MPF – após a resposta do denunciado Agenor, ora tida por intempestiva –, na qual, quanto ao mérito, asseverou, *in verbis*:

(...) Quanto a este fato o denunciado em sua resposta (fls. 529 e seguintes) sustenta que as obras foram executadas conforme o convênio, que não houve dolo em sua conduta, que a licitação foi realizada nos termos da Lei, e que os recursos foram corretamente aplicados.

Todavia, a contrastar com a afirmação da defesa, consta do autos verificação levada a efeito in loco que demonstram o contrário, é dizer, fraude da licitação e malversação dos recursos repassados pelo Ministério do Meio Ambiente.

No item 6.1 (fls. 530) Agenor Ferreira Lima diz o seguinte:

6.1. - Com efeito, os recursos recebidos foram devidamente aplicados. É verdade que a Geotécnica pertence a parente do ex-Prefeito Agenor Ferreira Lima. É verdade que a Estecol é de propriedade do Sr. Benedito Dantas Neto. É verdade que um das sócias da Geotécnica é dona Expedita Gonçalves dos Santos, esposa de Benedito Dantas Neto. Conforme documentação que a esta se junta, Benedito Dantas Neto, na realidade é quem fazia tudo. Juarez de Araújo Lima, tido como gerente da Geotécnica, somente assinava, pois Benedito Dantas Neto era que, na realidade fazia tudo, inclusive através da Estecol preparava todo o processo licitatório. É bem verdade que Agenor e a Comissão Permanente de Licitação assinavam a papelada que vinha do escritório especializado. (grifos do original).

De outro giro, em sua defesa de fls. 410/415, Benedito Dantas Neto, nega os fatos, imputando-o ao então Prefeito Agenor Ferreira Lima dizendo: “Do direito. A verdade é que os indícios de autoria somente estão relacionados com o denunciado Agenor Ferreira Lima, então gestor do Município de Dom Expedito Lopes, responsável, portanto, pelos atos ditos fraudulentos, que não guardam qualquer relação com o presente denunciado”.

Como se vê, os réus se acusam mutuamente, enquanto Agenor Ferreira diz que toda a

documentação para licitação e prestação de contas era preparada por Benedito Dantas, então contador contratado pelo Município de Dom Expedito Lopes, este por sua vez imputa a Agenor Ferreira todas as fraudes, dizendo que não era funcionário público.

A denúncia amparada em provas dos autos demonstrou de forma clara com a fraude foi praticada por ambos os réus, que juntamente com outros parentes formaram uma verdadeira organização criminosa para desviar recursos do município de Dom Expedito Lopes. Primeiro criaram escritório de contabilidade Estecol em nome de Benedito Dantas, sobrinho do então Prefeito Agenor Ferreira, que nomeou sua esposa como Presidente da Comissão de Licitação, que dolosamente deixava para o escritório Estecol realizar todo o procedimento licitatório, limitando a Presidente da Comissão de Licitação e o Prefeito a assinarem os documentos preparados por Benedito Dantas.

Para vencer a licitação e, de forma fraudulenta, executar parcialmente o objeto do contrato, e receber a totalidade dos recursos criaram a empresa Geotécnica, que tinha como sócios sobrinhos de Agenor Ferreira e a esposa de Benedito Dantas.

A Prefeitura se tornou um negócio de família, onde os recursos públicos eram utilizados ao talante dos parentes, como se de coisa pública não se tratasse.

Agora, estando processados, os réus imputam ao outro a conduta dolosa, mas fato é que ambos agiram com dolo intenso e malversaram recursos repassados pela União Federal através de seus Ministérios.

As provas já carreadas aos autos não deixam dúvidas de que os recursos repassados mediante convênio foram aplicadas de forma temerária, com apropriação de parte dos valores, e licitação fraudulenta (...) (fls. 842/843 – Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Ora, “segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se exige, na primeira fase da *persecutio criminis*, que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da peça acusatória” (STJ, HC 80.636/

SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe de 24/11/2008).

Nesta fase, a não instauração da ação penal deve estar baseada na total ausência de elementos configuradores do tipo penal ou na ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou na inexistência de indícios de autoria ou na atipicidade da conduta. É inapropriada a invocação, antes que se permita a verificação dos fatos na instrução criminal, do princípio *in dubio pro reo*. Confira-se a jurisprudência:

Penal e Processual. "Habeas corpus". Denúncia caluniosa. Trancamento da ação penal. Atipicidade. Justa causa. Ausência. Dilação probatória. Impossibilidade. Inquérito policial. Alegado cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal inexistente.

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal.

Impedir o Estado-Administração de demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos.

Marcado por cognição sumária e rito célere, o habeas corpus não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, sobretudo a efetiva ocorrência do delito, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual nulidade do Inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.

Recurso a que se nega provimento. (STJ, RHC 21.170/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), 6ª Turma, unânime, DJU de 8/10/2007, p. 368)

Habeas Corpus. Coação no curso do processo. Vítima hesitante e contraditória em seus

depoimentos. Prova na qual não se pode espelhar para o trancamento da ação penal. Impossibilidade de profundo exame probatório nesta estreita via. Não prevalece o princípio in dubio pro reo no início da instrução. Conduta típica. Denúncia que contém elementos para a ampla defesa. Ausência de causa extintiva da punibilidade. Ordem denegada.

I. Se o depoimento que se aponta como suficiente para excluir a prova da autoria é bastante hesitante e contraditório, não pode ser tomado, no início da instrução, como suficiente para o trancamento da ação penal.

II. O trancamento de uma ação penal deve estar embasado em certeza, adquirida de plano, quanto à inexistência do crime, indícios da autoria, reconhecimento da atipicidade ou de causa extintiva da punibilidade.

III. *É descabida a aplicação do princípio in dubio pro reo antes que se permita à acusação a realização das provas requeridas.*

IV. *Ordem denegada.* (STJ, HC 68.825/SP, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, maioria, DJU de 17/12/2007 p. 240).

A jurisprudência também tem proclamado que a denúncia deve apresentar a narrativa dos fatos criminosos e as suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da defesa pelos acusados, não exigindo, na hipótese de co-réus, que haja minuciosa descrição dos atos praticados por cada um. A delimitação da responsabilidade do denunciado *Benedito*, pois, na apropriação ou desvio de verbas públicas, supostamente praticada em conluio com o ex-Prefeito, é própria da instrução do processo, ocasião em que há de se proceder à melhor averiguação das condutas. Confira-se alguns precedentes:

Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. Prefeito municipal. Alegada inépcia da denúncia. Incorrência. Competência. Justiça Federal. Desvio de verbas públicas oriundas de convênio firmado com autarquia federal. Verba sujeita a prestação de contas. Enunciado da Súmula 208/STJ. Alegação de ausência de dolo. Necessidade de dilação probatória. Impropriedade da via eleita.

I. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4/9/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.

(HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 2/2/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

II. Na espécie, contudo, a exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 9/3/2007), de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 6/11/2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/9/2006), ou seja, não é inepta a denúncia que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 3/3/2006). De acordo com a denúncia, o paciente, Prefeito do Município de Gurinhém/PB, teria desviado verbas públicas oriundas de convênio firmado com autarquia federal (FNDE), repassando valores, destinados a subsidiar programa social, a pessoas que não preenchiam os requisitos para serem beneficiários do programa.

III. 'Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal' (Enunciado da Súmula 208/STJ).

IV. A alegação de ausência de dolo, na hipótese, demandaria ampla incursão na matéria fático-probatória, providência vedada em sede de habeas corpus (Precedentes). Ordem denegada. (STJ, HC 86.902/PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJe de 16/2/2009)

Processual Penal. "Habeas corpus". Estelionato majorado. Corrupção ativa majorada. Carência de fundamentação da decisão que determinou o seqüestro de bens. Matéria que extrapola os limites do habeas corpus. Remédio constitucional apto a julgar coação ilegal à liberdade de locomoção das pessoas. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Peça geral que narra satisfatoriamente as condutas dos acusados. Estrita observância aos ditames legais. Ampla defesa resguardada. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

I. Inviável o exame da decisão que determinou o seqüestro dos bens dos pacientes por meio do habeas corpus, remédio constitucional posto ao alcance de todas as pessoas para tutelar apenas a liberdade de locomoção. Precedentes.

II. É apta a deflagrar a ação penal a denúncia que narra pormenorizadamente fato penalmente típico, descrevendo o nexos causal entre a suposta conduta dos pacientes e o evento danoso que lhes foi atribuído. Precedentes.

III. É geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim. Precedentes.

IV. Nessa hipótese, a instrução criminal passa a ser o momento oportuno para clarear o comportamento de cada acusado na suposta empreitada delitiva, garantindo-se a todos eles, por meio da ampla defesa e do contraditório, combaterem a versão apresentada pela acusação. Precedentes.

V. Pedido conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem. (STJ, HC 102.250/ES, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 6ª Turma, unânime, DJe de 6/10/2008).

Presentes, portanto, os indícios de autoria e materialidade da conduta, descrevendo a denúncia o fato, com as suas circunstâncias, na forma do art. 41 do CPP, merece ela ser recebida, quanto à imputação do crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

Em face do exposto, acolhendo a preliminar de intempestividade da resposta do denunciado *Agenor* e reconhecendo a competência da Justiça Federal, *recebo, em parte*, a denúncia ofertada em desfavor de *Benedito Dantas Neto* (atual Prefeito do Município de Dom Expedito Lopes/PI) e de *Agenor Ferreira Lima*, apenas quanto ao crime tipificado no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, relacionado ao Convênio 79/1998 (Inq 2007.01.00.006596-4/PI).

Julgo extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in abstracto*, quanto ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, imputado aos denunciados em relação ao Convênio 41/1999 (Inq 2007.01.00.006597-8/PI, na forma do art. 107, IV, c/c art. 109, IV, do Código Penal, e do art. 61 do Código de Processo Penal.

Junte-se, ao presente voto, a cópia da informação do TSE sobre o resultado do pleito de 2008, relacionado ao Município de Dom Expedito Lopes/PI, no qual foi eleito o denunciado *Benedito Dantas Neto*.

É como voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2008.01.00.055880-3/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Autor: Ministério Público do Estado da Bahia
Réu: Barra Bingo Administração e Serviços Ltda
Réu: Paulo Roberto Nascimento
Réu: Everton Siewert Nascimento
Suscitante: Juízo Federal da 6ª Vara - BA
Suscitado: Juízo Federal Substituto da 6ª Vara - BA
Publicação: e-DJF1 de 8/10/2009, p. 190

Ementa

Processual Civil. 'Bingo'. Jogo de azar. Ações civis públicas. Ajuizamento pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pelo Ministério Público Federal. Identidade de uma das partes, de objeto e de causa de pedir. Conexão. Conflito entre juiz titular e juiz substituto da mesma vara. Normas processuais sobre conflito de competência. Aplicação extensiva. Competência do juiz titular (suscitante).

I. Há entre as ações identidade de uma das partes (Barra Bingo Administradora e Serviços Ltda.), de objeto e de causa de pedir, o que implica possibilidade de decisões contraditórias, pois, conforme fundamentou o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis* em ambas as ações, “o argumento central é a vedação da prática dos jogos de bingo ou dos jogos de azar além da violação de direitos difusos, particularmente do consumidor, sob o ponto de vista material e moral”.

II. Tais pontos de convergência significam conexão.

III. Às disputas de competência, positivas ou negativas, entre juiz titular e juiz substituto da mesma Vara aplicam-se, por extensão, as normas processuais relativas a conflito de competência.

IV. Conheço do conflito para declarar competente a juíza titular da 6ª Vara/BA, suscitante, à qual cabe, inclusive, tomar providências decorrente do fato de não haver na ação civil pública n. 2008.33.00.003729-5, ao que parece, parte que justifique a competência da Justiça Federal (cf. art. 109, I, da Constituição) e não estar a competência especializada da Justiça Federal sujeita a modificação em virtude de conexão.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, declarar competente o Juízo da 6ª Vara/BA, suscitante, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 8/9/2009.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – Trata-se de conflito de competência suscitado pela MM. Juíza Titular da 6ª Vara/BA de decisão proferida pela MM. Juíza Substituta da mesma Vara, que declinou da competência para o processo e julgamento da Ação Civil Pública 2008.33.00.003729-5, com o fundamento de conexão entre esta e a Ação Civil Pública 2007.33.00.011062-1, pela Juíza Titular da 6ª Vara.

Considerou a juíza suscitada, à fl. 22-v, que: a) “aplicável ao caso o quanto disposto no art. 103 do CPC, – reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”; b) “além da identidade de objeto, visualiza-se também a identidade de partes (...), ainda mais plausível a conexão referida”; c) “o processo noticiado na certidão de fls. 190 é presidido pela MM. Juíza Titular da Vara”.

Para a juíza suscitante (fls. 23-29), “da análise dos presentes autos, bem como da leitura da petição inicial, denota-se que o Ministério Público Estadual, embora formule outras pretensões respeitantes aos efeitos das atividades dos Réus em confronto com os Direitos do Consumidor e dentro de sua esfera de atuação estadual, renova alguns dos pedidos formulados na Ação Civil Pública 2007.33.00.011062-1 pelo Ministério Público Federal, relativamente à proibição dos jogos de bingo e caça-níqueis que, sob a égide da legislação federal já revogada, eram permitidos nos termos da lei, e submetidos à fiscalização da CEF e da União Federal”; b) “os aspectos dos pedidos formulados nos presentes autos que se relacionam com aquela demanda efetivamente podem gerar litispendência, o que, contudo, não autoriza a distribuição por dependência à Ação Civil Pública 2007.33.00.011062-1, em trâmite neste Juízo da Sexta Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia –, tendo em vista que a dependência pressupõe conexão entre as ações, e não identidade entre elas”; c) “a eventual ocorrência de litispendência deve ser examinada pelo órgão jurisdicional para o qual a demanda for livremente distribuída”; d) “eventual conexão constitui situação jurídica diversa da litispendência, sendo a última causa de extinção do processo sem resolução de mérito e a primeira, causa para julgamento conjunto”.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 83-86, pugnando “pelo conhecimento do conflito e fixação da competência para julgar as ações conexas em prol do Juízo Federal da 6ª Vara do Estado da Bahia, ou seja, o Juízo Suscitante”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública 2007.33.00.011062-1 contra União, Caixa Econômica Federal, Toffoli Promoções Eventos e Comércio Ltda. e outros (entre os quais *Barra Bingo Administradora e Serviços Ltda.*) (fls. 47-77) e o Ministério Público do Estado da Bahia ajuizou ação civil pública n. 2008.33.00.003729-5 contra Barra Bingo Administradora e Serviços Ltda, Everton Siewert Nascimento e Paulo Roberto Nascimento (fls. 3-20).

O Juízo ora suscitado (MM. Juíza Substituta da 6ª Vara/BA) declinou da competência em favor da MM. Juíza Titular da 6ª Vara/BA, pois o primeiro processo conexo é presidido por esta.

A juíza suscitante rejeitou a competência, por conexão, para a ação civil pública 2008.33.00.003729-5 e para a ação civil pública 2007.33.00.011062-1, considerando que deve “prevalecer, no particular, a livre distribuição, em observância ao Princípio Constitucional do Juiz Natural”.

No parecer, o Ministério Público Federal consignou (fls. 84-85):

O exame das petições iniciais, aquela da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público no Estado da Bahia e a outra, de igual ação movida pelo Ministério Público Federal, mostra que a causa de pedir é essencialmente a mesma. Sob o ponto de vista jurídico, o argumento central é a vedação da prática dos jogos de bingo ou dos jogos de azar além da violação de direitos difusos, particularmente do consumidor, sob o ponto de vista material e moral.

Ressalte-se que a petição inicial das duas ações civis públicas é longa e certamente existem pequenas diferenças de fundamentação jurídica,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira.

assim como há pequenos detalhes que diferenciam os pedidos. Exemplificativamente, o Ministério Público do Estado da Bahia pleiteia a decretação de dissolução da sociedade demandada “Barra Bingo”, enquanto a ação do Ministério Público Federal é mais ampla, já que pretende que os estabelecimentos demandados sejam proibidos de voltar a se estabelecer no Estado da Bahia ou subsidiariamente nos Municípios que integram a Seção Judiciária da Bahia, ainda que sob outra denominação ou razão social (o que denota o propósito implícito de que eles não permaneçam em funcionamento).

Outras diferenças entre as demandas decorrem da própria indicação das pessoas contra as quais são propostas as ações. A Ação Civil Pública do Ministério Público da Bahia é movida contra Barra Bingo e seus sócios, enquanto a Ação do Ministério Público Federal é proposta contra várias empresas de bingo, a União e a Caixa Econômica Federal; não são nominados os sócios.

Uma outra diferença se situa no pedido, eis que o Ministério Público da Bahia pleiteia condenação dos réus a “devolver a todos os consumidores as importâncias que estes desembolsaram a título de contraprestação pelo serviço de jogo de bingo ilicitamente praticado” (fl. 20), postulação que não se contém na Ação Civil do Ministério Público Federal, a qual, no particular, volta-se apenas para a reparação dos danos morais coletivos (pedido que também se contém na Ação do Ministério Público da Bahia). Em compensação, existem vários outros pedidos que figuram apenas na ação do Parquet Federal, sejam aqueles dirigidos à União e à Caixa Econômica Federal para o exercício da sua fiscalização, sejam aqueles destinados ao perdimento de bens, como máquinas caça-níqueis e de bingos eletrônicos, além da fixação de multa diária

Certo, porém, é que, tecnicamente, não se deve falar de litispendência, porquanto não há mera repetição de ação que está em curso. Também não se pode falar de continência, porque o objeto de qualquer uma das ações não pode ser considerado mais amplo que o da outra, já que cada uma possui pelo menos um pedido que não se reproduz na outra demanda.

A hipótese é de conexão, já que, sem qualquer dúvida, há objeto ou causa de pedir comuns entre elas, sob as ressalvas antes indicadas.

De acordo com o art. 103 do Código de Processo Civil, “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Há entre as ações identidade de uma das partes (Barra Bingo Administradora e Serviços Ltda.), de objeto e de causa de pedir, o que implica possibilidade de

decisões contraditórias, pois, conforme fundamentou o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis* em ambas as ações, “o argumento central é a vedação da prática dos jogos de bingo ou dos jogos de azar além da violação de direitos difusos, particularmente do consumidor, sob o ponto de vista material e moral”.

Em razão desses pontos de convergência das duas causas, há conexão.

Consoante já decidiu esta Seção, às disputas de competência, positivas ou negativas, entre juiz titular e juiz substituto da mesma Vara aplicam-se, por extensão, as normas processuais relativas a conflito de competência.

Conheço do conflito para declarar competente a juíza titular da 6ª Vara/BA, suscitante, à qual cabe, inclusive, tomar providências decorrentes do fato de não haver na ação civil pública 2008.33.00.003729-5, ao que parece, qualquer parte que justifique a competência da Justiça Federal (cf. art. 109, I, da Constituição) e não estar a competência especializada da Justiça Federal sujeita a modificação em virtude de conexão.

Quarta Seção

Embargos Infringentes

2003.34.00.014152-4/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Embargante: Enriqueta Guimarães Bernardes de Azevedo e outros
Advogado: Dr. Arenaldo Franca Guedes Filho e outros
Embargado: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Publicação: e-DJF1 de 9/10/2009, p. 197.

Ementa

Embargos infringentes. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Imposto de renda. Não incidência. Contribuições feitas pelos autores no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995. Retenção na fonte. Lei 7.713/1988 e Lei 9.250/1995.

I. Acerca da prescrição do direito de pleitear repetição/compensação de indébito dos tributos lançados por homologação, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida na Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, referente ao incidente de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, registrou que: “(...) Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova” (AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 06/06/2007, DJ 27/8/2007 p. 170). No mesmo diapasão: TRF/1ª Região, ArgInc 2006.35.02.001515-6, Rel. Des. Fed. Leomar Amorim, Corte Especial, Seção de 0/10/2008).

II. “Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.1.1989 a 31.12.1995 (EREsp 643691/DF, DJ 20.3.2006; EREsp 662.414/SC, DJ 13.8.2007; (EREsp 500.148/SE, DJ 1º.10.2007; EREsp 501.163/SC, DJe 7.4.2008). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008”. (REsp 1012903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08/10/2008, DJe 13/10/2008)

III. Orientação acolhida pela Quarta Seção desta Corte: (EIAC 2002.34.00.000194-6/DF, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos, DJ de 20.2.2009, p. 207; EIAC 2004.34.00.00.014724-8/DF, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa DJe de 20.2.2009 p. 209).

IV. Embargos infringentes providos, para fazer prevalecer o voto vencido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/9/2009.

Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca: Trata-se de embargos infringentes interpostos por Enriqueta Guimarães Bernardes de Azevedo e outros (fls. 407/416) em face de acórdão proferido pela eg. 7ª Turma deste Tribunal que, por maioria, concluiu pela improcedência do pedido de isenção do Imposto de Renda sobre o pagamento de complementação de aposentadoria, vencido o Juiz Conv. Guilherme Mendonça Doehler.

Eis a ementa do julgado, lavrado pelo Juiz Conv. Rafael Paulo Soares Pinto:

Tributário. Imposto de renda retido na fonte. Aposentadoria complementar. Incidência. Legitimidade. Repetição de indébito. Prescrição. Contagem do prazo. Decadência inexistente. Lei complementar nº 118/2005. Aplicabilidade.

I - O direito à repetição de indébito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário, e, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a partir de 05 (cinco) anos do prazo estabelecido para esta, sistemática que se estende ao Imposto de Renda Retido na Fonte porque essa retenção não implica pagamento e, conseqüentemente, extinção do crédito tributário, mas, tão-somente, mera antecipação, legalmente exigida, de tributo devido a ser apurado no momento da Declaração Anual de Rendimentos.

II - Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a Lei Complementar 118/2005 aplica-se, tão-somente, às ações ajuizadas após o prazo de cento e vinte dias da sua publicação. (REsp 327.043/DF; REsp 740.567/MG.)

III - *Inexistindo correspondência aritmética entre as contribuições pagas pelo beneficiário e os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria e identidade entre esta e o resgate daquelas em decorrência do desligamento daquele do plano de previdência complementar, lúdima a incidência de Imposto de Renda sobre essa complementação, que representa acréscimo patrimonial, nova riqueza, ou melhor, nova remuneração, adição à anterior.*

IV - *Apelação da Ré e Remessa Oficial providas em parte.*

V - Recurso dos Autores prejudicado.

VI - *Sentença reformada parcialmente.* (fl. 403/404).

Podem os Embargantes que prevaleça o voto vencido, proferido pelo Juiz Conv. Guilherme Mendonça Doehler, no sentido de que seja declarada a prescrição decenal e reconhecido o direito de todos os apelantes à restituição do que foi indevidamente recolhido a título de imposto de renda, tão-somente no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

Sem contrarrazões (cf. certidão fls. 419).

Admitidos os embargos, foram distribuídos a este Relator.

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca: – A controvérsia estabelecida lastreia-se na pretensão deduzida por Enriqueta Guimarães Bernardes de Azevedo e outros quanto à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no que toca à incidência do IR sobre a parcela dos proventos complementares que recebem de entidade de previdência complementar, cujo ônus tenha sido dos próprios participantes.

Acerca da prescrição do direito de pleitear repetição de indébito dos tributos lançados por homologação, tenho como critério determinante a linha de orientação emanada do STJ, no sentido de que, nestes casos de tributos lançáveis por homologação, o prazo prescricional para repetição se conta na modalidade

* Participaram do julgamento os Desembargadores Federais Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e Leomar Barros Amorim de Sousa e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

“5+5”, não havendo falar em efeito retroativo do art. 3º da LC 118, de 9.2.2005. Confira-se:

(...). *Cofins. Isenção. LC 70/1991. Sociedades prestadoras de serviços. Revogação. Lei 9.430/1996. Súmula 276/STJ. (...)*

II. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, (...) sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. (...)

III. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

IV. *O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). (...)* (STJ, T1, REsp 752.165/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22/8/2005, p. 160)

Aliás, nesse ponto, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão proferida na Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, referente ao incidente de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, registrou que: *“(...) Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 9.6.2005), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova”*

(AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 6/6/2007, DJ 27/8/2007 p. 170).

Os recolhimentos foram efetuados em data anterior à vigência da Lei Complementar 118/2005 (9/2/2005), razão pela qual fica afastada sua incidência plena.

Relativamente ao pleito recursal, tenho por relevante destacar a interpretação atribuída pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao tema relativo à incidência do Imposto de Renda sobre benefício previdenciário pago por plano de previdência complementar privado, cujas contribuições se deram, total ou parcialmente, na vigência da Lei 7.713/1988; tempo em que referidas contribuições não eram destinatárias de qualquer exclusão tributária, e por isto já haviam sido tributadas pelo Imposto de Renda.

Tal situação somente se modificou com a Lei 9.250/1995, quando as contribuições passaram a ter tratamento tributário privilegiado, ficando a tributação para incidir quando do pagamento das respectivas prestações previdenciárias.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

Tributário. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Lei 7.713/1988 (art. 6º, VII, b), Lei 9.250/1995 (art. 33).

I. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (ERESP 643691/DF, DJ 20.03.2006; EREsp 662.414/SC, DJ 13.08.2007; (ERESP 500.148/SE, DJ 01.10.2007; EREsp 501.163/SC, DJe 07.04.2008).

II. Na repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada segundo os índices indicados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/CJF, de 2.7.2007, do Conselho da Justiça Federal, a saber: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/1986; (b) a OTN de março/1986 a dezembro/1988; (c) pelo IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989 e março/1990 a fevereiro/1991; (d) o INPC de março a novembro/1991; (e) o IPCA. série especial em dezembro/1991; (f) a UFIR de

janeiro/1992 a dezembro/1995; (g) a Taxa SELIC a partir de janeiro/1996 (ERESP 912.359/MG, 1ª Seção, DJ de 3.12.2007).

III. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 101.2903/RJ), Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 8/10/2008, DJe 13/10/2008)

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda.previdência privada.complementação de aposentadoria.recolhimentos efetuados na vigência do art. 6º, VII, "b", da Lei 7.713/1988. Não incidência. Ônus da prova. CPC, art. 333. Precedentes STJ.

I. Não obstante seja indefinido no tempo o valor futuro do benefício que será pago e, conseqüentemente, insuscetível de definição a proporção que em relação a ele representam as contribuições recolhidas no passado, bem como inviável identificar-se em cada parcela do benefício recebido os valores correspondentes à contribuição do segurado e aos aportes da entidade patrocinadora, não se pode negar o fato de que as contribuições vertidas aos beneficiários no período de vigência da Lei 7.713/1988 (e que em alguma proporção integram o benefício devido) já foram tributadas pelo IRPF;

II. Sob pena de incorrer-se em bis in idem, é inexigível o imposto de renda sobre os benefícios de previdência privada auferidos a título de complementação de aposentadoria até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide da Lei 7.713/1988.

III. Comprovado pelo contribuinte que contribuiu para a entidade de previdência privada, compete ao Fisco comprovar que não tributou tais valores, demonstrando, assim, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a teor do disposto no art. 333 do CPC.

IV. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp 985.484/RJ), Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/8/2008, DJe 22/9/2008)

Tal linha de orientação já foi acolhida por esta Quarta Seção, sendo oportuno colacionar, a título de exemplos, os seguintes precedentes:

Embargos infringentes. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Imposto de renda. Não incidência. Contribuições feitas pelos autores no período de 1º/1/89 a 31/12/1995. Retenção na fonte. Lei 7.713/1988 e Lei 9.250/1995.

I. É decenal a prescrição do direito à repetição do Imposto de Renda sobre a complementação

de aposentadoria, 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 ser inconstitucional a expressão: "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1.996. 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, Seção de 2/10/2008).

II. As contribuições vertidas ao fundo de previdência privada, feitas entre 1º de janeiro de 1.989 e 31 de dezembro de 1.995, quando vigente a Lei 7.713/1988, e cujo ônus tenha sido da pessoa física (1/3), não podem compor novamente a base de cálculo do Imposto de Renda no momento dos seus resgates, em parcela única ou sob a forma de aposentadoria complementar, posto que já tributadas segundo a sistemática de recolhimento do IRPF à época.

III. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, entendendo tratar-se de matéria repetitiva, definiu como indevida essa cobrança e determinou à União/Fazenda Nacional a devolução do que foi recolhido indevidamente, com correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2007. Ressaltou, ainda, nos termos da Lei 11.672/2008, a aplicação imediata dessa decisão aos processos em andamento ou sobrestados nas instâncias inferiores (REsp 1.012.903, Ministro Teori Albino Zavascki, Seção de 8/10/2008).

IV. Embargos infringentes providos, para fazer prevalecer o voto vencido. (EAC 2002.34.00.000194-6/DF. Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos. DJ de 20.2.2009, p. 207).

Embargos infringentes. Imposto de renda. Incidência sobre o valor da complementação de aposentadoria, na parte correspondente às contribuições efetuadas pelo beneficiário. Não cabimento.

I. Os valores das contribuições vertidas ao fundo previdenciário no período de vigência da Lei 7.713/1988, de 1º de janeiro de 1.989 a 31 de dezembro de 1.995, cujo ônus tenha sido da pessoa física, não devem compor a base de cálculo do imposto de renda sobre aposentadoria complementar, porque já tributadas segundo a sistemática de recolhimento do IRRF à época.

II. *Embargos infringentes providos.*" (EAC 2004.34.00.00.014724-8/DF. Rel. Des. Federal

Desse modo, tenho que o posicionamento esposado pelo Juiz Federal Guilherme Mendonça Dohler, no voto vencido de fls. 89/1993, está em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte, de forma que apenas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, ou seja, na vigência da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, não há que se falar na incidência do imposto de renda sobre as parcelas de contribuição para as entidades de previdência privada e/ou fundo de pensão.

Ante estes fundamentos, *dou provimento* aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido, cuja conclusão é no sentido da não-incidência de imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria recebida de entidade privada, na proporção das contribuições pelos apelantes vertidas, durante a vigência da Lei 7.713/1988.

É como voto.

Voto-vogal

O *Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral*: – Senhor Presidente, ressaltando meu entendimento em sentido contrário, mas, em homenagem à jurisprudência superveniente do STJ, acompanho o Relator.

Primeira Turma

Apelação Cível

2001.41.00.003084-5/RO

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Relator: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado)
Apelante: Elielson Santana do Amaral
Advogado: Dr. Vinicius de Assis e outros
Apelado: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 6/10/2009, p. 131

Ementa

Direito Administrativo. Servidor. Reenquadramento. Equívoco da administração pública. Ausência de qualificação específica para o desempenho de atividade. Possibilidade de retorno ao enquadramento anterior. Inexistência de violação a princípios constitucionais.

I. O recorrente foi admitido pelo 5º Batalhão de Engenharia de Construção, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1/6/1989, no emprego de Auxiliar de Pintor, Nível I, com saída em 30/11/1989, e readmitido na mesma função em 24/7/1990, sendo que, a partir de 11/12/1990, passou a ser regido pelo Regime Jurídico Único, instituído pela Lei 8.112/1990. A partir de 8/5/1992, foi enquadrado no Nível Intermediário – NI, Classe ‘D’, Padrão I, permanecendo nessa situação até 20/6/1994, quando foi reposicionado para Nível Auxiliar – NA, Classe ‘D’, Padrão V.

II. Ao que infere dos autos, a Administração Pública equivocou-se ao efetuar o reenquadramento do recorrente no nível intermediário, vez que o servidor não possuía o grau de escolaridade exigido pela legislação de regência (art. 5º, Lei 5.645/1970; art. 2º e anexo XX da Lei 7.923/1989).

III. Apesar de danosa ao autor do ponto de vista pessoal-funcional, porquanto a redução em seu vencimento básico tenha repercutido de forma negativa nas demais verbas, vê-se que essa modificação não resultou em decurso no valor global da remuneração do autor. Ao contrário, a renda bruta passou de R\$592,50 para R\$809,26, sendo que as diferenças passaram a ser pagas sob a rubrica denominada ‘Difer Ind Art 5 DEC 2280/1985. Não se há de falar, portanto, em violação do princípio da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, CF).

IV. A despeito disso, cabe consignar que a jurisprudência nacional é pacífica no sentido de que não existe direito adquirido em relação a regime jurídico.

V. Descabe também o argumento de ofensa a ato jurídico perfeito, pois, sendo o ato administrativo eivado de nulidade, este não gera direito adquirido, a menos que tenha transcorrido o prazo decadencial para revisão, o que não ocorreu na espécie, seja em razão da inexistência de transcurso do prazo, seja pela inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 à espécie, por ser o ato anterior à vigência norma em referência.

VI. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 9/9/2009.

Juiz Federal *Guilherme Doehler*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler:
– Trata-se de recurso de apelação por meio do qual insurgem-se o autor, *Elielson Santana do Amaral* contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara - RO, que julgou improcedente o pedido de recomposição de seu vencimento básico ao valor existente em agosto de 1996, com todos os acréscimos legais posteriores.

O Juízo sentenciante considerou legítimas as medidas adotadas pela Administração em relação ao reposicionamento do autor na categoria/carreira de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, ressaltando que não houve decesso remuneratório em decorrência disso, ao contrário, obteve elevação em sua remuneração global.

Em razões de apelação, alega o autor que a alteração em seu vencimento básico resulta em prejuízo para todas as demais verbas que têm a base cálculo nele fixada. Argumenta que o ato consubstanciado na redução de sua remuneração viola os princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos. Aduz, outrossim, que a compensação se iniciou quando ainda não haviam sido modificados os valores recebidos a título de vencimento básico.

Contrarrazões foram acostadas às folhas 73 a 76.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler: – Próprio e tempestivo, conheço do recurso.

O deslinde da controvérsia estabelecida na presente demanda reclama verificação quanto à legitimidade da redução do vencimento básico do autor, ocorrida a partir de setembro de 1996.

Como se observa da sentença recorrida, a situação funcional do autor foi minuciosamente examinada pelo Juízo sentenciante, que, a partir das manifestações das partes e documentação acostada ao feito, resumiu de forma bastante clara as modificações que deram

causa ao ajuizamento da presente demanda, como demonstram dos trechos a seguir transcritos, *in verbis*:

‘Da análise dos documentos constantes dos autos, verifica-se que o autor foi admitido pelo 5º Batalhão de Engenharia de Construção, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1/6/1989, no emprego de Auxiliar de Pintor, Nível I, com saída em 30/11/1989, tendo sido readmitido na mesma função em 24/7/1990, sendo que, a partir de 11/12/1990, passou a ser regido pelo Regime Jurídico Único, instituído pela Lei 8.112/1990 (fl. 11). A partir de 1º/1/1993, foi reposicionado de Auxiliar de Pintor, NA D II, para NA D V (fls. 14 e 32). A partir de 8/5/1992, segundo a ré foi enquadrado no Nível Intermediário – NI, Classe ‘D’, Padrão I, permanecendo nessa situação até 20/6/1994, quando foi reposicionado para Nível Auxiliar – NA, Classe ‘D’, Padrão V (fl. 23).

Observando-se os contracheques juntados à fl. 12, constata-se que no mês de setembro de 1996 o autor estava enquadrado na categoria/carreira de Agente de Serviços de Engenharia, Classe ‘D’, Padrão V, com vencimento básico de R\$163,94 (cento e sessenta e três reais e noventa e quatro centavos). Já no contracheque referente a outubro do mesmo ano, consta que a categoria/carreira do autor passou a ser Auxiliar Operacional Serviços Diversos, Classe ‘D’, Padrão V, com vencimento básico de R\$88,87 (oitenta e oito reais e oitenta e sete centavos). Houve, assim, um período, de início incerto, em que o autor ficou posicionado na categoria/carreira de Agente de Serviços de Engenharia, Classe ‘D’, Padrão V, até que, em outubro de 1996, foi enquadrado na categoria/carreira de Auxiliar Operacional Serviços Diversos, Classe ‘D’, Padrão V. Estranhamente, desde 1/1/1993, o autor já havia sido reposicionado do cargo de Auxiliar de Pintor, NA D V, através da Portaria 270-DPC, de 16.6.94 (fls. 31/32). Causa espécie também que, apesar dessas alterações na categoria funcional do autor, em sua carteira de identificação funcional expedida em 28.2.01 o mesmo ainda consta como ocupante do NI – Agente de Serviços de Engenharia (fl. 10).

Essa situação denota, a meu ver, uma desorganização administrativa assombrosa, dando azo, por isso, a reivindicações como a ora posta nestes autos. Aliás, causa espanto que, já sob a égide da CF de 1988, ainda tenham sido admitidas pessoas no serviço público sem submissão à regra insculpida no art. 37, II, daquela Carta.

(...)

Por força da Portaria 1.661, publicada em 28/4/1992 (fls. 26/27), na qual foram relacionados os servidores dos Batalhões de Engenharia de

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Construção e Ferroviários, do Ministério do Exército, nela tendo constado o nome do autor como ocupante do cargo de Auxiliar de Pintor (fl. 27), tratou-se de implementar as medidas necessárias visando a operacionalizar os reflexos financeiros sobre os vencimentos dos servidores alcançados por aquele ato ordinatório, já a partir do mês de maio de 1992, assunto cuidado nas instruções contidas nos radiogramas copiados às fls. 28/30. À conta disso, o autor foi enquadrado no Nível Intermediário – NI, Classe “D”, Padrão I, em 8/5/1992, conforme assertiva da União (fl. 23).

Posteriormente, através da Portaria 270-DPC, de 16/6/1994, o autor foi repositado no cargo anterior, de Auxiliar de Pintor (fl. 32), sendo que esse reenquadramento repercutiu na situação do mesmo somente a partir de outubro de 1996, a julgar pelos comprovantes de rendimentos juntados à fl. 12 e pelas fichas financeiras acostadas às fls. 34/46. A partir daí, outubro de 1996, o autor teve seu vencimento básico reduzido para valor inferior ao pago nos meses anteriores, pois em setembro do mesmo ano seu vencimento foi de R\$163,94 (cento e sessenta e três reais e noventa e quatro centavos) e em outubro caiu para R\$88,87 (oitenta e oito reais e oitenta e sete centavos), permanecendo nesse patamar nos meses subseqüentes.

O Decreto-lei 2.280/1985, em seu art. 5º, § 2º, objetivando evitar distorções salariais nos quadros da administração pública, permitiu o aproveitamento dos servidores integrantes das tabelas especiais na administração pública federal, sem a realização de qualquer concurso público, dispondo para tanto que os reajustamentos gerais de vencimentos e salários incidiriam sobre a vantagem pessoal nominalmente identificável, decorrente da transposição para a tabela permanente dos servidores alcançados pelo citado decreto-lei.

Essa transposição, consubstanciada no reposicionamento do autor na categoria/carreira de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, foi efetivada no mês de outubro de 1996, como se denota dos documentos acima aludidos, sendo que desde setembro desse mesmo ano o autor passou a receber a “Difer Ind Art 5 Dec 2280/1985”, sob a rubrica 00818, de sorte que a redução do vencimento básico do autor foi compensado com o acréscimo decorrente do pagamento da referida diferença, a título de vantagem pessoal nominalmente identificável.

O pagamento dessa vantagem significou, para o autor, um acréscimo remuneratório, pois se em agosto de 1996 sua remuneração bruta foi de R\$592,50 (quinhentos e noventa e dois reais e cinquenta centavos) a partir de setembro, mês em que a referida VPNI foi incluída em sua

remuneração global, passou a ser de R\$809,26 (oitocentos e nove reais e vinte e seis centavos), e de R\$888,03 (oitocentos e oitenta e oito reais e três centavos) em outubro do mesmo ano.

