

ISSN 0103-703-X

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Junho/Julho 2009

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Júlio César Sousa Gomes – Coordenador

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Etiene Gomes de Carvalho

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Maria Elizabeth Rangel Nunes

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

Editoração eletrônica

Etiene Gomes de Carvalho

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes – DIEDI

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Confecção de folios e impressão

Dupligráfica 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*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

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 *Assuete 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 *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

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*
Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
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 *Assusete 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 *Antônio Sávio de Oliveira Chaves* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
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 *Assusete 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*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Comissão de Regimento

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *José Amilcar 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 *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargadora Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Catão Alves*

Revista do Tribunal

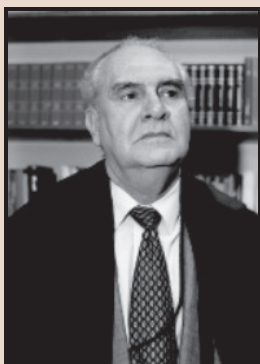
Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – Esmaf

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

Seccionais

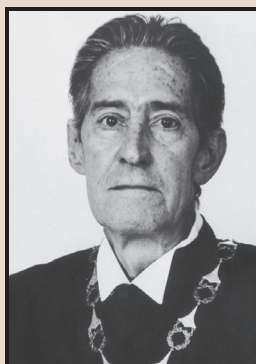
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



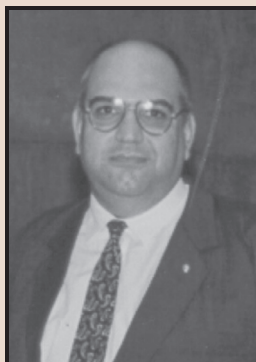
Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



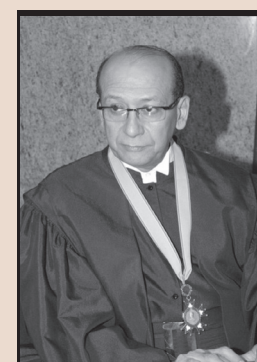
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



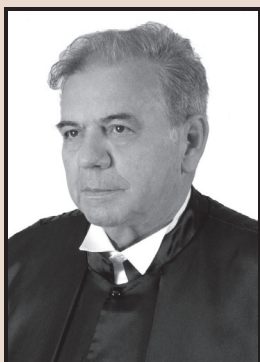
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



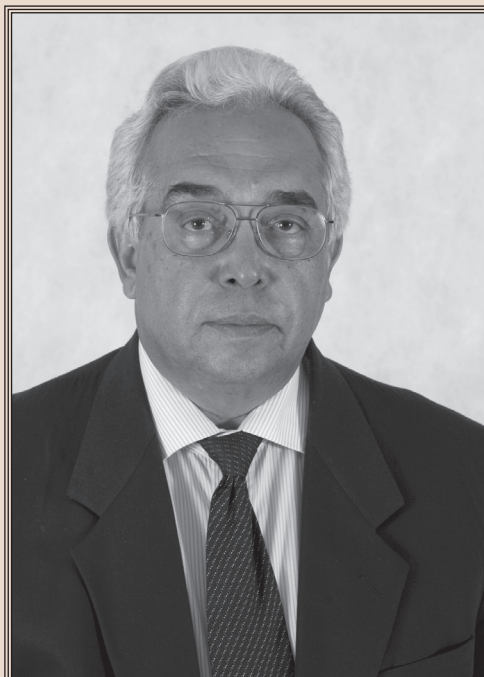
Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



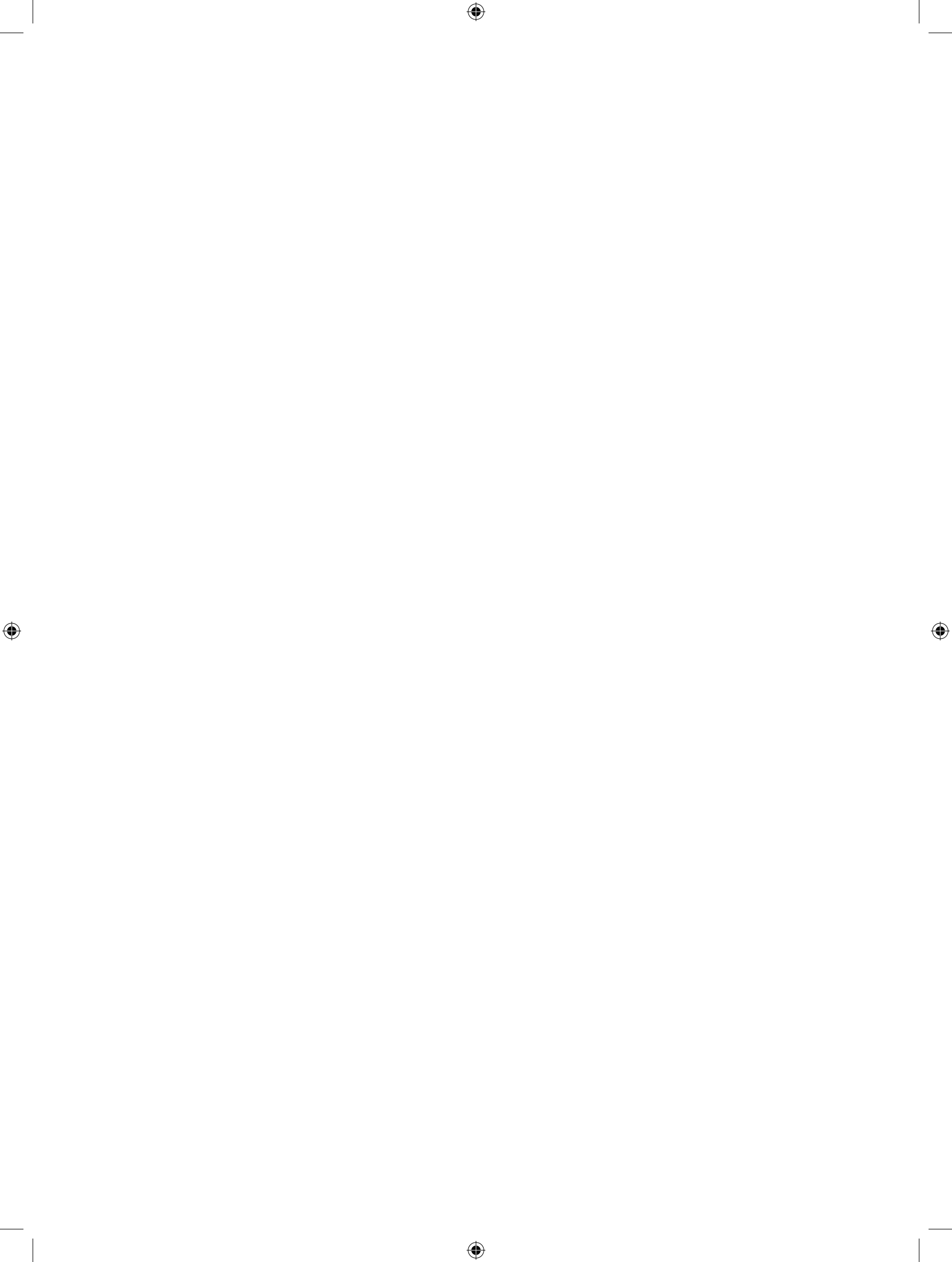
Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007