Observa-se, portanto, que, em maio de 1992, houve o reenquadramento do autor no *nível intermediário* – NI, classe ‘D’, padrão I, permanecendo nessa situação até 20.06.94, quando foi repositado no nível anterior (*nível auxiliar*) – NA, Classe ‘D’, Padrão V, com repercussão financeira a partir de outubro de 1996, quando houve alteração no valor de seu vencimento básico, que foi reduzido de R\$ 163,94 para R\$ 88,87.

A análise das conclusões acima em cotejo com os esclarecimentos prestados pela União a fls. 23 e os documentos constantes dos autos, em especial as cópias dos radiogramas de fls. 29/30, revela que toda essa celeuma resultou de equívoco por parte do Ministério do Exército ao enquadrar o recorrente no nível intermediário, que impõe como uma das exigências essenciais para o ingresso ter o servidor o segundo grau completo, requisito esse não atendido pelo autor.

Não se atentou para orientação contida no referido documento, segundo a qual, se as atribuições inerentes aos empregos que os servidores optantes ocupavam não estivessem previstas no Plano de Classificação de Cargos de que tratava a Lei 5645/70, dever-se-ia considerar, para efeito de indicação da categoria funcional, emprego semelhante às atividades, ao nível de responsabilidade, à complexidade e ao grau de escolaridade exigidos para o respectivo desempenho. Ressaltou-se que essa orientação decorria da aplicação do princípio da analogia, tendo em vista que os servidores em tela não haviam sido ainda incluídos no Plano de Classificação de Cargos. A adequação da situação funcional do servidor somente ocorreu em outubro de 1996, como demonstram os documentos de fls. 14 e 34.

Apesar de danosa ao autor do ponto de vista pessoal-funcional, porquanto a redução tenha repercutido de forma negativa em todas as demais verbas percebidas pelo recorrente, vê-se que dessa modificação não houve decurso no valor global da remuneração do autor; ao contrário, a renda bruta passou de R\$592,50 para R\$809,26, sendo que as diferenças passaram a ser pagas sob a rubrica

denominada '*Difer Ind Art 5 Dec 2280/1985*, como já salientado acima.

Considerada essa situação, cumpre rejeitar a tese de violação do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, CF/88), pois a Administração pode alterar unilateralmente a forma de pagamento de parcelas remuneratórias, desde que não acarrete redução no valor nominal dos vencimentos/proventos dos servidores.

A despeito disso, cabe consignar que a jurisprudência nacional é pacífica no sentido de que não existe direito adquirido em relação a regime jurídico e, conseqüentemente, garantia de que o servidor terá sua situação funcional disciplinada em caráter permanente por disposições legais vigentes em determinado momento (Precente: RE 212.075/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 29/10/1999).

Descabe também o argumento de ofensa ao ato jurídico perfeito, pois, sendo o ato administrativo eivado de nulidade, este não gera direito adquirido, a menos que tenha transcorrido o prazo decadencial para revisão, o que não ocorreu na espécie, seja em razão da inexistência de transcurso do prazo, seja pela inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 à espécie, por ser o ato anterior à vigência norma em referência.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação*.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2009.01.99.029205-1/GO

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Francisco Antônio Saldanha
Advogado: Dr. Orlando dos Santos Filho
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Francisco Antônio Nunes
Publicação: e-DJF1 de 8/10/2009, p. 104

Ementa

Previdenciário e Constitucional. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Idade. Boia-fria. Termo "a quo". Correção monetária. Juros de mora. Verba honorária.

I. Demonstração simultânea do início de prova material e da prova testemunhal acerca do exercício das atividades rurícolas da parte autora.

II. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício previdenciário - início de prova material apta a demonstrar a condição de rurícola e faixa etária -, é devido o benefício de aposentadoria por idade (arts. 55, § 3º, e 143, da Lei 8.213/1991).

III. Quanto ao trabalho como "boia-fria", o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem valorado a fragilidade da relação de trabalho, em que a parte mais fraca é o trabalhador, para mitigar os rigores da Lei 8.213/1991, quanto à produção de prova para essa classe de trabalhador rural.

IV. Ausente a comprovação do requerimento administrativo, a data da citação válida deve ser o termo inicial do benefício.

V. 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.

VI. Juros de mora fixados em 1% 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.

VII. Verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão (Súmula 111/STJ).

VIII. Apelação do autor parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do autor, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 26/8/2009.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Neuza Alves: – Trata-se de apelação interposta por Francisco Antônio Saldanha contra sentença (fls. 46/48) proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Guapó/GO, que julgou improcedente o pedido inicial, sob o argumento de que não foi apresentado início de prova material, apenas testemunhal, eis que a certidão da Justiça Eleitoral é prova frágil. Ademais, o autor afirmou em seu depoimento que labora atualmente como diarista na zona rural.

Em seu recurso de apelação (fls. 51/66), a parte autora alega que juntou aos autos provas de sua condição de trabalhador rural, tudo corroborado pelos depoimentos testemunhais, satisfazendo plenamente os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Neuza Alves: – A concessão do benefício especial de aposentadoria rural por idade desafia o preenchimento de três requisitos fundamentais: a existência de início de prova material da atividade rural exercida, a corroboração dessa prova indiciária por robusta prova testemunhal e, finalmente, a idade mínima necessária à concessão do benefício.

Na espécie, todos esses requisitos foram atendidos pela parte autora.

Com efeito, o início de prova material a que se refere o art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991 foi demonstrado com a apresentação dos documentos de fls. 13/15, especialmente o título eleitoral, no qual consta sua qualificação profissional como “lavrador” (fls. 14), dentre os demais que, segundo a jurisprudência desta Casa, atendem a finalidade probatória buscada no presente feito.

A Certidão da Justiça Eleitoral (fls. 15) não pode ser aceita como início de prova material, eis que contemporânea ao ajuizamento da ação, mas auxilia a compreensão, compondo o conjunto probatório.

Por outro lado, “é firme a linha de precedentes nesta Corte e no STJ no sentido de que o início razoável de prova material pode projetar efeitos para período de tempo anterior ou posterior ao nele retratado, desde que corroborado por segura prova testemunhal.”¹

Nesse passo, os depoimentos testemunhais reduzidos a termo a fls. 44/45 confirmaram que o autor laborou no campo por um período superior ao da carência exigida pela Lei 8.213/1991.

Quanto ao requisito da faixa etária, tendo o requerente nascido em 18/11/1945 (fls. 13), já possuía a idade mínima para a percepção do benefício por ocasião do ajuizamento da ação.

No tocante ao fato de que o requerente exerce atividade rural na condição de diarista, transcrevo a jurisprudência assente em nossos tribunais sobre o assunto:

Processo Civil. Previdenciário. Agravo de Instrumento. Emenda à inicial. Especificação de períodos sob pena de indeferimento. Desnecessidade, tendo em vista a natureza da atividade laboral. Agravo provido.

(...)

II. A natureza do trabalho exercido pela parte autora, ou seja, o serviço de boia-fria/diarista, torna dispensável a especificação dos períodos trabalhados, bem como os proprietários para quem tenha trabalhado, visto que tal labor foi realizado sem registro em CTPS e normalmente em pequenos períodos e para diversos proprietários, ficando praticamente impossível tal detalhamento na fase inicial do processo.

(...)

IV. Agravo provido.

(TRF/3, AG 2004.03.00.022884-1/SP, Relator Juiz Walter do Amaral, Sétima Turma, DJ de 3/12/2004, p. 616).

Previdenciário. Salário-maternidade. Criação e extensão do benefício à trabalhadora autônoma. Empregada rural.

* Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Juízas Federais Rogéria Maria Castro Debelli (convocada) e Anamaria Reys Resende (convocada).

¹ AC 2002.37.01.001564-0/MG, TRF-1ª Região, Relator Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado), Segunda Turma, julg. em 2/10/2006.

I - Ao contrário do alegado pelo réu, o salário maternidade não foi criado pelo artigo 71 da Lei 8.213/1991, uma vez que já estava previsto, inclusive, no Decreto 83.080/1979.

II - Pode ser considerada como início de prova material indicativa do exercício de atividade rural empreendido pela autora a certidão de nascimento, na qual consta anotada a profissão de lavrador do marido.

III - Havendo nos autos início de prova material corroborada por depoimentos testemunhais, deve ser reconhecida a condição de rurícola da autora para fins previdenciários.

IV - A trabalhadora designada 'boia-fria' deve ser equiparada à empregada rural, uma vez que enquadrá-la na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços.

V - Apelação do réu improvida.

(TRF/3, AC 2003.03.99.191540-1/MS, Relator Juiz Sérgio Nascimento, Décima Turma, DJ de 14/3/2005, p. 492).

Previdenciário. Aposentadoria por idade rural. Requisitos. Atividade rural. Início de prova material. Boia-fria. Juros. Pesquisa administrativa.

I. Remessa oficial tida por interposta.

II. O tempo de serviço rural pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea.

III. Em se tratando de trabalhador rural 'boia-fria', a exigência de início de prova material para efeito de comprovação do exercício da atividade agrícola deve ser interpretada com temperamento, podendo, inclusive, ser dispensada em casos extremos, em razão da informalidade com que é exercida a profissão e a dificuldade de comprovar documentalmente o exercício da atividade rural nessas condições. Precedentes do STJ.

IV. Existindo conflito entre as provas colhidas na esfera administrativa e em juízo, deve-se optar por estas últimas, porquanto produzidas com todas as cautelas legais, garantindo a imparcialidade e o contraditório.

V. Implementado o requisito etário (55 anos de idade para mulher e 60 anos para homem) e comprovado o exercício da atividade agrícola no período correspondente à carência (art. 142 da Lei 8.213/1991), é devido o benefício de aposentadoria por idade rural.

VI. Os juros de mora devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-

Lei 2.322/1987, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes do STJ.

(TRF/4, Relator Juiz Celso Kipper, Quinta Turma, DJ de 20/4/2005, p. 989).

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Boia-fria. Início de prova material. Dispensa. Declaração firmada por STR e homologada pelo Ministério Público. Contribuições previdenciárias. Desnecessidade. Correção monetária. Juros moratórios. Honorários advocatícios. Custas processuais.

I. Restando comprovado nos autos, mediante início de prova material corroborado pela prova testemunhal, o exercício da atividade laborativa rural, no período de carência, e estando preenchida a idade mínima, é de ser concedida aposentadoria por idade rural.

II. O boia-fria se traduz naquele que se desloca diariamente para propriedade rural, geralmente para executar tarefas sob empreitada. É aquele trabalhador que possui vários empregadores, porém sem qualquer formalidade: no fim da jornada recebe pelo trabalho realizado, amiúde sem recibo, e parte em busca de nova empreitada.

III. É válida a prova meramente testemunhal para demonstrar o exercício de atividade rural do boia-fria, porquanto em virtude da peculiar situação desse informal trabalho, tem a jurisprudência dispensado o início de prova material.

IV. A declaração firmada por Sindicato de Trabalhadores Rurais, devidamente homologada por membro do Ministério Público, é suficiente para o reconhecimento do exercício de atividade rurícola no período ali lançado. Precedentes do STJ.

(...)

X. Apelação do INSS improvida. Recurso adesivo da parte autora provido. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF/4, Relator Juiz Celso Kipper, Quinta Turma, DJ de 20/4/2005, p. 989).

No tema, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem valorado a fragilidade da relação de trabalho dos boias-frias para mitigar os rigores da Lei 8.213/1991, quanto à produção de prova para essa classe de trabalhador rural.

A esse respeito, os seguintes excertos dos julgados:

Processo Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Preliminar de inépcia da inicial. Inocorrência. Rurícola. Prova material. Documento novo preexistente à propositura da ação originária. Art. 85, VII, do CPC. Adoção da solução pro misero.

I. Está consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, considerada a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou boia-fria nas atividades rurais, é de se adotar a solução pro misero para reconhecer como razoável prova material o documento novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária.

II. Precedentes.

III. A certidão de casamento da qual conste como profissão do marido da autora a de lavrador, preexistente ao tempo da ação originária, é documento novo e constitui razoável prova material da atividade rurícola.

IV. Ação rescisória procedente.

(AR 2.515/SP, Relator Ministro Paulo Galloti, Terceira Seção, DJ de 9/6/2004, p. 211).

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por idade. Reconhecimento de tempo de serviço como rurícola. Prova material. Declaração de ex-empregadores contemporânea à época dos fatos alegados. Precedentes.

- Na esteira de sólida jurisprudência da 3a. Seção (cf. EREsp s 176.089/SP e 242.798/SP), afaste-se a incidência da Súmula 7/STJ para conhecer do recurso.

- Na hipótese dos autos, a recorrida demonstrou, através de declarações de ex-empregadores (fls. 10/11), que exerceu atividade rurícola como 'boia-fria', no período compreendido entre março de 1987 e fevereiro de 1997, portanto, além dos 5 anos anteriores à data do requerimento do benefício de aposentadoria por idade, o que constitui início razoável de prova documental, de acordo com o disposto no art. 55, § 3º da Lei 8.213/1991. Precedentes desta Corte.

Recurso conhecido mas desprovido.

(REsp 500.929/SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ de 15/12/2003, p. 372).

Resp. Constitucional. Previdenciário. Prova. Lei 8.213/1991 (art. 55, par. 3.). Decreto 611/1992 (art. 60 e 61). Inconstitucionalidade.

- O Poder Judiciário só se justifica se visar a verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do direito.

- A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída,

notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato.

- Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas as formalidades do direito. Tal acontece com os chamados 'boias-frias', muitas vezes impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira.

Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente do direito justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei 8.213/1991 (art. 55, par. 3.) e do Decreto 611/1992 (art. 60 e 61).

(AR 1.086/MS, Relator Ministro Edson Vidigal, Terceira Seção, DJ de 4/12/2000, p. 52).

Dessa forma, merece reforma a sentença, porque não alinhada à jurisprudência desta Corte, no tema, para julgar procedente o pedido e condenar o INSS a conceder o benefício requerido, a contar da data da citação, no valor de 1 salário mínimo.

Com relação ao termo inicial do benefício, ausente a comprovação do requerimento administrativo, deve ser ele fixado na data da citação válida, conforme entendimento pacífico desta Corte.

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.

Juros de mora fixados em 1% (um por cento) ao mês, tendo em vista a natureza alimentar da obrigação, devendo fluir da citação, quanto às prestações a ela anteriores, em sendo o caso, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriormente vencidas.

Ante o exposto, *dou parcial* provimento à apelação para condenar o INSS a pagar a aposentadoria por idade ao autor, desde a data da citação, na base de um salário mínimo, ressaltando que o crédito a ser liquidado deverá incluir as parcelas vencidas e vincendas e acrescido de correção monetária e juros moratórios, *na forma delineada na fundamentação.*

Condeno, ainda, a autarquia em honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, nos termos da Súmula 111 do STJ.

É o voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2006.35.00.007402-6/GO

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Apelante: Justiça Pública

Procurador: Dr. Daniel de Resende Salgado

Apelado: Natal Ferreira da Silva

Defensor: Defensoria Pública da União

Publicação: e-DJF1 de 9/10/2009, p. 294

Ementa

Penal e Processual Penal. Crime de descaminho. Art. 334 do Código Penal. Princípio da insignificância. Tributo iludido de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00. Arts. 18, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 10.522/2002. Atipicidade da conduta. Precedentes do STF. Apelação improvida.

I. A 2ª Seção do TRF/1ª Região, na esteira da jurisprudência do egrégio STJ sobre a matéria, vinha decidindo que o valor previsto no art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002 é o parâmetro norteador da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, por se cuidar de norma extintiva do crédito tributário. Quanto ao tributo iludido de valor superior a R\$ 100,00 (cem reais) e igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), entendia que – como determina o art. 20 e § 1º, da Lei 10.522/2002 que a respectiva execução fiscal seja suspensa, sem baixa na distribuição, podendo ser reativada, quando os valores dos débitos consolidados ultrapassarem o limite indicado – não se tratava, pois, de extinção do crédito tributário, donde não se poder invocar tal dispositivo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante, na forma da jurisprudência do colendo STJ sobre o assunto.

II. Entretanto, recentemente, ambas as Turmas do colendo STF, em acórdãos unânimes, firmaram posição no sentido de que “a análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei 10.522/2002), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei 10.522/2002), equivalente a R\$ 100,00”, inexistindo justa causa para a propositura da ação penal, quando o tributo iludido, no caso de crime de descaminho, não ultrapassa R\$ 10.000,00, tal como previsto no aludido art. 20 da Lei 10.522/2002, em face da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do Direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos (HC 96.309-9/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma do STF, unânime, julgado em 24/3/2009, *DJe* 75, divulgado em 23/4/2009 e publicado em 24/4/2009; HC 96.374-9/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, unânime, julgado em 31/3/2009, *DJe* 75, divulgado em 23/4/2009 e publicado em 24/4/2009).

III. Adoção do entendimento do STF, consolidado sobre a matéria.

IV. *In casu*, sendo o valor do tributo iludido inferior a R\$ 10.000,00 (art. 20 da Lei 10.522/2002), a conduta é atípica, em face do princípio da insignificância.

V. Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 8/9/2009

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora

Relatório

A Exm^a Sr^a Desembargadora Federal Assusete Magalhães: – A apelação criminal, interposta nos presentes autos, foi julgada, nesta Corte, na sessão de 29/1/2008. Entretanto, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 105.413/GO, em sessão realizada no dia 27/5/2008, concedeu a ordem, para anular o citado julgamento e determinar que outro fosse realizado por Turma composta, majoritariamente, por Desembargadores Federais (fls. 278/279 e 285).

Os autos foram-me então redistribuídos em 4/6/2008 (fls. 288).

Julgado o feito em 9/9/2008, a colenda 3ª Turma desta Corte deu provimento à apelação, por maioria, para julgar procedente a denúncia e condenar o acusado Natal Ferreira da Silva como incurso nas penas do art. 334, *caput*, do Código Penal, na forma explicitada no voto.

Opostos embargos de declaração, pela Defensoria Pública da União, estes foram acolhidos, para anular o julgamento do feito, realizado em 9/9/2008 (fls. 294/306), em face da ausência de intimação pessoal da embargante, restando prejudicada a apreciação do pedido de juntada do voto-vencido, mencionado a fl. 304, em face da anulação do acórdão.

Assim sendo, ratifico o relatório lançado aos autos pelo ilustre Juiz Federal Saulo Casali Bahia, então Relator Convocado, vazado nos seguintes termos (fls. 246/247):

Cuida-se de ação penal, proposta pelo Ministério Público Federal, contra Natal Ferreira da Silva, pelo cometimento do crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, pois, segundo narra a denúncia:

No dia 5 de outubro de 2002, por volta das 10:40 horas, agentes da Polícia Federal interceptaram, na BR 153, após o Posto da polícia Rodoviária, no trecho situado entre as cidades de Professor Jamil/GO e Hidrolândia/GO, os ônibus de Turismo de placa BWM 3686 e CDL 6302,

ocasião na qual constataram a existência de grande quantidade de produtos de origem estrangeira internados ilegalmente no território nacional.

Com efeito, naquela data, os ônibus foram parados por agentes da polícia federal. Durante a vistoria, foram encontrados em poder de Natal Ferreira da Silva, ora denunciado, os bens que se encontram discriminados à fl. 4, quais sejam, 449 (quatrocentose e quarenta e nove) pacotes de cigarros da marca Calvert; 349 (trezentos e quarenta e nove) pacotes de cigarros da marca Saxon; 100 (cem) pacotes de cigarros da marca Derby, bem como 50 (cinquenta) pacotes de cigarros da marca Mill, todos de procedência estrangeira, desacompanhados da comprovação do pagamento dos impostos devidos pelas suas entradas no território nacional (...).

Constatou-se, assim, que o acusado vinha do Paraguai, tendo adquirido as referidas mercadorias naquele país, com o intuito de comercializá-las nesta Capital, introduzindo-as em território nacional através da Ponte da Amizade em Foz do Iguaçu/PR" (fl. 1-B).

Tramitando o processo na primeira instância, o Juízo da 11ª da Seção Judiciária de Goiás, em um primeiro momento rejeitou a denúncia, conforme se verifica de fls. 63-68, sob o fundamento de que, no caso em tela, por tratar-se de descaminho desempenhado por camelô, ainda mais quando nas cidades existem locais destinados especificamente aos produtos oriundos de tal, "não pode o Estado-Juiz condenar tais vendedores ambulantes, os quais, no mais das vezes, são apenas pais e mais de família que buscam a sobrevivência de cada dia"; e que o Estado não age de forma isonômica nem coerente, pois, além de formular "acusação dirigida apenas a uma parte de um imenso grupo que pratica, com o conhecimento das autoridades, o contrabando ou o descaminho de produtos importados do Paraguai ou de outros países", deixando de "intentar idêntico procedimento com relação a uma ampla maioria de cidadãos que praticam o mesmo fato"; que somente há crime "no contrabando de grande expressão econômica, promovido por grupos organizados", o que não é a hipótese dos autos; e que não há elementos de prova no sentido de que o denunciado teria iludido o pagamento de imposto devido pela entrada das mercadorias em território nacional.

Interposto, pelo Ministério Público Federal (fls. 70-81), recurso em sentido estrito, a decisão que rejeitara a denúncia foi reformada (cf. fls. 119-125), tendo os autos sido baixados e o feito prosseguido normalmente.

Finda a instrução criminal, sobreveio a sentença de fls. 197-202 que, com fulcro no art. 386, VI do CPP, absolveu o acusado, ao entendimento de que não houve o cometimento do crime de descaminho, primeiro, porque não há prova nos autos de que as mercadorias atribuídas ao denunciado são de fabricação nacional destinadas exclusivamente à exportação, sendo, portanto, de internação proibida, haja vista que apenas consta às fls. 52-53 que as mesmas são de origem estrangeira (Paraguai e Uruguai) e desacompanhadas de documentação comprobatória de sua importação regular; e, segundo, porque, como “não há elementos de prova no sentido de que ele teria iludido o pagamento de imposto devido pela entrada dessas mercadorias no território nacional”, a conduta é atípica, pois, no caso, o “que se incrimina é a ação de iludir (fraudar, burlar)”. Ademais, alega que “a perda das mercadorias, para pessoas pobres, como no caso, já constitui uma pena muito severa, pois atinge exatamente os recursos de que se utilizam para a sua sobrevivência”, pelo que “Não pode o Estado impor pena mais severa do que essa a quem quer, apenas, trabalhar para sobreviver”.

Irresignado com a sentença absolutória, o Ministério Público Federal interpôs a presente apelação. Sustenta o apelante, em resumo, na peça de fls. 208-219, que a ação de iludir não pressupõe o emprego de fraude com o propósito de enganar o fisco, sendo suficiente a introdução, no país, de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação fiscal em valor superior à cota de isenção, ou seja, “a burla consiste em não declarar às autoridades alfandegárias, por iniciativa do próprio agente, a introdução em território nacional de produto que ultrapassa a quota prevista e, assim frustrar o pagamento dos impostos federais devidos”, pelo que, sendo conduta omissiva, inexistente necessidade de se provar o fim especial de agir do agente; e que não se trata apenas de ilícito fiscal, pois busca-se proteger o mercado formal contra o informal e clandestino, ainda mais que não há o lançamento, pela Fazenda Nacional, do tributo, mas apenas a aplicação da pena de perdimento.

Processado o recurso, ascendem os autos a este Tribunal, manifestando-se a Procuradoria Regional da República, em parecer firmado pelo Procurador Regional Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, pela reforma da sentença (cf. parecer de fls. 230-231v).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao exame do eminente revisor, nos termos regimentais.

É o relatório.

Voto*

A Exm^a Sr^a Desembargadora Federal Assuete Magalhães: – Natal Ferreira da Silva foi denunciado pela suposta prática do crime descrito no art. 334, caput, segunda parte, do Código Penal.

O Ministério Público Federal apela da sentença que julgou improcedente o pedido e absolveu o acusado com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, ao fundamento de que de que não houve o cometimento do crime de descaminho. Primeiro, por não haver prova, nos autos, de que as mercadorias atribuídas ao denunciado são de fabricação nacional destinadas exclusivamente à exportação, sendo, portanto, de internação proibida, constando, apenas, que as mesmas são de origem estrangeira (Paraguai e Uruguai) e estavam desacompanhadas de documentação comprobatória de sua importação regular. Segundo, por inexistir “elementos de prova no sentido de que ele teria iludido o pagamento de imposto devido pela entrada dessas mercadorias no território nacional”, sendo, pois, a conduta atípica, de vez que, no caso, o “que se incrimina é a ação de iludir (fraudar, burlar)”.

O Juízo *a quo* afirma, outrossim, que “a perda das mercadorias, para pessoas pobres, como no caso, já constitui uma pena muito severa, pois atinge exatamente os recursos de que se utilizam para a sua sobrevivência”, pelo que “Não pode o Estado impor pena mais severa do que essa a quem quer, apenas, trabalhar para sobreviver”.

O *parquet* sustenta no apelo, basicamente, que a ação de iludir não pressupõe o emprego de fraude com o propósito de enganar o Fisco, sendo suficiente a introdução, no país, de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação fiscal, em valor superior à cota de isenção.

Narra a denúncia que, no dia 5/10/2002, por meio de fiscalização da Polícia Federal ocorrida entre

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Jathy Fonseca (convocado).

as cidades de Hidrolândia (GO) e Professor Jamil (GO) foram interceptados os ônibus de turismo de placa BWM3686 e CDL6302, provenientes de Foz do Iguaçu – PR, trazendo passageiros que haviam feito compras em Ciudad Del Este, na República do Paraguai, ocasião em que constataram a existência de grande quantidade de produtos de origem estrangeira, entre os quais “449 (quatrocentos e quarenta e nove) pacotes de cigarros da marca CALVERT; 349 (trezentos e quarenta e nove) pacotes de cigarros da marca SAXON; 100 (cem) pacotes de cigarros da marca DERBY, bem como 50 (cinquenta) pacotes de cigarros da marca MILL”, apreendidos, ante a inexistência de comprovação de sua regular internação no território nacional.

A materialidade restou comprovada também pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 4/5), pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 30/32), e pelo Laudo de Exame Merceológico (fls. 49/53).

No interrogatório perante a autoridade policial (fls. 7/8), o acusado confessa o delito, inclusive tecendo comentários acerca do preço pelo qual adquiriu as mercadorias em Ciudad Del Este e declarando que elas teriam como destino o comércio local de Goiânia/GO, quando receberia de terceiros R\$ 5,00 (cinco reais) por caixa de cigarro trazida. Declara, ainda, não possuir qualquer documento que comprove a introdução regular dos cigarros no País e ter conhecimento de sua conduta delituosa.

Em Juízo, ao ser interrogado (fls. 160/161), confirmou os fatos narrados na denúncia, afirmando, *in verbis*:

(...) que há quatro anos trabalhou como 'laranja', trazendo mercadorias do Paraguai; que ganhava aproximadamente 200 reais por viagem; que às vezes fazia duas viagens por semana; que a última vez que foi ao Paraguai foi em 2004; que nas últimas viagens já trazia mercadorias para si próprio; que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que, na ocasião, trouxe as mercadorias do Paraguai, recebendo 10 reais por caixa; que eram vários os donos das mercadorias, não se recordando o nome deles; que acha que o local de entrega seria na Praça da Igreja São Judas Tadeu, no Setor Coimbra – Goiânia/GO; que ia receber os valores no ato da entrega; que aceitou realizar as viagens por estar sem emprego e por ser um 'bon negócio'.

A peça acusatória imputa ao acusado a conduta típica descrita no art. 334, *caput*, segunda figura, do Código Penal, que estabelece:

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

Com efeito, não há dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitiva. O núcleo do tipo, no caso, está em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido, caracterizado, *in casu*, pelo ingresso de mercadoria estrangeira no território nacional, desacompanhada da devida documentação fiscal, sendo indiferente, portanto, a alegação do acusado de que não houve “unidade de propósitos (intenção de iludir) para a consecução do ocorrido”. A conduta descrita no referido tipo penal prescinde do comportamento ardiloso para iludir a fiscalização, bastando, para sua caracterização, a entrada, no país, de produto estrangeiro sem o respectivo pagamento do tributo.

Conquanto haja quem afirme a necessidade da prática de atos ardilosos, por parte do agente, com a finalidade de ludibriar o pagamento do tributo, para que reste tipificada a conduta, a jurisprudência majoritária desta Corte tem asseverado que o núcleo iludir estaria caracterizado com a simples omissão no pagamento do imposto devido com a introdução da mercadoria no território nacional. Entre vários precedentes, destacamos:

Penal. Contrabando e descaminho. Ato de iludir o pagamento de tributos: caracterização. Princípio da insignificância.

I. A não apresentação de mercadoria importada na repartição competente, para o pagamento dos tributos incidentes, tipifica por si só o crime de descaminho. A sua consumação não exige necessariamente a prática de atos fraudulentos adicionais, tendentes a iludir o pagamento.

II. Não deve o aparelho punitivo do Estado ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. Não configura descaminho o não pagamento de tributos relativos a mercadoria importada, em pequena quantidade ou de valor inexpressivo, sobretudo por comerciantes ambulantes.

III. Provimento do apelo do réu. *Apelação do Ministério Público prejudicada.* (RCCR 93.01.21665-5/DF, Rel. Desembargador Federal

Hilton Queiroz, 3ª Turma, unânime, *DJU* de 14/3/1997, p. 14.588)

Penal e Processual Penal. Crime de descaminho. Aquisição de mercadoria estrangeira, sem cobertura documental. Retratação.

I. Havendo a demonstração da introdução de mercadoria estrangeira no território nacional, sem a documentação fiscal correspondente, com vontade deliberada de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto devido, tem-se por configurado o crime tipificado no art. 334, § 1º, “c”, do Código Penal.

II. A retratação do acusado no interrogatório judicial não desautoriza o teor da sua confissão pré-processual, quando os demais elementos informativos dos autos, vistos de forma conjunta, evidenciarem que não passa (a retratação) de uma estratégia de defesa.

III. Improvimento da apelação. (ACR 2002.33.00.023925-0/BA, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, 3ª Turma, unânime, *DJU* de 22/10/2004, p. 31)

Processual Penal. Descaminho. Dolo genérico.

I. Para a caracterização do delito de descaminho, basta a introdução no território nacional de mercadoria estrangeira, em quantidade superior ao limite legal, desacompanhada da necessária documentação fiscal, sendo desnecessária a comprovação de que houve o emprego de artifícios específicos tendentes a iludir os agentes fiscalizadores (precedentes).

II. Apelação não provida. (ACR 2001.38.00.013336-7/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, *DJU* de 24/3/2006, p. 28)

Nesse sentido, também já se manifestou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Recurso especial. Descaminho. Dolo genérico.

I. O tipo subjetivo do descaminho é o dolo, genérico, consistente na vontade livre e consciente de iludir, no todo ou em parte o pagamento do tributo. Nenhuma outra conduta é exigida, bastando ao tipo que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à cota.

II. Recurso conhecido e provido. (REsp 125.423/SE, Rel. Ministro Edson Vidigal, 5ª Turma, unânime, *DJU* de 30/11/1998, p. 184)

Penal. Dissídio pretoriano não demonstrado. Não conhecimento. Incidência do óbice da súmula 284/STF. Aplicação do art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255 e parágrafos do RISTJ.

Descaminho. Mercadorias de pequeno valor. Princípio da insignificância.

I. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único do CPC c/c o art. 255 do RISTJ) de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

II. A simples introdução no território nacional de mercadoria estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática artilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho.

III. Tratando-se, entretanto, de mercadorias de valor de pouca expressão econômica, a infração não se caracteriza em obséquio ao princípio da insignificância. Precedentes.

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 238.373/PE, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, unânime, *DJU* de 12/5/2000, p. 153)

Desse modo, os fundamentos da sentença não se aplicam ao presente processo, uma vez que tinha o acusado plena consciência da ilicitude de sua conduta, bem como da origem estrangeira da mercadoria que transportava para outrem, conforme afirmou em seu interrogatório perante a autoridade policial (fls.7/8) e em Juízo (fls. 160/161), sendo que, no primeiro, declarou que, “em virtude de operação levada a efeito pela Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR os passageiros juntamente com os guias deliberaram por permanecerem mais alguns dias” e que, “devido a celebração de uma espécie de pacto aproximadamente 400 (quatrocentos) ônibus em comboio, por volta das 12hs30min de ontem, deixaram Foz do Iguaçu/PR com destino a esta cidade”. A conduta do acusado amolda-se, pois, ao tipo penal do art. 334, *caput*, do Código Penal.

Analiso, a seguir, a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância ao caso dos autos.

Dispõem os arts. 18, § 1º, e 20, §§ 1º e 4º, da Lei 10.522/2002, *in verbis*:

Art. 18.(...)

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais). Art. 20. Serão

arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei 11.033, de 2004).

§ 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.

(...)

§ 4º No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do art. 28 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, para os fins de que trata o limite indicado no caput deste artigo, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas. (Incluído pela Lei 11.033, de 2004).

Vinha eu decidindo, na esteira da jurisprudência do egrégio STJ e da 2ª Seção do TRF/1ª Região sobre a matéria, que o valor previsto no art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002 é o parâmetro norteador da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, por se cuidar de norma extintiva do crédito tributário.

Quanto ao tributo iludido de valor superior a R\$ 100,00 (cem reais) e igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), entendia que – como determina o art. 20 e § 1º, da Lei 10.522/2002 que a respectiva execução fiscal seja suspensa, sem baixa na distribuição, podendo ser reativada, quando os valores dos débitos consolidados ultrapassarem o limite indicado – não se tratava, pois, de extinção do crédito tributário, donde não se poder invocar tal dispositivo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante, na forma da jurisprudência do colendo STJ sobre o assunto.

Corroborando tal entendimento, destaquem-se os seguintes arestos da 5ª e 6ª Turmas do STJ e do TRF/1ª Região:

Penal. Recurso Especial. Descaminho. Débito fiscal. Artigo 20, caput, da Lei 10.522/2002. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da lei 10.522/2002. Cancelamento do crédito fiscal. Matéria penalmente irrelevante. Extinção da punibilidade. Prescrição antecipada. Impossibilidade.

I. A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao

valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II. O art. 20, caput, da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III. In casu, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

IV. Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

V. Recurso especial provido. (STJ, REsp 944.893/PR, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, unânime, DJe de 7/4/2008).

Habeas Corpus. Direito penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Valor excedente. Incabimento.

I. “O art. 20, caput, da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.” (REsp 685.135/PR, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 2/5/2005).

II. Se o valor do tributo excede o limite pelo qual o Estado expressa o seu desinteresse pela cobrança, não há falar em aplicação do princípio da insignificância.

III. Ordem denegada. (STJ, HC 35.987/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, unânime, DJe de 3/3/2008).

Penal. Descaminho. Art. 334 do código penal. Lei 10.522/2002. Valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas superior a R\$ 100,00 (cem reais). Habitualidade. Princípio da insignificância. Não aplicação.

I. Segundo jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas excede o valor de R\$ 100,00 (cem reais), não há que se aplicar o princípio da insignificância. Entendeu aquela Corte que o arquivamento, em caso dos débitos inscritos na dívida ativa da União, acima de R\$ 100,00 (cem reais) até o limite de R\$ 10.000,00

(dez mil reais), não implica em renúncia fiscal, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, tendo em vista o disposto no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal, que contém a previsão de que os autos serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.

II. No presente caso, o valor das mercadorias apreendidas, de propriedade do recorrido, que confessou a habitualidade na prática do tipo penal em tela, é de aproximadamente R\$ 800,00 (oitocentos reais), sendo o tributo devido superior a R\$ 100,00 (cem reais). Impõe-se, assim, a não aplicação do princípio da insignificância.

III. *Recurso provido.* (TRF 1ª Região, RCCR 2005.38.04.004365-0/MG, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, 4ª Turma, unânime, e-DJFI de 7/8/2008)

Direito Penal. Crime de Descaminho. Lei 10.522/2002. Teoria da Insignificância. Inaplicabilidade.

I. Consoante precedente da Egrêgia Segunda Seção deste Tribunal para fins de aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho a lesividade do delito deve ser considerada a partir do valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas, tendo como parâmetro máximo o valor previsto no art. 18, §1o da Lei n. 10.522/2002 (R\$ 100,00) (Cf. EINRC 2005.34.00.025889-8/DF).

II. *Recurso provido.* (RCCR 2005.38.04.004361-6/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Lino Osvaldo Serra Sousa, 3ª Turma, maioria, e-DJFI de 25/7/2008)

Penal. Crime de descaminho. Introdução de mercadoria estrangeira no território nacional, sem cobertura documental. Mercadoria de valor expressivo.

I. O fato de a Fazenda Pública não ajuizar execução fiscal de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da Portaria 49, de 2004, do Ministério da Fazenda, e mesmo a teor do art. 20 da Lei 10.522/2002, não justifica a aplicação da teoria da insignificância em casos de descaminho de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de forma generalizada. O valor do tributo devido em razão da internalização irregular da mercadoria é apenas um dos aspectos levados em conta no exame da lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a Administração Pública.

II. Sendo expressivo o valor da mercadoria estrangeira apreendida, sem cobertura fiscal R\$ 6.080,00 (seis mil e oitenta reais), não se aconselha a aplicação do princípio da insignificância, consoante jurisprudência desta Corte.

III. As teorias que dão os contornos específicos ao minimalismo penal - alinhadas na realização dos postulados do Estado Democrático

de Direito - não podem servir de incentivo à prática criminosa, pois descambariam para o abuso, em clara ofensa ao interesse público.

IV. *Recurso em sentido estrito provido.* (TRF 1ª Região, RCCR 2004.35.00.004509-3/GO, Rel. Juiz Federal Convocado César Cintra Fonseca, 3ª Turma, unânime, e-DJFI de 18/4/2008).

Processual Penal e Penal. Embargos infringentes. Descaminho. Princípio da insignificância. Artigo 18, § 1º, Lei 10.522/2002.

É inaplicável o princípio da insignificância - crime de descaminho - quando mesmo que se proceda ao desconto do valor da cota de isenção, considerando a alíquota de 50% sobre a quantia remanescente, percebe-se que o tributo iludido é, em muito, superior ao patamar do artigo 18, § 1º da Lei 10.522/2002. Precedente do STF. (Embargos Infringentes 2005.38.00.008682-5/MG, Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, 2ª Seção do TRF/1ª Região, maioria, julgado em 28/5/2008, e-DJFI de 18/6/2008).

Em 19/8/2008, a 2ª Turma do colendo STF decidiu pela aplicação do princípio da insignificância, à luz do art. 20 da Lei 10.522/2002, na hipótese de descaminho, envolvendo tributo de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no *Habeas Corpus* 92438-7/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, conforme divulgado no Informativo do STF 516, cuja ementa foi publicada em 19/12/2008:

Ementa: *Habeas Corpus. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de execução fiscal. Lei 10.522/2002, art. 20. Irrelevância administrativa da conduta. Inobservância aos princípios que regem o direito penal. Ausência de justa causa. Ordem concedida.*

I. De acordo com o artigo 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.

II. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.

III. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade,

da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

IV. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

V. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (HC 92.438-7/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma do STF, unânime, julgado em 19/8/2008, DJe de 19/12/2008, p. 925).

Após, em 23/9/2008, a mesma colenda 2ª Turma do STF julgou o HC 95.749-8/PR, Relator o eminente Ministro Eros Grau, enfrentando o art. 20 da Lei 10.522/2002, em crime de descaminho, e concluindo de acordo com a posição adotada no anterior HC 92.438-7/PR, de relatoria do ilustre Ministro Joaquim Barbosa (HC 95.749-8/PR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma do STF, unânime, julgado em 23/09/2008, DJe de 7/11/2008, p. 708)

No egrégio STJ, apenas a sua 6ª Turma, por maioria, em duas oportunidades, em 14/10/2008 e 28/10/2008, aplicara o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor do tributo é inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), à luz do art. 20 da Lei 10.522/2002, fazendo-o em face da decisão do STF, no HC 92.438-7/PR (Agravamento Regimental no REsp 992.756-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/acórdão o Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma do STJ, maioria, julgado em 14/10/2008, DJe de 3/11/2008; Agravamento Regimental no REsp 1.021.805-SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/acórdão o Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma do STJ, maioria, julgado em 28/10/2008, DJe de 17/11/2008).

A 4ª Turma do TRF/1ª Região, na linha do entendimento predominante no egrégio STJ, continuava a manter a posição da 2ª Seção do TRF/1ª Região, no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor do tributo iludido supera R\$100,00 (cem reais), na forma do art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002, não prevendo o art. 20 do mesmo diploma legal hipótese de extinção do crédito tributário (Embargos Infringentes 2005.38.00.008682-5/MG, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 2ª Seção do TRF/1ª Região, maioria, julgado em 28/5/2008, e-DJF1 de 18/6/2008; RSE

2006.38.00.007228-6/MG, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, julgado em 19/1/2009, e-DJF1 de 30/01/2009, p. 26; RCCR 2007.34.00.024039-6/DF, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, julgado em 16/12/2008, e-DJF1 de 20/1/2009, p. 206; EIfNu 2004.43.00.001314-5/TO, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 2ª Seção do TRF/1ª Região, maioria, julgado em 15/4/2009).

Assim, entendi ser mais prudente, para a mudança da jurisprudência majoritária da 2ª Seção do TRF/1ª Região, sobre o assunto, que se aguardasse manifestação, sobre a matéria, à luz do art. 20 da Lei 10.522/2002, de ambas as Turmas do Pretório Excelso ou de seu Plenário, posição, aliás, que vinha adotando, nesta 3ª Turma, no julgamento de hipóteses análogas.

Porém, o Diário de Justiça eletrônico do colendo STF, de 75, publicou, em 24/4/2009, acórdãos da 1ª e da 2ª Turmas da Corte Suprema, ambos unânimes, no sentido de que “a análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei 10.522/2002), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei 10.522/2002), equivalente a R\$ 100,00”, inexistindo justa causa para a propositura da ação penal, quando o tributo iludido, no caso de crime de descaminho, não ultrapassa R\$ 10.000,00, tal como previsto no aludido art. 20 da Lei 10.522/2002, em face da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do Direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos:

Ementa: Habeas Corpus. Constitucional. Penal e Processual Penal. Trancamento da ação penal. Paciente processado pela infração do art. 334, caput, do Código Penal (descaminho). Alegação de incidência do princípio da insignificância. Existência de precedente do supremo tribunal favorável à tese da impetração. Habeas corpus concedido para determinar o trancamento da ação penal.

I. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois,

apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.

II. A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei 10.522/2002), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei 10.522/2002), equivalente a R\$ 100,00.

III. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

IV. Ordem concedida. (HC 96.309-9/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma do STF, unânime, julgado em 24/3/2009, DJe 75, divulgado em 23/4/2009 e publicado em 24/4/2009)

Direito Penal. Habeas Corpus. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Valor sonogado inferior ao fixado no art. 20 da lei 10.522/2002. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

I. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pela paciente com base no princípio da insignificância.

II. No caso concreto, a paciente foi denunciada por transportar mercadorias de procedência estrangeira sem pagar quaisquer impostos, o que acarretou a sonegação de tributos no valor de R\$ 1.715,99 (mil setecentos e quinze reais e noventa e nove centavos).

III. O art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (valor modificado pela Lei 11.033/2004).

IV. Esta colenda Segunda Turma tem precedentes no sentido de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonogada não ultrapassar o valor previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002.

V. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus. (HC 96.374-9/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, unânime, julgado em 31/3/2009,

DJe 75, divulgado em 23/4/2009 e publicado em 24/4/2009).

Assim, diante da posição unânime de ambas as Turmas do colendo STF sobre a matéria, rendo-me àquele entendimento.

No caso presente, o valor das mercadorias apreendidas é de R\$ 9.980,00 (nove mil, novecentos e oitenta reais), conforme Laudo Merceológico (fl. 49/50), pelo que, evidentemente, o tributo iludido não supera o *quantum* de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, donde aplicável o entendimento sobre o assunto, consolidado pela Corte Maior.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Voto revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Jatahy Fonseca: – Como se depreende do relatório e voto proferidos pela eminente Relatora, trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal da sentença que absolveu Natal Ferreira da Silva da prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal.

De acordo com o laudo merceológico de fls. 49/50, o réu introduziu em território nacional mercadorias de procedência estrangeira avaliadas em R\$ 9.980,00 (nove mil, novecentos e oitenta reais) sem o pagamento dos impostos devidos pela internação dos produtos.

Por não bastar a simples subsunção do fato à norma, a doutrina e jurisprudência pátrias vêm mitigando o rigor do juízo de adequação ao qual se submetem os fatos e abrindo espaço, em hipóteses excepcionais, para aplicação do princípio da insignificância que leva em conta a *tipicidade material*, trazendo para o conceito de tipo o conteúdo valorativo necessário à sua adaptação à citada teoria finalista. Sobre o tema ensina Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas

sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante. (Princípios Básicos de Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.)

Esta Turma vem entendendo, quanto ao crime de descaminho, que, diante da inexpressividade econômica de mercadorias apreendidas com denunciados, não é aceitável que se mova a máquina judiciária para se subsumir uma conduta ao conceito de crime quando esta venha sendo aceita pela sociedade.

Conservo o entendimento, já recorrente na jurisprudência desta Turma, que toma por base, para a fixação do valor irrisório, aquele considerado dispensável pela União para a propositura de ação de execução fiscal, conforme o art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004, segundo o qual não há interesse na execução de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A propósito, confira-se:

Penal. Processo penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Denúncia. Rejeição. CPP, art. 43, I.

I. Na hipótese, foram encontradas com a denunciada mercadorias estrangeiras no valor de R\$ 2.850,00 (dois mil, oitocentos e cinquenta reais), conforme atestam o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal e o Laudo de Exame Merceológico elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística.

II. Não merece censura a decisão que rejeita a denúncia por atipicidade de conduta, visto que a 3ª Turma vem entendendo que não se deve falar em crime de descaminho, em se tratando de posse de pequena quantidade de mercadorias estrangeiras, de reduzido valor, que por si só já indica inexistir lesão ao Fisco, de modo que autorize a movimentação

do aparelho estatal encarregado da repressão. Precedente.

III. A Segunda Turma do STF concedeu ordem de habeas corpus para trancar ação penal, por ausência de justa causa, contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho, ao fundamento de que o art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004, tem como parâmetro para o ajuizamento de execuções fiscais o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, por conseguinte, não é admissível que uma conduta considerada irrelevante no âmbito administrativo o seja para o Direito Penal (HC 92438 - Fonte: Informativo 516 do STF).

IV. Recurso improvido.

(RCCR 2006.38.02.005612-1/MG, Relator Des. Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 de 26/9/2008, p. 597.)

A Lei Penal, como *ultima ratio*, não pode considerar típico o ato de iludir o pagamento de imposto em valor inferior àquele que a própria Fazenda Pública entende impassível de execução. Isso porque se não há pretensão executiva cível, não se podendo compelir judicialmente o devedor ao pagamento, o que se dirá da pretensão punitiva penal, impondo-se o cerceamento à liberdade do cidadão pelo não pagamento de débito que sequer por processo judicial pode ser exigido: tal seria o contrassenso de tornar o direito penal, com sua ação violenta, preferível à ação civil para a cobrança de débitos.

Dessa forma, tendo por base o valor das mercadorias, conforme avaliado pelo laudo pericial de fls. 49/50, a absolvição do apelado, pela aplicação do princípio da insignificância, é medida que se impõe.

Ante o exposto, acompanho a eminente Relatora para negar provimento ao apelo.

É como voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

1999.38.00.035671-0/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Laene Pevidor Lanca
Apelado: Gisele Neves Santiago Cardoso
Apelado: Adriana Neves Santiago Cardoso
Advogado: Dr. Paulo Alfredo Unes Pereira
Publicação: e-DJF1 de 9/10/2009, p. 314

Ementa

Penal. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Crime omissivo. Autoria e materialidade comprovadas. Dificuldades financeiras não demonstradas. Apelação provida.

I. O art. 95, “d”, da Lei 8.212/1991 foi revogado pelo art. 3º, da Lei 9.983/2000, diploma legal esse que, em seu art. 1º, fez acrescentar ao Código Penal o art. 168-A, prevendo, sob a rubrica “Apropriação indébita previdenciária”, ser crime, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”.

II. Embora o legislador tenha dado ao tipo penal do art. 168-A o *nomen juris* de “apropriação indébita previdenciária”, contudo, diferentemente da apropriação indébita prevista no *caput* do art. 168, do Código Penal, na acima mencionada “apropriação indébita previdenciária” não se exige, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de se apropriar do bem, e não o restituir. Ao contrário, em raciocínio que, inclusive, se aplica ao caso sob exame, basta, para a configuração do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, a conduta omissiva de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal. Precedente jurisprudencial da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal.

III. O tipo penal de apropriação indébita previdenciária não exige o *animus* de ter para si os valores das contribuições descontadas e não repassadas à Previdência Social, nem de causar lesão à Administração Pública.

IV. Tanto a materialidade quanto a autoria do delito de apropriação indébita previdenciária restaram comprovadas nos autos.

V. Uma vez que inexistem nos autos provas suficientes e seguras de que os valores não foram repassados à previdência social em virtude de comprovada dificuldade financeira por que estaria passando a empresa, conclui-se que não há que se cogitar na ocorrência *in casu* da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

VI. Sentença reformada.

VII. Apelação criminal provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 15/9/2009.

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, relator.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (relatora convocada): - Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público Federal, às fls. 224/231, contra a v. sentença de fls. 206/221 que, julgando improcedente a imputação contida na denúncia, absolveu as réis *Gisele Neves Santiago Cardoso* e *Adriana Neves Santiago de Paula* da prática do delito tipificado no art. 168-A, § 1º, I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em defesa de sua pretensão, argumentou o recorrente, em síntese, que:

1 – O crime em discussão caracteriza-se como omissivo próprio, ou seja, consuma-se com o simples desconto em folha dos empregados-segurados das quantias relativas às contribuições previdenciárias e a posterior omissão no recolhimento aos cofres da seguridade social. (fl. 226);

2 – Ademais, a insinuação de que a conduta das recorridas guarda semelhança com situações de simples inadimplemento de obrigação junto ao credor, vislumbrada pela r. decisão, não resiste a uma análise detida sobre a natureza jurídica dos crimes previdenciários. (fl. 227);

3 – (...) Não se põe em dúvida que o tipo penal tutela também a administração pública, e de modo tão severo que é punível até mesmo na forma culposa, o que não acontece com a apropriação indébita comum. (fl. 228)

4 – Por oportuno, *ad argumentandum tantum*, ainda que se admitisse a excludente de ilicitude decorrente de dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, tais dificuldades não foram comprovadas nos autos. (fl. 230) e

5 – Destarte, a materialidade e autoria se apresentam largamente comprovadas nos autos, tanto pelo procedimento administrativo carreado nos autos quanto pelas diligências efetuadas no inquérito policial, somados, ainda, aos depoimentos do acusado na fase policial, que confessou o cometimento do fato delituoso descrito na denúncia; ademais, inexistente qualquer causa excludente de ilicitude ou culpabilidade. (fl. 231).

Contra-razões apresentadas pelas recorridas às fls. 246/250.

Subiram os autos a esta Corte Regional Federal, ocasião em que o Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, proferiu parecer em que opinou pelo provimento da apelação (fls. 254/257).

Processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal, em 12/2/2008.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes (relator) - Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da presente apelação criminal.

De início, faz-se necessário observar que o art. 95, “d”, da Lei 8.212/1991 foi revogado pelo art. 3º, da Lei 9.983/2000, diploma legal esse que, em seu art. 1º, fez acrescentar ao Código Penal o art. 168-A, prevendo, sob a rubrica “Apropriação indébita previdenciária”, ser crime, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”.

Destaque-se que, embora o legislador tenha dado ao tipo penal do art. 168-A o *nomen juris* de “apropriação indébita previdenciária”, contudo, diferentemente da apropriação indébita prevista no *caput* do art. 168, do Código Penal, na acima mencionada “apropriação indébita previdenciária” não se exige, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de se apropriar do bem, e não o restituir.

Ao contrário, em raciocínio que, inclusive, se aplica ao caso sob exame, basta, para a configuração do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, a conduta omissiva de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal.

Esse, aliás, é o entendimento firmado pela Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal, conforme se verifica da leitura do acórdão cuja ementa vai a seguir

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

transcrita e que, *concessa venia*, vislumbro como aplicável ao caso presente:

Penal. Processual penal. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Art. 168-A, § 1º, I, c/c o art. 71, ambos do código penal. Apropriação indébita previdenciária. Autoria e materialidade comprovadas. Inexigibilidade de conduta diversa. Não comprovação. Hipótese de prisão criminal e não prisão civil por dívida.

(...)

III. O crime de apropriação indébita não exige para sua consumação o dolo específico, consistente no *animus rem sibi habendi*.

IV. Autoria e materialidade demonstradas.

(...)

VII. Apelação provida, para condenar a acusada nas penas do art. 168-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal

(TRF1ª Região, ACR 2004.38.00.001116-1/MG, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 17/3/2009, publicado no *e-DJFI* de 28/4/2009, p. 357).

Verifica-se, assim, que o tipo penal de apropriação indébita previdenciária não exige o *animus* de ter para si os valores das contribuições descontadas e não repassadas à Previdência Social, nem de causar lesão à Administração Pública.

Por outro lado, no caso em exame, tem-se que tanto a materialidade quanto a autoria do delito de apropriação indébita previdenciária restaram comprovadas nos autos, a teor do que se depreende do Relatório Fiscal – Apropriação Indébita de fls. 8/11, da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito de fl. 12, além do apontado pelo Ministério Público Federal, nas suas alegações finais, no sentido de “(...) *que não podem prosperar as alegações de que as contribuições não eram descontadas dos empregados, tampouco aquelas outras de que houve problemas de desvio de dinheiro com uma funcionária responsável pelo recolhimento das referidas contribuições visto que, os descontos estão demonstrados nas folhas de pagamento acostadas nos autos (fls. 25/35); não foram reunidas provas dos supostos desvios nos autos*” (fl. 179).

No que se refere às alegadas dificuldades financeiras, ressalte-se que as réas não trouxeram aos autos elemento de prova que pudesse, com a necessária segurança, embasar essa linha de argumentação, não

sendo possível, portanto, reconhecer a ocorrência da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, uma vez que inexistem nos autos provas suficientes e seguras de que os valores não foram repassados à previdência social em virtude de comprovada dificuldade financeira por que estaria passando a empresa, conclui-se que não há que se cogitar na ocorrência *in casu* da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Diante disso, dou provimento à presente apelação criminal, para, reformando a v. sentença *a quo*, condenar as réas, ora apeladas, *Gisele Neves Santiago Cardoso e Adriana Neves Santiago de Paula*, pela apontada prática do delito capitulado no art. 168-A, do Código Penal.

Passo, pois, em conjunto, à dosimetria da pena das acusadas.

Sem notas negativas a pesar sobre as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal, fixo a pena-base, para as réas, no patamar mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento.

Sem agravantes ou atenuantes. Em se verificando a continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal), aumento a pena base em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, mantido o mesmo valor para o dia-multa, na forma em que acima fixado.

O regime inicial do cumprimento da pena é o aberto (art. 33, §2º, c, do Código Penal).

Presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

Custas pelas réas. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome das réas no rol dos culpados, oficiando-se ao egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais, para os fins de direito.

É o voto.

Voto revisor

É como voto.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel, revisor (convocado): – Nada a acrescentar ao Relatório de fl. 208.

Compulsando os autos verifico que a materialidade está evidenciada pelo Relatório Fiscal (fl. 8/11), a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (fl. 12) e documentos que a instruem (fls. 25/35) que informam sobre a não quitação do débito da empresa do Réu, e a autoria restou demonstrada pela Alteração Contratual da empresa *Textil Campo Belo Indústria e Comércio de Confecções Ltda.* que comprovam ser as rés *Gisele Neves Santiago Cardoso* e *Adriana Neves Santiago de Paula* suas sócias-gerentes (fl. 20/23), o que não foi infirmado pelas provas constantes dos autos.

No tocante à alegada dificuldades financeiras que impediam a empresa de cumprir com a referida obrigação, não lograram as Rés carrear aos autos elementos probatórios suficientes a demonstrar a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, sendo que a prova de tal alegação é ônus da defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *dou provimento ao Recurso* para julgar procedente a denúncia e condenar *Gisele Neves Santiago Cardoso* e *Adriana Neves Santiago de Paula* como incursoas nas penas do artigo 168-A, combinado com o artigo 71, ambos do Código Penal.

Sem circunstâncias judiciais desfavoráveis a considerar, fixo a pena-base no mínimo legal em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

Por se tratar de crime continuado, artigo 71 do Código Penal, aumento em 1/6 (um sexto) a pena-base, e pela ausência de agravante ou atenuantes ou demais causas de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime aberto (artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal).

Atento ao que dispõe o artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Quinta Turma

Apelação Cível

2005.34.00.015042-8/DF

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante:	Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade
Procurador:	Dr. Arthur Badin
Apelado:	Chocolates Garoto S/A e outro
Advogado:	Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros
Publicação:	e-DJF1 de 2/10/2009, p. 264

Ementa

Intervenção do Estado na economia. Ato de concentração de empresas (Nestlé e Garoto). Indeferimento de aprovação pelo Cade. Pedido de reapreciação com proposta de desinvestimento. Manutenção do indeferimento. Voto do relator. Falta de motivação adequada. Anulação desse voto e, em consequência, da decisão, tomada por maioria de um voto. Sentença em que se considera aprovado o ato de concentração por decurso de prazo (art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994). Fundamento de falta de motivação na requisição de diligências suspensivas desse prazo. Insustentação. Provimento parcial à remessa oficial e à apelação. Deferimento parcial do pedido inicial, por outro fundamento.

I. A disposição do art. 54, § 7º (segunda parte), da Lei 8.884/1994 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos “nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento - e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento -, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal” (parecer do MPF).

II. A alegação de fato consumado é incompatível com a justificativa do pedido inicial de antecipação de tutela: “Nem se alegue haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, desde já, as Autoras apresentam ‘Termo de Responsabilidade de Preservação da Reversibilidade da Operação’. Tal como feito no âmbito do Cade, por meio desse Termo são adotadas medidas aptas a preservar condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura das empresas até o julgamento do mérito da presente ação”.

III. Não bastasse a provisoriedade insita a situação criada sob o pálio de antecipação de tutela, resultados obtidos numa situação em que a sorte do ato de concentração econômica ainda está pendente de aprovação não são totalmente confiáveis. De outra parte, o fato de as empresas terem optado por realizar o negócio para só após requererem aprovação pelo Cade, quando poderiam ter requerido preventivamente tal aprovação, desautoriza a alegação de fato consumado.

IV. Quanto às várias alegações de nulidade do processo administrativo, a pedra de toque é o voto de mérito do Relator originário, no julgamento do pedido de reapreciação. Nesse pedido, pretenderam as empresas “fossem sanados erros da decisão anterior, como a construção equivocada” de sua participação de mercado, “e a possibilidade de serem desmembrados ativos tanto da Nestlé como da Garoto para serem vendidos, de modo a solucionar as preocupações concorrenciais da decisão”.

V. Na argumentação das Autoras, “considerando-se o índice decorrente dos dados econômicos auditados pela ACNielsen, rotineiramente utilizado pelo Cade, inclusive em precedente que envolvia o mesmo mercado de chocolates, a participação da Nestlé/Garoto no mercado de chocolates sob todas as formas seria reduzida para

38,2%”, o que seria “absolutamente aceitável do ponto de vista concorrencial, além de situar-se bem abaixo do índice aceito pelo Relator, de 44,47%”.

VI. Desde o início do processo, a possibilidade de uma solução intermediária entre a aprovação e a desaprovação total do ato de concentração havia sido cogitada, conforme se verifica na manifestação da Secretaria de Defesa Econômica, a que aderiu a Procuradoria do Cade, no parecer do Ministério Público Federal (reafirmado em parecer no pedido de reapreciação), e no voto (vencido) do então Presidente do Cade, no julgamento originário.

VII. Vencido na preliminar de não conhecimento do pedido de reapreciação, o Relator rejeitou o que chamou de “proposta resultante de uma reengenharia” do ato de concentração (criação de nova empresa do mercado de chocolates, com a transferência de ativos e produtos da Nestlé e da Garoto), argumentando: a) haver equívoco das empresas quando interpretam seu voto, no julgamento originário, como admitindo índice de 44,47% na concentração de mercado de chocolates; b) a existência da Garoto em sua forma integral é melhor para o mercado e para os consumidores e um bem para o Estado do Espírito Santo, o Município de Vila Velha e os trabalhadores; c) a operação proposta pela Nestlé “é qualitativamente inferior, do ponto de vista da rivalidade competitiva nesse mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo Cade”, “além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração de mercado relevante”.

VIII. Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%. Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%) e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto.

IX. Em segundo lugar, a manutenção do *status quo* será sempre melhor (*qualitativamente superior*) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Mas, com base nessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração de empresas. É necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. No voto do Relator, aceitando-se implicitamente os índices fornecidos pelo Instituto ACNielsen (com o que fica superada discussão sobre o caráter sigiloso dos dados colhidos pela SEAE/MF), não foi enfrentada a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta.

X. Contra a validade do voto do Relator ainda conspiram o fato de, após sua saída do Cade, não ter sido (aquele voto) confirmado por novo relator designado para o processo, apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos.

XI. A anulação desse voto causa a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, uma vez que a decisão deu-se pela maioria de um voto.

XII. Provimento parcial à remessa oficial, tida como interposta, e à apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento, pelo Cade, do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento se proceda na devida forma (item *j* do pedido inicial).

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 9/9/2009.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – Em 15/3/2002, Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé Brasil”) e Chocolates Garoto S.A. (“Garoto”), submeteram à apreciação da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) “operação estruturada no País, mediante a qual a Nestlé Brasil subscreveu um aumento de capital na Garoto, com posterior resgate de ações”, operação essa mediante a qual “a Nestlé Brasil passou a deter a totalidade do capital social da Garoto” (depois do fechamento do negócio, “a Garoto passou a ser uma subsidiária integral da Nestlé Brasil”). Requereram “aprovação do Cade, sem restrições, entendendo que não resultava em qualquer forma de concentração econômica que pudesse, ainda que potencialmente, causar efeitos deletérios ao mercado. Ao contrário, por gerar efeitos benéficos à cadeia de consumo, bem como à economia nacional, deveria ser incondicionalmente aprovada, na forma da lei”.

Em 27/3/2002, foi firmado entre a Nestlé Brasil Ltda. e o Cade “Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação” (fls. 184-191).

Em 7/10/2002, a SEAE/MF ofereceu parecer técnico, concluindo: a) “dos fatos apresentados até agora observa-se que, se a indústria apresentar diferenciação de produtos, os resultados teóricos indicam que existe a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante e, além disso, que não seria ótimo para a única rival contestar este aumento de preços”; b) “o mercado de chocolates poderia alcançar um novo equilíbrio a preços mais altos do que os atuais”; “além disso, dadas as deficiências econômicas apresentadas pelas Requerentes, os ganhos de eficiência decorrentes da operação não seriam justificáveis para aprová-la”; c) “por outro lado, pesquisas de opinião junto aos consumidores representativos dos segmentos problemáticos (tabletes e caixa de bombons) indicam que a fidelidade à marca entre as três principais firmas desta indústria não é evidente”; “aparentemente, o consumidor destes produtos considera como equivalentes os produtos oferecidos pela Nestlé, Lacta e Garoto”; d) “consequentemente, a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante seria nula, e o ato deveria ser aprovado”; e)

caberia ao plenário do Cade fazer seu julgamento em cima dos fatos expostos e os que porventura fossem juntados ao processo “e determinar qual atitude a ser tomada neste Ato” (fl. 235).

Em 9/12/2002, a SDE/MJ manifestou-se, concluindo: “o poder de mercado adquirido pela Nestlé com a aquisição da Garoto não pode ser inibido pela entrada de importações, pela entrada de um novo concorrente nem tampouco pela rivalidade das empresas já presentes nos mercados relevantes analisados, pelo menos no curto prazo”; b) “o exercício unilateral do poder de mercado por parte da Nestlé é altamente provável, por passar a deter um monopólio no mercado relevante de coberturas de chocolate líquidas, por possuir elevada capacidade ociosa na produção de coberturas de chocolate”; c) “nos mercados relevantes de chocolates de consumo imediato, de tabletes entre 101g a 400g, de tabletes culinário, de ovos de páscoa e de caixas de bombons, por possuir marcas que são a primeira e a segunda escolha dos consumidores para muitos chocolates (por exemplo, caixas de bombons) e/ou pelo amplo portfólio de produtos que passou a deter, o que lhe permite aumentar o preço de alguns produtos e mesmo assim conseguir aumentar o seu faturamento (para muitos produtos, a maioria dos consumidores ou aceitará pagar o preço mais elevado ou migrará para produtos Nestlé/Garoto)”; d) “além disso, o exercício coordenado do poder de mercado é também altamente provável. A Lacta não possui capacidade (sua capacidade ociosa é muito baixa) e nem tampouco interesse em adotar uma postura agressiva frente a aumentos gerais nos preços dos chocolates das Requerentes. É muito mais lucrativo acompanhar esses aumentos”; e) “independentemente da forma pela qual se manifeste o poder de mercado das Requerentes (unilateral ou coordenadamente), os consumidores e os clientes finais (caso das coberturas) podem ser prejudicados com a aprovação desta operação *na forma em que se apresenta*”; f) “é necessário, portanto, avaliar qual condição de aprovação do ato seria suficiente para restabelecer a concorrência nos mercados relevantes analisados. Para tanto, inicialmente, é importante considerar que qualquer solução que não contemple conjuntamente as três variáveis (rede de distribuição, marca e capacidade instalada) não será eficaz, no sentido que não será capaz de inibir o exercício do poder de mercado das Requerentes, pelo menos no curto prazo. Vale ainda dizer que, dessas três variáveis,

as mais problemáticas são a marca e a montagem de uma rede de distribuição...”; g) “todavia, a operação não suscita preocupações concorrenciais nos mercados relevantes de balas e confeitos, chocolates em pó e achocolatados em pó. No entanto, cabe registrar a dificuldade de encontrar uma solução para aprovar a operação somente nesses mercados, tendo em vista que a Garoto possui apenas uma unidade fabril. Não constam nos autos informações sobre as possibilidades de alienação/aquisição segmentada, cabendo às empresas comprovar perante o Cade essa possibilidade”; h) “diante das questões colocadas, a aprovação do ato só pode se dar mediante a imposição de condições que inviabilizem o exercício do poder de mercado adquirido, conforme apontado no presente parecer. Caberia, portanto, às Requerentes apresentar perante o Cade alternativas que impeçam tal exercício e eficiências que possam compensar a restrição substancial da concorrência, nos mercados relevantes afetados, o que, até o momento, não ocorreu” (fls. 340-342).

Em 10/12/2002, despachou a SDE/MJ: “a aprovação da operação, na forma como apresentada, só pode ser realizada mediante a imposição de condições que inviabilizem o exercício do poder de mercado adquirido. Nesta hipótese, caberá às Requerentes apresentar perante o Cade alternativas que impeçam tal exercício e eficiências que possam compensar a restrição substancial da concorrência, nos mercados relevantes afetados, o que, até o momento, não ocorreu” (fl. 343).

Em 11/2/2003, a Procuradoria do Cade ofereceu parecer, com a seguinte conclusão: a) “restou demonstrado pela análise de todos os opinativos exarados no processo que as concentrações resultantes nos diversos segmentos delimitados – ressalvado o de balas e confeitos – são elevadas o suficiente para viabilizar a adoção de práticas restritivas por parte da adquirente”; b) “as barreiras são elevadas e as eficiências apresentadas não justificam a restrição decorrente da aprovação da operação, eis que não se afigurou presente o atendimento do estabelecido no artigo 54, § 1º, da Lei 8.884/1994”; c) “adere esta Procuradoria à sugestão formulada pela SDE na parte final de seu opinativo no sentido de que a aprovação da operação só possa se efetivar caso sejam impostas pelo e. Plenário condições que inviabilizem o exercício de poder de mercado dela decorrente” (fl. 407).

Em 20/5/2003, o Ministério Público Federal ofereceu parecer no sentido de que “o Ato de Concentração ora em análise pode ser aprovado pelo Cade, incorporando-se na decisão, as condições de caráter resolutivo do acordo de preservação e reversibilidade de conduta, por prazo razoavelmente considerado na medida em que se preservarem como efeitos da concentração aquelas exigências do art. 54, § 1º e 2º, para a aprovação do ato sem prejuízo de que tais exigências possam ser estendidas, diminuídas ou aumentadas em quantidade/extensão como obrigações estabelecidas no próprio título executivo, de acordo com o Compromisso de Desempenho (art. 58, da Lei 8.884/1994)” (fls. 459-460).

Em 10/2/2004, foi publicada decisão do Cade, em que “o Tribunal, por maioria, determinou a desconstituição da operação, nos termos do voto do Relator. Vencido o Presidente, que a aprovava com restrições” (fl. 461). Do voto do relator, extrai-se a conclusão de que “não cabe aqui adotar a solução comportamental porque a nossa lei não permite que seja adotada essa solução em casos como o presente. A celebração de compromisso de desempenho, prevista no art. 58 da Lei 8.884/1994, é uma alternativa conferida ao Cade quando for verificado que determinada operação, embora potencialmente prejudicial à concorrência, atende às condições elencadas no § 1º, do art. 54, de modo a assegurar, pelo estabelecimento de metas e sob certas penas, a obrigação de que tais condições serão efetivamente cumpridas. Ora, como já demonstrado, a operação em tela não atende aos requisitos impostos pelo § 1º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, o que, portanto, impõe ao Cade tão somente a não aprovação do Ato e a adoção das medidas necessárias ao seu desfazimento” (fl. 603). Seguiram o voto do relator, Conselheiro Tompson Andrade, os votos dos Conselheiros Roberto Augusto Catellanos Pfeiffer (fl. 631), Fernando de Oliveira Marques (fls. 642-643), Cleveland Prates Teixeira (fl. 648) e Luiz Alberto Esteves Scaloppe (fl. 651). Divergiu o Presidente, Conselheiro João Grandino Rodas, em cujo voto as Requerentes deveriam “submeter ao Cade, observado o prazo de 30 dias, a contar da publicação do acórdão, plano de desconstituição parcial da operação” (fls. 666-667).

Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”) e Chocolates Garoto S.A. (“Garoto”) ingressaram com *Pedido de Reapreciação*, datado de 15/3/2004, propondo

“disponibilizar um conjunto de ativos fixos (produtivos) e intangíveis (ativos comerciais, marcas e propriedade intelectual), a fim de viabilizar o desinvestimento” “para ambas as requerentes, incluindo a desconstituição total do negócio de coberturas da Nestlé, atendendo, assim, o objetivo final da decisão expressa no item A da parte dispositiva do voto do Relator, oferecendo-se *‘um negócio inteiro, independente e sustentável’*, para a entrada de um novo concorrente” (fls. 693 e 696).

Em 16/4/2004, a Procuradoria do Cade manifestou-se “pelo não conhecimento do Pedido de Reapreciação por ausência de fato ou documento novo, exigido nos termos da Resolução 15/98”. Quanto ao mérito, opinou “pelo não provimento do pedido, considerando que não há qualquer ilegalidade, inobservância de formalidade a ser corrigida ou incoerência entre os fundamentos apresentados e o dispositivo da decisão” (fl. 820). Em 27/5/2004, a Procuradoria-Geral do Cade reafirmou esse parecer (fl. 847).

Em 21/6/2004, o Ministério Público Federal manifestou-se “pelo conhecimento e pela procedência do Pedido de Reapreciação feito, pela Nestlé Brasil Ltda. e pela Chocolates Garoto S/A contra decisão colegiada do Cade que determinou a desconstituição total do ato de concentração por elas realizado, para ajustar à proposta anterior a sugestão de desinvestimento parcial feita pela Nestlé/Garoto no Pedido de Reapreciação” (fls. 903-904).

Em 14/7/2004, votou o relator, Conselheiro Tompson Andrade, pelo não conhecimento e, no mérito, negando provimento ao Pedido de Reapreciação. Considerou, especialmente, que “a operação ora proposta pela Nestlé é qualitativamente inferior, do ponto de vista da manutenção da rivalidade competitiva no mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo Cade, não podendo receber” o seu “voto de aprovação, além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração do mercado relevante” (fl. 955). Prosseguindo no julgamento, “o Tribunal, por maioria, afastou a preliminar de não-conhecimento do Pedido de Reapreciação. Vencidos, nesse tocante, o Relator e os Conselheiros Cleveland Prates e Roberto Pfeiffer. O Presidente fez uso do voto de qualidade. Votação Parcial do Mérito: Após o voto do Relator negando provimento ao Pedido de Reapreciação, mantendo

a decisão anteriormente proferida, pediu vista o Conselheiro Esteves Scaloppe; aguardam os demais” (fls. 906-907).

Em 1º/9/2004, foi homologado pelo plenário do Cade, por maioria, despacho do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe em que decidira “produzir audiência pública” que lhe permitisse “integrar aos autos manifestações de coletivo eventualmente afetado por decisão administrativa, bem como, informá-lo do até aqui tratado e do papel do Cade” (fls. 980 e 982-984). Seguiu-se, em 2/9/2004, a sessão de audiência pública (fls. 994-999).

Em 5/10/2004, reiniciado o julgamento, votou o Conselheiro Luiz Scaloppe “pelo acolhimento da proposta contida no pedido de reapreciação” (fls. 1.043-1.044 e 1.687). Em seguida, “o Tribunal, por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Ricardo Cueva e Delorme Prado, indeferiu a alegação de fato novo, julgando assim subsistente o voto do Conselheiro Relator originário” (fl. 1.060). Na mesma sessão votaram: a) o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcelos, “pela não aceitação do pacote de ativos por entendê-los incapaz de gerar um competidor efetivo capaz de restaurar as condições mínimas de concorrência” (fls. 1.063 e 1.657); b) o Conselheiro Delorme Prado, “pela aceitação da proposta de desinvestimento” (fl. 1.069 e 1.710); c) o Conselheiro Augusto Castellanos Pfeiffer, “pela não aceitação do plano de desinvestimento proposto pela Nestlé” (fl. 1.078 e 1.646). Proclamou-se o resultado do julgamento: “... o Conselho, por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Esteves Scaloppe e Delorme Prado, rejeitou o pedido de reconsideração, no mérito, da Nestlé, sendo que anteriormente também por maioria de votos havia aceito a análise do mérito” (fl. 1.079).

Em 10/2/2005, Nestlé Brasil Ltda. (Nestlé) e Chocolates Garoto S.A. (Garoto) ingressaram com embargos de declaração, pretendendo: “a) sanar omissão quanto a inexistência de menção ao decurso de prazo no acórdão embargado e sua respectiva fundamentação; b) sanar omissão quanto ao decurso de prazo superveniente, no que se refere ao pedido de reapreciação; c) sanar contradição e omissão quanto a qualificação jurídica da audiência pública e das demais audiências, documentos e esclarecimentos posteriores ao voto do Relator originário no que concerne à exceção de fato novo; d) sanar omissão no

que respeita à ausência de contraditório e ampla defesa relativamente aos inúmeros documentos juntados posteriormente à decisão do pedido de reapreciação; e) sanar omissão de motivação/fundamentação quanto à observância, no exame do mérito do pedido de reapreciação, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; f) sanar omissão quanto a motivação/fundamentação respeitante à alegada insuficiência da proposta de desinvestimento para elidir os efeitos anticoncorrenciais” (fl. 1.736).

Em 27/4/2005, por unanimidade, foi negado provimento aos embargos de declaração (cópia de acórdão à fl. 1.740).

Em 24/5/2005, foi distribuída a presente ação, cujos pedidos sucessivos são: “a) o reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática do ato de concentração submetido à apreciação do Cade em 15/3/2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994 sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação; b) caso o pedido anterior não possa ser atendido, o que se admite apenas para argumentar, requer-se seja reconhecido o direito das autoras à aprovação do pedido de reapreciação submetido ao Cade em 15/3/2004, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994 sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; c) o reconhecimento do direito das autoras ao devido processo administrativo, decretando-se a nulidade do julgamento do ato de concentração pelo Cade, ocorrido em 4/2/2004, por violação do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa (existência de dados secretos), com o consequente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática do ato de concentração por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; d) caso não seja possível o acolhimento do pedido de aprovação automática do ato de concentração, constante da alínea anterior, o que se admite somente para argumentar, seja decretada a nulidade do julgamento do ato de concentração ocorrido em 4/2/2004, a fim de que o Cade profira novo julgamento com observância das garantias constitucionais; e) o reconhecimento do direito das autoras ao devido processo administrativo, decretando-se a nulidade do julgamento do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, por violação do princípio constitucional

do contraditório e ampla defesa (documentos novos), com o consequente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática desse pedido de reapreciação, por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; f) caso não seja possível o acolhimento do pedido de aprovação automática do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, constante da alínea anterior (e), o que se admite somente para argumentar, seja decretada a nulidade do julgamento desse pedido de reapreciação, a fim de que o Cade profira novo julgamento, com observância das garantias constitucionais; g) o reconhecimento do direito das autoras ao devido processo administrativo, decretando-se a nulidade do julgamento do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, pela ilegal subsistência do voto do Relator Conselheiro Tompson (instrução superveniente ao voto), com o consequente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática desse pedido de reapreciação, por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; h) caso não seja possível o acolhimento do pedido de aprovação automática do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, constante da alínea anterior (g), o que se admite somente para argumentar, seja decretada a nulidade do julgamento desse pedido de reapreciação, a fim de que o Cade profira novo julgamento; i) o reconhecimento do direito das autoras ao devido processo administrativo, decretando-se a nulidade do julgamento do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, por ausência de fundamentação, com o consequente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática do plano de desinvestimento, por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; j) caso não seja possível o acolhimento do pedido de aprovação automática do pedido de reapreciação ocorrido em 5/10/2004, constante da alínea anterior (i), o que se admite somente para argumentar, seja decretada a nulidade do julgamento desse pedido de reapreciação, a fim de que o Cade profira novo julgamento, observando a garantia constitucional da motivação dos atos administrativos; k) o reconhecimento do direito das autoras à observância, pelo Cade, do devido processo administrativo (princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa, da razoabilidade, da proporcionalidade), decretando-se a nulidade do julgamento do ato de concentração, ocorrido em 4/2/2004, com o consequente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática do ato de

concentração, por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; l) o reconhecimento do direito das autoras à observância, pelo Cade, do devido processo administrativo (princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa, da razoabilidade, da proporcionalidade), decretando-se a nulidade do julgamento do pedido de reapreciação, ocorrido em 5/10/2004, com o conseqüente reconhecimento do direito das autoras à aprovação automática do pedido de reapreciação, por decurso de prazo, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou; m) caso não seja possível o acolhimento integral dos pedidos deduzidos nas alíneas anteriores (k e l), o que se admite somente para argumentar, seja decretada a nulidade dos respectivos julgamentos, a fim de que o Cade profira novo julgamento, observando os princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade; n) o reconhecimento do direito das autoras à observância, pelo Cade, do devido processo administrativo (princípios constitucionais da segurança jurídica, da razoabilidade e da efetividade) – fato consumado -, com o conseqüente reconhecimento do direito das autoras à aprovação do ato de concentração, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou” (fls. 79-81).