Editorial, 15

Juramento, 17

Epígrafe, 19

Em foco, 21

A atividade jurisdicional e a questão ambiental

Antônio Souza Prudente

Discurso, 25

Homenagem aos 20 anos do Tribunal Regional Federal 1ª Região na Câmara dos Deputados

Paes Landim

Gastando o Latim, 27

Habeas Verbum: língua do Direito, 29

Concordância verbal

Variedades, 33

Heródotos

Artigos doutrinários

A indevida criminalização da radiodifusão irregular, 35

Feliciano de Carvalho

As provas ilícitas no atual ordenamento processual penal brasileiro, 47

Waldemar Cláudio de Carvalho

Tópicos jurídicos

Crime e castigo, 55

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

O auxílio-reclusão na previdência social brasileira e estrangeira, 56

Roberto Luis Luchi Demo

O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados, 64

Priscila Silva Ximenes Machado

Acórdãos: inteiros teores

Corte Especial – Administrativo. Tempo de serviço. Averbação. Estágio na Defensoria Pública. Averbação de tempo de serviço público federal, 67

Rel.: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Mandado de Segurança 2002.01.00.045126-5/DF

Corte Especial - Deferimento do pedido de Suspensão de Medida Liminar que suspendeu edital que considerou habilitados no concurso de Procurador da Fazenda Nacional os candidatos que obtiveram média igual ou superior a 60% (sessenta por cento) no somatório das notas das provas discursivas, sem levar em consideração a nota referente a cada uma dessas provas individualmente, 71

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 2008.01.00.034529-5/MA

1ª Seção – Ação Rescisória. Depósito. Gratuidade judiciária. Desnecessidade. Erro de fato. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Valoração de provas. Admissibilidade. Solução *pro misero*, 79

Rel. : Desembargador Federal Carlos Olavo

Ação Rescisória 2007.01.00.051462-0/GO

1ª Seção – Ação Rescisória. Decisão de mérito que admitiu fato inexistente. §§ 1º e 2º do art. 485 do CPC. Procedência do pedido. Novo julgamento da lide. Pensão. Filha equiparada. Lei 3.373/1958. Condição reconhecida administrativamente. Revisão em face de nova lei: impossibilidade, 84

Rel.: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Ação Rescisória 2004.01.00.009836-5/BA

*Republicado para fazer constar o voto o Exmo. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho

1ª Seção - Servidor público. Provimento derivado. Ascensão funcional e transferência. Adi. Efeito *ex nunc*. Fato consumado, 98

Rel.: Juiz Federal Flavio Dino de Castro e Costa (convocado)

Apelação Cível 1998.01.00.036581-4/MG

2ª Seção – Mandado de Segurança. Art. 4º, parágrafo único, do CPP. Súmula 397 do STF. Inquéritos extrapoliciais. Polícia legislativa do Senado Federal. Atribuição. Procedimento investigatório interno, 105

Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Mandado de Segurança Criminal 2008.01.00.040753-0/DF

2ª Seção – Denúncia por crimes de desobediência (art. 10 da Lei 7.347/1985) e de prevaricação (art. 319 do Código Penal). Art. 10 da Lei 7.347/1985. Omissão no fornecimento de informações e documentos relativos ao cumprimento do art. 2º da Lei 9.452/1997. Existência de indícios de autoria e materialidade. Art. 319 do Código Penal. Denúncia desacompanhada de um mínimo de prova a respeito do especial interesse de agir do denunciado. Falta de justa causa, 110

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Inquérito Policial 2008.01.00.061931-0/MA

3ª Seção – Mandado de Segurança. Comissão parlamentar de inquérito criada por assembleia legislativa estadual, para fiscalizar atos de fundação pública federal. Competência do Tribunal Regional Federal. Art. 109, incisos I e VIII da CF/1988. Inexistência de competência fiscalizadora. Arts. 21, inciso XV, e 49, inciso X, da Constituição Federal de 1988, 116

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Mandado de Segurança 2007.01.00.048521-5/MA

4ª Seção – Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. PIS. Decretos-Lei 2.445 e 2.449/1988. Prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Matéria infraconstitucional controvertida no âmbito dos tribunais à época da prolação do julgado rescindendo. Aplicação da Súmula 343/STF, 123

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Ação Rescisória 1998.01.00.072611-0/DF

4ª Seção – Embargos Infringentes. Embargos à execução. Imposto de renda retido na fonte. Indenização em pecúnia de férias e licenças prêmios não gozadas em atividade. Dedução de valores eventualmente recebidos na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Art. 741, V e VI, do CPC. Ônus da prova. Art. 333, II, CPC, 129

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

Embargos Infringentes 2003.34.00.015035-9/DF

1ª Turma – Militar temporário. Reincorporação e reforma. Incapacidade absoluta. Transtorno afetivo bipolar – alienação mental comprovada por perícia. Doença multifatorial agravada pelas atividades militares. Nexo causal comprovado. Benefício correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, 131

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

Apelação Cível 2000.39.00.001314-0/PA

1ª Turma – Servidor público. Cassação de aposentadoria. Ação disciplinar. Prazo prescricional. Lei 9.784/1999. Ausência de manifestação prévia. Nulidade do processo administrativo. Ofensa ao devido processo legal. Juros. Correção monetária, 138

Rel.: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Apelação/Reexame Necessário 2007.35.00.008083-9/GO

2ª Turma – Pensão por morte de possível companheiro falecido há mais de quarenta anos (14. 9.1966). Impossibilidade. Legislação vigente à época do óbito não permitia a concessão do benefício (óbito anterior a LC 11/1971). Precedentes do STF. Autora titular de aposentadoria invalidez DIB em 1-1-1979. Mesmo na vigência das Leis Complementares 11/1971 e 16/1973, não se admitia a cumulação de aposentadoria-invalidez com qualquer pensão rurícola. Precedentes do STJ, 142

Rel.: Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado)

Apelação Cível 2008.01.99.003206-8/GO

2ª Turma - Pensão militar. Ex-companheira. Prescrição parcial. União estável e dependência econômica. Comprovação. Lei n. 5.774/1971. Direito reconhecido, 145

Rel.: Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada)