A sentença, de 16/3/2007, vem às fls. 3.974-4.009, na qual foi deferido “o pedido das autoras” e declarado “aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do Cade em 15/3/2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”.

Apela o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, argumentando, no essencial: a) que a restrição do acesso a informações “decorre de imposição legal de proteção do sigilo comercial (art. 1.191 do Código Civil); “de mais a mais, consoante muito bem pontuou o ilustre membro do MPF, ‘o cerceamento de defesa não é caracterizado apenas pela impossibilidade de acesso a determinada informação. É preciso também que seja demonstrada qual seria a utilização daquelas informações para a sua defesa no processo. Isso não foi feito pelas autoras’. Em outras palavras, invoca o *Parquet* a observância ao princípio *pas de nullité sans grief* (art. 250 do CPC)”; b) quanto à alegação de juntada de “documentos” somente após o julgamento do pedido de reapreciação, “os

‘documentos’ referidos são *memoriais* e *pareceres* apresentados pelas partes interessadas no processo – inclusive as próprias apelantes! – às vésperas do julgamento”; “as apeladas não dedicaram uma linha sequer para demonstrar em que medida a decisão seria diferente caso referidos memoriais e pareceres fossem submetidos ao contraditório”; c) “o fato de algumas informações terem sido requisitadas pelo próprio Cade não altera as razões antes expostas, no sentido de que, não tendo sido consideradas na decisão, não podem ter carreado às apelantes qualquer violação ao contraditório e ampla defesa”; d) “o juízo *a quo* considerou que houve violação ao devido processo legal porque o Cade teria descumprido o art. 17-A de seu Regimento Interno”, no entanto, “o Conselho deliberou, à unanimidade, que referida audiência pública não configurava ‘fato ou prova novos relevantes e capazes de, por si só, modificar significativamente o contexto decisório’”; “referida ‘audiência pública’ não foi uma ‘audiência de instrução’ (onde se faria a colheita de provas como oitiva de testemunhas e depoimento pessoal das partes)”; “basta verificar que nem as apelantes nem mesmo o juízo *a quo* teriam apontado qual seria o ‘fato ou prova novos relevantes e capazes de, por si só, modificar significativamente o contexto decisório’ decorrente da viagem do Conselheiro Luiz Scaloppe a Vila Velha/ES. Nenhuma informação decorrente daquela audiência pública foi sequer cogitada no julgamento”; e) “ao Cade compete a presidência do processo administrativo, sempre orientada pelo princípio da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, cabendo-lhe, portanto, o dever-poder de decidir sobre a necessidade ou não de instrução do processo, com o desiderato de proferir um julgamento consistente”; “por isso, está afeta ao juízo do órgão administrativo julgador presidente do processo a decisão sobre a prescindibilidade ou não de uma diligência de instrução, sendo tal decisão indiscutivelmente atinente ao mérito administrativo”; f) “o juízo *a quo*, inovando em relação à matéria debatida nos autos, alegou que todos os ofícios do Cade requisitando informações seriam nulos, ..., por ausência de motivação!”; “não é verdade que os ofícios não foram motivados. Todos ofícios contêm motivação que, embora sucinta, é suficiente, pois não deixa dúvidas quanto à finalidade e o fundamento legal de competência do ato administrativo”; “além de formalmente declinado o interesse na instrução do processo administrativo

(motivação) e os fundamentos legais (competência), a motivação da requisição de tal informação é imanente à própria requisição: levantar dado sobre preços dos produtos, volume de produção, custos etc.”; “não se pode olvidar que o processo administrativo é informado pelos princípios da informalidade e praticidade”; “não se observa nem mesmo nos processos judiciais tal excesso de formalismo no sentido de se exigir uma decisão formal com relatório e motivação quando o magistrado, por iniciativa própria, determina a realização de uma diligência instrutória, como requisição de informações de terceiros, depoimento pessoal ou oitiva de testemunhas”; “exigir decisão excessivamente motivada, nesses casos, poderia até revelar convicções preliminares do julgador acerca do mérito do feito implicando pré-julgamento”; “as apeladas não impugnaram em nenhuma oportunidade tais diligências, o que demonstra sua concordância, ao menos tácita”; g) “não pode a parte que aceitou fosse o processo administrativo julgado no mérito se insurgir posteriormente, fundando-se em fato anterior ao julgamento, sob pena de se instaurar eterna insegurança nas relações processuais e na validade do procedimento administrativo”; “se as apeladas estavam apenas esperando para ver se o resultado do julgamento do processo administrativo lhes seria favorável, concordando, portanto, que o julgamento se realizasse, não podem vir agora pretender questionar a validade da realização do julgamento, do qual participou, inclusive proferindo sustentação oral”; “a espera do resultado do julgamento do processo administrativo é ato logicamente incompatível com interesse em reivindicar a aprovação automática por decurso de prazo”; “a concordância com a realização do julgamento do ato de concentração implica renúncia do direito de invocar fato anterior que impedisse o julgamento”; “é evidente que a regra da ‘aprovação automática’ é uma norma que visa resguardar direito particular das empresas ao rápido pronunciamento da Administração, e não social”; h) “não houve aprovação automática do ato, pois o Cade praticou diligências e atos que suspenderam o curso do prazo (Lei 8.884/1994, art. 54, § 8º)”; “limites de tempo, sob pena de se tornarem irrealizáveis, não podem ser aplicados sem considerar a complexidade, impacto e sutilezas do caso concreto, sob pena de prejudicar o julgamento consistente e apurado por parte da administração pública, o que acabaria por negar vigência ao princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*), impedindo-a de garantir e concretizar os princípios

fundamentais que informam a ordem constitucional econômica, tais como a livre concorrência, a defesa do consumidor e repressão e prevenção ao abuso do poder econômico (CF, art. 170, IV e V c.c. art. 173, § 4º)”; “a determinação da Lei 8.884/1994, art. 54, § 6º, deve ser interpretada *cum grano salis* e ponderada de acordo com a proporcionalidade, postulado normativo da interpretação/aplicação do direito”; “não estão presentes os requisitos que permitiram a aplicação do referido dispositivo, o caso revela que a administração não se omitiu, pelo contrário, foi diligente e atuante, o que consumiu tempo, mas de modo justificável e adequado, ou seja, não foi omissa”; “o próprio processo judicial em primeira instância revela a complexidade do caso. Sem nenhum juízo de crítica, os fatos demonstram que o juízo *a quo* demorou exatos dois anos para sentenciar o feito, abordando apenas aspectos de direito e formais”; “no âmbito administrativo, a complexidade envolvia questões de direito formais e substanciais, complicadas questões econômicas e econométricas, além de instrução do processo, o que revela que o processo administrativo não foi demorado diante da complexidade da matéria e interesses em jogo”; “a demora muito se deveu à necessidade de garantir à Nestlé o direito de se manifestar a respeito de fatos e documentos que eram apresentados por terceiros interessados na desaprovação da operação” (fls. 4.021-4.052).

As apeladas apresentaram contrarrazões, argumentando, essencialmente: 1) “a sentença atacada reconheceu que o Apelante valeu-se de dados aos quais as Apeladas não tiveram acesso, sem que houvesse detalhamento e regulamentação na Lei 8.884/1994 desse procedimento, agindo, então, de forma exageradamente discricionária”; “não há qualquer dispositivo constitucional ou legal impedindo que as apeladas tivessem acesso a todos os dados constantes do processo para que pudessem exercer em plenitude seu direito à ampla defesa e ao contraditório”; “impertinente a alegação de que a apresentação dos dados às Apeladas importaria em quebra de confiança na autarquia que não mais conseguiria obter informações dos agentes econômicos, pois o Cade dispõe de mecanismos legais para tanto e os utiliza em todos os casos que lhe são submetidos”; “restou comprovado que a SEAE utilizou metodologia baseada em informações prestadas diretamente por fabricantes de chocolates, concorrentes das Apeladas, com

evidente interesse econômico na desaprovação do ato de concentração, notadamente relativas aos seus faturamentos. Esse termo, como se sabe, pode contemplar inúmeras variáveis (faturamento com ou sem imposto, faturamento incluindo ou não vendas para fora do mercado relevante nacional etc.) o que impossibilita a formação de uma base confiável para a comparação dos dados”; a SEAE “elaborou uma tabela de participação – *market share* – em percentuais em que esses vários dados confidenciais que serviram de base são totalmente suprimidos, inclusive na versão disponibilizada para as Apeladas, ainda que eles tenham sido utilizados pelo Relator e demais Conselheiros em seus votos”; “sustentando nessas informações confidenciais sobre o faturamento de algumas empresas, o Cade – sem que as Apeladas pudessem saber que esses dados seriam utilizados de forma absoluta pelo Relator e pelo plenário até ser proferida a decisão que implicou pela desconstituição total da operação, assumiu os seguintes percentuais de participação conjunta da Nestlé/Garoto em cada mercado relevante: a) mercado de balas e confeitos – 3,70%; b) mercado de achocolatados – 61,2%; c) mercado de cobertura de chocolates – 88,5%; d) mercado de chocolates sob todas as formas – 58,41%”; “ainda que se tratassem de dados confidenciais, esse sigilo jamais poderia ser invocado contra as Apelantes, por serem elas partes no processo”; “as informações colhidas pela SEAE, que subsidiaram seu parecer, sua memória de cálculo, os dados que a levaram a concluir pela elevada concentração de mercado foram mantidos, a todo momento, em absoluto sigilo, fato que jamais foi contestado pelo Cade”; “na esmagadora maioria dos julgamentos de atos de concentração que precederam ao das Apeladas, inclusive nos que envolviam o mercado de chocolates, o Cade valeu-se dos índices apurados pelo principal Instituto internacional de pesquisa e auditoria de mercado, a consultoria AC/Nielsen”; “esse Instituto apurou, por exemplo, o índice de participação das Apeladas no mercado relevante de ‘chocolates sob todas as formas’ – que é o principal mercado no caso ora *sub judice* -, como sendo de aproximadamente 47%, e não de 58,41%, como concluiu o Cade baseado nos dados obtidos pela SEAE”; “a existência de clara discrepância entre os dados percentuais utilizados pelo Cade e pelo Instituto AC/Nielsen, por certo, obrigava ainda mais o apelado a viabilizar o acesso das Apeladas à base de dados formada para apuração do índice utilizado na decisão,

até porque no acórdão administrativo proferido foi declarado explicitamente pelo Relator em contradição com o que constou na parte fundamental do decisório, como sendo aceitável um índice de cerca de 45% de concentração, muito próximo ao índice apurado pela AC/Nielsen, de 47,8%”; 2) “a aceitação do referido índice consta do item ‘A’ da parte dispositiva do voto do Relator, Conselheiro Tompson Andrade, onde ele determina a venda da Garoto a quem não possua participação no mercado superior a 20%”; “considerando a participação da Garoto como sendo 24,47%, segundo o Cade, uma concentração próxima a 45% seria perfeitamente aceitável”; “já era estrita e desfavorável às Apeladas o índice AC/Nielsen, pois esse Instituto igualmente ignora, por força da aplicação de sua metodologia de pesquisa, alguns importantes pontos de vendas no mercado relevante, como por exemplo, lojas de departamento, lojas de conveniência, e lojas próprias de fabricantes de chocolates ali chamados indevidamente de artesanais”; “no voto do Relator, com base no *market share* obscuro e equivocado encontrado pela SEAE, cujos dados que o embasaram, repita-se, são desconhecidos das Apeladas, apontou-se ter a Nestlé uma participação do mercado de 33,94% e a Garoto 24,47%, totalizando 58,41%. Já os dados da AC/Nielsen indicaram serem essas participações de 28,3% e de 19,5%, respectivamente, ou seja 47,8%, participação muito próxima ao tido por aceitável pelo Cade”; “por conta desse injustificado equívoco na formulação das participações de mercado, motivada em sua origem pela investigação confidencial da SEAE, a participação de mercado conjunta foi espantosamente aumentada em 22,41% acima do real (de 47,8% para 58,41%)”; “tal fato induziu em erro não só o Relator, mas todos os membros do Conselho que votaram pela desconstituição do negócio, em decorrência de terem considerado que a operação acarretaria ‘uma alta concentração’, ultrapassando o índice de 50% tido como limite para aceitação das eficiências compensatórias da operação e, por conseguinte, para sua aprovação”; “as empresas receberam solicitações da SEAE para apresentarem dados sobre o seu ‘faturamento’. Esse termo, contudo, contempla inúmeras variáveis para sua formação, tais como exportação, vendas em valor líquido sem tributos ou com estes, política comercial de bonificações, devoluções etc. Não se sabe, porém, como foram respondidos pelas empresas e como foram considerados esses elementos na formação do índice apurado pela

SEAE e adotado pelo Cade, tendo em vista o caráter de confidencialidade atribuído a essas respostas”; “dados de alguns fabricantes industriais como, por exemplo, a Neugebauer (que de acordo com a AC/Nielsen tinha 2,2% do mercado relevante em 2001), sequer foram pedidos pelo SEAE, para composição de seu índice. Esses ‘outros’ fabricantes, embora de pequeno porte, são ‘players’ importantes do mercado e suas marcas estão presentes nos pontos de venda e, na época, representavam 9,4% do mercado”; “somente quando do voto do Relator foi que as Apelantes souberam que no exame do ato de concentração Nestlé/Garoto não seria aplicado o índice do Instituto Nielsen, já que, como dito, o Cade sempre se vale desses índices, quando o mercado é medido por esse reconhecido instituto de pesquisa”; “ao fazerem as Apeladas os estudos sobre a viabilidade da aquisição basearam-se nesse índice, que, aliás, era o referendado na jurisprudência do Cade, como válido para medir o mercado de chocolates”; 3) “a sentença apelada reconheceu que memoriais, pareceres e documentos requisitados pelos próprios conselheiros foram juntados somente após concluído o julgamento”; “ao ensejo de audiências de instrução realizadas após a apresentação do pedido de reapreciação, foram encaminhados pela opositora ao ato de concentração diversos documentos que acabaram por não ser juntados aos autos antes do julgamento do pedido de reapreciação, grande parte dos quais foram fornecidos atendendo a solicitação dos Conselheiros presentes em tais atos, documentos esses, sobre os quais, repese-se, as Apeladas não puderam se manifestar, dando causa à ocorrência de grave ofensa ao princípio do contraditório”; “não é crível supor que os Conselheiros do Cade tenham solicitado documentos que, ou seriam absolutamente desnecessários ao deslinde da controvérsia e, portanto, serviriam apenas para retardar ainda mais a solução da demanda e tornar ainda mais volumoso o processo, ou sequer foram por eles analisados, o que caracterizaria procedimento totalmente incompatível com os princípios da moralidade e da eficiência, configurando também clara violação ao princípio do devido processo legal”; “a prevalecer o tortuoso raciocínio do apelante, ausente, por exemplo, a contestação da parte ré porque violado o princípio do contraditório e da ampla defesa, o processo somente poderia ser anulado se a parte prejudicada demonstrasse de que forma a apresentação da peça poderia alterar o convencimento do julgador”;

“o que importa, o que realmente deve ser considerado, é que o contraditório e a ampla defesa deveriam ter sido assegurados às Apeladas, ainda que os Conselheiros não viessem a se sensibilizar com os argumentos por elas trazidos, mantendo seus anteriores convencimentos”; “especificamente em relação ao ‘Estudo de Avaliação Econômico-Financeira dos Ativos Propostos para Venda’ preparado pela Singular Assessoria Financeira, cumpre mencionar que se trata de importante documento, e que, embora tenha servido explicitamente de referência para o Conselheiro Luiz Carlos Prado, que votou pela aceitação do plano de desinvestimento em face do vultoso valor encontrado para a venda dos ativos, era ignorado pelo Conselheiro Luiz Scaloppe, como ele próprio afirmou na sessão do dia 20/10/2004 e, possivelmente, por outros, já que foi juntado aos autos somente oito dias após terem sido proferidos os votos na primeira parte da sessão do dia 5/10/2004”; “ocorrendo a juntada de qualquer documento aos autos, o sistema processual vigente determina que se dê vista à parte para manifestação, independentemente de sua utilização pelo julgador na decisão a ser proferida”; “considerando que desde a data daquele julgamento não houve qualquer causa que justificasse a suspensão do prazo para deliberação previsto no art. 54, § 6º, o pedido de reapreciação haveria de ser considerado aprovado por decurso de prazo ou, alternativamente, haveria de ser determinada a realização de novo julgamento, após sanada a nulidade”; 4) “reconheceu o MM. Julgador monocrático a insubsistência do voto do Conselheiro Relator proferido no pedido de reapreciação, diante da existência de fato novo, notadamente a audiência pública realizada em Vila Velha, que redundaria na aplicação do art. 17-A do Regimento Interno do Cade”; “a realização da audiência pública não foi determinada exclusivamente pelo Conselheiro Scaloppe. Ao contrário, foi objeto de deliberação pelo plenário do Cade que expressamente a autorizou”; “não obstante o Plenário haver decidido por maioria de votos que referida audiência não constituía fato novo, é de ver-se – segundo afirmação do próprio Conselheiro que presidiu a audiência e que votou pela inexistência de fato novo, que os dados colhidos foram vitais à sua compreensão e à formação de seu convencimento”; “a audiência existiu. Foi determinada pelo plenário do Cade. Foi presidida por Conselheiro do Cade (Luiz Scaloppe). A ata foi juntada aos autos e serviu de base ao voto do Conselheiro Scaloppe. Como dizer que isso

não foi fato novo?"; além da audiência pública realizada, conforme já mencionado anteriormente, foram realizadas, entre agosto e setembro de 2004, diversas outras audiências na sede do Cade, ora com as Apeladas, ora com terceiras empresas com interesse econômico no ato. Isso propiciou, conforme já mencionado, a juntada de novos documentos, com informações importantes para o julgamento, especialmente sobre o mérito do pedido de reapreciação, diligências essas que produziram volumosa documentação, formando inúmeros novos volumes dos autos, solicitadas pelos próprios Conselheiros, como fazem referência as respostas da Kraft Foods e da Singular Assessoria Financeira"; "assim, ao longo dos meses que se sucederam ao voto proferido pelo ex-Conselheiro Thompson Andrade, a Kraft Foods Brasil S.A., por exemplo, trouxe ao conhecimento dos demais Conselheiros, vários elementos novos, inegavelmente norteadores no contexto decisório deste processo, em face do pedido de reconsideração que contém complexa proposta de desinvestimento"; "ao proferir o seu voto em 14/7/2004, denegando o pedido de reapreciação das Apeladas, o Conselheiro Thompson Andrade, Relator do pedido de reapreciação, mostrou-se em dúvida sobre os desinvestimentos propostos pela Nestlé/Garoto, especialmente no que tange à possibilidade de que os mesmos viabilizassem um novo *player* de mercado, capaz de competir e rivalizar com as demais empresas do setor"; "posteriormente, com a renovação do Conselho, a análise dessa questão, ou seja, do valor dos ativos oferecidos pelas Apeladas ganhou enorme relevância. Nas seguidas reuniões havidas entre os novos integrantes do Cade e os representantes da Nestlé/Garoto consolidou-se o entendimento sobre o real e vultoso valor dos ativos oferecidos, sendo que alguns Conselheiros passaram a expor o pensamento de que exatamente o valor da aquisição desses bens (marcas e equipamentos) poderia, dentro da lógica econômica, expressar o porte e a rivalidade do novo *player* a ser formado no mercado de chocolates"; "membros do Conselho começaram a exarar pensamento no sentido de que nenhum *player* investiria um valor vultoso (mais de US\$70 milhões) para, no momento seguinte, abster-se de competir e lutar por ganhos de *share* mercado de chocolate, ou ainda, o valor que se pagasse refletiria o grau de concorrência que traria o comprador dos bens para o mercado"; esta questão levou o Conselheiro Prado a solicitar "à empresa de Consultoria contratada para a

venda dos ativos (Singular Assessoria Financeira) que apresentasse sua avaliação desses ativos, o que foi prontamente atendido em 28/9/2004"; "sobre essa documentação trazida ao processo posteriormente ao voto do Conselheiro Thompson, como se disse, houve pronunciamento do Conselheiro Prado, que no voto em que reconheceu a procedência da 'Exceção de Fato Novo', afirmou textualmente seu conhecimento acerca dessas diligências e documentos"; "esse documento – verdadeiro laudo pericial onde o valor do desinvestimento pela primeira vez foi mencionado no processo, foi crucial no voto de mérito do Conselheiro Prado, o que corrobora a existência de fato novo impondo a insubsistência do voto do Relator originário, que desconhecia, por óbvio, esse documento, produzido meses depois de sua saída do Cade"; "o Conselheiro Scaloppe, inclusive, pleiteou expressamente a mudança do seu voto por ocasião do julgamento da questão de ordem suscitada pelas Apeladas em 19/10/2004 admitindo, então, a existência de fato novo"; "depois de tomar conhecimento dessa documentação, que foi juntada irregularmente aos autos após o julgamento, ele tentou retificar o voto a fim de sanar a irregularidade. Todavia, isso não foi aceito pelo plenário, sob a alegação de que a decisão do pedido de reapreciação já havia sido declarada no dia 5/10/2004"; "caso fosse aceita a retificação do voto do Conselheiro Scaloppe – no sentido do reconhecimento do fato novo, restaria insubsistente o voto do Conselheiro Thompson a permitir o voto de mérito do Conselheiro Cueva que embora conduzindo o processo na qualidade de presidente substituto não se manifestou sobre o pedido de reapreciação"; o plenário do Cade decidiu não conhecer a "questão de ordem, oportunidade em que, seguindo orientação contida no despacho do Conselheiro Pfeiffer, que presidia a sessão, indicou os embargos de declaração como a via adequada para trazer a matéria a discussão"; "atendendo à indicação do Cade as Apeladas opuseram embargos declaratórios objetivando justamente suprir omissão existente", todavia o Cade, "mesmo tendo indicado os declaratórios como via processual a ser seguida, em mais um procedimento ilegal acabou por não enfrentar a matéria"; 5) "afastou o MM. Juiz sentenciante a possibilidade de caracterização da preclusão administrativa em relação à aprovação da operação pelo decurso de prazo"; não há "disposição legal ou regulamentar que preveja impugnação da decisão que autoriza a realização de diligências"; "nem mesmo o

Cade tinha ideia de quais as diligências que efetivamente teriam o poder de suspender o prazo”; “mesmo tendo acesso aos autos principais, era impossível às Apeladas, antes da contagem de prazo feita em 16 de julho de 2004 pelo Relator, aquilatar o decurso de prazo, pois esses autos retratam apenas a versão pública do processo, existindo inúmeros atos e peças processuais a que se deu caráter de confidencialidade”; “a verificação do decurso de prazo é matéria de ordem pública”; “sem qualquer motivo ou explicação plausível, o apelante deu ao caso presente um tratamento totalmente diferente da jurisprudência amplamente consolidada naquela Casa, erigindo obstáculo inexistente – preclusão – para deixar de apreciar matéria que deveria examinar de ofício e por ato vinculado”; “é a lei que considera o ato de concentração automaticamente aprovado por decurso de prazo”; “a regra da aprovação automática está direta e indissolivelmente vinculada aos princípios constitucionais da moralidade, eficiência e segurança jurídica, interessa a todos os administrados indistintamente e não serve apenas aos interesses particulares das Apeladas”; “a discricionariedade não permite que os Conselheiros arbitrariamente definam o que é ou não imprescindível”; “a discricionariedade da administração está jungida aos limites da lei que, no caso, limitou as diligências aptas à suspensão do prazo de análise do ato àquelas tidas por imprescindíveis”; “a discussão central travada nos autos diz respeito justamente à falta de fundamentação das diligências requisitadas”; “não se pretende na ação discutir o mérito do ato administrativo e sim sua legalidade, decorrente da ausência de fundamentação quanto a imprescindibilidade das diligências”; 6) “a inércia da Administração pública não se caracteriza apenas pela sua omissão no trato das questões que lhe são submetidas, mas, também e principalmente, pela prática de atos que provocam a injustificada protelação de decisões cuja celeridade é exigência legal”; “a regra de aprovação automática da operação quando caracterizado o decurso de prazo, satisfaz o próprio interesse público”; “a eventual aprovação da operação por decurso de prazo não afasta a competência corretiva que detém o SBDC, que ainda pode apurar e punir possível dano ao mercado, até mesmo de ofício”; “algo semelhante ocorre, no campo tributário, com o lançamento por homologação”; 7) quanto ao pedido de reapreciação, “causa espécie que num voto de 28 laudas o Relator tenha destinado 20 delas apenas para sustentar a inadmissibilidade do pedido de reapreciação

– no que ficou vencido por maioria do plenário, sem dispensar uma linha sequer para afastar a procedência dos pareceres e estudos dos mais renovados especialistas e empresas de Consultoria do mundo, limitando-se, repita-se, a um subjetivo exame de futurologia, questionando a si próprio se não seria melhor o desinvestimento total ao parcial proposto pela Nestlé, para acabar apenas ratificando sua posição, distante da nova realidade fática e econômica trazida no recurso”; “o fato, efetivamente não contestado pela apelante, é que o Conselheiro Thompson não analisou a proposta de desinvestimento apresentada pela Nestlé”; “qualquer proposta de desinvestimento sempre será ‘qualitativamente inferior’ a uma desconstituição total do negócio”; “do mesmo modo, a mera afirmação, sem nenhuma fundamentação, de que a proposta apresentada ‘não necessariamente resolve os problemas de concentração do mercado’ não pode ser tomada como motivação suficiente para a desaprovação do plano apresentado”; “todos os órgãos do SBDC (SEAE, SDE e Procade, além do Ministério Público Federal com assento no Cade) haviam opinado pela aprovação da operação desde que realizada alguma restrição estrutural – algum desinvestimento, ou comportamental”; 8) “a desconstituição total é sempre uma exceção, só justificada quando impossível o equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”; “as apeladas ofereceram ao Cade uma solução estrutural (plano de desinvestimento) inédito em termos de abrangência e solidez, fundado em estudos e pareceres de altíssima qualidade e consistência, e, nem assim, obtiveram a aprovação da operação”; “passados mais de cinco anos desde a efetivação da operação de compra da Garoto pela Nestlé, nenhum efeito danoso à concorrência pode ser percebido nos mercados relevantes fixados pelo Cade”; “ao contrário, a Garoto, empresa pré-falimentar à época de sua aquisição, foi recuperada, milhares de empregos diretos e indiretos foram mantidos, centenas de outros criados, investimentos altíssimos foram feitos, aumentou-se o nível e abrangência das exportações em favor da balança comercial do Brasil”; “o Cade, em vários precedentes de concentrações econômicas acima de 50%, admitiu a operação que lhe foi submetida à análise, conforme exemplificado em tabela constante da réplica apresentada”; “recentemente, a opinião pública viu o Cade aprovar, sem grandes restrições, Ato de Concentração envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce, com concentrações muito maiores do

que aquelas ensejadas pelo negócio firmado entre as Apeladas”; “o Cade aprovou a operação, sem que a Vale do Rio Doce fosse obrigada sequer a apresentar, como fizeram as Apeladas, um plano de desinvestimento ajustando seu negócio jurídico a possíveis preocupações concorrenciais”; 9) “o transcurso do tempo se encarregou de comprovar que os imaginados danos à concorrência e aos consumidores não se concretizaram, e que a operação, na verdade, permitiu a recuperação da Garoto”; “as Apeladas afirmaram e comprovaram documentalmente, não com base em ensaios teóricos, mas com suporte na realidade do mercado, que nos mais diversos setores envolvidos na produção e comercialização de chocolates não houve qualquer dano à concorrência após a aquisição da Garoto pela Nestlé”.

Neste Tribunal, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação, com os seguintes argumentos, em resumo: “a proteção à livre concorrência, de índole constitucional, reveste-se de caráter instrumental, já que o objetivo último da ordem constitucional é a garantia da dignidade da pessoa humana e a busca da justiça social”; “o sistema adotado pela legislação brasileira de defesa da concorrência (Lei 8.884/1994) prevê, ao contrário dos sistemas norte-americano e europeu, a apreciação do ato de concentração pelo Cade em momento posterior à prática, condicionada a eficácia, entretanto, à respectiva aprovação, que retroagirá à data de realização da operação”; “de uma análise superficial exsurge que a autarquia dispõe do prazo de sessenta dias para apreciação dos atos ‘que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços’, cominando a legislação ao descumprimento do prazo a consequência da aprovação automática do ato de concentração. A Lei ressalva, contudo, a suspensão do prazo para apreciação da operação ‘enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE’”; “a essencialidade da diligência deve ser deixada ao crivo do Conselheiro Relator, que também faz o papel de investigador”; “de fato, realizando-se um juízo retrospectivo das diligências questionadas, pode-se até sustentar que algumas delas não se demonstram realmente imprescindíveis. Contudo, não é o que muitas das vezes se apresenta àquele que tem por mister instruir

o processo, coligindo o maior número de informações que subsidiem um julgamento justo. Assim é que, algo que agora pode se revelar dispensável (e.g. ofícios que sequer obtiveram resposta), na oportunidade pode ter parecido imprescindível ao Conselheiro Relator, ou se constituiria em uma nova linha de investigação, eventualmente mal sucedida. Destarte, não é possível realizar tal análise sem adentrar no mérito do ato administrativo!”; “sem sombra de dúvidas, não teriam o condão de suspender o prazo legal diligências requeridas de má-fé, com objetivo fraudulento, meramente procrastinatórias ou totalmente dissociadas do objeto de apreciação. Porém, tal situação não se delineia no caso em exame, nem fez parte de nenhuma das imprecisões lançadas pelas autoras”; “não se possibilita uma interpretação tão restritiva da norma, que levasse à aprovação de ato considerado lesivo à concorrência pelos órgãos técnicos. A importância do bem jurídico protegido, qual seja, a ordem econômica e, em última *ratio*, a própria justiça social, reclamam a adoção de uma interpretação conforme a Constituição”; “a interpretação que mais se conforma com a Constituição é aquela que empresta maior relevância ao objeto do que à forma, resguardando amplamente o direito das autoridades ‘julgadas’ de realizarem a instrução do feito”; “a toda evidência o ato de concentração em questão demonstrava-se revestido de altíssima complexidade técnica, tanto assim que a presente ação, que se limita à abordagem de temas de ordem procedimental, permaneceu em conclusão para sentença pelo prazo de um ano. Razoável, portanto, a suspensão do prazo legal enquanto o feito aguarda instrução, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto”; “realizando-se uma interpretação teleológica da norma, depreende-se que o instituto do decurso de prazo se destina aos casos de absoluta inércia da Administração, ou seja, aqueles nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento (e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento), o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal”; os atos de instrução “presentes nos autos possuem elementos de justificação suficientes para a manutenção da sua validade”; “o i. juízo monocrático inclusive se contradiz ao criticar a suposta ausência de motivação dos atos de instrução, visto que ele próprio suspendeu a execução da decisão da autarquia sem analisar quaisquer alegações das partes durante alguns

meses, como demonstrado no Agravo de Instrumento outrora protocolado pelo MPF”; quanto à restrição do acesso a dados sigilosos, “caso o entendimento do Poder Judiciário seja pela impossibilidade de restrição ao acesso a tais dados, a consequência processual não será o reconhecimento do decurso do prazo, mas sim o franqueamento de tais dados a todos os litigantes e litisconsortes no procedimento administrativo (inclusive às concorrentes das apeladas, visto que foram participantes ativas do procedimento impugnado) a fim de que, em prazo razoável, fornecessem suas considerações sobre tais dados, a partir do que o Cade promoveria novo julgamento do Ato de Concentração”; quanto à juntada de documentos após o julgamento do pedido de reapreciação, “a documentação em questão é constituída basicamente de memoriais oferecidos pelas partes interessadas na causa, quais sejam, as autoras e suas concorrentes no ramo de chocolates”; “há de se considerar que não se pode anular o ato que cumpriu sua finalidade, uma vez que a sistemática processual consagra o princípio da instrumentalidade das formas”; no que diz respeito à audiência pública, “não comprovado prejuízo para a defesa das autoras/apeladas, não se vislumbra como tal ato, embora inconvenientemente realizado após o primeiro julgamento, possa alterar a convicção dos Conselheiros, gerando o alegado ‘fato novo’, no conceito previsto no regimento interno do Cade”; “a despeito de sua assistemática condução, o procedimento administrativo que analisou o ato de concentração consistente na aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. não padece de nulidade insanável, já que em todas as fases assegurou-se aos interessados a ampla defesa. Ademais, operadas as suspensões de prazo decorrentes das diligências houve observância do prazo legal e, ainda que assim não o fosse, diante do impacto que a operação representa no mercado relevante de chocolates, impõe-se a realização de interpretação da norma conforme a Constituição e com vistas ao bem jurídico protegido, na esteira da doutrina e dos precedentes citados”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – Estabelece a Lei 8.884/1994, no que interessa mais de perto à presente questão:

(...)

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado).

realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à SEAE.

(...)

§ 6º Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo e, em seguida, encaminhará o processo, devidamente instruído, ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SEAE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

(...)

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não foram alcançados os benefícios visados.

A discussão inicial é sobre se houve aprovação automática do ato de concentração uma vez que o Cade não o teria *apreciado* no prazo de sessenta dias previsto no art. 54, § 6º, antes transcrito, e que as diligências realizadas (solicitação de esclarecimentos e documentos) não teriam sido *imprescindíveis* à análise do processo, logo, inaptas a suspender o referido prazo.

Na sentença apelada, entendeu-se que, independentemente da imprescindibilidade das diligências, não tiveram estas aptidão para suspender o mencionado prazo porque não foram especificamente motivadas. Cada solicitação de esclarecimentos ou documentos enquadrar-se-ia como ato administrativo que afeta direitos ou interesses, por isso, exigia motivação nos termos do art. 50, I, da Lei 9.784/1999. Não tendo havido suspensão e transcorrido o prazo de sessenta dias, o ato de concentração tornara-se automaticamente aprovado, por força do dispositivo legal em referência.

Não penso que a regra do art. 50 da Lei 9.784/1999 mereça interpretação como exigência de “indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” não só das *decisões*, mas também dos *atos intermediários* do processo administrativo. Os *atos intermediários* não são aptos, por si mesmos, a afetar *direitos ou interesses*, sem falar que a exigência de motivação desses atos causaria excessiva burocratização e conseqüente ineficiência da atividade administrativa, que se quer *processualizada* (leia-se *participativa*). Houve um tempo em que se entendia desnecessária a motivação dos atos administrativos classificados como discricionários. Hoje a motivação desses atos é considerada exigência indispensável da democracia, mas isto não significa movimento para o extremo oposto (fenômeno do pêndulo). O excesso de formalismo acabaria por substituir a finalidade do processo administrativo.

Aliás, essa discussão fica prejudicada pelas considerações, que se farão a seguir, a respeito da interpretação do art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994.

Esse dispositivo contraria a regra, que lhe é posterior, do art. 48 da Lei 9.784/1999: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. Caso se entenda que continua vigente, em face do que estabelece o art. 69 da mencionada lei de processo administrativo federal, ainda assim não deve ser interpretado de modo a significar permissão a renúncia de competência administrativa, o que aconteceria se se admitisse que a simples inércia da Administração, indiscriminadamente, sem previsão de responsabilidade dos respectivos agentes, possa ter o efeito positivo de aprovação automática dos atos de concentração econômica. A competência, na

espécie, é para “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art. 1º da Lei 8.884/1994). A renúncia de competência significaria ofensa aos princípios constitucionais mencionados nesse dispositivo, que acrescenta (parágrafo único) ser a coletividade titular dos bens jurídicos protegidos.

A competência administrativa, na concepção atual, deixa de ser considerada *poder* ou *direito subjetivo* da Administração para tornar-se *dever*, com *poderes* correlatos, estes de natureza instrumental e serviente. O poder é “instrumental e ancilar ao cumprimento do dever”. É esta a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que complementa ter havido evolução doutrinária em três tempos: antigamente estampava-se o *poder* da Administração; em seguida veio a considerar-se que tal poder era, na realidade, *poder-dever*; hoje, a situação é indiscutivelmente a de um *dever-poder* para cuidar de interesses de terceiros,¹ no caso, a coletividade, conforme está expressamente previsto.

Na mesma direção é o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem, na concepção tradicional, as entidades administrativas justificam-se pela competência e poder em tese estabelecidos, aparecendo a finalidade como elemento subordinado. No novo direito administrativo, o poder é que está subordinado ao interesse da sociedade. A finalidade determina a fixação, interpretação e realização da competência.² Esta noção já fora precocemente alcançada por Carlos Maximiliano ao dizer que, “em regra, ‘para a autoridade’, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios apropriados para exercer as suas atribuições, o ‘poder’ se resolve em ‘dever’”.³

Diante dessa doutrina, a disposição do art. 54, § 7º (segunda parte), da Lei 8.884/1994 não pode

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 14-15 e 54.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 23 e 29.

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 272.

significar renúncia de competência, exceto na hipótese aventada pelo Ministério Público Federal, fls. 4.226-4.227 (“Realizando-se uma interpretação teleológica da norma, depreende-se que o instituto do decurso de prazo se destina aos casos de absoluta inércia da Administração, ou seja, aqueles nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento - *e.g.* despesas das partes com advogados e deslocamento -, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal. Para tal fim se destina o prazo a que alude a Lei 8.884/1994, bem como o *waiting period* do direito norte-americano”). A propósito, pode não ser casual que o § 7º empregue o verbo *apreciar* (não necessariamente *concluir* a apreciação), diferentemente do que acontece com o § 6º, em que o verbo é *deliberar* (decidir).

É verdade que a Lei 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, II, veda “a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, *salvo autorização em lei*” (grifei), mas tal lei, sob pena de inconstitucionalidade, não pode ir além de hipóteses como, muito frequente, a dispensa de ajuizamento de execução fiscal se o valor do débito é inferior ao custo do processo, situação semelhante àquela apontada pelo Ministério Público Federal.

No mínimo, sob pena de inconstitucionalidade, o questionado § 7º deve, nas situações concretas, merecer aplicação flexível, de modo a não incidir quando: a) é forte a possibilidade, em tese, de aptidão do ato de concentração econômica para atingir aqueles valores constitucionais; b) a complexidade do ato exige por parte dos julgadores aprofundada pesquisa e reflexão (*razoável duração do processo* significa, aqui, em vez de celeridade, tempo indispensável para estudo e formação da convicção do julgador); c) há embaraços próprios da estrutura administrativa, como a renovação e conseqüente necessidade de adaptação de novos membros do órgão colegiado; d) não há reação imediata contra a suposta prescindibilidade da diligência, sendo feita a alegação somente quando já concluído, desfavoravelmente, o julgamento de mérito.