Apelação Cível 1999.33.00.015031-2/BA

3ª Turma - Habeas corpus. Recebimento ou rejeição da denúncia. Novo procedimento. Lei 11.719/2008. Princípio da aplicação imediata. Situação não consumada. Reperguntas ao corrêu. Interrogatório meio de defesa, 148

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Habeas Corpus 2008.01.00.068088-0/MG

4ª Turma – Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/1986, art. 16. Factoring. Lei 8.137/1990, arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II. Suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional. Adesão ao Refis. Parcelas do parcelamento não pagas, 155

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

Apelação Criminal 2001.35.00.001130-3/GO

4ª Turma - 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. Justiça Federal. Competência. Interceptações telefônicas. Legalidade. Nulidade inexistente. Ampla defesa e contraditório. Perícia. Arrolamento de testemunhas. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Inexistência, 170

Rel.: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Habeas Corpus 2009.01.00.019590-1/PA

5ª Turma – Acidente de trânsito envolvendo viatura do exército. Conjunto probatório. Dúvida sobre alegada falta do condutor. Ausência de fundamentos para a ação de regresso, 179

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelação Cível 2000.38.00.039262-5/MG

5ª Turma – Concurso público. Impetração contra o indeferimento de matrícula em curso de formação. Decadência afastada. Sentença anulada. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Pretensão negada administrativamente por falta de diploma de graduação. Apresentação de certificado de término de curso sequencial. Equivalência com curso superior, 182

Rel.: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Apelação Cível 2002.34.00.010346-2/DF

5ª Turma – Indeferimento da inicial com fundamento na Súmula 269 do STF. Objeto do Mandado de Segurança: afastamento de ato administrativo. Autoridades impetradas. Legitimidade, 187

Rel.: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Apelação em Mandado de Segurança 2007.34.00.043129-2/DF

6ª Turma – Agravo de Instrumento. Efeito suspensivo concedido. Sentença proferida no feito originário, contrária à decisão do Tribunal. Não prejudicialidade do agravo. Ação Civil Pública. Consumidor. Contratação de serviço de conexão de banda larga à internet, independentemente de contratação de provedor. Antecipação dos efeitos da tutela. Agravo de Instrumento. Efeito concessivo. Concessão, 191

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Agravo de Instrumento 2004.01.00.019097-0/GO

7ª Turma – Tributário. Refis. Exclusão a pedido. Desistência da desistência. Lei 9.784/1999: Aplicabilidade. Publicação via internet. Contraditório e ampla defesa. Recurso administrativo. Efeito suspensivo, 197

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Apelação Cível 2005.34.00.037186-5/DF

7ª Turma – Exceção de pré-executividade. Transcurso de prazo quinquenal contado da data da constituição definitiva do crédito até o ajuizamento da EF. Parcelamento de crédito já prescrito, 200

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Agravo Interno no Agravo de Instrumento 2008.01.00.045434-8/GO

8ª Turma – Mandado de Segurança. Ordem dos Advogados do Brasil. Função de conciliador em Juizado Especial Cível. Exercício da advocacia. Compatibilidade, 202

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelação Cível 2002.41.00.002129-5/RO

8ª Turma – Tributário. PIS e Cofins. Tributação monofásica. Aquisição de medicamentos. Hospital, 205

Rel.: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Apelação Cível 2005.33.00.017460-0/BA

Decisões Monocráticas

Antecipação dos efeitos da tutela. Implantação da pensão temporária por morte em favor de neto de ex-servidor. Medida protetiva da família, 211

Rel.: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Agravo de Instrumento 2009.01.00.009765-6/MG

Novo modelo de cálculo para as contribuições dos servidores federais para plano de saúde. Resolução/Geap/Condel 418, 212

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Agravo de Instrumento 2009.01.00.019128-4/DF

JEFs em Revista

Administrativo. Servidores públicos. Auxílio-alimentação. Verba indenizatória. Efetivo exercício. Devido em afastamentos legais. Férias e licenças. Art. 97 c/c 102 da Lei 8112/1990. Precedentes do STJ e da TRU, 219

Rel.: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo

Processo 2005.34.00.903011-9/DF

Pedido de uniformização. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais. Art. 201, § 7º, inc. I, da CF/1988, 223

Rel.: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Processo 2008.36.00.700014-2/MT

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Art. 75 e 102, I e VIII, b, da Lei 8.112/1990. Servidor público. Adicional noturno. Incidência sobre férias e licença para tratamento de saúde. Habitualidade, 226

Rel.: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Processo 2007.38.00.733676-4/MG

Previdenciário. Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Correção monetária a incidir a partir da data do parto. Súmula 19 do TRF 1ª Região. Art. 41, §6º da Lei 8.213/1991 não afasta a correção, 228

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi

Processo 2006.33.00.717960-0/BA

Civil. Indenização por danos morais e materiais. Correios. Mercadoria avariada. Ressarcimento devido ao remetente. Pagamento efetivado. Impossibilidade de novo reembolso ao destinatário. Legislação específica, 230

Rel.: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Processo 2006.38.00.742803-2/MG

Civil. Dano moral. Caixa Econômica Federal. Responsabilidade pela falha de serviços. Transferência de valores não realizada. Dano moral. Indenização devida. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade, 232

Rel.: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Processo 2006.38.00.751351-8/MG

Breviário, 235

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

Afastamento de Prefeito. Pedido de suspensão de liminar. Legitimidade ativa do prefeito afastado. Possibilidade. Ato concreto, do prefeito, capaz de impedir a produção de provas.

Sequestro de bens. Nomeação de depositário e administrador. Afronta ao princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade. Sequestro. Medida que por si só assegura o interesse público de promover eventual reparação do dano ao final do processo. Impetrantes que deverão ser nomeados fiéis depositários dos bens sequestrados.

Reingresso de estrangeiro expulso. Art. 338 do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Pena. Fixação no mínimo legal. Cumprimento. Regime aberto. Incompatibilidade com a condição de estrangeiro em situação irregular e caráter provisório. *Reformatio in pejus*. Vedação. Suspensão do processo. Art. 89 da Lei 9.099/1995.

Indeferimento. Recurso cabível. Recurso em sentido estrito. Incompatibilidade da suspensão processual com o processo referente ao crime em comento.

Crime contra a honra de menor praticado via internet. Art. 109, V, da CF/1988. Art. 16 da Convenção sobre os direitos da criança. Competência da Justiça Federal.

Lei 9.800/1999. Interposição *virtual* do recurso. Possibilidade. Originais (art. 2º): [a] não apresentados: petição apócrifa, recurso inexistente, [b] apresentados após o quinquídio: intempestividade.

Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Crefito. Exercício ilegal. Auxiliar sem registro profissional.

Ação de improbidade ajuizada contra ex-prefeito. Processo extinto com julgamento do mérito. Prescrição. Início da contagem do prazo que se inicia quando do término do mandato. Reeleição.

Estelionato. Formação de quadrilha. Art. 171, caput, c/c artigo 71, caput, do Código Penal. Configuração. Identificação dos demais integrantes. Desnecessidade. Associação de mais de três pessoas para o crime comprovada.

Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A, do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas somente quanto ao corréu. Coautoria. Meros indícios. Contrato social. Responsabilidade objetiva. Condenação. Impossibilidade. Ações penais em curso. Maus antecedentes. Não violação ao princípio da presunção de inocência.

Plano de seguridade social (PSS) do servidor público: contribuição (MP 1.415/1996) sobre aposentadoria. Isenção superveniente (Lei 9.630/1998). Restituição devida. Jurisprudência uniforme do TRF1.

Estatística, 239

Repositórios oficiais de jurisprudência, 251

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 253

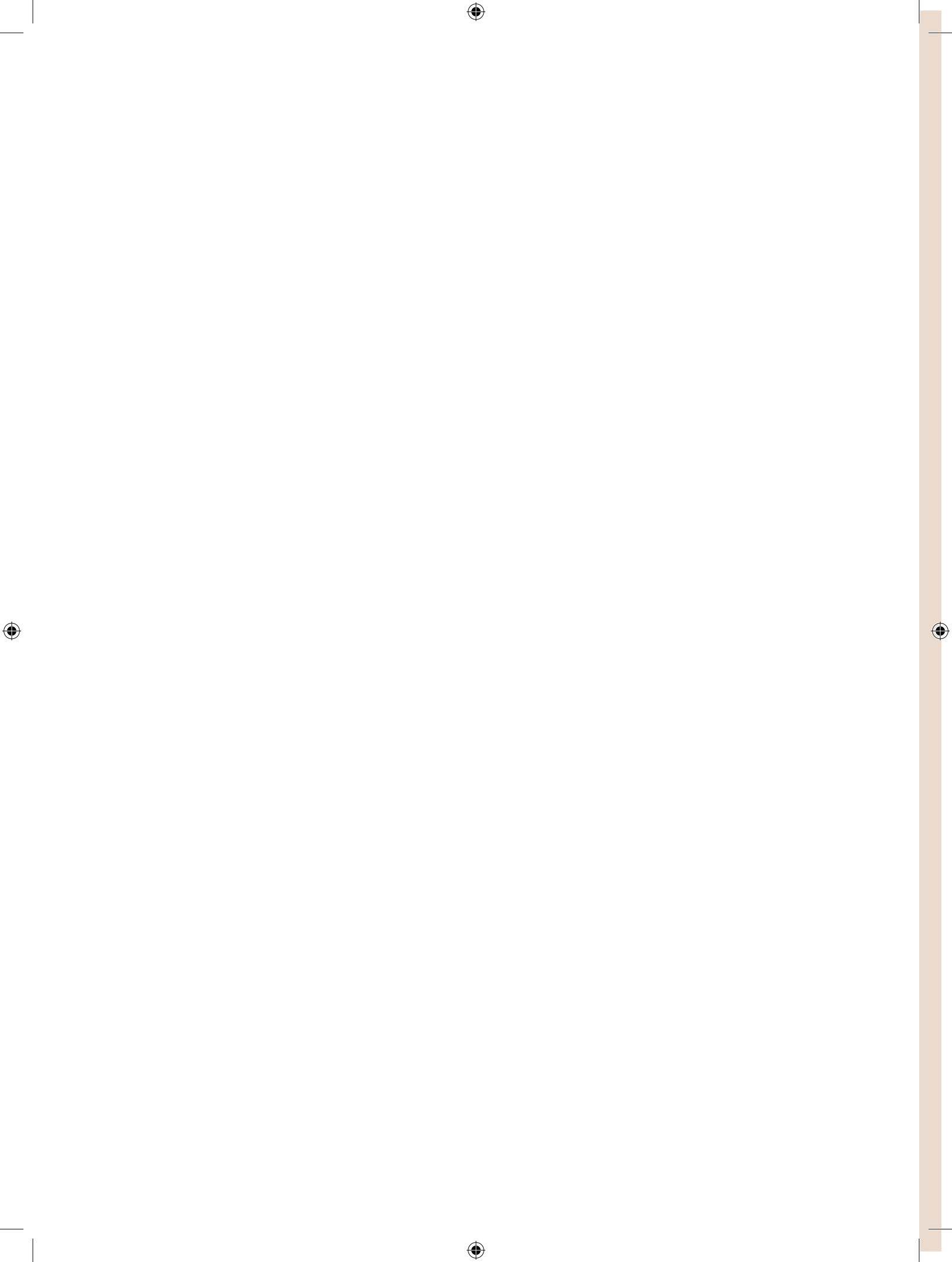
A Escola da Magistratura Federal da 1ª Região promoveu, no mês de maio de 2009, Jornada Jurídica de Direito Tributário, coordenada pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, com o apoio da Presidência do Tribunal e a efetiva participação dos Desembargadores Federais Catão Alves, João Batista Moreira, Carlos Olavo e Antônio de Souza Prudente, sucedendo-se na direção das mesas de conferência, onde tiveram assento os palestrantes que discorreram durante o evento. Registro especial merece a palestra do dr. Ives Gandra da Silva Martins, insigne tributarista pátrio, que, ao final, aceitou, para nosso júbilo, o convite formulado pelo Diretor da Esmaf, autorizando-o, em razão disto, a indicar-lhe o nome, para integrar o Corpo de Professores Eméritos da Escola.

No mês de junho de 2009, além de envolver-se na organização do Encontro de Direito Ambiental em Manaus-AM, a Esmaf promoveu a 1ª Jornada Jurídica de Direito Civil e Processual Civil, na Bahia, com o esteio da Presidência do Tribunal e da Seção Judiciária da Bahia, cujo diretor, Juiz Federal Paulo Lyrio Pimenta, não mediu esforços para o êxito do evento. Foi a feliz ocasião de se ouvirem as lições dos ilustrados conferencistas, drs. Eroulths Cortiano Júnior, Freddie Didier Jr., Pablo Stolze Gagliano, Néelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias, Luiz Guilherme Marinoni, Alexandre Freitas Câmara e Eduardo Talamini, discorrendo sobre os temas mais palpitantes na área de suas especializações. Durante o encontro, foi diplomado Professor Emérito da Esmaf o dr. Luiz Guilherme Marinoni, sendo importante registrar a expressiva afluência de juízes federais e de juízes do Estado da Bahia, evidenciando o interesse despertado pelos assuntos tratados e discutidos ao longo do simpósio. É oportuno, outrossim, assinalar o envolvimento dos Desembargadores Federais Ítalo Mendes, João Batista Moreira, Carlos Eduardo Moreira Alves, Sebastião Fagundes de Deus e Antônio de Souza Prudente, que, membros natos do quadro permanente de professores da Esmaf, comprometeram-se diretamente na condução dos trabalhos, dividindo entre si a presidência das diversas mesas das palestras. O Ministro José Cândido de Carvalho Filho, juiz federal da 1ª investidura, em 1967, na Bahia, que alçou voo ao Tribunal Federal de Recursos e ao Superior Tribunal de Justiça, onde se aposentou, marcou também sua presença, quando, ao compor uma das mesas, dirigiu-se ao auditório, destacando que via concretizada, naquele momento, uma escola de magistratura efetivamente voltada aos objetivos de sua criação, como sempre imaginou.