A aprovação automática e indiscriminada por simples decurso de prazo, além de tudo, subtrairia do Poder Judiciário o controle da omissão administrativa, que, nessas circunstâncias, teria o mesmo efeito de ato

positivo. Se a lei faculta agir ou não, a discricionariedade pode traduzir-se na omissão, acrescentando Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Afonso Rodrigues Queiró: “*não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)*”. Ou pelo menos assim o será em inúmeros casos. Tem-se, pois, que o agente administrativo pode decidir abster-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento do interesse público, animado por intuítos de perseguição, favoritismo ou, de todo modo, objetivando finalidade alheia à regra de competência que o habilitava”.⁴ No caso, *omitir-se* em apreciar o ato de concentração econômica teria o mesmo efeito *autorizá-lo* expressamente. Em outras palavras, se o Cade exercitasse positivamente sua competência dentro do prazo de sessenta dias, os motivos de seu ato estariam sujeitos a controle até a última instância judicial, mas se simplesmente deixasse escoar o prazo sem manifestação, o motivo dessa omissão (que bem poderia constituir *desvio de finalidade*, uma vez que se trata de área extremamente propícia a esse tipo de vício) e da consequente *aprovação* do ato de concentração econômica estariam isentos de controle.

O argumento da garantia de *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, da Constituição) como fundamento para a aprovação por decurso de prazo fica bastante debilitado quando se atenta para o fato de que a decisão do Cade não é definitiva e não há prazo (nem poderia haver), com o mesmo efeito, para o controle judicial. A garantia de *razoável duração do processo*, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, dá ensejo a que a morosidade injustificada seja corrigida, mas não, suprida por aprovação automática.

Superada esta questão, resta examinar se a reprovação total do ato de concentração econômica, decidida pelo Cade, não resultaria insubsistente por outras duas razões básicas: a) fato consumado; b) anulação do julgamento do pedido de reapreciação.

Dizem as Autoras, na inicial: “... em se tratando de um negócio que envolveu US\$ 250 milhões, que já importou em investimentos de mais de R\$ 100 milhões, que significou a manutenção de milhares de empregos diretos e indiretos e a contratação de centenas de novos empregados, que ocasionou a

recuperação de vários fornecedores, enfim, trouxe inúmeros benefícios econômicos e sociais à população, sem qualquer prejuízo para o ‘mercado e a ordem econômica concorrencial’, não é razoável, para dizer o mínimo, após mais de três anos da sua consumação, aceitar que pura e simplesmente se determine seu desfazimento total” (fl. 63). Ocorre que as próprias Autoras, para justificar pedido inicial de antecipação de tutela, assim se manifestam: “Nem se alegue haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, desde já, as Autoras apresentam ‘Termo de Responsabilidade de Preservação da Reversibilidade da Operação’. Tal como feito no âmbito do Cade, por meio desse Termo são adotadas medidas aptas a preservar condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura das empresas até o julgamento do mérito da presente ação. Comprometem-se, ainda, as Autoras, a prestar informações sobre o cumprimento desse Termo sempre que V.Exa. julgar necessário” (fl. 77).

Na apelação, voltam a insistir na tese do fato consumado, sob a alegação de que “o transcurso do tempo se encarregou de comprovar que os imaginados danos à concorrência e aos consumidores não se concretizaram, e que a operação, na verdade, permitiu a recuperação da Garoto, que se encontrava em estado pré-falimentar, a manutenção de milhares de empregos, a estabilidade econômica do município onde está instalada sua fábrica, e uma sorte de benefícios e vantagens aos consumidores” (fl. 4.158). Mas, não bastasse a provisoriedade ínsita a situação criada sob o pálio de antecipação de tutela, resultados obtidos numa situação em que a sorte do ato de concentração econômica ainda está pendente de aprovação não são totalmente confiáveis.

O fato de as empresas terem optado por realizar o negócio para só após requererem aprovação pelo Cade, quando poderiam ter requerido preventivamente essa aprovação, também desautoriza a alegação de fato consumado.

Quanto às várias alegações de nulidade do processo administrativo, a pedra de toque é o voto de mérito do Relator originário, Conselheiro Thompson Andrade, no julgamento do pedido de reapreciação (fls. 948-955). Nesse pedido, pretenderam as empresas “fossem sanados erros da decisão anterior, como a construção equivocada” de sua participação de mercado,

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 22 e 75.

“e a possibilidade de serem desmembrados ativos tanto da Nestlé como da Garoto para serem vendidos, de modo a solucionar as preocupações concorrenciais da decisão”. Na argumentação das Autoras, “considerando o índice decorrente dos dados econômicos auditados pela ACNielsen, rotineiramente utilizado pelo Cade, inclusive em precedente que envolvia o mesmo mercado de chocolates, a participação da Nestlé/Garoto no mercado de chocolates sob todas as formas seria reduzida para 38,2%”, o que seria “absolutamente aceitável do ponto de vista concorrencial, além de situar-se bem abaixo do índice aceito pelo Relator, de 44,47%”.

Desde o início do processo, a possibilidade de uma solução intermediária entre a aprovação e a desaprovação total do ato de concentração havia sido cogitada, conforme se verifica na manifestação da Secretaria de Defesa Econômica (fl. 341), a que aderiu a Procuradoria do Cade (fl. 407), no parecer do Ministério Público Federal (fl. 460) (reafirmado em parecer no pedido de reapreciação, fl. 903), e no voto (vencido) do então Presidente do Cade, Conselheiro João Grandino Rodas, no julgamento originário (fl. 664 seguintes).

Vencido na preliminar de não conhecimento do pedido de reapreciação, o Relator, Conselheiro Thompson Andrade, rejeitou o que chamou de “proposta resultante de uma reengenharia” do ato de concentração (criação de nova empresa do mercado de chocolates, com a transferência de ativos e produtos da Nestlé e da Garoto), argumentando, no essencial, o seguinte:

“(…) o argumento da Requerente só se sustenta na medida em que exista algum competidor no mercado relevante com 20% de participação de mercado, o que não se verifica na realidade fática do mercado brasileiro de chocolates sob todas as formas, conforme se observa dos dados apresentados pelas próprias Requerentes nesse Pedido de Reapreciação”. (...) “(...) quando a decisão determina que o terceiro competidor não deva possuir 20% de participação de mercado, não está definindo parâmetros acerca do índice razoável de participação no mercado de chocolates sob todas as formas, mas apenas limitando a participação do futuro comprador àquele percentual simbólico considerado pela lei como possível de conferir poder de mercado a uma empresa. Ou seja, nesse ponto também as requerentes partiram de uma interpretação distorcida do dispositivo do voto

para fundamentar a existência de fato novo capaz de alterar a decisão” (fls. 940-941).

“A questão básica que se coloca para consideração é a seguinte: O que é melhor para os consumidores, a existência da Garoto na sua forma integral, restaurada na sua condição de competidora (pela decisão de desconstituição total do AC anterior, conforma já decidido pelo Cade), ou da Garoto desmembrada em 2 partes, uma se integrando à Nestlé e a outra (sem a marca Garoto) vindo a constituir, com parte de produtos da Nestlé, uma 3ª empresa (proposta de um novo AC ora feito pela Nestlé)?” ... “Em síntese, não me parece suficientemente demonstrado que: 1) A desconstituição parcial ora apresentada seja melhor para o mercado e o bem estar dos consumidores, em comparação com a existência de uma Garoto integral e independente, como ocorrerá com a implementação da decisão anterior do Cade neste processo; 2) Haja possibilidade de maior eficiência produtiva por parte da Nestlé que seja dependente da essencialidade da incorporação, anteriormente total, na presente proposta parcial, de ativos, marcas e outras propriedades da Garoto, maior eficiência esta que venha a beneficiar os consumidores deste mercado” ... “Mesmo se fosse possível eliminar a preliminar de não-admissibilidade do pedido de reapreciação, na análise do mérito minha preocupação é a manutenção em funcionamento independente de um importante player do mercado, a Garoto, na sua estrutura produtiva integral, condição esta para a existência de rivalidade no mercado. Dada a aparente impossibilidade dos antigos proprietários desta empresa se manterem à frente da mesma, é de se desejar que a propriedade da Garoto seja transferida a quem possa efetivamente manter ou mesmo ampliar a rivalidade competitiva neste mercado, objeto caro ao princípio da concorrência. Para o bem do Estado do Espírito Santo e do município de Vila Velha e dos trabalhadores da Garoto é desejável que seu adquirente preserve a sua atual localização territorial, continuando a gerar os tributos e os empregos tão necessários para o desenvolvimento econômico e social de todos aqueles”. ... “No tocante ao mérito, examinei a proposta contida no pedido de reapreciação e concluí que a operação ora proposta pela Nestlé é qualitativamente inferior, do ponto de vista da manutenção da rivalidade competitiva no mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo Cade, não podendo receber o meu voto de aprovação, além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração do mercado relevante” (fls. 940-955).

Essa motivação, *data venia*, é insustentável (cf. art. 50, § 1º, da Lei 9.784/1999), primeiramente, em

face das seguintes considerações do Ministério Público Federal, que tomo por empréstimo: “Segundo a SEAE/MF, a Chocolates Garoto S/A era detentora de 24,47% do mercado relevante. Admitida a aquisição dessa empresa por uma concorrente que tivesse participação de mercado de 20%, possível nos termos da primeira decisão colegiada, conclui-se que, no caso concreto, a decisão reapreciada admitiu uma concentração de mercado em torno de 44,47% no mercado de chocolates sob todas as formas, reputando razoável uma detenção de poder de mercado próximo de 50%, nos termos do voto do Relator” ... “As requerentes apontam a existência de equívoco na apuração das participações de mercado das empresas concorrentes no segmento de chocolates sob todas as formas, com base nas contradições por elas apontadas no voto do Relator, que ora invocou os dados técnicos utilizados pela SEAE/MF, ora admitiu as informações prestadas pela ACNielsen, contradição esta suprida pelos esclarecimentos supervenientes prestados pela própria empresa de consultoria ACNielsen, os quais foram invocados como fato novo para motivar o presente Pedido de Reapreciação”. ... “Considerando os dados fornecidos pela ACNielsen em seu estudo técnico colacionado aos autos, a concentração no mercado de chocolates sob todas as formas é de 47,8% (19,5% - Garoto e 28,3% - Nestlé), índice razoavelmente menor que o apurado pela SEAE/MF, que foi de 58,41% (33,94% - Nestlé e 24,47% - Garoto)”. ... “Em razão do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo conhecimento e pela procedência do Pedido de Reapreciação feito pela Nestlé Brasil Ltda e pela Chocolates Garoto S/A contra a decisão colegiada do Cade que determinou a desconstituição total do ato de concentração por elas realizado, para ajustar à proposta anterior a sugestão de desinvestimento parcial feita pela Nestlé/Garoto no Pedido de Reapreciação” (fl. 903).

Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates sob todas as formas, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%.⁵ Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%)

⁵Falta, nos autos, cópia da p. 73 do voto do Relator Thompson Andrade, no julgamento originário (cf. fls. 603-604), mas a determinação de venda da Garoto a um competidor com até 20% no mercado de chocolates é incontroversa (cf. votos dos

e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto.

Em segundo lugar, parece não haver dúvida de que a manutenção do *status quo* será sempre melhor (*qualitativamente superior*) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Partindo-se dessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração. Apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, é necessário verificar se o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico brasileiro. O ilustre Conselheiro, aceitando implicitamente os índices fornecidos pelo Instituto ACNielsen (com o que fica superada discussão sobre o caráter sigiloso dos dados colhidos pela SEAE), não obstante seu brilhante voto no julgamento inicial, deixou de enfrentar, no pedido de reapreciação (talvez por confiar no sucesso do voto preliminar), a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta.

A exigência de motivação adequada, suficiente, clara e congruente é superlativa em face da extrema discricionariedade e da conceituação indeterminada que dominam o campo em referência. Não há parâmetros legais e jurisprudenciais determinados (moldura ou paradigma) para a avaliação dos atos de concentração econômica. Cada decisão deve ser construída democraticamente, pelo debate e a argumentação, a partir dos elementos que são peculiares ao caso.

Contra a validade do voto do Conselheiro Thompson Andrade ainda conspiram o fato de não ter sido confirmado por novo relator designado para o processo após sua saída do Cade, apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos.

A anulação desse voto causa a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, uma vez que a decisão deu-se pela maioria de um voto.

Em face do exposto, dou provimento parcial à remessa oficial, que tomo como interposta, e à

Conselheiros João Grandino Rodas, fl. 664 e seguintes, e Fernando de Oliveira Marques, fl. 642).

apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento do pedido de reapreciação, a fim de que o Cade proceda a outro julgamento na devida forma, com o que fica deferido o item *j* do pedido inicial.

Condene o Cade em honorários de advogado de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e a reembolsar às Autoras o valor das custas processuais.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado): – Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. ingressaram com ação de procedimento ordinário em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), formulando pretensão que visa, em apertada síntese, à aprovação automática do ato de concentração submetido à precitada autarquia, em virtude do decurso do prazo de 60 (sessenta) dias, previsto no §7º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, ou à decretação da nulidade do julgamento, em virtude dos vícios que apontam.

O MM Juiz de 1º grau julgou procedente o pedido (fls. 3974/4009), e declarou “*aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do Cade em 15/3/2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, §7º, da Lei 8.884/1994, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação*”.

Inconformado, o Cade apelou da sentença (fls. 4021/4052), sustentando, em síntese, a regularidade do procedimento administrativo, e mais, a impossibilidade de aplicação da aprovação automática prevista no § 7º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, diante do efeito suspensivo das diligências instrutórias requeridas, o que atrai a incidência do § 8º, do mesmo dispositivo legal.

As autoras apresentaram contrarrazões (fls. 4058/4165).

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 4205/4237, manifestou-se pelo provimento da apelação.

É o breve relatório.

Voto-vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado):

Da Sentença

Cinge-se, a sentença objurgada (fls. 3974/4009), a basicamente dois fundamentos, os quais podem ser resumidos da seguinte forma:

(a) por ausência de fundamentação específica, em afronta ao art. 50, I, da Lei 9.784/1999, nenhum dos atos de requerimento de diligências produziu o efeito suspensivo previsto no § 8º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, de sorte que se torna imperioso reconhecer a aprovação automática do ato de concentração objeto do feito, por força do disposto no § 7º, do mesmo art. 54, da Lei 8.884/1994;

(b) o processo administrativo que julgou o pedido de reapreciação encontra-se eivado de nulidade, em virtude do desrespeito ao devido processo legal, seja pela utilização de dados sigilosos no embasamento da decisão do Cade, seja pela dilação probatória inoportuna (juntada de documentos e realização de audiência pública).

Da Apelação

Não obstante a apelação (fls. 4021/4052), em extensa argumentação, contrarie ambos os fundamentos supra apontados, entendo satisfatório fixar-me apenas no primeiro deles (aprovação automática), posto suficiente para o deslinde da questão, senão vejamos:

Contra a alegada aprovação automática do ato de concentração *sub judice*, a apelante, em resumo, apresenta as seguintes razões:

1) A decisão sobre a imprescindibilidade ou não das diligências de instrução requeridas pelo Cade adstringe-se a um juízo de mérito administrativo, portanto, é incabível interferência do Poder Judiciário.

Antes de analisar tal fundamento, cabe, a priori, tecer algumas observações de ordem técnica acerca da matéria posta em juízo. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto por três órgãos, quais sejam, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Dois dos referidos órgãos (SDE e SEAE) possuem finalidade precipuamente instrutória, e um deles (Cade) possui finalidade decisória. É o que dispõe a

Lei 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste, nos seguintes dispositivos:

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso.

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao Cade para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade nesta última hipótese. (grifos postos).

Isto posto, e bem entendida a divisão de finalidades dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, torna-se compreensível o rigor da lei no que concerne ao descumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que dispõe o Cade para análise dos atos de concentração, conforme os seguintes dispositivos da Lei 8.884/1994:

Art. 54. *omissis*

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE. (grifo posto).

Saliente-se, a respeito da estrutura do SBDC, e das finalidades atribuídas a cada um dos órgãos que o compõem, que outra não é a conclusão que se depreende dos seguintes excertos, colhidos no próprio sítio eletrônico do Cade (www.cade.gov.br):

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto por três estruturas: Secretaria de Acompanhamento Econômico do

Ministério da Fazenda (Seae/MF), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). À Seae/MF e à SDE/MJ cabe a instrução dos atos de concentração e a investigação de condutas anticompetitivas. Ao Cade cabe o julgamento dos processos instruídos pelas secretarias.

O Cade é uma Autarquia que compõe, junto com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae/MF) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Enquanto às secretarias cabe o papel de instruir os atos de concentração e de investigar possíveis ilícitos concorrenciais, ao Cade cabe o julgamento dos processos. (grifos postos).

Ora, se a instrução dos processos administrativos submetidos ao SBDC deve se concentrar na SEAE e SDE, recebendo o Cade o processo “*devidamente instruído*” (art. 54, § 6º, da Lei 8.884/1994), ou seja, somente após “*concluída a instrução processual*” nos demais órgãos (art. 35, *caput*, da Lei 8.884/1994), a adoção do referido prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de aprovação automática, é medida que atende ao princípio da eficiência da administração.

Não obstante a clareza do dispositivo legal (§ 7º, do art. 54, da Lei 8.884/1994), o Ministério Público Federal, em parecer apresentado nesta instância, sustentou o seguinte:

Certo é que, de todo o caudal de documentos trazidos aos autos, revelou-se que o órgão encarregado da defesa da concorrência constatou que o ato de concentração realizado pelas autoras não apresenta condições de aprovação, importando em dominação de mercado. (...) não se possibilita uma interpretação tão restritiva da norma, que levasse à aprovação de ato considerado lesivo à concorrência pelos órgãos técnicos. A importância do bem jurídico protegido, qual seja, a ordem econômica e, em última ratio, a própria justiça social, reclamam a adoção de uma interpretação conforme a Constituição. (fl. 4218)

Em outra passagem do mesmo parecer supra referido, o MPF dispôs que:

Realizando uma interpretação teleológica da norma, depreende-se que o instituto do decurso de prazo se destina aos casos de absoluta inércia da Administração, ou seja, aqueles nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de

juízo (e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento), o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal. (fl. 4227).

Contra o argumento segundo o qual a reprovação, pelo Cade, do ato de concentração, e a consequente relevância da decisão para a defesa da concorrência (bem jurídico protegido), justificaria a aplicação parcimoniosa do instituto da aprovação automática, afirma-se que tal ato de concentração foi objeto de análise por múltiplos órgãos: SDE, SEAE, Ministério Público Federal no âmbito do SBDC, Procade e Cade.

De todos, apenas o Cade entendeu que o caso era de reprovação. Embora seja incontestável que o fato de se tratar do único órgão com competência para o julgamento da questão torne bastante, para a solução, a decisão por ele proferida, não pode ser ignorado o fato de todos os demais órgãos referidos haverem se manifestado sobre a possibilidade de aprovação da operação, desde que adotadas certas restrições.

Além disso, embora seja indiscutível a relevância do presente caso, é certo que, prevalecendo a aprovação do ato de concentração, não se trata de circunstância alheia ao controle *a posteriori*, exercido pelo próprio Cade, em sua função repressiva, conforme conceito novamente colhido no sítio eletrônico do mencionado órgão:

A Autarquia desempenha, a princípio, três papéis: 1. Preventivo; 2. Repressivo; 3. Educativo.

[...]

O papel repressivo corresponde à análise das condutas anticoncorrenciais. Essas condutas anticoncorrenciais estão previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei 8.884/1994, no Regimento Interno do Cade e na Resolução 20 do Cade, de forma mais detalhada e didática. Nesses casos, o Cade tem o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras. É importante ressaltar que a existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, oligopólios), em si, não é ilegal do ponto de vista antitruste. O que ocorre é que nestes há maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anticoncorrenciais. Tais mercados devem ser mais atentamente monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência, sejam eles regulados ou não. (grifo posto)

Exemplo recente da referida atuação repressiva pode-se contatar na conduta do órgão ante práticas reputadas abusivas, levadas a efeito pela Ambev, *cujá concentração horizontal, saliente-se, foi objeto de aprovação pelo próprio Cade, no Ato 08012.005846/1999-12*. Confira-se:

Cade multa a Ambev em R\$ 352 milhões. O Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) condenou ontem a Ambev a pagar R\$ 352,69 milhões, por considerar que a empresa praticou concorrência desleal. A multa é a maior aplicada pelo órgão e supera todas as que já foram determinadas por agências reguladoras em geral. O processo foi aberto em 2004 pela concorrente Schincariol. A cervejaria reclamou que o “Tô Contigo”, programa de fidelidade da Ambev, era uma prática anticoncorrencial.

(Reportagem de Juliana Rocha, publicada pela Folha de São Paulo, quinta-feira, 23 de julho de 2009, no Caderno Dinheiro, folha B9).

Ou seja, o citado exemplo demonstra cabalmente que, ainda quando o ato de concentração seja aprovado pelo Cade, a empresa daí decorrente não escapa ao controle, por diante repressivo, exercido por esta autarquia.

Por outro lado, contra o argumento acerca da possibilidade de interpretação flexível, supostamente conforme a Constituição, do §7º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, deve-se aduzir a finalidade da norma, a qual, embora de forma sintética, está bem delineada nas razões do veto ao projeto de lei que teve pro objetivo revogar tal dispositivo legal, conforme segue:

Não é conveniente a retirada do mecanismo de aprovação de atos de concentração por decurso de prazo, caso o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade não os aprecie dentro do prazo estipulado. Isso porque, em que pese o mau uso que possa ter sido feito desse instrumento no passado, tal mecanismo de sanção pela eventual morosidade da Administração Pública é de fundamental importância para trazer segurança jurídica à comunidade empresarial no que se refere à notificação de atos de concentração, que, não raras vezes, envolvem operações de elevadíssimo vulto. As empresas requerentes estariam sujeitas a grande incerteza, caso houvesse a possibilidade de se ficar esperando *ad infinitum* uma decisão do órgão julgador. Tal incerteza poderia trazer resultados extremamente negativos, tanto em termos de incentivos à não-notificação dos atos quanto em termos de inibição da livre iniciativa. Em conclusão,

trata-se de um eficiente constrangimento para que a Administração atue nos exatos termos previstos pelo legislador, e, portanto, é apropriada a sua permanência no texto legal. (Mensagem de Veto 489, de 20 de agosto de 2004).

Ademais, quanto ao rigor na interpretação e aplicação do multicitado dispositivo, outro não é o entendimento adotado pelo próprio Cade em diversos casos, bastando, por todos, para demonstrar tal afirmação, transcrever parte do voto proferido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, proferido, em 12 de maio de 2004, no Ato de Concentração 08012.002482/2002-85:

Assim, possui o Conselho prazo de 60 (sessenta) dias para efetuar o julgamento dos atos de que trata o caput do art. 54 da Lei 8.884/1994. A não observação do aludido prazo acarretará, nos termos do § 7º do supracitado artigo, a aprovação do ato de concentração em análise de maneira incondicional [...]

Desta forma, em que pese a relevância da operação em análise, não cabe aqui serem tecidas maiores considerações, haja vista encontrar-se o presente Ato de Concentração aprovado [...]

Nos casos que tramitam no âmbito desta Autarquia, urge que se observe o prazo legalmente estipulado, decidindo-se em “tempo econômico” viável, de modo a proporcionar segurança ao mercado bem como aos administrados. Acerca desta questão, insta aqui trazer a baila relevantes considerações contidas no Relatório Anual do Cade de 1996 que, à época, já delineava a importante premissa:

“Agilidade e eficiência nos processos de cisão constituem pressupostos básicos para a defesa da concorrência. Isto decorre da própria natureza dinâmica da vida econômica, onde o tempo é uma variável chave, especialmente em economias globalizadas, sujeitas à crescente pressão competitivas [...]. A morosidade dos órgãos de defesa da concorrência desprotege o mercado.”

Assim, queda-se evidente a atenção e seriedade que devem ser dispensadas nas questões concernentes aos prazos no âmbito dos processos julgados pelo Cade, razão pela qual, inseriu o legislador relevante instrumento de proteção ao mercado e administrados no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994. Ademais, de acordo com este dispositivo legal, constitui ato vinculado o reconhecimento do decurso do prazo. (grifos postos).

Finalmente, demonstrada a importância do prazo conferido ao Cade para a decisão dos atos

de concentração, o que justifica a inafastabilidade da consequência para o caso de descumprimento (aprovação automática), impõe-se centrar a discussão no argumento levantado pela autarquia apelante, qual seja: *a decisão sobre a imprescindibilidade ou não das diligências de instrução requeridas pelo Cade adstringe-se a um juízo de mérito administrativo, portanto, é incabível interferência do Poder Judiciário.*

A discussão acerca da imprescindibilidade das diligências instrutórias requeridas pelo Cade decorre da disposição contida no § 8º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, segundo o qual “os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE” (grifo posto).

Quanto a este ponto, impõe-se o seguinte questionamento: a definição da imprescindibilidade das diligências subsume-se ao mérito administrativo?

Em reforço à resposta negativa, saliento que a aplicação de conceitos indeterminados, como é o caso da *imprescindibilidade*, traduz uma atividade interpretativa do Direito, insita, portanto, ao campo da legalidade, comportando revisão judicial, consequência, inclusive, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Sobre o assunto:

[...] a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional.

(García de Enterría, Eduardo & Fernández, Tomás Ramó Curso de Direito Administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1191; p. 394).

Neste sentido, sendo passível de controle pelo Judiciário a definição da imprescindibilidade das diligências requeridas pelo Cade, torna-se imperioso, para o fim de afastar a aplicação do precitado § 8º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, reconhecer que certas requisições da autarquia não foram capazes de gerar

a suspensão do prazo de 60 (sessenta dias), de que o Cade dispõe para julgar os processos.

Por todas, e para evitar maiores delongas na apreciação de cada requisição do Cade (e foram muitas), transcrevo as palavras contidas na manifestação do Ministério Público Federal em 1ª instância (fl. 3735), posto referirem-se a diligências que são suficientes, por si mesmas, para gerar a aprovação automática do ato:

Por outro lado, o Cade não demonstrou de que modo a apuração de fatos acerca de eventual descumprimento do Apro se vincula com a instrução do Ato de Concentração.

É certo que o cumprimento do Apro é *pressuposto de eficácia* da não autorização do ato de contratação. Entretanto, a prejudicialidade não proporciona, por si só, o vínculo entre a diligência e a formação do convencimento do julgador, do ponto de vista instrutório.

Por tais razões, em princípio, não se vislumbra motivo válido para suspensão do prazo legal de deliberação no decurso das diligências referidas no Grupo (ii). (grifos originais).

Porém, mesmo que se entenda que a definição da imprescindibilidade das diligências está circunscrita a uma competência discricionária, ainda assim é possível o controle judicial, por meio da análise dos motivos e fundamentos do ato. É o que será tratado no próximo tópico do presente voto.

2) *Todos os ofícios, por meio dos quais o Cade requereu diligências instrutórias, contém motivação que, embora sucinta, deve ser reputada suficiente.*

Entendeu o juízo *a quo* que os ofícios do Cade, para gerarem o efeito suspensivo previsto no § 8º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, deveriam ter sido motivados. Neste sentido, assim dispôs o comando monocrático:

Trata-se, contudo, não se pode esquecer, de procedimento administrativo. A ele aplica-se, subsidiariamente, a Lei 9.784/1999 que, entre outros dispositivos, traz o art. 50:

Art. 50. Os autos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Ora, é óbvio que a determinação de uma diligência que suspende o curso de um prazo fatal, cujo descumprimento favorece o administrado, afeta “direitos ou interesses”.

As diligências teriam de ser motivadas, portanto.

[...]

A imprescindibilidade da diligência, assim, de qualquer diligência, para induzir a suspensão do § 8º teria de ser demonstrada em motivação lógica e racional. Trata-se de manipulação da prova. Formação embrionária do que virá a ser a decisão final. E isto - demonstração lógica e racional da imprescindibilidade da prova - é perfeitamente possível, apesar da aparente subjetividade do termo. (fls. 4003/4004 e 4007/4008).

Em contraposição a este argumento, o apelante sustentou que as diligências instrutórias, requeridas pelo Cade, contém motivação que, embora sucinta, deve ser considerada suficiente. E mais, dispondo o seguinte:

57. No caso, é tão evidente que os ofícios estão suficientemente motivados que jamais as apeladas ou os destinatários dos ofícios requisitórios tiveram dificuldade em cumpri-las ou impugnar tais diligências.

58. Muito pelo contrário, chega a ser até irônico lembrar que o objetivo das apeladas nesta ação é justamente discutir o mérito de cada um dos atos administrativos de expedição dos ofícios, o que revela que a suposta insuficiência da motivação alegada pelo juízo a quo não teve o condão de restringir o direito fundamental do administrado-cidadão ao controle judicial.

59. Ressalta-se que não se observa nem mesmo nos processos judiciais tal excesso de formalismo no sentido de se exigir uma decisão formal com relatório e motivação quando o magistrado, por iniciativa própria, determina a realização de uma diligência instrutória, como requisição de informações de terceiros, depoimento pessoal ou oitiva das testemunhas. (fls. 4040/4041).

De fato, é inegável que a motivação de cada ofício é suficiente para o fim que encerra, qual seja, o cumprimento da diligência instrutória requerida, de sorte que não se trata de nulidade da diligência, por ausência de motivação, como entendeu o apelante.

Em verdade, e essa é a interpretação que se deve ter do fundamento contido na sentença, não se trata de exigir justificativa minudente para a finalidade buscada pelos ofícios, mas sim, justificativa para a imprescindibilidade da diligência para a análise do processo, em virtude da afetação de direito ou interesse,

qual seja, não suspensão do prazo de 60 (sessenta) dias.

Assim, ainda quando se entenda tratar-se, a definição da imprescindibilidade das diligências instrutórias, de competência discricionária, tal definição não refoge ao controle judicial, mormente porque:

[...] a discricionariedade possui limites sim, e age principalmente como seus limites os princípios que norteiam a administração pública, como o da moralidade, da economicidade, da eficácia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da racionalidade, dentre outros, além do que o administrador público deve justificar, na motivação do ato praticado, a oportunidade, conveniência e conteúdo do ato. (Castro, Ramsés Maciel de. Controle jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, 1572, 21 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10455>>. Acesso em: 31 jul. 2009, grifo posto).

Na jurisprudência, colhe-se o seguinte aresto:

Processual Civil. Administrativo. Curso superior realizado no exterior. Exigência de revalidação do diploma por universidade pública brasileira. Ato administrativo. Ausência de motivação. Resolução. Ausência de violação à Texto Infraconstitucional Federal. Inadmissibilidade do recurso especial. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada.

I. "A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/1999)" MS 9.944/DF, DJ 13.6.2005.

(...)

(STJ), REsp 991989/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 3/11/2008, grifo posto).

Para melhor demonstrar o equívoco em que laborou o apelante, na interpretação da sentença, cabe reproduzir o seguinte excerto da apelação:

60. Imagine, excelência, se, numa audiência de instrução, o juiz precisasse, ao inquirir a testemunha, "fundamentar" o porquê de cada uma

de suas perguntas: "vou perguntar a testemunha se ela estava no local dos fatos, porque se estivesse, ela poderá prestar informações pertinentes às circunstâncias do crime. O Senhor estava presente no local dos fatos?"

61. Ora, no exemplo caricatural acima, bastava ao juiz fazer a pergunta – "o Senhor estava presente no local dos fatos?" – já que a motivação é imanente e decorre de sua evidente relação de pertinência com a instrução do feito. Exigir decisão excessivamente motivada, nesses casos, poderia até revelar convicções preliminares do julgador acerca do mérito do feito, implicando pré-julgamento. (fl. 4041).

É certo que a inquirição de testemunha não requer fundamentação exaustiva. Porém, o indeferimento da oitiva de uma testemunha arrolada, ou de outra prova indicada, por afetar/limitar direito ou interesse da parte (direito de defesa), deve ser devidamente fundamentado, assim pelo magistrado como por uma autoridade processante de cunho administrativo. Sobre o assunto:

Mandado de Segurança. Administrativo. Servidor Público Federal. Demissão. Conversão em cassação de aposentadoria. Cabimento. Ato de improbidade administrativa. Processo administrativo disciplinar. Produção de prova oral requerida em defesa escrita pelo investigado. Recusa pela comissão processante. Fundamentação insuficiente. Cerceamento de defesa configurado.

(...)

VIII. O presidente da Comissão Processante deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei 8.112/1990), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito do impetrante configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato.

(...)

(STJ), Terceira Seção, MS 10987, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3/6/2008).

Enfim, a deficiência apontada na sentença, no que se refere aos ofícios por meio dos quais o Cade requereu diligências instrutórias, não diz respeito à sucinta (mas suficiente) motivação para as diligências que solicitam, mas sim à ausência de motivação quanto à imprescindibilidade de tais diligências. Deste modo,

posto violado o art. 50, I, da Lei 9.784/1999, não há que se pretender aplicável o efeito suspensivo previsto no § 8º, do art. 54, da Lei 8.884/1994.

3) *A ausência de alegação da aprovação automática no âmbito do processo administrativo gerou preclusão, do que se deflui a falta de interesse em alegar dita aprovação em âmbito judicial.*

Sobre o tema, manifestou-se o apelante nos seguintes termos:

70. Ora, Excelência, se as apeladas estavam apenas esperando para ver se o resultado do julgamento do processo administrativo lhes seria favorável, não podem vir agora pretender questionar a validade da realização do julgamento, do qual participou, inclusive proferindo sustentação oral.

71. A espera do resultado do julgamento do processo administrativo é ato incompatível com interesse em reivindicar a aprovação automática por decurso de prazo. Em outras palavras, não pode a parte que, concordando tácita ou explicitamente com a realização do julgamento do processo administrativo, após verificar que a decisão lhe foi desfavorável, alegar fato anterior impeditivo do julgamento. (fls. 4043/4044).

Se a preclusão para alegar a aprovação automática do ato de concentração em análise pode ser discutida no âmbito administrativo, é inquestionável que, em âmbito judicial, não há que se pretender qualquer interferência: a uma, diante da incontestável independência das instâncias; a duas, em decorrência da *“prevalência dos atos judiciais sobre os administrativos - eis que detêm os primeiros, com exclusividade, o atributo da coisa julgada”* (TRF3, AMS 204490, DJU 21/5/2004); a três, finalmente, porque *“as decisões proferidas na instância administrativa não vinculam a instância judicial”* (TRF2, HC 4815, DJU 23/3/2007).

Da Conclusão

Em suma:

- considerando que a adoção do prazo de 60 (sessenta) dias atende ao princípio da eficiência da administração, constituindo, ademais, instrumento de segurança à comunidade empresarial;

- considerando que o Cade tem por função julgar os processos que são instruídos em órgãos distintos, sendo apenas excepcional o requerimento, por esta autarquia, de diligências instrutórias;

- considerando que o bem jurídico não resta prejudicado em face da aprovação do ato de concentração em análise, em virtude da função repressiva que poderá ser exercida pelo Cade (controle *a posteriori* da concorrência);

- considerando que é possível o controle judicial acerca da definição da imprescindibilidade das diligências instrutórias requeridas pelo Cade, por meio da análise material de cada ato, ou por meio dos seus motivos e fundamentos;

- considerando que a independência da instância judicial em relação à instância administrativa, bem como a prevalência daquela em relação a esta, impede seja acolhido o fundamento segundo o qual se encontra preclusa a alegação de aprovação automática do ato de concentração submetido ao Cade;

- considerando, por fim, verificada a extrapolação injustificada do prazo de 60 (sessenta) dias, de que dispõe o Cade para julgamento dos atos de concentração a ele submetidos;

Reputo inafastável, *in casu*, a aplicação do § 7º, do art. 54, da Lei 8.884/1994, julgando automaticamente aprovado o Ato de Concentração 08012.001697/2002-89.

Pelo exposto, divergindo do voto do ilustre Relator, nego provimento à apelação, mantendo, no entanto, a equação sucumbencial por ele proposta.

É o meu voto.

Voto revisor

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Fagundes de Deus: – Cuida-se de apelação interposta pelo Cade em face de sentença que julgou procedente o pedido da Nestlé Brasil Ltda. e da Chocolates Garoto S.A., declarando “aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do Cade em 15/3/2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”.

Inconformado, o Cade apela, sustentando, em síntese:

a) “não houve aprovação automática do ato, pois o Cade praticou diligências e atos que suspenderam o curso do prazo (Lei 8.884/1994, art. 54, § 8º)”;

b) não prospera a afirmação do Juízo *a quo* de que todos os ofícios do Cade requisitando informações seriam nulos por ausência de motivação, pois tal motivação, embora sucinta, existiu e foi suficiente, principalmente tendo-se em conta que o processo administrativo é informado pelos princípios da informalidade e praticidade;

c) a restrição das informações obtidas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) para elaboração da tabela de participação das empresas existentes no mercado brasileiro (*market share*) decorre de imposição legal de proteção do sigilo comercial (art. 1.191 do Código Civil);

d) nem a realização de audiência pública nem a juntada de documentos aos autos após o julgamento do pedido de reapreciação implicaram em prejuízo para as Apeladas, não podendo, assim, contaminar de nulidade o julgamento realizado pelo órgão colegiado do Cade.

Foram apresentadas contrarrazões pelas Apeladas e, em seguida, colhido o parecer do Ministério Público Federal.

Passo a proferir o voto na qualidade de revisor.

Não há como acolher, validamente, as alegações da Nestlé e da Garoto de que as diligências ordenadas pelo Cade, ao longo da instrução do feito, tenham sido desnecessárias, porquanto elas tinham em vista a formação da convicção dos julgadores integrantes do Conselho anti-truste. E, assim sendo, não se me afigura adequada e pertinente, no plano jurídico, a tese de que teria ocorrido o decurso de prazo a que alude o artigo 54, § 7º, da Lei 8.884/1994⁶, inclusive pela circunstância

⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

(...)

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei 9.021, de 30.3.1995)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei 9.021, de 30.3.1995)

de ter havido, como denuncia o Cade, sucessivas intervenções por parte das empresas ora Apeladas, as quais ofereceram pareceres jurídicos por ocasião do procedimento administrativo. O parecer da douta Procuradoria Regional da República da 1ª Região, em parte, transcrito no voto do Relator, revela consistência jurídica e, portanto, ministra subsídios valiosos para a definição desta questão, nos moldes em que solucionada pelo eminente Relator, razão por que o meu voto, nesta parte, perfilha o mesmo entendimento.

Em sua obra “A prova no Direito Processual Civil”, João Batista Lopes assinala que:

É possível, porém, estudar a prova sob dois aspectos diversos: o objetivo e o subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

Nesse sentido, é clássica a definição de Mittermayer: ‘Prova é o complexo dos motivos produtores da certeza’.

Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência dos fatos alegados no processo.

(In A prova no Direito Processual Civil, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 26)

Nesse sentido, pode-se depreender que a finalidade precípua da prova é a formação da convicção do julgador. Portanto, não deve ela se submeter à conveniência das partes.

Tanto é assim que, levando-se a cabo uma apreciação analógica, tem-se que o art. 130 do CPC, segundo sua própria dicção, admite que o juiz determine, de ofício, a produção de provas. Ademais, as tendências modernas do Processo Civil têm incentivado a busca da verdade real e da igualdade substancial entre as partes.

Outra expressão desse raciocínio se vê no princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas, segundo o qual a prova não pertence à parte, mas ao processo. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu e pode ser aproveitada em favor ou desfavor de qualquer das partes da demanda. Ou, em outras palavras, não pode a parte seccionar a prova apresentada em juízo para aproveitar apenas a parcela que lhe favoreça.