Com essas realizações, vê-se, enfim, a magistratura federal da 1ª Região dinamizando sua escola, com a interação da 1ª e 2ª instâncias, para o aperfeiçoamento dos que têm a seu cargo o ônus de prestar jurisdição, nos limites constitucionais de suas competências. Sim, porque, quer no 1º grau, quer no próprio Tribunal, as consequências de acontecimentos como esses são sempre proficuas.

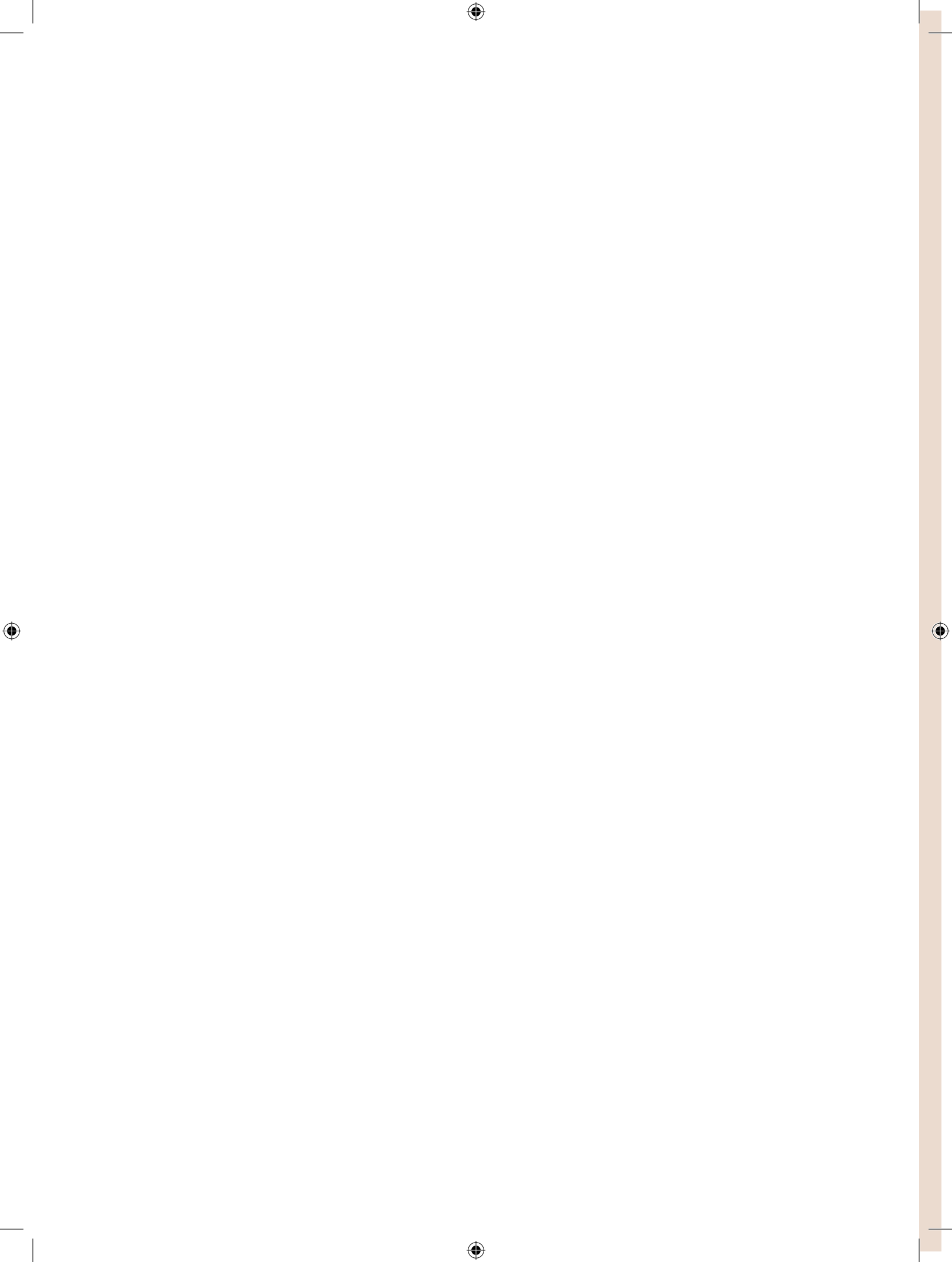
Que atividades semelhantes continuem, portanto, a repetir-se!

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
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”.



“A amizade pessoal entre o juiz e o advogado não é, ao contrário do que julguem os profanos, um elemento que possa ser útil ao cliente, pois se o juiz é escrupuloso, tem tanto medo que a amizade possa inconscientemente levá-lo a ser parcial a favor do amigo, que é naturalmente levado, por reação, a ser injusto contra ele. Para um juiz honesto, que tenha de decidir uma causa entre um amigo e um indiferente, é preciso maior força para dar razão ao amigo do que para lhe negar; é preciso maior coragem para se ser justo, arriscando-se a parecer injusto, do que para ser injusto, ainda que fiquem salvas as aparências da justiça.”

Piero Calamandrei
in “Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados”



A atividade jurisdicional e a questão ambiental

Antônio Souza Prudente*



Beto Monteiro/ Ascom

Natural de Cedro de São João-SE, graduado pela Universidade de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito Público pela UFPE, ingressou na carreira da magistratura em 1984, na Seção Judiciária do Estado da Paraíba. Tomou posse no Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 15 de fevereiro de 2001, promovido pelo critério de antiguidade. Em 13 de fevereiro de 2009, o Desembargador Federal foi eleito Vice-Presidente do TRF 1ª Região, tendo assumido esse cargo em 5 de março de 2009; proferiu, até o dia 30 de julho deste ano, o total de 4.000 decisões, com a participação de sua equipe de trabalho. Nesta entrevista, trata de alguns pontos relacionados à atividade jurisdicional e ao direito ambiental.

Revista: A respeito de a Vice-Presidência atuar no juízo da admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, sobrestados os recursos especiais neste Tribunal, em razão de posterior julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça dos recursos repetitivos, tal rito significa verdadeiro avanço processual e benefício ao jurisdicionado?

Desembargador Federal Souza Prudente: Entendo que sim, porque, com essa nova técnica adotada nas ações repetitivas, visando a um sobrestamento dessas ações que se repetem com frequência, já tendo sido levado ao tribunal superior um paradigma, evita-se uma sobrecarga de serviço perante o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe definir com segurança as diretrizes do direito federal; vale dizer, compete ao Superior Tribunal de Justiça ser o guardião do direito federal. Se é possível fixar a tese jurídica a ser observada por todos os juízes e tribunais do País, diante da palavra final do tribunal competente para tanto, que é o STJ, não há por que processar ações repetitivas, redundando, assim, numa agressão ao princípio da razoável duração do processo que

foi expresso agora na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional 45/2004. Tal medida, no que diz respeito ao sobrestamento dos feitos repetitivos, cumpre a eficácia plena do princípio da razoável duração do processo, assim como, em termos de matéria constitucional, o fenômeno da repercussão geral se encontra dentro da mesma perspectiva de realizarmos uma atividade jurisdicional mais racional e também mais rápida e eficaz, evitando-se, assim, o estrangulamento das cortes superiores.

Revista: O TRF 1ª Região conta hoje com 27 desembargadores federais. A Justiça Federal da Primeira Instância terá ampliação do seu contingente de Juízes Federais no interior das unidades federadas que compõem cada jurisdição. Com a possibilidade de ampliação do alcance ao jurisdicionado da Justiça Federal e conseqüente crescimento do número de demandas judiciais na primeira instância e dos recursos aos Tribunais Regionais Federais, será este o momento de ampliar o número de desembargadores deste Tribunal?

Desembargador Federal Souza Prudente: Creio que, desde o momento em que foi criado o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ele já deveria ter o triplo do número de juízes que efetivamente figuraram na

* Desembargador Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

composição originária, pois a base territorial da nossa jurisdição na 1ª Região corresponde a 80% do território nacional; vale dizer, corresponde a 13 estados da federação e também Distrito Federal. Este é um tribunal quase continental. Eu costumo dizer, com ênfase, que o maior tribunal de apelação do planeta é o nosso Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em termos de dimensão territorial. Acima dele, somente o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais superiores, como o TSE, o TST e o STM. A rigor, é uma necessidade imperiosa a ampliação do nosso Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Presido uma comissão instituída oficialmente pelo Presidente do nosso TRF da 1ª Região, Desembargador Federal Jirair Meguerian. Juntamente com a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso e o Presidente da nossa Associação dos Juizes Federais da 1ª Região, Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos, integramos esta comissão para tratar exatamente da viabilidade de ampliação do quadro do nosso TRF da 1ª Região. Estamos ainda nos trabalhos iniciais e tentando fazer os contatos necessários após o recesso forense, no sentido de atingirmos esse objetivo.

Revista: Quanto à questão ambiental, tem-se considerado como uma das razões de decidir pela concessão da tutela inibitória o princípio da precaução, que busca evitar qualquer dano ao meio ambiente, com a prévia avaliação da probabilidade de prejuízos aos ecossistemas. Tal princípio está presente em nossa Constituição Federal, art. 225, como obrigação de preservar o meio ambiental ecologicamente equilibrado para presentes e futuras gerações. Essa linha de pensamento jurídico é acolhida por Vossa Excelência, a exemplo das tutelas concedidas para suspender as obras de construção de um *resort* no litoral da Bahia e no célebre caso dos *grãos transgênicos*. Que pensa Vossa Excelência sobre a política de meio ambiente do Estado e a atuação do Poder Judiciário brasileiro?

Desembargador Federal Souza Prudente: O princípio da precaução, costumo considerá-lo como o princípio alfa do direito ambiental. O princípio do desenvolvimento sustentável não é um simples princípio, mas uma consequência lógica, um objetivo final da instrumentalidade plena de todos os princípios que governam o sistema de biossegurança no País e no planeta, a começar pelo princípio da precaução. Se o princípio da precaução está consagrado no Princípio

15 da Convenção Internacional sobre Biodiversidade, a conhecida ECO/92, no sentido de que devemos adotar posturas conservadoras e de cautela diante do possível risco de dano ao meio ambiente, e a Constituição da República é expressa no sentido de exigir, de qualquer atividade potencialmente poluidora do meio ambiente, um estudo prévio de impacto ambiental, e não póstumo, como é costume fazer-se neste País, não há dúvida da importância do princípio da precaução e da sua possível instrumentalidade por meio das ações afirmativas de defesa do meio ambiente, quer por força das políticas públicas adotadas pelos governos municipais, estaduais, distrital e federal, quer pelas posturas que devem os juizes, em todas as instâncias, adotar, em defesa do meio ambiente no exercício pleno da jurisdição ambiental. Os exemplos que você acabou de citar, tais como aquela célebre decisão por nós tomada em agosto de 1999, num processo cautelar em que se determinou a realização de um estudo prévio de impacto ambiental antes de se liberar qualquer organismo geneticamente modificado para o plantio e consumo humano, como também algumas outras medidas que temos adotado ao longo da nossa jurisdição ambiental perante a colenda 3ª Seção deste Tribunal Federal da 1ª Região, são, sem dúvida, exemplos significativos de como é possível ao Poder Judiciário exercer plenamente e com eficácia total esses princípios da precaução, da prevenção, como também do desenvolvimento sustentável, na força do que está expresso no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que é o princípio da oficialidade ecológica e que se traduz na expressão constitucional, quando dispõe *impondo-se ao Poder Público*, e o Poder Público não é apenas o Poder Executivo, mas também é o Poder Legislativo, na elaboração das normas ambientais; é o Poder Executivo, na adoção de políticas públicas afirmativas da defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado; e Poder Público também é o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição ambiental, adotando, com coragem, determinação e eficácia, o princípio da precaução, em suas decisões.

Revista: A Primeira Região tem jurisdição no Distrito Federal e nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, logo, concentra importantes áreas de proteção ambiental que são objeto de demandas judiciais por invasão, exploração ilegal e degradação da fauna, flora e demais recursos

naturais. A especialização de magistrados nas questões ambientais em Escolas da Magistratura e a criação de varas federais com competência exclusiva resultariam em maior efetividade da justiça, preservando o meio ambiente para as futuras gerações?