Assim sendo, se o julgador entende necessária a produção da prova para a formação de sua convicção, é porque os elementos existentes nos autos não são suficientes para dirimir suas dúvidas, exurgindo, daí, a necessidade de realização das diligências em questão neste feito.

Acresça-se, ainda, que, no particular, não vejo como se exercer o controle judicial da legalidade de todos os atos administrativos praticados com vistas a tal desiderato, exigindo-se da autoridade administrativa motivação detalhada que justifique a solicitação de cada diligência de maneira a possibilitar a identificação daquelas que seriam efetivamente imprescindíveis, até porque não há como o julgador antever o resultado da prova cuja produção lhe parece necessária.

Quanto às nulidades apontadas na sentença, entendo, assim como o Relator, que a juntada de documentos após o julgamento do pedido de reapreciação formulado pela Nestlé/Garoto configura violação às garantias constitucionais do devido processo legal e do direito ao contraditório e à ampla defesa, gerando nulidade insanável na medida em que o desconhecimento em relação aos dados constantes em tais documentos gerou patente prejuízo às Apeladas. Tanto é assim que, ao tomar conhecimento dos dados existentes nos referidos documentos, o Conselheiro Luiz Scallope, que votara, na sessão de 5/10/2004, pelo improvimento do pedido de reapreciação, manifestou expressamente seu desejo de reformular seu voto por ocasião do julgamento da questão de ordem suscitada pelas Apeladas em 19/10/2004.

Ora, o pedido de reapreciação foi julgado improcedente por 3 votos contra 2. Assim sendo, se tivesse sido facultado o acesso prévio aos documentos em questão, tanto às partes, quanto aos demais conselheiros, outro poderia ter sido o resultado do julgamento, exurgindo nítido o prejuízo causado às Apeladas.

Ante o exposto, acompanho o Relator, dando parcial provimento à apelação do Cade e à remessa oficial, tida por interposta, para, reformando a sentença, reconhecer como nulo o julgamento do pedido de reapreciação realizado pelo Cade no caso da concentração Nestlé/Garoto, determinando que outro julgamento se proceda, com observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Sexta Turma

Apelação Cível

1998.36.00.006620-7/MT

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Companhia Nacional de Abastecimento - Conab
Advogado: Dr. Altivani Ramos Lacerda
Apelado: Jaime Dias Pereira Filho
Advogado: Dr. Leonardo Randazzo Neto
Apelado: Armazéns Gerais Matrincha Ltda.
Advogado: Dra. Elaine Ferreira Santos Mancini
Publicação: e-DJF1 de 13/10/2009, p. 178

Ementa

Civil e Processual Civil. Ação de depósito. Perda do produto (arroz) confiado ao depositário. Descumprimento do contrato. Dever de indenizar. Denúnciação da lide.

I. Segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a denúncia da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, que ocorre nos incisos I e II do art. 70 do CPC, sendo desnecessária no caso do inciso III do referido dispositivo legal” (AgRg no REsp 384.402/PR – Relator Ministro Francisco Falcão – DJ de 14.3.2005, p. 196).

II. É do armazém geral e do depositário a responsabilidade pelo extravio, perda ou avaria constatada nos produtos que lhes foram confiados (sacas de arroz), em razão do contrato de depósito firmado com a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), tendo em vista que não surte efeitos quanto a eles, a sentença proferida pelo juízo estadual que determinou a reintegração da posse dos armazéns, já que não tem o condão de influenciar os acordos celebrados anteriormente, no que diz respeito à guarda dos citados bens.

III. O Decreto 1.102, de 21 de novembro de 1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, prevê a possibilidade de responsabilizar essas instituições por prejuízos sofridos pelas mercadorias, “por avarias, vícios intrínsecos, falta de condicionamento e mesmo pelos casos de força maior” (art. 37, parágrafo único), hipótese expressamente contemplada no contrato de depósito (cláusula quarta).

IV. Sentença reformada.

V. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao apelo.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 4/9/2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – Trata-se de ação de depósito proposta pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) contra Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. e Jaime Dias Pereira Filho, objetivando a condenação dos réus à entrega de produto que receberam em depósito.

Expôs a autora, na inicial, que celebrou contrato de depósito com os réus, sendo Jaime Dias Pereira Filho na condição de fiel depositário, os quais receberam em depósito 4.309.990 (quatro milhões, trezentos e nove mil e novecentos e noventa) quilos de arroz em casca para guarda, e que, em vistoria realizada, ficou comprovado que o armazém estava vazio e abandonado.

Sustentou que foi configurado o desvio doloso de 2.493.990 (dois milhões, quatrocentos e noventa e três mil e novecentos e noventa) quilos de arroz com casca, já deduzidos 1.816.000 (um milhão e oitocentos e dezesseis) quilos vendidos mediante leilões eletrônicos. Informou que a produção armazenada pertencia ao Banco do Brasil, "(...) de cujo mandatário a Conab se utiliza para execução da PGPM do Governo Federal, portanto, não poderia jamais ter saído do armazém sem a sua expressa autorização" (fl. 6).

Acrescentou que o Banco do Brasil notificou os réus, mas, até o momento da propositura da ação, eles não haviam regularizado essa pendência, aduzindo que, durante o período de armazenagem, os réus receberam os respectivos pagamentos, acrescidos de 0,15% de sobretaxa, a qual representa indenização por perdas havidas de qualquer natureza do produto armazenado.

Afirmou que o valor dos produtos, segundo a tabela vigente em outubro de 1998, incluindo a sobretaxa, é de R\$ 457.148,37 (quatrocentos e cinquenta e sete mil, cento e quarenta e oito reais e trinta e sete centavos).

Jaime Dias Pereira Filho e Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. apresentaram contestações que constam, respectivamente, das fls. 39-49 e 60-70.

Na sentença (fls. 163-166), o magistrado rejeitou as preliminares arguidas, de falta de interesse de agir e de irregularidade de representação processual, e, no mérito, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que os réus provaram fato modificativo

do direito, ou seja, "que durante o curso do contrato de depósito sobreveio uma decisão da Justiça Estadual que lhe retirou das mãos o armazém e todos os produtos nele depositados", estando a Conab ciente desse fato, pelo que é impossível exigir que os réus entreguem o produto, devendo a autora exigir a entrega do bem a quem detém a posse do armazém.

Apela a Conab, com razões (fls. 168-175), nas quais alega, preliminarmente, que o magistrado se omitiu quanto ao pedido de denunciação da lide (CPC, art. 70, inciso III) ao Município de Paranatinga (MT). No mérito, afirma que comprovou o desvio de 2.493.990 (dois milhões, quatrocentos e noventa e três mil e novecentos e noventa) quilos e demonstrou a condição de depositário infiel do apelado Jaime Dias Pereira Filho, aduzindo que o contrato de depósito é válido, e por ele os apelados se comprometeram a indenizá-la por perdas de qualquer natureza, em razão da sobretaxa, paga pela apelante, que é o instrumento de garantia à reposição integral do produto depositado.

Acrescenta que a Prefeitura de Paranatinga, ao receber o Armazém, deixou o produto armazenado sob os cuidados de Jaime Dias Pereira Filho, o qual, assim, continuou como fiel depositário, pelo que não há nenhum fato modificativo de seu direito, em relação a esse réu.

Conclui por asseverar que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa é exorbitante em face do trâmite simples do processo, além do que haveria elementos nos autos para, no mínimo, julgar procedente o pedido em relação ao fiel depositário.

Pugna, assim, pela reforma da sentença recorrida.

Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. apresentou contrarrazões (fls. 180-186), sustentando, em suma, que comprovou haver celebrado contrato de comodato com o Município de Paranatinga, e que, por desavenças políticas, o contrato foi objeto de ação popular, na qual foi proferida decisão liminar de imissão de posse em favor da Prefeitura, em 24.01.94, ficando, em consequência, desobrigada do dever de entregar os bens, consoante jurisprudência que cita.

Jaime Dias Pereira Filho não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – Analiso, inicialmente, a preliminar de falta de decisão a respeito da denúncia da lide à Prefeitura Municipal de Paranatinga (MT).

Os autos revelam e a Conab afirma, na exordial, que sabia da existência da ação popular ajuizada pelo Município de Paranatinga contra Armazéns Gerais Matrinchan Ltda., e que, por força de decisão nela proferida, o armazém foi entregue ao aludido ente político.

Dessa forma, caberia à apelante, na inicial, requerer a denúncia da lide ao Município, conforme prevê o art. 71 do Código de Processo Civil. A Conab, no entanto, somente na impugnação à contestação (fls. 138-140), fez tal pedido, o qual não foi apreciado pelo MM. Juiz de primeiro grau (fl. 157).

Caberia à apelante provocar o magistrado para manifestar-se sobre a denúncia, sob pena de preclusão, não mais se fazendo oportuno o pedido nesta sede recursal.

Saliento, ainda, que a doutrina defende a tese de que a denúncia da lide não é obrigatória, em casos como o dos autos (CPC, art. 71, III). Nesse sentido, destaco as lições de Alexandre Freitas Câmara:

Vistos os casos em que se revela admissível a denúncia da lide, há que proceder à análise do alcance da palavra 'obrigatoriedade', empregada pelo art. 70 do CPC. O que significa, exatamente, afirmar-se que a denúncia à lide é obrigatória?

Alguns autores afirmam que, em sendo obrigatória a denúncia da lide, sua não realização pela parte terá como corolário o perecimento do direito de regresso, o qual não poderá ser exercido, nem mesmo por demanda autônoma. Outros vêem no termo "obrigatoriedade" mera afirmação sem maiores conseqüências, entendendo que, em não sendo feita a denúncia da lide, ainda assim ser exercido posteriormente o direito de regresso, o que se fará por demanda autônoma. Há, ainda, quem afirme que, nos casos de garantia própria (art. 70, I e II e alguns casos do inciso III) haverá perda do direito de regresso se

a denúncia da lide não for efetuada, o que não ocorreria nos casos de garantia imprópria. Por fim, há os que consideram que a não realização da denúncia da lide acarreta a perda do direito de regresso apenas nos casos do inciso I do art. 70, enquanto nas hipóteses previstas nos incisos II e III a conseqüência seria outra: mera preclusão, ou seja, apenas a perda da faculdade de oferecer demanda capaz de permitir o exercício do direito de regresso no mesmo processo, ficando ressalvada a via de se propor demanda autônoma em face de terceiro.

Esta última parece ser, realmente, a melhor posição. Não faz sentido que se perca o direito material de regresso apenas porque se deixou de provocar um incidente de caráter formal, como é a denúncia da lide. A perda do direito substancial deve decorrer das regras do direito material, e não de normas contidas num Código de Processo. Por esta razão, é de se entender que, em linha de princípio, a omissão da parte de denunciar a lide não deve acarretar conseqüências de índole substancial, de que a perda do direito é a mais radical. Ocorre que, no caso do inciso I do art. 70, é o disposto no art. 456 do Código Civil de 2002 que determina a perda do direito de regresso em caso de não ser realizada a denúncia da lide. (Câmara, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 16ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. pp. 211-212)

Destaco, também, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido:

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ausência de intimação do Ministério Público. Nulidade. Falta de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Denúncia da lide. Art. 70, III, do CPC. Desnecessidade.

(...)

II - O entendimento desta Corte encontra-se pacificado no sentido de que a denúncia da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, que ocorre nos incisos I e II do art. 70 do CPC, sendo desnecessária no caso do inciso III do referido dispositivo legal. Precedentes: REsp 528.551/SP, Rel. Mi Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 29/3/2004; EREsp 313.886/RN, Rel. Mi Eliana Calmon, DJ de 22/3/2004 e REsp 150.310/SP, Rel. Mi Castro Filho, DJ de 25/11/2002.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 384.402/PR – Relator Ministro Francisco Falcão – DJ de 14.3.2005, p. 196)

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

¹ Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Iran Velasco do Nascimento (convocado) e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

Compulsando os autos, infere-se que:

I – em 10/6/1992, Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. firmou contrato (fls. 71-73) de comodato com o Município de Paranatinga (MT), representado pelo então prefeito, Sr. Jaime Dias Pereira Filho. O contrato tinha duração de 10 (dez) anos e tinha por objeto um armazém que fora doado ao município pela Cibrazem;

II – em 30/9/1993, Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. firmou contrato (fls. 17-32) de depósito com a Conab, nomeando o Sr. Jaime Dias Pereira Filho como fiel depositário (termo de nomeação – fl. 29);

III – visando a anular o contrato de comodato (letra “a”), foi ajuizada uma ação popular, a qual tramitou na Justiça do Estado do Mato Grosso;

IV – em 24/1/1994, foi cumprida medida liminar deferida nos autos da ação popular (letra “c”), devolvendo a posse dos armazéns (objeto do comodato) para o Município (certidão – fl. 104);

V – o depositário fiel, Jaime Dias Pereira Filho, recebeu as novas chaves do armazém, continuou como fiel depositário, “(...) porque a Conab assim exige e porque a pesagem e qualificação dos produtos é uma tarefa em muito demorada e que só após isso será possível nomeação de novo fiel depositário perante a Conab” (certidão – fl. 104);

VI – a ação popular foi julgada procedente (sentença, às fls. 76-85 e 106-115, e acórdão, às fls. 86-90), transitando em julgado em 23/4/1996 (certidão à fl. 105);

VII – em 23/5/1996, Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. informou à Conab que:

a) não era mais a proprietária dos armazéns localizados em Paranatinga, devido ao julgamento procedente da ação popular;

b) o Banco do Brasil nessa localidade tinha pleno conhecimento desse fato e, inclusive, repassou cerca de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à Prefeitura;

c) não se responsabilizava por quaisquer atos praticados nos armazéns após a entrega à Prefeitura;

VIII – em 21/5/1998, a Conab constatou que o armazém estava “vazio e abandonado”, onde deveriam existir 2.493.990 quilos de arroz, resultado da subtração entre o depósito inicial (4.309.990 quilos) e a quantidade já vendida (1.816.000 quilos).

O contrato de depósito celebrado entre a Conab e Armazéns Gerais Matrinchã Ltda. está datado de 30 de setembro de 1993 (fl. 28), merecendo destaque as cláusulas quarta, décima quinta e décima sexta:

Cláusula Quarta – das Sobretaxas

A *depositária* se obriga, mediante o recebimento da(s) sobretaxa(s) convencionadas(s) entre as partes, na forma dos Parágrafos primeiro e segundo desta Cláusula, a indenizar à *depositante* as perdas de quaisquer natureza (inclusive as quebras técnicas e as de redução por decréscimo do teor de umidade), avarias, depreciações ocorridas ao produto, sinistros (quando o seguro for contratado pela *depositária*) e os eventos não acobertados pela Apólice de Seguro da *depositante* (quando o seguro for contratado pela *depositante*), ainda que em decorrência de caso fortuito e força maior.

Parágrafo Primeiro

A *depositante* pagará à *depositária*, quinzenalmente, sobretaxas por grupo de produtos, conforme abaixo discriminadas, calculadas sobre o valor da(s) mercadoria(s) estocada(s):

(...)

Cláusula Décima Quinta – da Responsabilidade Solidária

O(s) Representante(s) Legal(is) da empresa armazenadora responde(m) pessoal, solidária e subsidiariamente pela integridade quantificativa do estoque depositado, em condição análoga à do fiel depositário que subscreve o presente Contrato

Cláusula Décima Sexta – do Fiel Depositário

O fiel depositário deverá preencher todos os requisitos estabelecidos pela legislação vigente, apresentando, inclusive, a cópia do Termo de Compromisso firmado perante o órgão de registro e comércio competente, que passará a fazer parte integrante deste Contrato.

Do panorama formado nos autos, é fato incontroverso que Armazéns Gerais Matrinchan Ltda. recebeu em depósito a mercadoria de que tratam os autos, sendo certo que, no ato da entrega, existiam 2.493.990 quilos de arroz ali e que a ora apelada recebia sobretaxa prevista no contrato. Posteriormente, por determinação judicial liminar, confirmada em sentença, entregou a posse dos armazéns ao Município de Paranatinga (MT).

A defesa dos apelados reside, sumariamente, em afirmar que, como a armazenadora foi obrigada a

entregar o armazém ao ente político, não podem ser responsabilizados pelo suposto desaparecimento do bem depositado.

Essa linha de raciocínio foi adotada na sentença ora recorrida, a qual afirma que caberia ao apelante cobrar sua pretensão ao Município.

Entendo, porém, que não merece prosperar esse argumento.

No caso, os apelados firmaram contrato de depósito com a apelante e receberam, além do valor ajustado, um percentual sobre este, a título de “sobretaxa”, paga justamente para garantir o ressarcimento à Conab, caso algo ocorresse com os bens depositados, ou, como previsto em cláusula contratual:

(...) perdas de quaisquer natureza (inclusive as quebras técnicas e as de redução por decréscimo do teor de umidade), avarias, depreciações ocorridas ao produto, sinistros (quando o seguro for contratado pela *depositária*) e os eventos não acobertados pela Apólice de Seguro da *depositante* (quando o seguro for contratado pela *depositante*), ainda que em decorrência de caso fortuito e força maior.

Observo, por outro lado, que, ao ser transferido o armazém para a posse da Prefeitura Municipal de Paranatinga, o segundo requerido (Jaime Dias Pereira Filho) continuou como fiel depositário dos produtos ali armazenados, não podendo, pois, eximir-se da obrigação assumida sob esse argumento.

Desse modo, entendo, com a devida vênia, que a solução dada pela sentença não pode prevalecer, por causar flagrante prejuízo à população, além de possibilitar o enriquecimento ilícito dos apelados.

Conforme o contrato, e segundo raciocínio elementar, deveriam os apelados celebrar contrato com outro armazém para a guarda dos produtos que lhes foram confiados.

Consta da Certidão de Cumprimento de Medida Liminar (fl. 104) que o Sr. Jaime Dias Pereira Filho permaneceu como fiel depositário dos bens, e na posse das novas chaves do referido armazém, ficando consignado que:

Os produtos permanecem aos cuidados do Sr. Jaime Dias Pereira Filho, fiel depositário, porque a Conab assim exige e porque a passagem (*sic*) e

qualificação dos produtos é uma tarefa em muito demorada e que só após isto será possível nomeação de novo fiel depositário perante a Conab.

Assim, caberia aos apelados retirar os produtos daquele armazém, e, conforme já mencionado, proporcionar um novo local para o seu armazenamento, ou então, providenciar para que fosse realizada uma nova pesagem e nomeado novo fiel depositário.

A solução apresentada pelos apelados, e acolhida pela sentença, de simples transferência de sua responsabilidade para o Município, não me parece a melhor para o caso dos autos.

Ademais, o Decreto 1.102, de 21 de novembro de 1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, prevê a possibilidade de responsabilizar essas instituições por prejuízos sofridos pelas mercadorias, “por avarias, vícios intrínsecos, falta de condicionamento e mesmo pelos casos de força maior”, conforme dispõe o art. 37, parágrafo único, desse diploma legal, hipótese expressamente contemplada no contrato de depósito, cláusula quarta (fl. 18), que trata da sobretaxa paga pelo depositante justamente para indenizá-lo, no caso de ocorrência de uma das situações verificadas no citado dispositivo e observadas no referido acordo de vontades.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, condenando os apelados a restituir à apelante 2.493.990 (dois milhões, quatrocentos e noventa e três mil, novecentos e noventa) quilos de arroz em casca, ou o seu equivalente em dinheiro, invertidos os ônus da sucumbência.

É o meu voto.

Sétima Turma

Agravo Interno no Agravo 2009.01.00.032417-5/DF

Relator:	Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Agravante:	Andre Luis Soares Lacerda
Advogado:	Dr. Cristiano Reis Juliani e outros
Agravado:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Agravante no Agravo Interno:	Andre Luis Soares Lacerda
Publicação:	e-DJF1 de 2/10/2009, p. 557

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Mandado de Segurança. Liminar. Servidor efetivo do MPU. Inscrição na OAB/DF. Anotação de "impedimento" (art. 30, I, da Lei 8.906/1994). Art. 21 da Lei 11.415/2006 (cláusula de incompatibilidade). Impetrante graduado após a Lei 11.415/2006. Presunção de constitucionalidade das leis. Seguimento negado monocraticamente. Agravo interno não provido.

I. Em sede de cognição sumária, não se defere liminar (satisfativa, tanto menos) que desfaça as presunções várias que militam em prol dos atos administrativos, em princípio verazes, legítimos e legais, notadamente quando o revolver dos autos as reforça.

II. Do mesmo modo, a presunção de constitucionalidade das leis e das normas não encontra sede própria pela via da liminar em mandado de segurança e as questões fáticas e jurídicas remanescentes merecem ser elucidadas mediante regular instrução e contraditório.

III. *Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994, art. 30, I):* "São impedidos de exercer a advocacia: (...) os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora."; *Plano de cargos e salários do MPU (Lei 11.415/2006, art. 21):* "Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculo do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica"; *art. 32 da Lei 11.415/2006:* "Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei." (15 dez 2006).

IV. Até a edição da Lei 11.415/2006 os servidores do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados eram apenas impedidos do exercício da advocacia; após sua vigência passaram à condição de incompatíveis (artigo 30, I, do Estatuto da OAB). Se o impetrante se bacharelou em Direito em fev 2009, na vigência da Lei 11.415/2006, não pode exercer profissionalmente a advocacia (T8/TRF1, ApReeNec 2008.39.00.005945-4, e-DJF1 15 Mai 2009).

V. Agravo interno não provido.

VI. Peças liberadas pelo Relator, em 22/9/2009, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma *negar provimento* ao agravo interno por unanimidade.

7ª Turma do TRF1ª Região - 22/9/2009.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Por agravo protocolizado em 4 jun 2009, o agravante (particular-impetrante) pediu, com efeito suspensivo ativo, a reforma do indeferimento da liminar datado de 21 mai 2009 (f. 78), pelo MM. Juiz Federal Substituto Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara/DF, nos autos do MS 2009.34.00.016975-9, que impetrou em 18 mai 2009 contra ato atribuído ao Presidente da OAB/DF, objetivando segurança para inscrição na OAB/DF com anotação de mero impedimento (art. 30, I, da Lei 8.906/1994), afastando-se o art. 21 da Lei 11.415, de 15 dez 2006, por supostas inconstitucionalidades.

S. Exa. entendeu que a ressalva de direitos prevista no art. 32 da Lei 11.415/2006 não se aplica ao caso, restringindo-se àqueles servidores que, a sua publicação, já exerciam a advocacia ou consultoria técnico-jurídica.

O agravante aduziu que o preceito legal viola ilegitimamente a liberdade do exercício profissional e configura, no ponto, vício de iniciativa, pois o poder do MPU para propor leis que tratem de remuneração e planos não alcança restrições tais como a ora em comento; que sua inscrição se sujeita apenas à anotação de impedimento parcial; e que, ante a data de sua posse (1998), o art. 32 da Lei 11.415/2006 lhe seria favorável.

Por decisão datada de 16 jun 2009 (f. 104/5 – e-DJFI 26 jun 2009), neguei seguimento ao agravo por manifesta improcedência.

Por petição protocolizada em 22 jun 2009 (f. 113/130), o mesmo agravante toma agravo interno, aduzindo possível o afastamento de lei inconstitucional por liminar e que há precedente específico da T8/TRF1 no sentido de sua pretensão.

É o relatório.

Voto*

A decisão que negou seguimento ao agravo restou assim fundamentada:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

1. “Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994, art. 30, I): “São impedidos de exercer a advocacia: (...) os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora.”

2. Plano de Cargos e Salários do MPU (Lei 11.415/2006, art. 21): “Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculo do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.”

3. O art. 32 da Lei 11.415/2006 ressalva: “Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei.” (15 dez 2006)

4. “Situações constituídas” é expressão que, aparentemente, só pode significar não ser incompatível o exercício da advocacia e consultoria técnica por aqueles que, ao tempo da promulgação da lei (15/12/2006), já se encontravam exercendo tais atividades (contexto fático-jurídico), o que não é o caso do impetrante, graduado em 2009 (ainda que servidor vinculado ao MPU desde 1998).

5. De todo modo, este o precedente paradigma, que se amolda como luva ao caso posto:

*(...) Liminar em Mandado de Segurança.
(...) Presunção de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. Requisitos do art. 7º, II, da Lei 1.533/1951 ausentes. Seguimento negado. Agravo interno não provido.*

I. Em sede de cognição sumária, não se defere liminar (satisfativa, tanto menos) que desfaça as presunções várias que militam em prol dos atos administrativos, em princípio verazes, legítimos e legais, notadamente quando o revolver dos autos as reforça.

II. Do mesmo modo, a presunção de constitucionalidade das leis e das normas não encontra sede própria pela via da liminar em mandado de segurança e as questões fáticas e jurídicas remanescentes merecem ser elucidadas mediante regular instrução e contraditório.

III. A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da “presunção” de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar com duas ou três linhas em exame de mera delibação. Como a matéria é de reserva legal (tributária), a jurisprudência não respalda o precário e temporário afastamento, por

medida liminar, de norma legal a não ser em ação própria perante o STF. A presunção da constitucionalidade das leis é mais forte e afasta a "eventual" relevância do fundamento, notadamente se o vício não é manifesto ou flagrante.

IV. "Reconhecer, em sede de liminar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação, dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência. No caso, ocorre, ademais, que a liminar esgota o julgamento da causa, porque, na prática, é satisfativa. Se, amanhã, os Tribunais Superiores derem pela inconstitucionalidade do ato normativo, terá ocorrido, com a concessão da liminar, grave atentado à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional" (STF, SS 1.853/DF, Rel. Min. Carlos Velloso)

(TRF1, AGTAG 2006.01.00.028786-1/DF, minha relatoria, T7, DJ 29/2/2008).

Inicialmente, ressalto que o conjunto fático examinado no AG 2008.01.00.015896-1 pela T8/TRF1 é diverso da situação do agravante, pois naqueles autos a impetrante *analista processual* (formada em direito pois) requereu sua inscrição nos quadros da OAB ao argumento de que empossada em 28 mar 2005, antes da publicação da Lei 11.415/2006. O agravante, ao revés, graduou-se em direito em fev 2009, ou seja, três anos após a publicação da lei que reestruturou os cargos do Ministério Público da União.

Ademais, em sede de cognição sumária, não se defere liminar (satisfativa, tanto menos) que desfaça as presunções várias que militam em prol dos atos administrativos, em princípio verazes, legítimos e legais, notadamente quando o revolver dos autos as reforça. O afastamento da incidência de norma, em controle difuso, pela via liminar, somente é possível quando patente sua inconstitucionalidade, o que não é o caso dos autos.

Este, o precedente mais recente da T8/TRF1 sobre o tema:

(...). Servidor efetivo do Ministério Público Estadual. Inscrição na OAB(...). Conclusão do curso e exame da ordem após a edição da Lei 11.415/2006. Art. 21. (...).

I. Nos termos do art. 21 da Lei 11.415/2006 "aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica".

II. Até a edição da Lei 11.415/2006 os servidores do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados eram apenas impedidos do exercício da advocacia; após sua vigência passaram à condição de incompatíveis (artigo 30, I, do Estatuto da OAB). Se o impetrante bacharelou-se em Direito no dia 17/1/2008, na vigência da Lei 11.415/2006, não pode exercer profissionalmente a advocacia, pois o direito não socorre à mera expectativa jurídica.

(ApReeNec 2008.39.00.005945-4, Rel. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos - Convocado, un., e-DJF1 15 mai 2009).

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2008.01.00.022862-5/BA

Relator: Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Relator: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)
Agravante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Agravado: João Evangelista Veiga Pereira
Publicação: e-DJF1 de 2/10/2009, p. 849

Ementa

Tributário. Execuções fiscais de julgados do TCU. Reunião dos processos. Avaliação da conveniência processual. Dívida ativa da União.

I. Embora seja possível a reunião de processos que possuem identidade de partes, de pedido imediato e de causa de pedir próxima, cabe ao magistrado avaliar a conveniência dessa reunião sob o ponto de vista processual, buscando o equilíbrio entre os princípios da economia processual, celeridade, ampla defesa e contraditório.

II. Processos de execução propostos pela Fazenda Nacional, com base em decisões proferidas pelo TCU em diversos procedimentos, ainda que contra a mesma pessoa, possuem causas de pedir remota diversas, podendo, a reunião desses processos, causar tumulto processual diante do exercício do direito de defesa que possui o executado, ainda que por meio de embargos à execução.

III. Agravo de instrumento não provido.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao agravo de instrumento, por unanimidade.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 27/3/2009

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*: – Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela *União*, com pedido de antecipação de tutela recursal, contra decisão da MMª Juíza Federal Substituta da 19ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que indeferiu o pedido de reunião de execuções que tramitam naquela Vara em nome do agravado (João Evangelista Veiga Pereira).

Sustenta a União que as duas execuções fiscais que indica possuem elementos idênticos, tais como partes,

pedido imediato, causa de pedir próxima e fundamento jurídico, de modo que, em atenção aos princípios da razoabilidade, celeridade, economia processual e segurança jurídica, a reunião dos mencionados autos viabilizará que se repita, desnecessariamente, os mesmos atos processuais.

Deferido o pedido de efeito suspensivo a fl. 100, embora intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos: – Com efeito, embora considere louvável a busca da exequente em efetivar as decisões do TCU, com agilidade, por meio do processo de execução, é garantia constitucional do executado a defesa em eventuais embargos a serem propostos, o que, para o Judiciário, representaria um verdadeiro tumulto processual se considerado que as certidões de dívida ativa que instruem cada processo de execução diz respeito a convênios diferentes.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente agravo de instrumento e, em conseqüência, revogo a decisão de fl. 100 e determino a separação dos processos 2005.33.00.002342-6 e 1999.33.00.012724-5. Ressalto, porém, que os atos praticados em um desses processos até a publicação desta decisão ao outro aproveita.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Leomar Barros Amorim de Sousa.

Recurso Especial na Apelação Cível

2001.38.03.004551-1/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Recorrente: Rotina Administração e Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outros
Advogado: Dr. Leonardo Pereira Rocha Moreira e outros
Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogada: Dra. Fabíola Ribeiro Gomide e outros
Publicação: e-DJF1 de 7/10/2009, pp. 8-9

Decisão

I

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, III, alínea a, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Quinta Turma deste colendo Tribunal, assim ementado:

Direito Civil e Processo Civil. Nulidade da sentença. Dispositivo genérico. Litispendência. Inovação da lide em apelação. Contratos de crédito rotativo em conta corrente e de financiamento. Revisão. Lei da usura. Inaplicabilidade para instituições financeiras. Capitalização e limite de juros.

I. A sentença respondeu adequadamente ao questionamento feito sobre juros, não sendo necessário que apontasse individualizadamente cada contrato, na medida em que atribui o vício de capitalização mensal a todos. Se isto não é correto, na visão da CEF, há de se revisara situação no mérito, mas nada há de nulo na sentença.

II. Inexiste litispendência entre ação e defesa interposta em outro processo (*sic*), como no caso de ação de revisão ajuizada pelo devedor e embargos usados pelo mesmo devedor para se defender contra o credor em ação monitória proposta por este. O pedido em ambas é diverso, apesar de a origem das duas lides ser comum, o que leva à conexão já reconhecida, mas não à litispendência.

III. A inicial desta ação revisional cuida apenas de aplicação de juros acima do patamar legal e constitucional que o Autor entende existir, bem como capitalização mensal de juros. Não foi

questionada na inicial a aplicação de multa contratual, a comissão de permanência ou o uso da TR como fator de correção monetária, não se podendo permitir que a apelação seja usada como aditamento da inicial.

IV. A CEF não tem interesse recursal para questionar em sua apelação o patamar máximo de juros, posto que a sentença não o reconheceu, deferindo o pedido restritamente no que tange à capitalização mensal.

V. O Supremo Tribunal Federal na Adin-4/DF não reconheceu a auto-aplicabilidade da norma do art. 192, § 3º da Constituição Federal, inclusive já revogada pela Emenda Constitucional 40, de 29 de maio de 2003, que limitava a taxa de juros anual em 12%.

VI. A Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, para as quais as taxas máximas de juros devem ser buscadas nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional. Precedentes.

VII. A capitalização mensal de juros em contratos que, no caso dos autos, vão de 1994 até 1999, não pode ser permitida, mesmo para instituições financeiras. Só a partir da MP 1963-17/2000 é que se tornou possível tal capitalização.

VIII. Apelações improvidas.

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos desprovidos.

Em suas razões recursais, sustentam os recorrentes, em resumo, negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC, ao argumento de que o Acórdão recorrido teria deixado de se pronunciar acerca de questões ventiladas em sede de embargos de declaração. No mais, sustenta violação ao art. 1º do Decreto 22.626/1933; aos arts. 5º, *caput*, 48, XIII, e 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; ao art. 1062 do Código Civil de 1916; e ao art. 591 do novo Código Civil, segundo os quais a taxa de juros contratuais deveria limitar-se em 12% (doze por cento) ao ano, hipótese não ocorrida, na espécie dos autos.

II

A matéria ventilada nos presentes autos fora submetida à apreciação do colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial (REsp 1.061.530/RS), admitido com base no artigo 543-C, do CPC, julgado por aquela Corte de Justiça, em 22/10/2008, cujo acórdão restou assim ementado:

Direito Processual Civil e Bancário. Recurso Especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/ manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Adi 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: I) juros remuneratórios; II) configuração da mora; III) juros moratórios; IV) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e V) disposições de ofício.

Preliminar

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP 1.963-17/2000, reeditada sob o 2.170-36/2001.

I - Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade.

Orientação 1 - juros remuneratórios

- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), Súmula 596/STF;
- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002;
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

Orientação 2 - Configuração da mora

- a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;
- b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

Orientação 3 - Juros moratórios

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenionados até o limite de 1% ao mês.

Orientação 4 - Inscrição/Manutenção em cadastro de inadimplentes

- a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral

ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

Orientação 5 - Disposições de ofício

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II- Julgamento do Recurso Representativo (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea “a” do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1061530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/3/2009).

III

Como visto, a questão ventilada nos presentes autos - limitação da taxa anual de juros em 12% (doze por cento) - já fora resolvida, no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, tendo aquela Corte concluído no mesmo sentido de restou decidido no Acórdão recorrido.

Conforme se vê, o aludido recurso se encontra submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, que prevê em seu § 7º, I:

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça;

IV

Assim posta a questão e em face do que dispõe o art. 543-C, § 7º, I, do CPC, nego seguimento ao presente recurso especial.

Publique-se.

Recurso Especial na Apelação Cível

2000.34.00.043020-8/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Recorrido: Ademar Vilaronga Rios e outros
Advogados: Dr. Ivo Evangelista de Avila e outros
Publicação: e-DJF1 de 7/10/2009, p. 5

Decisão

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento em permissivo constitucional, contra acórdão da Sétima Turma deste Tribunal, cuja ementa ora transcrevo, *verbis*:

Tributário. Férias (um terço), licença-prêmio e abono-assiduidade. Conversão em pecúnia. Natureza indenizatória. Imposto de renda. Inadmissibilidade. Superior Tribunal de Justiça, Súmulas 125 e 136. Repetição de indébito. Imposto de renda retido na fonte. Decadência inexistente. Honorários de advogado.

I. Não sendo a conversão de férias, licença-prêmio e abono-assiduidade em pecúnia por necessidade do serviço fato gerador do Imposto de Renda, mas, tão-somente, indenização por ter deixado o contribuinte de usufruir de direitos incorporados, anteriormente, ao seu patrimônio, ilídima a exigência desse tributo sobre o resultado pecuniário da aludida conversão. (Superior Tribunal de Justiça, Súmulas 125 e 136.)

II. A retenção do Imposto de Renda na Fonte não implica extinção do crédito tributário, sendo mera antecipação de pagamento do imposto devido. Conseqüentemente, o prazo para repetição de indébito acha-se submetido ao sistema do lançamento por homologação, ou seja, é contado a partir desta, tácita ou expressa, data da extinção do crédito tributário. (Código Tributário Nacional, art. 168, caput.)

III. Embora o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil autorize o prolator da sentença, quando vencida a Fazenda Pública, a estabelecer honorários de advogado em porcentagem inferior a 10% (dez por cento), a profissão do advogado não pode ser degradada pela redução dos honorários devidos aos que a exercem com dedicação e eficiência.

IV. Apelação da Ré e Remessa Oficial denegadas.

V. Recurso dos Autores provido em parte.

VI. Sentença reformada parcialmente.

2. Embargos de declaração rejeitados.

3. A recorrente alega violação dos arts. 20, *caput*, §§ 3º e 4º, 21, 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil. Sustenta omissão e ausência de fundamentação do acórdão e insurge-se contra o valor fixado para os honorários advocatícios, reputando-o elevado, afirmando que em face ao julgado ter sido parcialmente procedente teria ocorrido a sucumbência recíproca.

4. Da análise dos autos, verifico que as questões suscitadas no recurso foram devidamente apreciadas pela Turma julgadora. Não há, portanto, violação ao inciso II do art. 535 do CPC. Nesse sentido: REsp 464.417/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma – unânime. DJU 23/8/2004.

5. Igualmente sem razão a recorrente quanto à invocada ausência de fundamentação do acórdão, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Inexistência de similitude fática. Dissídio jurisprudencial não configurado. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Falta de fundamentação. Vício descaracterizado. Contradição. Inexistência.

I. Se, mediante o cotejo dos acórdãos, não logra o recorrente comprovar a existência de similitude fática entre os julgados confrontados, não fica caracterizado o dissídio jurisprudencial, na forma dos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC.

II. Nos termos da Súmula 211/STJ, inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte de origem.

III. Inexiste violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC se o Tribunal *a quo*, para resolver a controvérsia, analisa suficientemente a questão, adotando fundamentação que lhe pareceu adequada.

IV. Por contradição, tem-se o defeito caracterizado pela coexistência, numa mesma decisão, de proposições incompatíveis entre si, tornando impossível a exata compreensão do julgado. Vício não-configurado na hipótese.

V. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.* (grifo nosso) (REsp 944.815/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, unânime, in DJU de 28/3/2008, pág. 1)

6. Por outro lado, entende o Superior Tribunal de Justiça que somente comporta revisão o valor dos honorários advocatícios quando estiver evidente que o montante é irrisório ou exorbitante, o que não se verifica no caso dos autos. Incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, os seguintes julgados daquela Corte:

Agravo Regimental. Administrativo. Pensão por morte. Restabelecimento. Prescrição. Fundamento do acórdão recorrido não infirmado. Súmula 283/STF. Pedido administrativo. Desnecessidade. Honorários. Fixação. Enunciado 7/STJ. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Violação. Não ocorrência.

I. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

II. Assentando-se o acórdão recorrido em mais de um fundamento, suficiente, por si só, para manter a decisão, inviável o conhecimento do recurso se a parte deixar de infirmar um deles (Súmula 283/STF).

III. O ajuizamento de ação previdenciária prescinde de prévia postulação ou exaurimento da via administrativa.

IV. Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em obediência ao disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não havendo, contudo, vedação legal para que sejam fixados sobre o percentual e a base de cálculo de que cuida o § 3º do aludido dispositivo.

V. A irrisignação que busca alterar o valor da verba honorária fixada de acordo com a apreciação equitativa do juiz encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

VI. *Agravo a que se nega provimento.* (grifo nosso) (AgRg no REsp n. 1.064.422/RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, unânime, in DJe 23/3/2009)

Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Pretensão de redução do valor dos honorários advocatícios. INSS sucumbente. Fixação de acordo com o art. 20, § 4º do CPC. Impossibilidade de reexame. Súmula 7/STJ. Quantum que não se mostra manifestamente irrisório. Recurso desprovido.