Desembargador Federal Souza Prudente: Não há dúvidas. A forma como a questão foi colocada já traz a resposta que deve ser dada. Hoje é uma necessidade imperiosa que deve ser realizada pelas escolas da magistratura, especialmente aqui na 1ª Região, na nossa Escola da Magistratura Federal, por meio de seu dinâmico e competente Diretor, Desembargador Hilton Queiroz, que já vem adotando posturas nesse sentido; vale dizer que o nosso Diretor da Escola da Magistratura Federal já organizou o corpo docente dessa escola, que tem a incumbência constitucional não só de contribuir para a aprovação dos novos magistrados federais, numa das últimas etapas do concurso público para juiz federal, como também tem a competência de desenvolver cursos para o aprimoramento desses juízes federais recém-empossados. Evidentemente que a Escola da Magistratura Federal da 1ª Região busca cumprir esse seu papel altamente relevante preparando os juízes também na área ambiental, a definir, assim, um perfil de juiz para o exercício da jurisdição ambiental que exige do magistrado não só conhecimentos teóricos de processo, com especialidade no processo coletivo, com uma técnica processual diferenciada, como também, e acima de tudo, exige do juiz uma postura ética e corajosa para o exercício da jurisdição ambiental. Não basta ser culto o juiz; ele precisa ter coragem e determinação de fazer valer a legislação ambiental, de fazer valer os princípios que regem a tutela constitucional do meio ambiente, na medida em que depende muito do Poder Judiciário corrigir essa situação que se encontra aí, de destruição e agressão ao meio ambiente, especialmente a nossa biota, flora e fauna, com o desmatamento criminoso que a cada dia a mídia noticia, principalmente na 1ª Região, no cenário da Amazônia Legal. Portanto, é da maior importância o papel que têm as escolas da magistratura na formação do juiz que deve assumir uma vara ambiental. Não basta, portanto, ser um juiz, pura e simplesmente, concursado, mas um juiz descomplicado, um juiz que não seja formalista ao extremo, mas um juiz que vise, sobretudo, realizar a justiça ambiental, que é o bem supremo consagrado na Constituição. Um meio ambiente traduzido num

meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida de todos, das presentes e futuras gerações e, porque não dizer, também essencial à sadia qualidade do próprio juiz que exerce a jurisdição ambiental, serviente aos interesses difusos de todos os seres vivos e daqueles que ainda irão nascer.



Discurso proferido pelo Deputado Federal Paes Landim em homenagem aos 20 anos do Tribunal Regional Federal 1ª Região, na Câmara dos Deputados, em sessão do dia 6/4/2009



Sr. Presidente, no dia 30 de março foram comemorados os 20 anos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sediado no Distrito Federal, que tem a sua jurisdição irradiada para todo o Centro-Oeste do Brasil, a Bahia, o Piauí, o Maranhão e o Norte do Brasil.

O verdadeiro Tribunal Federal de Recursos, que a Constituição Federal de 1988 fez desaparecer, fato esse lamentado no discurso do emitente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral que falou em nome dos seus pares. O Desembargador Tolentino fez um belo discurso a respeito dos objetivos do Tribunal Regional Federal, dos seus problemas e ainda mais das suas dificuldades, posto que sua jurisdição hoje compreende 14 Estados, incluindo o Distrito Federal. Os demais 13 Estados brasileiros se dividem entre outros quatro Tribunais Regionais.

O Tribunal hoje é presidido por uma figura humana singular, o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, um juiz de carreira, um cidadão que tem toda a sua vida dedicada à Magistratura. No seu discurso emocionante, em que deixou de lado, em determinados momentos, aspectos técnicos da solenidade para uma postura emocional, disse com muita precisão, o Desembargador Tolentino:

Nós, juízes, juramos cumprir os deveres do nosso cargo, a Constituição e as leis do País.

Qualquer adjetivação, sobre ser perigosa, significa, consoante ensina a Lógica, restringir o conceito.

Mais adiante ele deu uma lição que deveria servir de cartilha para todos os Magistrados deste País:

O sacramental compromisso legal do Juiz o há de investir com aura de homem público de

conduta diuturna íntegra, ílibada, exemplar, aonde quer que vá, onde quer que esteja e no que quer que faça na sua vida cotidiana, sem espaço para o 'mais ou menos'.

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

As instituições têm a cara daqueles que a compõem.

Sr. Presidente, por outro lado, S.Exa., com muita razão, cita dificuldades que sempre são antepostas às reivindicações do Tribunal para ampliar a sua capacidade jurisdicional. Ele foi criado inicialmente com 18 membros e, somente em 2001, pela Lei 9.967, o Tribunal Regional Federal foi ampliado para 27 membros.

Já há aqui, Sr. Presidente, em tramitação nesta Casa uma ampliação para 52 membros. Infelizmente, não tem merecido a devida atenção dos nossos colegas, até porque, Sr. Presidente, eu digo sempre, quando vejo aqui pressões de jovens magistrados contra o aumento da idade da aposentadoria para 75 anos, digo sempre que a grande reivindicação deles deveria ser a ampliação dos Tribunais Regionais Federais ou a criação de novos Tribunais Regionais Federais, aumento até da composição do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que os jovens magistrados tenham oportunidade de acesso aos seus sonhos de uma vida dedicada à Magistratura, sobretudo aqueles que nasceram vocacionados para ser juizes, no sentido mais amplo da palavra.

Mas não é possível, Sr. Presidente, que o 1º Tribunal Regional Federal continue a funcionar com uma média aproximada de 10 mil processos para cada juiz. Isso realmente é um absurdo. Agora, o que me espanta é que, enquanto aqui nós não aprovamos o aumento da composição do Tribunal Regional Federal, ainda há poucos dias aumentamos a composição do Tribunal Regional do Trabalho de Goiás e do Maranhão; no ano passado, do Ceará. E várias outras propostas nesse sentido estão aqui presentes, enquanto um Tribunal dessa natureza, que abrange 14 Estados, não teve ainda a devida atenção desta Casa para o aumento da sua composição.

Sr. Presidente, o discurso do Desembargador Federal Luciano Franco Tolentino Amaral foi realmente um discurso emocionado.

Ele diz com muita propriedade:

Tais questões, e outras que se poderiam elencar extensamente, parecem tornar os juizes federais de carreira desmotivados, desanimados, desesperançosos, decepcionados, frustrados e outros 'ados'. Já não parece íncômum a judicatura ser reduzida, a passos largos, a mero 'bico' ou ser exercida com desempenho medíocre e frustrante ou com desamor.

Esse é realmente, Sr. Presidente, um dos mais graves problemas da democracia, porque sem juizes valorizados, índependentes, motivados, não haverá prestação jurisdicional realmente à altura do seu desiderato, e as próprias instituições sofrem com as frustrações da justiça federal, criada por Rui Barbosa e a menos valorizada no contexto do Poder Judiciário Brasileiro.

Sr. Presidente, quero parabenizar o Tribunal Regional Federal pelos seus 20 anos de luta, de sacrifício, altamente competente – os seus acertos têm servido de *leading case* em todo o País.

Na oportunidade, falou também o representante da Procuradoria Regional da República, o competente e ílustre Procurador Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, baiano brilhante. Também não posso deixar de destacar o discurso da emitente Presidente da OAB do Distrito Federal, vibrante advogada e membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a Dra. Estefânia Viveiros, cujo discurso, por sinal, peço a V.Exa. a transcrição, junto com o do Desembargador Tolentino, nos Anais desta Casa.