I. É assente o entendimento de que, vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, que levará em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo Advogado e o tempo exigido para o seu serviço, conforme consta do art. 20, § 4º do CPC, o qual se reporta às alíneas do § 3º do mesmo dispositivo.

II. Somente em hipóteses excepcionais, quando estiver manifestamente evidenciado que a verba honorária foi fixada em montante irrisório ou exorbitante, é possível a revisão do valor fixado pelas instâncias ordinárias por esta Corte, afastando, portanto, o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

III. A verba sucumbencial fixada no caso em tela não se mostra manifestamente ínfima ao ponto de ensejar a superação da Súmula 7 desta Corte, tendo em vista que se trata de uma ação declaratória, sem muita complexidade jurídica, que versa sobre matéria puramente de direito e que não teve maiores problemas em sua tramitação processual.

IV. *Agravo Regimental desprovido.* (AgRg no REsp 966.156/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, in DJe de 8/9/2008)

Agravo Regimental. Tributário. Contribuição previdenciária. Servidor público. Legalidade da aplicação da taxa Selic. Lei 9.494/1997. Não incidência. Honorários advocatícios. Grau de sucumbência. Súmula 7/STJ.

(...).

III. A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontram inequívoco óbice na Súmula 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes.

IV. A fixação de honorários em 10% sobre o valor da condenação, conforme estabelecido na sentença (fl. 119), não pode ser considerada muito elevada.

V. Agravo regimental desprovido.

AgRg nos EDcl no REsp 757825/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, Data do julgamento 5/3/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 2/4/2009)

Pelo exposto, *não admito* o recurso especial.

Publique-se.

Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário

2009.01.00.033825-9/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Agravante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Agravado: JAE
Advogado: Dr. Olívio Vicente de Campos e outro
Publicação: e-DJF1 de 7/10/2009, pp. 30-31

Decisão

I

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão deste egrégio Tribunal, que não admitiu Recurso Extraordinário interposto contra Acórdão desta mesma Corte Regional Federal Transcorrido o prazo para contrarrazões, informa-nos a certidão de fl. 239 sobre a remessa, para o Superior Tribunal de Justiça, dos autos do agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial interposto, nos autos principais.

II

O nosso Código de Processo Civil, editado pela Lei Federal 5.869, de 11/1/1973, com as alterações determinadas pelas Leis Federais 8.950, de 13/12/1994, 9.756, de 17/12/1998 e 10.352, de 26/12/2001, no ponto, determina que *“não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”* (CPC, art. 544, caput) e que *“a petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais”*. *“O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental”* (CPC, art. 544, § 2º). *“Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”* (CPC, art. 544, § 3º). *“O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar”* (CPC, art. 544, § 4º). *“Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557”* (CPC, art. 545).

Como se vê, pelos comandos dos dispositivos legais em referência, o juízo de admissibilidade ou não dos agravos de instrumento interpostos contra decisões do tribunal de origem que não admitiu o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário para o STJ e o STF, respectivamente, é da competência funcional absoluta daqueles Tribunais Superiores, cujos Relatores estão, inclusive, autorizados por lei, para praticarem, de logo, o fenômeno da mutação recursal, conhecendo do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial e ao recurso extraordinário, conforme o caso, exercendo, também, no âmbito de sua competência exclusiva, o juízo de prejudicialidade recursal, nas hipóteses legais, ali, previstas, para eficácia plena da garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 727 de sua jurisprudência, com a determinação de que *“não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto*

da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.

Esclareça-se, de logo, que a hipótese destes autos não se enquadra na recomendação da Portaria PRESI 600-325, de 21/11/2008, deste Tribunal, que se reporta aos casos de sobrestamento dos feitos judiciais repetitivos ou que veiculam questão de repercussão geral.

Nesse contexto, carece de amparo legal e constitucional as disposições dos parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º do art. 308 do Regimento Interno deste colendo Tribunal Federal da 1ª Região, com a redação da Emenda Regimental 6, de 25 de fevereiro de 2008, ao determinar a retenção do recurso de agravo de instrumento ou do próprio recurso extraordinário, já admitido, deste tribunal de origem, para oportuno envio ao Supremo Tribunal Federal, somente após o julgamento do recurso de agravo ou do recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, por agredir expressamente a norma superior do art. 96, I, “a”, da Carta Política Federal, que outorga competência normativa excepcional aos tribunais do país, no sentido de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes.

Dever-se, pois, que os dispositivos regimentais em referência, nesta Corte recursal, no que tange ao sobrestamento abusivo deste agravo de instrumento, extrapolam as comportas autorizadas pela Constituição Federal, negando vigência às garantias fundamentais da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e do acesso pleno à justiça oportuna e efetiva (CF, art. 5º, XXXV), com manifesta usurpação da competência funcional e absoluta do Supremo Tribunal Federal, para o exercício do juízo de admissibilidade e de prejudicialidade deste recurso de agravo.

Com esta inteligência, orienta-nos a doutrina de Eduardo Arruda Alvim, na fala de que:

Se se negar seguimento ao agravo, isso levará à inegável usurpação da competência (do STJ) ou do STF, conforme tenha sido indeferido o seguimento de recurso especial ou extraordinário), passível de correção por meio de reclamação (STF - art. 102, I, “T”, STJ - art. 105, I, “f”, ambos da CF/1988). Usurpação de competência haverá porque, como dito, o juízo definitivo de admissibilidade do recurso especial ou do extraordinário pertence, sempre, ao STJ e ao STF, respectivamente, de modo que não será lícito ao tribunal local negar seguimento ao agravo, que é justamente o recurso por intermédio do qual, em tais hipóteses, se deve fazer chegar ao STJ (ou ao STF, se de recurso extraordinário se tratar) a questão (ou as questões) referente à admissibilidade do especial (ou do extraordinário) (In “Direito Processual Civil” - RT/SP - 2ª edição - 2008, pp. 893-894).

III

Com estas considerações, determino a imediata remessa destes autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, para o regular processamento deste feito, na forma de seu procedimento regimental, conforme dispõe o art. 544, § 2º, do CPC.

Publique-se.

Intime-se.

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2006.38.00.725102-0/MG

Relator: Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares
Recorrente: Escola Agrotécnica Federal de Barbacena – MG
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Recorrido: Simão de Almeida
Origem: Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais
Publicação: e-DJF1 de 6/10/2009, p. 280

Ementa

Processual Civil. Pedido de Uniformização de Jurisprudência. Acórdão que decidiu tema alheio à controvérsia. Aplicação analógica da Questão de Ordem 17 da TNU. Anulação de ofício, do acórdão. Pedido de uniformização prejudicado. Devolução dos autos para realização de novo julgamento.

I. Padece de nulidade o acórdão que decide tema alheio à controvérsia, nos termos da Questão de Ordem 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aplicada por analogia. (Cf. JEF, TNU, PUILF 2007.85.00.500915-6, Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, *DJ* 22/10/2008; PUILF 2004.51.51.058248-8, Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, *DJ* 5/3/2008; PUILF 2005.84.13.001534-9, Decisão Monocrática, Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, *DJ* 1º/8/2006.)

II. Anulação, de ofício, do acórdão recorrido. Pedido de uniformização prejudicado. Devolução dos autos à Primeira Turma Recursal de Minas Gerais para realização de novo julgamento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, anular, de ofício, o acórdão recorrido e dar por prejudicado o pedido de uniformização, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18/9/2009.

Juiz Federal *João Carlos Costa Mayer Soares*, relator.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares: – Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal, formulado perante a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, com fulcro no art. 14, § 1.º, da

Lei 10.259/2001, pela Escola Agrotécnica Federal de Barbacena – MG em face de acórdão proferido pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Minas Gerais, objetivando obter pronunciamento uniforme acerca da incidência do reajuste de 3,17% sobre parcelas referentes a função gratificada/cargo em comissão, a partir da concessão do Adicional de Gestão Educacional – AGE em junho de 1998 (art. 7.º da Lei 9.640/1998).

O pedido de uniformização, na forma delineada na legislação de regência, constitui via extraordinária de impugnação de decisão judicial e tem por finalidade dar conformação à jurisprudência sobre a interpretação de lei infraconstitucional federal,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Atanair Nasser Ribeiro Lopes, Antonio Carlos Almeida Campelo, Ana Paula Martini Tremarin, Pedro Braga Filho, Rui Costa Gonçalves, Maria Lucia Gomes de Souza, Pompeu de Sousa Brasil, David Wilson de Abreu Pardo, Jose Pires da Cunha, Glaucio Maciel Gonçalves, Jose Magno Linhares Moraes, Paulo Ernane Moreira Barros e Márcio Braga Magalhães.

exigindo o atendimento de pressupostos essenciais de admissibilidade como o prequestionamento, a juntada de cópias dos acórdãos paradigmáticos, com transcrição dos trechos que configurem o dissídio jurisprudencial, e que tal dissídio incida sobre questão de direito material. (Cf. STJ, ERESP 409.451/CE, Corte Especial, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 6/12/2004; AgRg no AG 498.192/RJ, Quarta Turma, Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* 22/11/2004; AgRg nos ERESP 284.586/RJ, Segunda Seção, Ministro Castro Filho, *DJ* 15/9/2004; AgRg na PET 2.162/MG, Terceira Seção, Ministro Gilson Dipp, *DJ* 17/5/2004; RESP 20.250/CE, Segunda Turma, Ministro João Otávio de Noronha, *DJ* 12/4/2004; AgRg no AG 498.935/RS, Quarta Turma, relator para acórdão o Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* 5/4/2004; JEF, TNU, PUILF 2003.38.00.719919-7/MG, Juíza Federal Mônica Sifuentes, *DJ* 29/9/2004; PUILF 2003.38.00.709461-3/MG, Juiz Federal Renato Toniasso, *DJ* 19/8/2004; Questão de Ordem 10.)

Impende ressaltar, outrossim, que nos Juizados Especiais Federais o pedido de uniformização de interpretação de lei federal tem natureza de recurso, assemelhando-se aos embargos de divergência. Deste diferencia-se apenas em razão de seu objeto, que se restringe a questões de direito material. Sobre o assunto, acentuam os eminentes professores Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior o seguinte: “*Trata-se, na verdade, de embargos de divergência, objetivando uniformizar a jurisprudência das Turmas Recursais integrantes da mesma Região ou de Regiões diferentes, desde que a apontada discrepância entre os julgados esteja fundamentada em direito material objeto da controvérsia na qual a parte interessada tenha sido vencida totalmente ou parcialmente*”. (Cf. STF, RE 445.169/TO, Decisão Monocrática, Ministro Carlos Velloso, *DJ* 9/12/2005; JEF, TNU, Questão de Ordem 1.)

Na hipótese sob comento, a ora recorrente, por meio de seu recurso inominado (fls. 65/74), requereu que “*(...) as rubricas relativas a função comissionada/cargo de direção a que faz jus o(a) Autor(a) durante o período foram reorganizadas pela Lei 9.640/1998, com a concessão do Adicional de Gestão Educacional – AGE a partir de junho/1998, cabendo, pois, a apuração de diferenças quanto a estas parcelas apenas até maio/1998, com base ainda na norma citada*.” (fl. 73, grifos conforme o original). Entretanto, a decisão monocrática de fls. 104/106 nada falou sobre tal

questão, asseverando apenas ser devida a incidência do índice de 3,17% também sobre outras rubricas que guardam direta vinculação com a remuneração, como quintos e décimos.

Interposto agravo regimental (fls. 107/117) em face da decisão monocrática acima mencionada, novamente a EAFB reclamou a necessidade de limitação da aplicação do índice de 3,17% sobre funções gratificadas e demais parcelas reorganizadas pela Lei 9.640/1998 até maio/1998, uma vez que a referida norma legal passou a vigorar em junho/1998, tendo em vista a orientação contida no art. 10 da MP 2.225-45/2001.

Ao julgar o agravo, porém, a Primeira Turma Recursal de Minas Gerais (fls. 120/123), no que toca ao pleito acima relacionado, apontou ausência de interesse recursal por parte da recorrente, nos seguintes termos, *litteris*:

(...)

6 – Em relação ao termo final da diferença de 3,17% os cálculos que embasaram a sentença de primeiro grau já limitaram o montante da condenação (fls. 60/62) à data de maio/2005 (MP 2.150-39/2001 para carreira do autor, de Técnico-Administrativo de Instituição Federal de Ensino), em conformidade com o art. 10 da MP nº 2.225-45/2001. Portanto, não há interesse recursal neste sentido, posto que já admitida a limitação do referido artigo.

(...)

Importa ressaltar que a limitação do montante da condenação ao mês de maio/2005 não é tema do agravo regimental. Assim, ao fundamentar o *decisum* com argumentos estranhos ao debate, o acórdão incidiu na Questão de Ordem 17 da Turma Nacional de Uniformização – aplicada por analogia –, segundo a qual “*quando o acórdão decidir tema alheio à controvérsia, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais deve anular o julgado*”.

Com efeito, padece de nulidade o acórdão que decide tema alheio à controvérsia, nos termos da Questão de Ordem 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. (Cf. JEF, TNU, PUILF 2007.85.00.500915-6, Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, *DJ* 22/10/2008; PUILF 2004.51.51.058248-8, Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, *DJ* 5/3/2008; PUILF 2005.84.13.001534-9,

Decisão Monocrática, Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, *DJ* 1º/8/2006.)

À vista do exposto, pela aplicação analógica do Enunciado 17 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, *anulo, de ofício, o acórdão vergastado e dou por prejudicado o pedido de uniformização, determinando a devolução dos autos à Primeira Turma Recursal de Minas Gerais* para realização de novo julgamento.

É como voto.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.746038-8/MG

Relatora: Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin
Recorrente: Maria José de Oliveira
Advogado: Dr. Valcir Geraldo Pereira e outro
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: e-DJF1 de 6/10/2009, p. 280

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Filho falecido. Beneficiária genitora. Dependência econômica.

I. Comprovado por início de prova material corroborado por prova testemunhal a dependência econômica relativa de mãe para com o filho, para fins de obtenção do benefício de pensão por morte.

II. Tratando-se de família de baixa renda, cabível é o pagamento da pensão, ainda mais quando indicado, expressamente, que o instituidor do benefício, contribuía para a manutenção das necessidades domésticas.

III. Interpretação que decorre da aplicação do enunciado da Súmula 229 do extinto TFR: “A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.”

IV. Incidente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao pedido de uniformização, nos termos do voto e ementa constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Salvador, 18/9/2009.

Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin, relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin: – Trata-se de *Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal* apresentado por *Maria José de Oliveira*, com fulcro no art. 14, § 2º, da Lei 10.259/2001, em vista de suposta divergência do julgado proferido pela Turma Recursal de Minas Gerais, que julgou improcedente o pedido de restabelecimento do benefício previdenciário - pensão por morte.

O pedido está fundamentado na ausência de sintonia entre o acórdão ora recorrido e os acórdãos das Turmas Recursais de Goiás e Mato Grosso, as quais entendem que para a concessão de pensão por morte aos genitores do instituidor do benefício, o início de prova

material corroborada com a prova testemunhal basta para fins de comprovação da dependência econômica, ainda que a dependência financeira não seja exclusiva.

O julgado combatido apresenta a seguinte ementa:

Juizados Especiais Federais. Previdenciário, pensão por morte de filho. Ausência de comprovação de dependência econômica. Recurso provido.

I. Cuida-se de recurso contra sentença que, julgando improcedente o pedido inicial, reconheceu à autora o direito de receber pensão por morte de seu filho. Em seu recurso, a autarquia sustenta que não há nos autos início de prova material que comprove a dependência econômica. Consta dos autos que foi deferida junto ao INSS a pensão por morte,

ocorrida em abril de 2000, tendo sido suspenso o seu pagamento em 2005 após revisão administrativa.

II. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer. O inciso II do art. 16, da Lei 8.213/1991, diz que os pais são dependentes do segurado. No entanto, para que recebam o benefício previdenciário, é preciso que se comprove a dependência econômica, consoante parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal. Sendo que os tribunais entendem que a prova testemunhal é suficiente para comprovar a dependência econômica.

III. Entretanto, no caso dos autos, não ficou configurada a dependência econômica exigida pela lei, a fim de ensejar a concessão da pensão por morte pleiteada. O último vínculo empregatício do segurado foi entre janeiro de 1992 e junho de 1998, quando houve a rescisão de seu contrato de trabalho. Apesar da autarquia previdenciária reconhecer que a morte aconteceu dentro do período de graça devido o recebimento de seguro desemprego entre outubro de 1998 e dezembro de 1998, é imperioso reconhecer que na data da morte, abril de 2000, o segurado não possuía renda conforme o depoimento pessoal da recorrida ("que após sair da empresa que quando o Elcio trabalhava com a mãe vendendo marmitex; que pararam porque estava dando prejuízo; que quando faleceu o Elcio estava desempregado").

IV. Assim sendo, embora existente a dependência econômica enquanto esteve empregado, *na data da morte não restou comprovada a condição de que o falecido era o principal provedor da casa, na verdade, os membros da família, a mãe, o filho falecido e um segundo filho, apenas dividiam os recursos entre eles.*

V. Recurso Provido.

VI. Tutela antecipada, porventura concedida, revogada. Fica ressalvado que, tendo em vista seu caráter alimentar, as parcelas recebidas a este título não são passíveis de restituição pelo(a) recorrido(a).

VII. Sem condenação em custas e honorários.

Os acórdãos apresentados como paradigmas, oriundos da Turma Recursal de Goiás, apresentam as seguintes ementas:

Previdenciário. Pensão por morte. Dependência dos pais em relação ao filho falecido. Comprovação. Recurso provido.

Cuida-se de recurso contra sentença que julgou improcedentes os pedidos alternativos de pensão por morte e restabelecimento de benefício assistencial ao idoso. A recorrente aduz que tem direito ao recebimento do benefício de pensão por

morte uma vez que está demonstrada sua condição de dependente com relação ao filho falecido. Sustenta, alternativamente, que tem direito ao restabelecimento do benefício assistencial uma vez que a renda *per capita* familiar é inferior a ¼ do salário mínimo.

Previdenciário. Pensão por morte. Filho falecido. Dependência econômica. Despesas comuns. Comprovação. Sentença reformada.

I. O fato de o filho falecido contribuir para custear as despesas da casa em que vivia com os pais, é suficiente a demonstrar a existência de dependência econômica entre estes, mesmo sendo o genitor aposentado.

II. Recurso conhecido e provido.

Previdenciário. Pensão por morte. Filho falecido. Militar. Dependência comprovada. Sentença reformada.

I. A pensão militar prevista nas Leis 6.880/1980 e 3.765/1960 pressupõe, além da obrigatoriedade de contribuição e habilitação dos dependentes, a comprovação da dependência econômica, sendo que a declaração fornecida pelo militar indicando a ausência de dependentes pode ser ilidida mediante prova em contrário.

II. O fato de o filho falecido contribuir para custear as despesas da casa de seus pais, ainda que estes não dependessem exclusivamente de tal ajuda, é suficiente a demonstrar a existência de dependência econômica entre os mesmos, consoante reiterados julgados.

III. Recurso conhecido e provido.

Os acórdãos apresentados como paradigmas, oriundos da Turma Recursal do Mato Grosso, apresentam o entendimento abaixo transcrito:

Direito previdenciário. Pensão por morte. Beneficiária. Genitora. Dependência econômica – art. 16, II e § 4º, da Lei 8.213/1991. Declaração de inexistência de dependentes preferenciais – art. 24 do Decreto 3.048/1998. Inexistência de prévia habilitação ou inscrição de todos os dependentes para a concessão do benefício – art. 76, caput, da Lei 8.213/1991. Sentença íliquida. Juros moratórios.

- Uma vez comprovada a dependência econômica da Recorrida, mãe do segurado, a exigência de declaração de inexistência de dependentes preferenciais para a perempção do benefício pela genitora (art. 24 do Dec. 3.048/1999) resta suprida e não prevalece diante da regra do art. 76, *caput*, segundo o qual "a concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou

inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data de exclusão ou habilitação”.

- Se nos autos existem elementos suficientes para suprir a omissão da sentença que não fixou valor da renda mensal inicial e o montante das parcelas retroativas, não há que se anular tal sentença, devendo a mesma ser apenas reformada para essa fixação, mormente considerando os critérios adotados aos processos em trâmite perante os JEF's: celeridade, economia processual, informalidade e simplicidade.

- Os juros e a correção monetária devem ser fixados respectivamente, conforme o art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação da MP nº 2.180/2001 e com a Resolução 258/2002-CJF.

- Recurso parcialmente provido.

Previdenciário. Pensão por morte. País. Lei 8.213/1991. Dependência econômica. Possibilidade.

I. A dependência econômica do pai em relação ao filho pode ser comprovada por início de prova material corroborado com a prova testemunhal. Assim, os documentos mencionados no art. 22 do decreto 3.048/1999 não são exclusivos, mas sim, meramente exemplificativos, podendo ser comprovados por outros meios de prova (art.16, II, da Lei 8.213/1991).

II. O benefício é devido a partir da propositura da ação, quando não foi requerido via administrativa.

III. Recurso improvido.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin: – O presente incidente de uniformização foi interposto dentro do prazo e restou demonstrada a divergência entre decisões de Turmas Recursais da 1ª Região, razão pela qual, *conheço* do pedido.

Enfatizo que o conhecimento do incidente, tal como posto pela requerente, não representa o reexame da questão fática relativa à comprovação de existência de dependência econômica, uma vez que a controvérsia cinge-se a definir se a dependência econômica, ainda

que relativa, é suficiente à concessão da pensão por morte à genitora do instituidor do benefício.

No caso sob exame, o autor anexou acórdãos das Turmas Recursais de Goiás e Mato Grosso, que tratam de idêntica matéria. Na espécie, o Colegiado de Minas Gerais decidiu por reformar a sentença, declarando devido o cancelamento da pensão por morte e revogando a tutela antecipada, outrora concedida.

Na situação ora debatida, a Turma Recursal de Minas Gerais adota o entendimento de que para o recebimento de pensão por morte é necessária a prova de que o filho falecido fosse o principal provedor da família, em caso contrário, restaria descaracterizado o vínculo de dependência econômica.

Não obstante, as Turmas Recursais de Goiás e Mato Grosso entendem que a mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária em caso de morte do filho, caso provada a dependência econômica por início de prova material corroborado com prova testemunhal, mesmo que tal dependência não seja exclusiva e de que, em se tratando de família de poucos recursos, a dependência econômica é presumível.

Na espécie, deve ser aplicado o enunciado da Súmula 229 do extinto TFR: “A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.” Ressalto que a dependência econômica entre a mãe e o filho falecido restou evidenciada, tanto por início de prova material como por prova testemunhal, conforme se deduz do acórdão combatido onde consta que ainda que o filho não fosse o principal provedor da família, contribuía com recursos financeiros para o sustento dela.

Pelo exposto, *dou provimento* ao presente Incidente de Uniformização, para reformar o acórdão da Turma Recursal do Estado de Minas Gerais e restabelecer a sentença concedendo o benefício previdenciário – pensão por morte – desde a data da cessação indevida, acrescida de juros moratórios desde a data da citação e correção monetária desde o vencimento de cada prestação.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Atanair Nasser Ribeiro Lopes, Antonio Carlos Almeida Campelo, Cristiane Miranda Botelho, Pedro Braga Filho, Rui Costa Gonçalves, Maria Lucia Gomes de Souza, Pompeu de Sousa Brasil, David Wilson de Abreu Pardo, Jose Pires da Cunha, Glaucio Maciel Gonçalves, Jose Magno Linhares Moraes, Paulo Ernane Moreira Barros e Márcio Braga Magalhães.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.39.00.702036-0/PA

Relatora: Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin
Recorrente: Yeda de Fátima Vilela de Lima
Advogado: Dra. Núbia Silva Varão e outros
Recorrido: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogado: Dr. Mário Antônio Lobato de Paiva
Publicação: e-DJF1 de 6/10/2009, p. 280

Ementa

Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização. Inclusão indevida do nome no cadastro de devedores.

I. O banco é responsável pelos danos morais causados por deficiência na prestação do serviço, consistente na inclusão indevida do nome de correntista nos órgãos de proteção ao crédito, causando-lhe situação de desconforto e abalo psíquico.

II. Na espécie, o dano é considerado *in re ipsa*, de forma que não se exige provar o prejuízo, pois o prejuízo é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum.

III. Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto.

IV. O *quantum* arbitrado pelo juiz de 1º grau revela-se razoável. Modificação apenas em relação à fixação de juros moratórios e correção monetária, que deverão fluir da data da publicação da sentença.

V. Incidente conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, por maioria conhecer do pedido nos termos do voto da relatora e por maioria dar provimento ao pedido de uniformização a fim de que seja restabelecida a sentença de 1ª grau e a condenação ao pagamento de R\$ 13.500,00 a título de danos morais acrescidos de juros moratórios à razão de 1% ao mês e correção monetária desde a data da publicação da sentença, vencida em parte a relatora que dava provimento em menor extensão, nos termos do voto e ementa constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Salvador, 18/9/2009.

Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin: – Trata-se de Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal apresentado por Yeda de Fátima Vilela de Lima, com fulcro no art. 14, § 2º, da Lei 10.259/2001.

Insurge-se a Recorrente contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado

do Pará/Amapá que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso interposto pela Caixa Econômica Federal, para excluir a indenização por danos morais, sob o fundamento de que não restou demonstrado nos autos a ocorrência de constrangimento ou humilhação a ponto de interferir na esfera psicológica da autora, sendo que os fatos narrados evidenciam que ter sofrido apenas um mero aborrecimento, um dissabor, passível

de ocorrer no cotidiano das pessoas, mantendo a sentença nos seus demais termos.

Sustenta que o entendimento adotado pelas Turmas Recursais de Goiás, Bahia e Mato Grosso diverge daquele prevalente na Turma Recursal do Pará/Amapá, já que consideram que para a configuração do dano moral não há necessidade de provar o abalo psicológico.

Os julgados paradigmas apresentam a seguinte ementa:

Dano moral. Indenização. Inclusão indevida do nome no cadastro de devedores.

I. Para a caracterização do dano moral, nos casos de restrição a crédito ou de devolução indevida de cheque sob o rótulo de “sem fundos”, não há necessidade de se provar prejuízo patrimonial, consoante entendimento do excelso STF e do e. STJ, bastando que exista o cometimento de ato injustificado ou ilícito. 2. Recurso improvido. (TR/GO. Processo 2003.35.00.700015-2. Rel. Juiz Federal Lindoval Marques de Brito. DJ/GO 24.2.2003)

Direito Civil. Danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Valor da indenização.

I. Caracteriza-se constrangimento ensejador de danos morais a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, e sua manutenção mesmo depois de pago o débito.

II. Recurso improvido. (TR/MT. Processo 2005.36.00.701913-5. Rel. Juiz Federal Jeferson Schneider. DJ/MT 17.11.2005)

Civil. Restrição cadastral equivocada. Relativa à prestação de financiamento diretamente debitada da conta corrente do recorrido, na data do financiamento. Responsabilidade civil objetiva da Caixa Econômica Federal. Desnecessidade de comprovação objetiva do dano moral experimentado pelo autor. Precedentes do STJ.

I. Constituído ato ilícito praticado pela instituição financeira a inserção e manutenção de restrição cadastral, em função de referência de inscrição de débito devidamente quitado;

II. Documentação colacionada aos autos, emitida pela própria CEF, que corrobora a ilicitude do ato, ao comprovar que a parcela que deu ensejo à inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplente foi devidamente debitada da sua conta poupança, circunstância que enseja, por si só, o dever de indenizar;

III. Recurso inominado a que se nega o provimento. 4. Tendo havido participação de advogado constituído nesta causa, é cabível, ainda, a condenação da recorrente em honorários

advocatórios de 20% (vinte por cento) sobre o montante corrigido da condenação, nos termos do art. 555 da Lei 9.099, de 29.9.1995. (TR/BA. Processo 2004.33.00.762743-5. Rel. Juiz Federal Carlos D’Avila Teixeira. DJ/BA 2.2.2005)

Civil. Ação indenizatória. Incrição indevida do nome da autora em cadastro de restrição de restrição creditícia. Configuração do dano moral. Valor da indenização considerado razoável.

I. No que se refere à ocorrência de danos morais, é cediço que a inclusão indevida do nome de qualquer pessoa ou de uma em cadastros de inadimplentes é causa bastante para provocar desassossego e abalar sua imagem no mercado, reclamando, portanto, reparação.

II. O valor da indenização deve seguir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para representar a reparação pelo causador do dano, sem, contudo atribuir enriquecimento sem causa à parte autora.

III. Recurso desprovido. (TR/BA. Processo 2004.33.00.760277-7. Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza. DJ/BA 15.12.2004)

O julgado combatido apresenta a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Indenização por dano material. Cobrança por serviços não prestados. Inexistência de dano moral. Mero aborrecimento. Recurso parcialmente provido.

I. Deve ser cancelado o débito lançado na conta da autora e excluído o seu nome dos cadastros de inadimplentes, haja vista que a CEF cobrou quantias por serviços que não prestou, pois a conta não teve movimentação durante todo o período em que foram cobradas as taxas.

II. Não restou demonstrado nos autos a ocorrência de constrangimento ou humilhação a ponto de interferir na esfera psicológica da autora. Os fatos narrados denotam que a recorrida sofreu apenas um mero aborrecimento, um dissabor, passível de ocorrer no cotidiano das pessoas.

III. Recurso parcialmente provido.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Ana Paula Martini Tremarin: – Consoante a prescrição do § 1º do art. 14 da

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Atanair Nasser Ribeiro Lopes, Antonio Carlos Almeida Campelo, Cristiane Miranda Botelho, Pedro Braga Filho, Rui Costa Gonçalves, Maria

Lei 10.259/2001 será admitido pedido de uniformização de jurisprudência quando fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais da mesma região.

O presente incidente de uniformização foi interposto dentro do prazo e restou demonstrada a divergência entre decisões de Turmas Recursais da 1ª Região, razão pela qual, *conheço* do pedido.

No caso sob exame, o autor anexou acórdãos das Turmas Recursais de Goiás, Bahia e Mato Grosso, que tratam de idêntica matéria. Na espécie, o Colegiado do Pará/Amapá decidiu por reformar parcialmente a sentença, para excluir a indenização por danos morais.

A Turma Recursal do Pará/Amapá perfilha o entendimento de que para o recebimento de indenização por danos morais deve ficar demonstrada a ocorrência de constrangimento ou humilhação a ponto de interferir na esfera psicológica da autora.

De outro lado, as Turmas Recursais de Goiás, Bahia e Mato Grosso entendem que a inclusão equivocada em cadastro de inadimplentes, por si só, caracteriza dano moral, gerando por consequência a obrigação de indenizar.

Na hipótese dos autos, restou evidenciado o dano moral, visto que a autora sofreu constrangimentos, por ter seu nome equivocadamente inscrito no cadastro de inadimplentes. Ademais, não se configura imprescindível acrescentar-se prova de abalo da reputação ou de outros transtornos, para que seja efetivamente caracterizado o dano moral indenizável, basta tão-somente a inscrição no cadastro de inadimplentes de forma ilegítima.

De outra banda, no que se refere ao valor do dano moral, anoto que o juiz de 1º grau fixou o valor de indenização em R\$ 13.500,00 e determinou a incidência de juros moratórios à razão de 1% desde a data da citação e correção monetária desde o evento danoso.

A indenização por danos morais tem como finalidade compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame

demasiado ao ofensor. Na espécie, considerando as circunstâncias e peculiaridades da causa, a indenização fixada em R\$ 13.500,00 deve ser mantida, pois cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral.

Todavia, em relação aos juros moratórios e correção monetária, consoante o entendimento cristalizado na Súmula 362 do STJ, a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento. É que o reajuste em indenizações por dano moral deve ser da data em que o valor foi definido na sentença. Da mesma sorte, os juros de mora devem fluir desde a data do arbitramento, porquanto quando a razão de decidir é a mesma, deve ser a mesma a disposição do direito.

Pelo exposto, *dou provimento* ao presente Incidente de Uniformização, para reformar o acórdão da Turma Recursal do Pará/Amapá, e restabelecer a sentença de 1º grau que fixou o dano moral no valor de R\$ 13.500,00, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora à razão de 1% ao mês desde a data da publicação deste acórdão.

É como voto.

Lucia Gomes de Souza, Pompeu de Sousa Brasil, David Wilson de Abreu Pardo, Jose Pires da Cunha, Glaucio Maciel Gonçalves, Jose Magno Linhares Moraes, Paulo Ernane Moreira Barros e Márcio Braga Magalhães.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal

2006.34.00.701298-5/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves
Recorrente: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Advogados: Dra. Adriana Maia Venturini e outros
Recorrida: Olga Sangaletti de Lima
Procuradores: Dra. Andréia da Silva Lima e outros
Publicação: e-DJF1 de 14/10/2009, p. 133

Ementa

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Resíduo de 3,17%. Base de cálculo. Incidência de parcelas não reajustadas. Funções de confiança e gratificadas. Quintos e décimos. Rubricas de natureza permanente. Pedido de uniformização ao qual se nega provimento.

I. Conforme previsto pelo art. 28 da Lei 8.880/1994, a revisão da remuneração dos servidores incluiu as funções de confiança e gratificadas. Por serem rubricas de natureza permanente, a diferença de 3,17% deve incidir sobre todas as parcelas que tiveram seu valor reduzido pela falta de aplicação do reajuste, a exemplo da gratificação de atividade, da FGR, de quintos e de décimos.

II. Precedente desta Turma Regional, estabelecido nos autos de 2006.34.00.701284-8 (DJ 14-5-2009), relator o Sr. Juiz Itagiba Catta Preta Neto.

III. Pedido de uniformização desprovido.

Acórdão

Decide a Turma Regional, à unanimidade, negar provimento ao pedido de uniformização, nos termos do voto do Juiz Relator.

Salvador, 18/9/2009.

Juiz Federal *Gláucio Maciel Gonçalves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves:
– Trata-se de pedido de uniformização interposto contra acórdão da Turma Recursal do Distrito Federal, que manteve em julgamento de agravo de instrumento a decisão que reconheceu a incidência do reajuste de 3,17% sobre a totalidade das parcelas componentes da remuneração do servidor.

A requerente alegou, no presente pedido de uniformização, que determinadas parcelas não compreendidas no conceito de vencimento teriam forma de atualização diversa, não devendo sobre elas incidir o percentual aqui discutido. Para tanto, apontou como paradigma acórdão da Turma Recursal do Mato

Grosso, que teria dado interpretação divergente sobre a mesma matéria.

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves:
– A insurgência da requerente, como visto, reside na inclusão da base de cálculo das diferenças de 3,17% de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Magno Linhares Moraes, Paulo Ernane Moreira Barros, Márcio Braga Magalhães, Cristiane Miranda Botelho, Atanair Nasser Ribeiro Lopes, Ana Paula Martini Tremarin, Pedro Braga Filho, Rui Costa Gonçalves, Maria Lucia Gomes de Souza, Pompeu de Sousa Brasil, David Wilson de Abreu Pardo e José Pires da Cunha.

determinadas parcelas que, a seu ver, não integrariam a remuneração do servidor. Sendo assim, deveriam ser excluídos da apuração do montante devido a “representação mensal”, “opção Das”, “opção GADF – ativo”, “retribuição em cargo em comissão”, “vantagem pessoal” e décimos.

Sem razão.

Conforme previsto pelo art. 28 da Lei 8.880/1994, a revisão da remuneração dos servidores incluiu as funções de confiança e gratificadas. Desta forma, o resíduo de 3,17% deve incidir sobre todas as parcelas que tiveram seu valor reduzido pela falta de aplicação do reajuste, a exemplo da gratificação de atividade pelo desempenho de função (GADF), da FGR, de quintos e de décimos. Nesse sentido a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 2003.34.00.000017-7/DF, (DJ 19-3-2007, p. 21), relator o Sr. Juiz Convocado Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, em acórdão com a seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos à execução. Reajuste de 3,17%. Base de cálculo. Incidência do reajuste sobre as rubricas “opção função - 173, Rep. Mensal - 174 e opção GADF - 621”. Possibilidade. Apelação não provida.

I. O reajuste de 3,17% deve incidir sobre todas as parcelas de natureza permanente que compõem a remuneração dos exequentes, uma vez que todas elas sofreram redução no seu valor com a utilização equivocada da sistemática de conversão do valor dos vencimentos/proventos em URV, consoante a previsão do art. 28 da Lei 8.880/1994.

II. As rubricas questionadas pela embargante são todas de natureza permanente e, assim, sobre elas deve incidir o percentual de reajuste determinado na decisão exequenda.

III. Apelação a que se nega provimento.

No mesmo sentido, decisão desta Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, ao julgar os autos de 2006.34.00.701284-8 (DJ 14-5-2009), relator o Sr. Juiz Itagiba Catta Preta Neto, com a seguinte ementa:

Pedido de Uniformização. Administrativo. Reajuste de 3,17%. “Base” de incidência.

I. O reajuste de 3,17% deve incidir não somente sobre o vencimento básico do servidor, como também sobre a vantagem paga pelo exercício de cargo em comissão, de função gratificada e das vantagens pessoais incorporadas a tal título, por serem vantagens de natureza permanente. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1065791/PR, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 11/12/2008, DJe 2/2/2009, AgRg no REsp 977371/PR, Rel. Ministro *Paulo Gallotti*, Sexta Turma, julgado em 28/8/2008, DJe 29/9/2008 e AgRg no REsp 908241/PR, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, Sexta Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 10/9/2007 p. 334).

II. Incidente de uniformização conhecido e improvido.

Ademais, o art. 10 da Medida Provisória 2.225/2001 prevê que, havendo reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras, concessão de adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem de qualquer natureza, o reajuste de 3,17% somente será devido até a data da reorganização ou reestruturação efetivada, mas *exclui* as parcelas da remuneração incorporadas a título de vantagem pessoal.

Assim, não merece guarida a assertiva da *Funasa* de que as parcelas anteriormente nominadas deveriam ser excluídas da base de cálculo da diferença de 3,17%. *Nego provimento* ao incidente.

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)

Embargos infringentes. Honorários de advogado. Valor da causa. Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Cabimento. Legalidade da fixação.

I. Em conformidade com a nova orientação jurisprudencial do STJ, seguida por esta 4ª Sessão, ainda que por maioria, são cabíveis embargos infringentes para discutir exclusivamente os honorários de advogado, não obstante tratados como matéria acessória do julgado. (EIAC 2001.34.00.003661-0/DF, Des. Federal Catão Alves, Quarta Seção, *e-DJFI* p.17 de 1/9/2008.)

II. Fixados os honorários advocatícios sobre o valor da causa, na qual foi deferido o direito à compensação tributária, em montante cuja liquidação somente será conhecida após homologação pela Receita Federal, até mesmo para evitar-se maiores discussões judiciais quando da execução da sucumbência, é razoável estabelecer-se a condenação sobre o valor da causa, por se traduzir no conteúdo econômico informado pelo autor como objeto da discussão, não obstante ausente previsão legal nesse sentido.

II. Embargos infringentes não providos.

Embargos Infringentes 2000.34.00.037865-7/DF

Relator: Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos* (convocado) – 4ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, p. 196

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Vantagem pecuniária. Pagamento indevido. Desconto das parcelas em folha de pagamento. Lei 8.112/1990. Art. 46. Necessidade de anuência prévia. Impossibilidade de privação dos bens do devedor sem o devido processo legal. Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal/1988. Apelação e remessa oficial não providas.

I. O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente, uma vez que as disposições do art. 46 da Lei 8.112/1990, longe de autorizarem a Administração Pública a recuperar valores apurados em processo administrativo, apenas regulamentam a forma de reposição ou indenização ao erário após a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. (STF, MS 24.182/DF, Pleno, Ministro Maurício Corrêa, Informativo 337, de 16 a 20 de Fevereiro de 2004; AI 241.428 AgR/SC, Segunda Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 18.2.2000; STJ, RESP 336.170/SC, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 8.9.2003; RESP 379.435/RS, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 30.6.2003; RESP 207.348/SC, Segunda Turma, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 25.6.2001).

II. Não se nega à Administração o direito, e até mesmo o dever, de corrigir equívocos no pagamento de vantagens pecuniárias a servidores públicos. Entretanto, não se pode olvidar que não podia a autoridade impetrada privar as servidoras de parte de seus vencimentos/proventos unilateralmente, sem o devido processo legal.

III. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Apelação em Mandado de Segurança 2006.37.00.004256-9/MA

Relator: Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento* (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 6/10/2009, p. 152

Administrativo. Incorporação de quintos/décimos. Período compreendido entre a Lei 9.624/1998 e a Medida Provisória 2.225/2001. Possibilidade. Posterior transformação em VPNI. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Custas. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada.

I. Persiste o interesse de agir dos autores porque, embora tenha havido o reconhecimento do direito a incorporação de quintos no período pleiteado, não houve o pagamento efetivo das diferenças relativas à incorporação, o que ensejou o ajuizamento da presente ação.

II. O artigo 62, § 2º, da Lei 8.112/1990 estatuiu a incorporação de um quinto do valor correspondente à gratificação de confiança a cada ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de cinco anos.

III. Entretanto, a Medida Provisória 1.595-14/1997, convertida na Lei 9.527/1997, extinguiu a possibilidade de incorporação dos quintos/décimos (vide Lei 8.911/1994), transformando a percepção do equivalente em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, a partir de 11.11.1997.

IV. Com o advento da Lei 9.624/1998 foi alargado o prazo limite para a incorporação de quintos pelo exercício de Função Comissionada, passando o termo *ad quem* da referida incorporação para 8.4.1998.

V. “A Medida Provisória 2.225-45/2001, ao referir-se não apenas ao artigo 3º da Lei 9.624/1998, mas também aos artigos 3º e 10, da Lei 8.911/1994, autorizou a incorporação da gratificação relativa ao exercício de função comissionada, no período de 8.4.1998 a 5.9.2001, transformando, outrossim, as parcelas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada” (REsp 781798/DF, Relator Ministro Helio Quaglia Barbosa, DJ 15.5.2006).

VI. A correção monetária obedecerá as normas fixadas pela Lei 6.899/1981, conforme disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

VII. Os juros de mora mantidos em 0,5% ao mês fluem a partir da citação.

VIII. Este Tribunal tem entendido que, nos casos em que a matéria discutida já tem entendimento pacífico nos tribunais, não oferecendo maior complexidade, é cabível a fixação dos honorários em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

IX. A isenção da União ao pagamento das custas não a desobriga do reembolso à parte vencedora (Súmula 1 do TRF - 1ª Região e art. 4º, inciso I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996). Precedentes.

X. Apelação desprovida.

XI. Remessa oficial parcialmente provida.

Apelação Cível 2008.34.00.014599-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal *Neuza Alves* – 2ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 1º/10/2009, p. 171

Processo Penal. Crimes praticados através da internet. Competência. Justiça Federal. Sentença reformada.

I. A inserção de dados aos crimes relativos ao racismo na rede mundial de computadores - internet - possibilitando o acesso à qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, tornando os públicos, determina a competência da Justiça Federal, pois o crime previsto em tratado teve seu resultado, inevitavelmente, ocorrido no estrangeiro.

II. Sendo a União detentora da competência exclusiva para manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções, e o Brasil um dos signatários da Convenção sobre os Direitos da Criança, é a Justiça Federal competente para processar e julgar o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/1990).

III. Recurso em sentido estrito provido.

Recurso em Sentido Estrito 2008.38.00.018067-7/MG

Relator: Desembargador Federal *Tourinho Neto* – 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, p. 301

Penal e Processual Penal. Recurso em Sentido Estrito. Crime de redução à condição análoga à de escravo e de frustração de direitos assegurados por lei trabalhista. Arts. 149 e 203, § 2º, do Código Penal. Competência da Justiça Federal art. 109, VI, da CF/1988. Precedentes do STF e do STJ. Recurso provido.

I. Os crimes de redução à condição análoga à de escravo, por submissão do empregado a condições degradantes de trabalho, e de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, ainda que tenham sido cometidos contra determinados grupos de trabalhadores, devem ser processados e julgados pela Justiça Federal, por se enquadrarem

na categoria de delitos contra a Organização do Trabalho, conforme entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal (RE 398041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa), do STJ (CC 62.156/MG, Rel. Min. Laurita Vaz) e do TRF/1ª Região (RCCR 2006.43.00.002823-1/TO, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro)

II. “Na esteira do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, o crime de redução à condição análoga a de escravo, ainda que praticado contra determinados grupos de trabalhadores, por se enquadrar na categoria de delitos contra a organização do trabalho, é de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal, o suscitante”. (CC 62.156/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª Seção do STJ, unânime, DJU de 6/8/2007, p. 464).

III. Recurso provido.

Recurso em Sentido Estrito 2006.43.00.002959-3/TO

Relatora: Desembargadora Federal *Assuete Magalhães* – 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, pp. 295-296

Penal. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante delito. Internacionalidade. Lei 11.343/2006, artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso I e artigo 35. Liberdade provisória. Vedação. Inconstitucionalidade. Inexistência.

I. A decisão que indeferiu a liberdade provisória encontra-se suficientemente fundamentado, porquanto nela demonstrados os pressupostos da prisão preventiva, bem como ser a medida necessária para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. Sendo, pois, o caso hipótese em que estaria autorizada a decretação da prisão preventiva, não se faz possível a concessão de liberdade provisória (art. 310, par. único, do CPP).

II. Ademais, “o réu denunciado por tráfico ilícito de drogas, (...) não tem direito a liberdade provisória, por força do disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/1990, que considerou necessária a custódia cautelar nessa hipótese (crime hediondo), como forma de garantir a ordem pública, que é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, tendo em vista a periculosidade que representa, para a sociedade, o traficante de entorpecentes, que acaba com a tranquilidade pública e ameaça a segurança social” (cf. HC 38.377/RJ, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 9.2.2005, p. 211).

III. A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações: “assim, a mudança do artigo 2º da Lei 8.072/1990, operada pela Lei 11.464/2007, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso” (HC 89.068/RN, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 23.2.2007; HC 89.183/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.8.2006 e HC 86.118/DF, rel. Min. Cesar Peluzo, DJ 14.10.2005). Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, “referido óbice foi inclusive, reforçado pela expressa vedação legal à concessão do referido benefício, prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006 (nova Lei de Tóxicos)” (STJ, HC 86.569/60, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 5.11. 2007, p. 339).

IV. O inciso XLIII, do art. 5º, da CF/1988, ao vedar expressamente a concessão de fiança para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos em lei como hediondos, teve nítida intenção de tornar defeso a concessão de liberdade provisória nesses delitos, uma vez que se não é possível liberdade provisória com fiança, menos ainda sem.

V. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “na assentada de 27.6.2007, por ocasião do julgamento do HC 76.779/MT, rel. Min. Felix Fischer (acórdão ainda não publicado), consolidou o entendimento de que a vedação legal imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é, por si só, fundamento idôneo para a não-concessão da liberdade provisória nos casos de flagrante de crimes hediondos ou a ele equiparados, dispensando, dessa forma, o exame dos pressupostos de que trata o art. 312 do CPP” (RHC 22.165/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 7.2.2008).

VI. Ordem denegada.

Habeas Corpus 2009.01.00.043491-5/RO

Relator: Juiz Federal *Klaus Kuschel* (convocado) – 4ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, pp. 328-329

Direito Administrativo. Parque Nacional de Brasília. Derivação significativa de águas públicas. Autorização administrativa. Necessidade. Bens públicos de uso comum do povo. Inalienabilidade e imprescritibilidade. Antiguidade da derivação. Irrelevância.

I. Na sentença, foi julgado improcedente o pedido, ao fundamento de que incide na hipótese o art. 43 do Código de Águas, “já que não se pode considerar insignificante a derivação de 70% do mencionado curso d’água. ... o fato do uso desta água datar de mais de 70 anos, como afirmam os autores, não tem o condão de descaracterizar a sua natureza pública, haja vista inexistir quanto a bem público prescrição aquisitiva.”

II. Acrescentou-se que, “ademais disto, cuidando-se de água pública que ao ultrapassar os limites do Parque Nacional de Brasília vai, como afirmado pelos autores nos autos da Ação Cautelar 93.0010199-4, concorrer para a formação de uma represa da Companhia de Água e Esgotos de Brasília – CAESB, milita em desfavor da pretensão dos requerentes a preferência legal constante do § 1º do art. 36 do Código de Águas, que prefere o abastecimento das populações ao uso particular das águas públicas.”

III. De acordo com o art. 43 do Código de Águas, “as águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes”.

IV. Os bens públicos de uso comum do povo são inalienáveis e os bens públicos, de modo geral, não estão sujeitos a usucapião, nos termos dos artigos 100 e 102 do novo Código Civil, que não lhes alterou o regime até então vigente.

V. Estabelece, mais, o art. 58 do Código de Águas que “a administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinentem no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados e municípios”, como no caso, “quando essa ocupação resultar da violação de qualquer lei, regulamento ou ato da administração”.

VI. Negado provimento à apelação.

Apelação Cível 2001.01.00.023388-9/DF

Rel.: Desembargador Federal *João Batista Moreira* – 5ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 2/10/2009, p. 232

Constitucional. Anistia. Exercício gratuito do mandato de vereador. Indenização pecuniária. Inexistência de direito. CF/1988 - ADCT, art. 8º, § 4º. Lei 10.559/2002.

I. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte Regional no sentido de que, à luz do disposto no parágrafo 4º do artigo 8º do ato das disposições transitórias da Carta Constitucional de 1988, e no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002, limitam-se os efeitos da anistia concedida em relação ao tempo de exercício gratuito do mandato eletivo de vereador, ao cômputo do respectivo período para efeito de aposentadoria no serviço público e na previdência social, sem gerar direito a indenização pecuniária.

II. Recurso de apelação não provido.

Apelação Cível 2004.38.00.048584-3/MG

Relator: Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – 6ª Turma.

Publicação: *e-DJFI* de 13/10/2009, p. 228

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução de sentença. Expurgos inflacionários.

I. Após acirrada divergência jurisprudencial, o colendo superior Tribunal de Justiça consolidou a diretriz no sentido de que deve ser admitida “a inclusão dos expurgos inflacionários nos cálculos da correção monetária em conta de liquidação de sentença, o que não implicaria malferimento aos institutos da preclusão, da coisa julgada, da *non reformatio in pejus* ou julgamento extra e *ultra petita* mesmo nas hipóteses em que tal questão não tenha sido discutida na fase do processo de cognição ou quando a sentença exequenda não tenha fixado critério específico de atualização ou, ainda, não vedada expressamente a sua inclusão” (AgRg no REsp 1074013/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/2/2009, *DJe* 27/3/2009).

II. Precedentes da Corte: EIAC 1999.34.00.022821-2/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, *e-DJFI* p. 36 de 3/8/2009; AC 2000.35.00.011430-1/GO, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, *e-DJFI* p.341 de 31/7/2009 e AC 2001.34.00.017812-5/DF, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Oitava Turma, *e-DJFI* p.554 de 5/6/2009.

III. Pertinência da inclusão dos expurgos inflacionários no caso em foco.

IV. Apelação da Fazenda Nacional improvida.

Apelação Cível 1999.34.00.039159-2/DF

Relator: Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca* – 7ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, p. 384

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Bem de família. Lei 8.009/1990. Impenhorabilidade configurada. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

I. Possibilidade de discussão da impenhorabilidade do bem, em sede de embargos à execução. Nesse diapasão: “(...) Por se tratar de matéria de ordem pública, a impenhorabilidade de bens pode ser argüida a qualquer tempo ou Instância. Não há impedimento para que, em sede de embargos à execução, seja reconhecida a nulidade da penhora de bens, essenciais ao exercício da atividade laboral.” (AC 2004.01.99.039875-2/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, oitava turma, DJ p.112 de 11/6/2007)

II. Nos termos do art. 1º da Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, é impenhorável o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, não respondendo por qualquer tipo de dívida, salvo as hipóteses previstas em lei.

III. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é “do credor a responsabilidade pela localização de bens penhoráveis do devedor. Dizendo-se comprovada, pelo acórdão, a utilização do imóvel penhorado como residencial, cabia ao credor demonstrar a existência de outros bens penhoráveis e, se imóveis de utilização residencial, solicitar a penhora daquele de menor valor...” (REsp 1026276/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 4/11/2008)

IV. Restou demonstrado nos autos que o imóvel constricto destina-se à residência do embargante juntamente com sua família, motivo suficiente para a desconstituição da penhora efetuada na execução, conforme indica o simples cotejo do endereço constante da penhora e das contas de energia elétrica da *Cemig* apresentadas, bem como das correspondências da *Minascaixa*, endereçadas ao executado.

V. Remessa oficial desprovida.

Reexame Necessário 2001.38.00.041163-0/MG

Relator: Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca* – 7ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 9/10/2009, p. 401

Tributário. IPI. Matéria-prima e insumos tributados. Produto final não tributado, isento ou sujeito à alíquota zero. Empresa de construção civil. Não contribuição ao IPI. Lei. 4.502/1964 e Dec. 4.544/2002.

I. Inexiste relação jurídico tributária que legitime as empresas de construção civil em creditar-se do IPI incidente na aquisição de insumos e matérias-primas, por se tratar de atividade que escapa à incidência do aludido imposto, nos termos do art. 3º da Lei 4.502/1964 e art. 5º, VIII, “a,” do Decreto 4.544/2002, já que, como prestadoras de serviços (LC 116/2003), estão obrigadas a recolher o ISS em nível Municipal e ICMS em nível Estadual.

II. Apelação não provida.

Apelação Cível 2005.38.01.000186-0/MG

Relator: Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos* (convocado) – 8ª Turma

Publicado: *e-DJFI* de 2/10/2009, p. 833

Estatística

SETEMBRO/2009

PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	24
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	220
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	125
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	395
Despachos Diversos (Asret)	65
Decisões Diversas (Asret)	380
Decisão em Plantão (Asret)	1
Suspensões de Liminares Deferidas (Asret)	8
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	3
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança (Asret)	3
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	3
Agravos Regimentais Prejudicados (Asret)	2
Agravos Regimentais Não Providos (Asret)	8
Agravos Regimentais não Conhecidos (Asret)	2
Embargos de Declaração Acolhidos (Asret)	22
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	10
Recursos Especiais Suspensos na Corec (Asret)	314
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	93
Memorandos Expedidos (Asret)	4
Ofícios Expedidos (Asret)	4
Informações Prestadas à AGU (Secre)	3
Informações Prestadas em Mandado de Segurança (Asret)	3
Apostilas (Secre)	3
Atos (Secre)	48
Portarias (Secre)	13
Ofícios (Secre)	142
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	87
TOTAL	1.985

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

ATOS JURISDICIONAIS DO VICE-PRESIDENTE

Recursos Especiais Admitidos	77
Recursos Especiais Inadmitidos	186
Recursos Extraordinários Admitidos	18
Recursos Extraordinários Inadmitidos	56
Decisões Determinando Sobrestamento	25
Decisões Interlocutórias	198
TOTAL	560

Dados informados pela assessoria da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções	1.224
Remetidos à Asvip	299
Remetidos à Asret	812
Remetidos ao STF	257
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos do STF	3
Processos Devolvidos pelo STJ Digitalizados	654
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	2
Remetidos ao STJ	659
Recebidos do STJ	577
Recebidos do STF	410
Remetidos por Baixa Definitiva	1.728
Remetidos ao Arquivo Judicial	15
Sobrestados na Corec	8.271
Agravos Processados	439
TOTAL	15.350

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	218
Recursos Inadmitidos	475
Recursos Sobrestados e Suspensos	372
Despachos Diversos	74
TOTAL	1.139

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	93
Recursos Inadmitidos	361
Recursos Sobrestados e Suspensos	57
Despachos Diversos	67
TOTAL	578

DESPACHO/DECISÃO — VICE-PRESIDÊNCIA

Despachos/Decisões não Publicados	5
-----------------------------------	---

DESPACHO/DECISÃO — PRESIDÊNCIA

Despachos/Decisões não Publicados	3
-----------------------------------	---

Dados fornecidos pela Corec

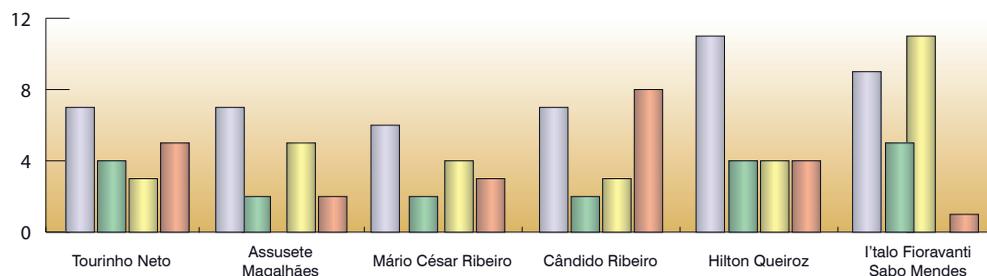
DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – SETEMBRO/2009

1ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



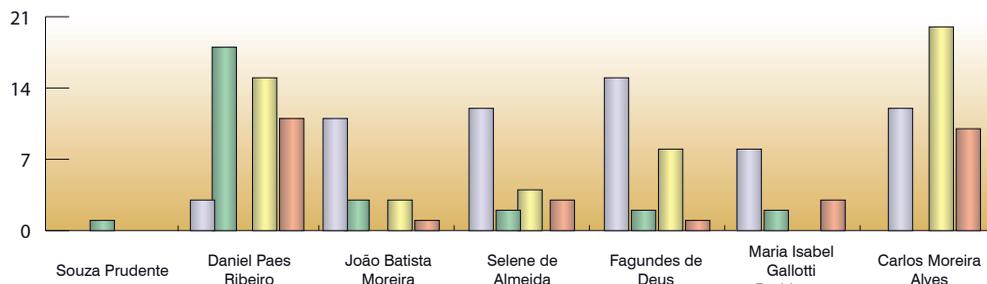
	José Amílcar Machado	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti	Carlos Olavo
Distribuídos	5	5	8	6
Desp. term. publicados	3	1		
Julgados		5	25	6
Acórdãos publicados		7	13	29

2ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



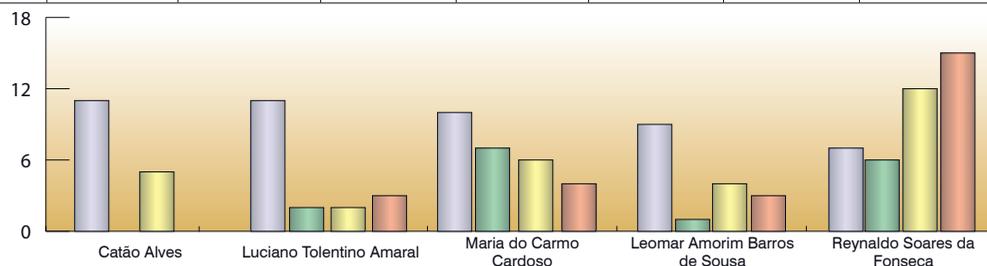
	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	l'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	7	7	6	7	11	9
Desp. term. publicados	4	2	2	2	4	5
Julgados	3	5	4	3	4	11
Acórdãos publicados	5	2	3	8	4	1

3ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



	Souza Prudente	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Carlos Moreira Alves
Distribuídos		3	11	12	15	8	12
Desp. term. publicados	1	18	3	2	2	2	
Julgados		15	3	4	8		20
Acórdãos publicados		11	1	3	1	3	10

4ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente

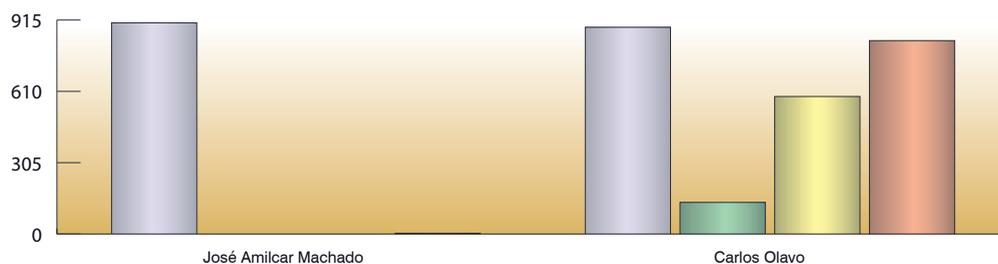


	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim Barros de Sousa	Reynaldo Soares da Fonseca
Distribuídos	11	11	10	9	7
Desp. term. publicados		2	7	1	6
Julgados	5	2	6	4	12
Acórdãos publicados		3	4	3	15

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal

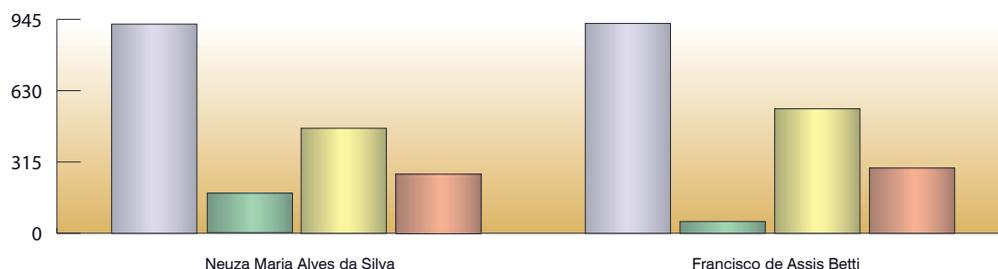
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – SETEMBRO/2009

1ª Turma



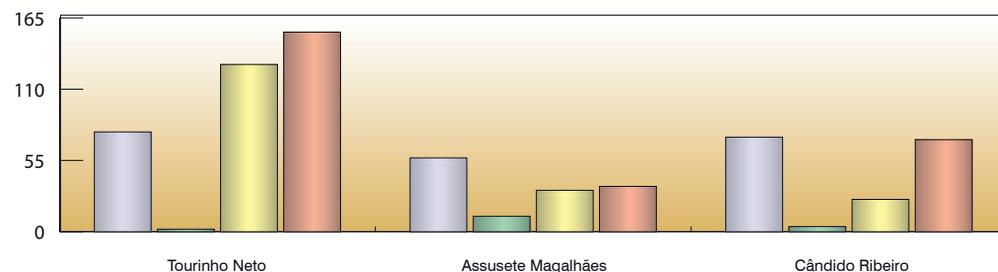
	José Amílcar Machado	Carlos Olavo
Distribuídos	903	884
Desp. term. publicados	2	135
Julgados	0	588
Acórdãos publicados	0	827

2ª Turma



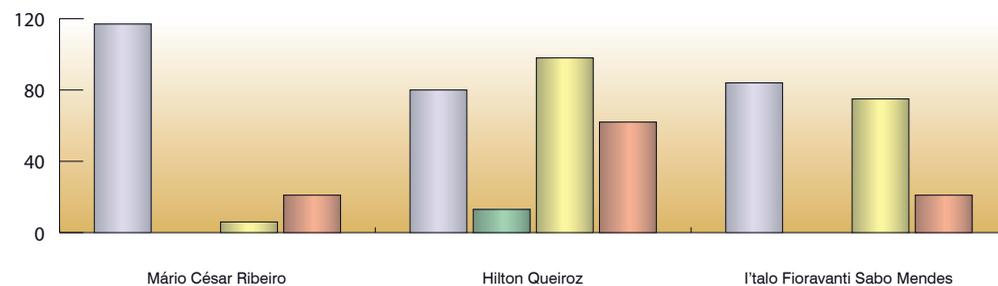
	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	924	927
Desp. term. publicados	174	52
Julgados	464	550
Acórdãos publicados	263	288

3ª Turma



	Tourinho Neto	Assuete Magalhães	Cândido Ribeiro
Distribuídos	77	57	73
Desp. term. publicados	2	12	4
Julgados	129	32	25
Acórdãos publicados	154	35	71

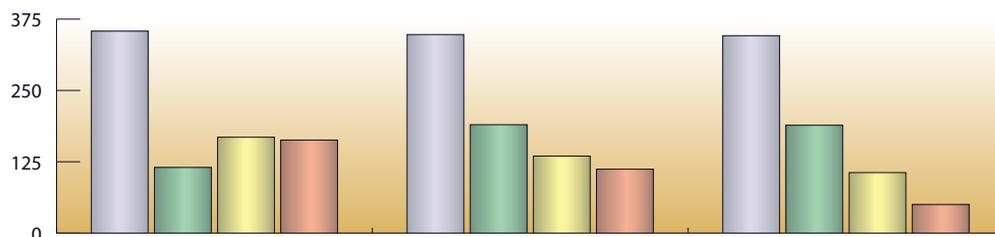
4ª Turma



	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	117	80	84
Desp. term. publicados	6	13	75
Julgados	21	98	21
Acórdãos publicados	0	62	0

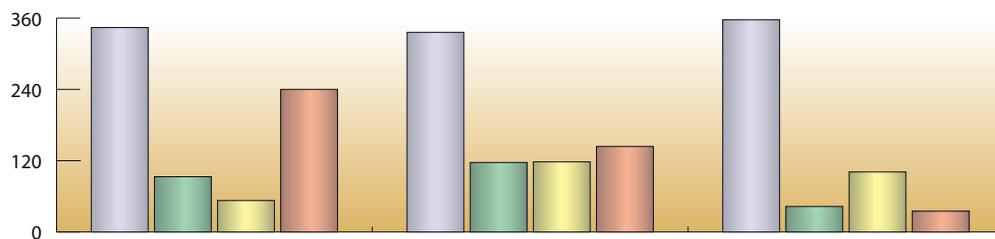
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – SETEMBRO/2009

5ª Turma



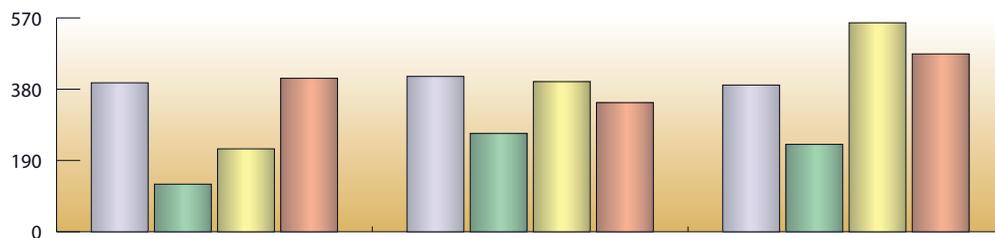
	João Batista Moreira	Selene de Almeida	Fagundes de Deus
Distribuídos	354	348	346
Desp. term. publicados	115	190	189
Julgados	168	135	106
Acórdãos publicados	163	112	50

6ª Turma



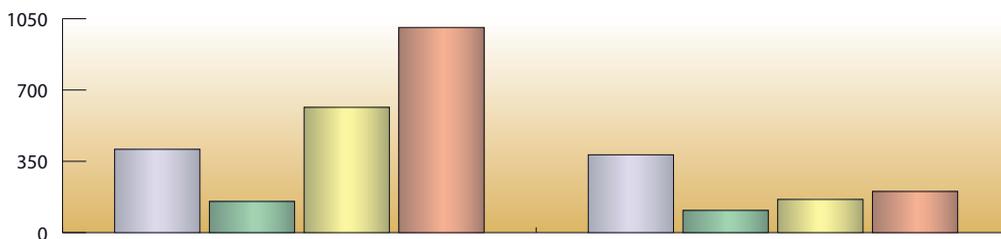
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	344	336	357
Desp. term. publicados	93	117	43
Julgados	53	118	101
Acórdãos publicados	240	144	35

7ª Turma



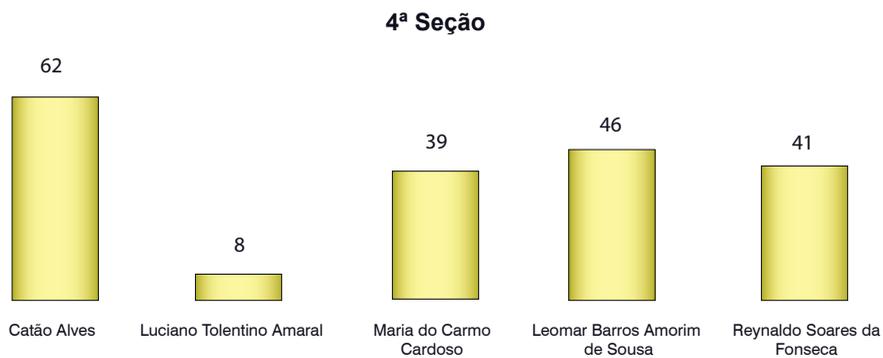
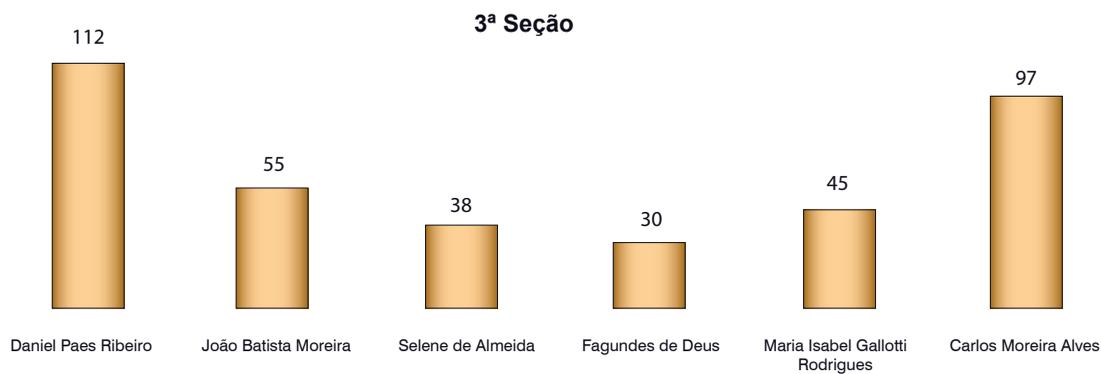
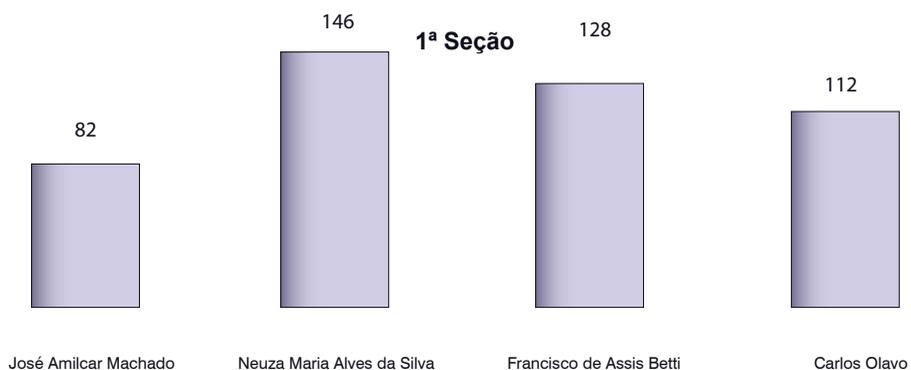
	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Reynaldo Soares da Fonseca
Distribuídos	397	414	391
Desp. term. publicados	127	262	233
Julgados	221	400	557
Acórdãos publicados	409	344	474

8ª Turma

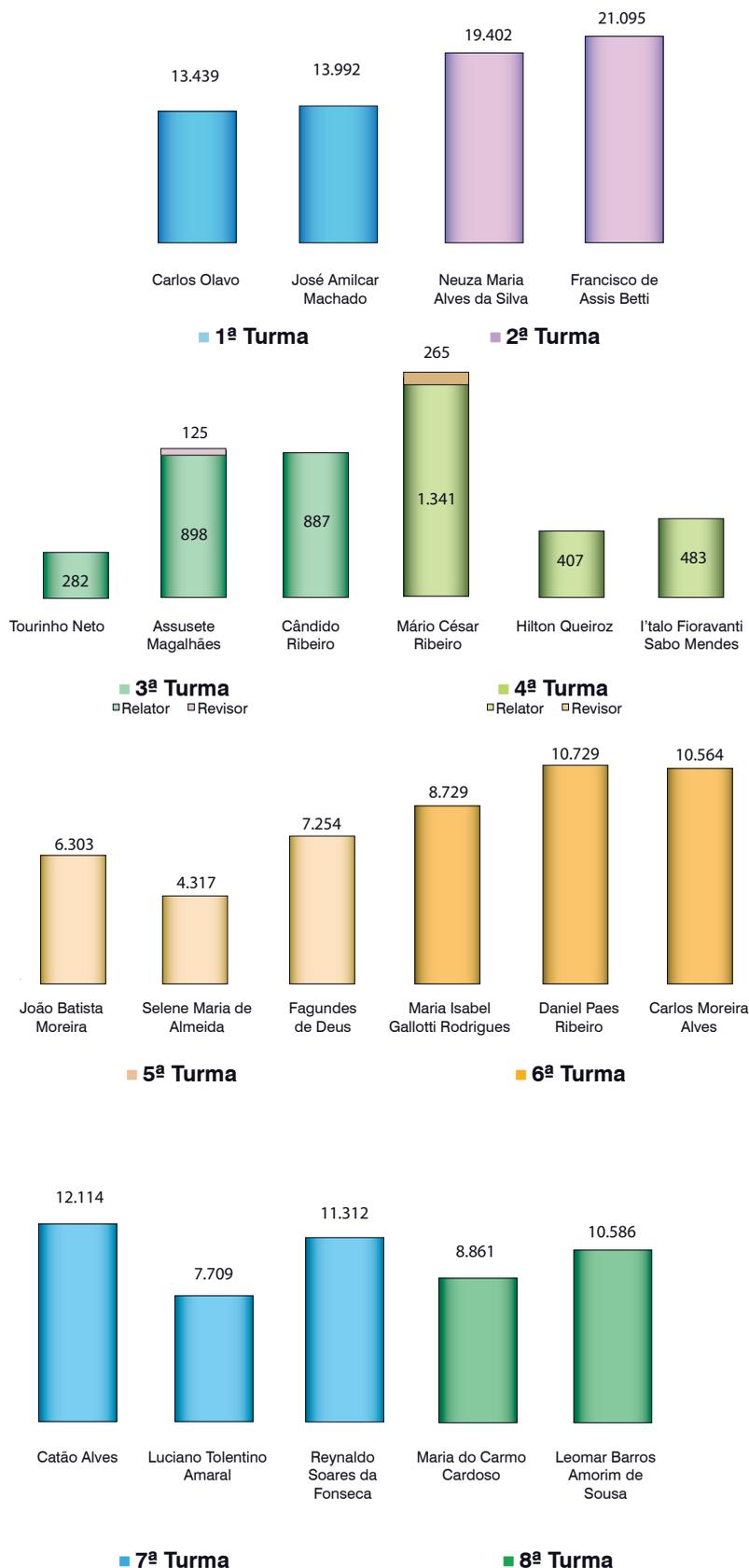


	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Barros Amorim de Sousa
Distribuídos	409	382
Desp. term. publicados	153	109
Julgados	615	163
Acórdãos publicados	1.007	202

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – SETEMBRO/2009



PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – SETEMBRO/2009



COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
 II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.

À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – matéria penal em geral;
 II – improbidade administrativa;
 III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;
 II – concursos públicos;
 III – contratos;
 IV – direito ambiental;
 V – sucessões e registros públicos;
 VI – direito das coisas;
 VII – responsabilidade civil;
 VIII – ensino;
 IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
 X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
 XI – propriedade industrial;
 XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
 II – impostos;
 III – taxas;
 IV – contribuições de melhoria;
 V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
 VI – empréstimos compulsórios;
 VII – preços públicos;
 VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
 IX – questões de direito financeiro.

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS SETEMBRO / 2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	1ª Seção			13
	2ª Turma	48	2	318
Antonio Claudio Macedo da Silva	2ª Turma		1	3
Antonio Francisco do Nascimento	1ª Seção		6	10
	1ª Turma	45	378	416
Carlos Augusto Pires Brandão	1ª Turma	11		4
	3ª Seção			2
	6ª Turma	4	58	90
Carlos Eduardo Castro Martins	1ª Seção	19		
	3ª Seção	6		
	6ª Turma			5
	4ª Seção	6		
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma		1	
César Cintra Fonseca	2ª Seção		1	
	3ª Turma	5	67	23
Cleberson José Rocha	8ª Turma	49	53	52
Daniele Maranhão Costa	7ª Turma			1
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma			3
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Turma			3
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	7ª Turma	210	45	96
Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas	7ª Turma	20	172	85
Guilherme Mendonça Doehler	1ª Turma		78	52
	7ª Turma			5
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	1	1	22
	3ª Seção	4		
	6ª Turma	434	41	23
Itelmar Raydan Evangelista	7ª Turma			1
Jamil Rosa de Jesus	3ª Turma		7	4
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		70	131
Klaus Kuschel	2ª Seção		2	
	4ª Turma	8	62	18
Leão Aparecido Alves	5ª Turma			1
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma			1
Maria Maura Moraes Tayer	3ª Seção		1	
	5ª Turma	9	125	66
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	3	31	8
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Seção	17	13	5
	1ª Turma	287	320	308
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma	1		
Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco	1ª Seção	1	8	
	2ª Turma	70	398	

Monica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		2	1
	3ª Seção			2
	5ª Turma		107	137
Osmane Antonio dos Santos	1ª Seção	1		
	4ª Seção	4	22	31
	8ª Turma	162	385	328
Pedro Braga Filho	3ª Turma		1	
Pedro Francisco da Silva	5ª Turma	75	135	67
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma		1	
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		91	86
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		1	
Rodrigo Navarro de Oliveira	3ª Seção	1	4	
	6ª Turma	29	159	50
Rogéria Maria Castro Debelli	1ª Seção			1
	2ª Turma	24	46	176
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção			3
	4ª Turma	9	92	42

Foram Distribuídos para a juíza Mônica Jacqueline Sifuentes 5 processos na 1ª Seção e 741 na 2ª Turma.

Foram Distribuídos para a juíza Anamaria Reys Resende 1 processo na 1ª Seção e 151 na 2ª Turma.

Foram Distribuídos para o Juiz Antonio Francisco do Nascimento 5 processos na 1ª Seção e 882 na 1ª Turma.

Foram Distribuídos para o juiz Osmane Antonio dos Santos 10 processos na 4ª Seção e 391 na 8ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS SETEMBRO / 2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	1ª Seção		12	
	2ª Turma		1	
Souza Prudente	6ª Turma			14
Tourinho Neto	2ª Turma			1
Luciano Tolentino Amaral	1ª Seção	3		
Cândido Ribeiro	6ª Turma	1		
Carlos Moreira Alves	2ª Turma	1		6
Carlos Olavo	4ª Seção	1		
	7ª Turma			3
Maria do Carmo Cardoso	1ª Seção	1		
Reynaldo Soares da Fonseca	1ª Seção	1		
Antonio Sávio de Oliveira Chaves	1ª Seção			1
Aloisio Palmeira Lima	2ª Turma		1	
Carlos Fernando Mathias	8ª Turma		1	1

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 Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ 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 para 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 para 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.