Muito obrigado, Sr. Presidente.

• *Ducunt volentem fata, nolentem trahunt*

“Os fados guiam a quem se deixa (levar), arrastam a quem resiste.” • Conceito estoico de Sêneca (*Epístola* CVII, 11).

• *Dulcedo in terra*

“A (minha) doçura (está na terra)”. • Dizeres do emblema de Maria Stuart, um ramo de alcaçuz, por alusão ao primeiro marido, Francisco II, morto jovem.

• *Dulce et decorum est pro patriā mori*

“Doce e honroso é morrer pela pátria” Verso de Horácio (*Odes*, Livro III, 2, 13).

• *Dulce est desipere in loco*

“É bom perder o juízo de vez em quando” (Horácio, *Odes*, Livro IV, 12, 28).

• *Dulcia linquimos arva*

“Estamos abandonando os nossos campos queridos” (Virgílio, *Écloga* I, 3). • Palavras com que o pastor Melibeu, cuja terra foi confiscada e que se viu forçado a exilar-se, se queixa a seu hospedeiro Títilo.

• *Dulcia non meriūt qui non gustavit amara*

“Não merece o doce quem não experimentou o amargo” (Erasmus, *Adágios*).

• *Dum spiro, spero*

“Enquanto respiro, espero” ou “guardo a esperança”. • Variante de uma frase de Cícero (*Cartas a Ático*, IX, 10,3): *Ægroto dum anima est, spes est*, “O doente, enquanto respira, tem esperança”. • Lema do Estado de Carolina do Norte (E.U.A.)

• *Dum tacent, clamant*

“Enquanto se calam, gritam”. (Cícero, *Catilinárias*, I, 8, 21.)

• *Dum vitant stulti vitia in contraria currunt*

“Os tolos, enquanto tentam evitar um vício, atiram-se no vício oposto”. (Horácio, *Sátiras*, Livro I, 2, 24).

• *Dum vivimus, vivamos*

“Enquanto vivemos, vivamos”, isto é, gozemos os prazeres da vida. • Inscrição antiga.

• *Duo si faciunt idem, non est idem*

“Se duas pessoas fazem a mesma coisa, não é a mesma coisa”. • Provérbio oriundo de um trecho de Terêncio (*Os Adelfos*, Ato V, 3, 827-828).

• *Duos qui sequitur lepores neutrum capit*

“Quem persegue duas lebres não apanha nenhuma”. • Provérbio.



Concordância verbal*

Pronomes Quem, Que, como sujeitos

O verbo concordará, em regra, na 3ª pessoa, com os pronomes *quem* e *que*, em frases como estas:

Sou eu quem *responde* pelos meus atos.

Somos nós quem *leva* o prejuízo.

Eram elas quem *fazia* a limpeza da casa.

“Eras tu quem *tinha* o dom de encantar-me.” (Osmã Lins)

“Fui eu quem o *ensinou* a desenhar.” (Mário Barreto)

“Eu fui o último que se retirou.” (Mário Barreto)

Eu sou o que *presenciou* o fato.

“Sou um homem que ainda não *renegou* nem da cruz, nem da Espanha.” (Alexandre Herculano)

“Éramos dois sócios que *entravam* no comércio da vida com diferente capital.” (Machado de Assis)

Todavia, a linguagem enfática justifica a concordância com o sujeito da oração principal:

“Sou *eu* quem *prendo* aos céus a terra.” (Gonçalves Dias)

“Não sou *eu* quem *faço* a perspectiva encolhida.” (Ricardo Ramos)

“És *tu* quem *dás* frescor à mansa brisa.” (Gonçalves Dias)

“Nós somos os galegos que *levamos* a barrica.” (Camilo Castelo Branco)

“Vós sois o algoz que *recebeis* o cutelo da mão providencial.” (Camilo Castelo Branco)

“Somos *nós* quem a *fazemos*.” (Ricardo Ramos)

“*Eu* sou a que mais *estou* torcendo para jogarmos juntas.” (Jornal do Brasil, 21/8/1999)

A concordância do verbo precedido do pronome relativo que far-se-á obrigatoriamente com o sujeito do verbo (ser) da oração principal, em frases do tipo:

Sou *eu* que *pago*.

És *tu* que *vens* conosco?

Somos *nós* que *cozinhamos*.

Eram *elas* que mais *reclamavam*.

Fomos *nós* que o *encontramos*.

Fostes *vós* que o *elegestes*.

* Texto extraído da obra *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa* de Domingos Paschoal Cegalla. 46.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 459-460.

Foram os bombeiros que a salvaram.

“Fui eu que me pus a rir.” (Machado de Assis)

“Fui eu que imitei o ronco do bicho.” (Edi Lima)

“Não seremos nós que iremos à maneira dos primitivistas, ficar de tanga e entrar a falar capiau.” (Sílvio Elia)

Observação:

Em construções desse tipo, é lícito considerar o verbo *ser* e a palavra *que* como elementos expletivos ou enfatizantes, portanto não necessários ao enunciado. Assim:

Sou eu que pago. [= Eu pago.]

Somos nós que cozinhamos. [= Nós cozinhamos.]

Foram os bombeiros que a salvaram. [= Os bombeiros a salvaram.]

Seja qual for a interpretação, o importante é saber que, neste caso, tanto o verbo *ser* como o outro devem concordar com o pronome ou substantivo que precede a palavra *que*

Concordância com os pronomes de tratamento

Os pronomes de tratamento exigem o verbo na 3ª pessoa, embora se refiram à 2ª pessoa do discurso:

Vossa Excelência *agiu* com moderação.

Vossas Excelências não *ficarão* surdos à voz do povo.

“Espero que V.Sª não me *faça* mal.” (Camilo Castelo Branco)

“Vossa Majestade não *pode* consentir que os touros lhe matem o tempo e os vassalos. (Rebello da Silva)

Concordância com certos substantivos próprios no plural

Certos substantivos próprios de forma plural, como *Estados Unidos*, *Andes*, *Campinas*, *Lusíadas*, etc., levam o verbo para o plural quando se usam com o artigo; caso contrário, o verbo concorda no singular.

“Os Estados Unidos *são* o país mais rico do mundo.” (Eduardo Prado)

Os Andes *se estendem* da Venezuela à Terra do Fogo.

“Os Lusíadas” *imortalizaram* Luís de Camões.

Campinas *orgulha-se* de ter sido o berço de Carlos Gomes.

Minas Gerais *possui* grandes jazidas de ferro.

“Montes Claros *era* um feudo daquela família.” (Raquel Jardim)

“Terras do Sem-Fim” *foi quadrinizado* para leitores jovens.

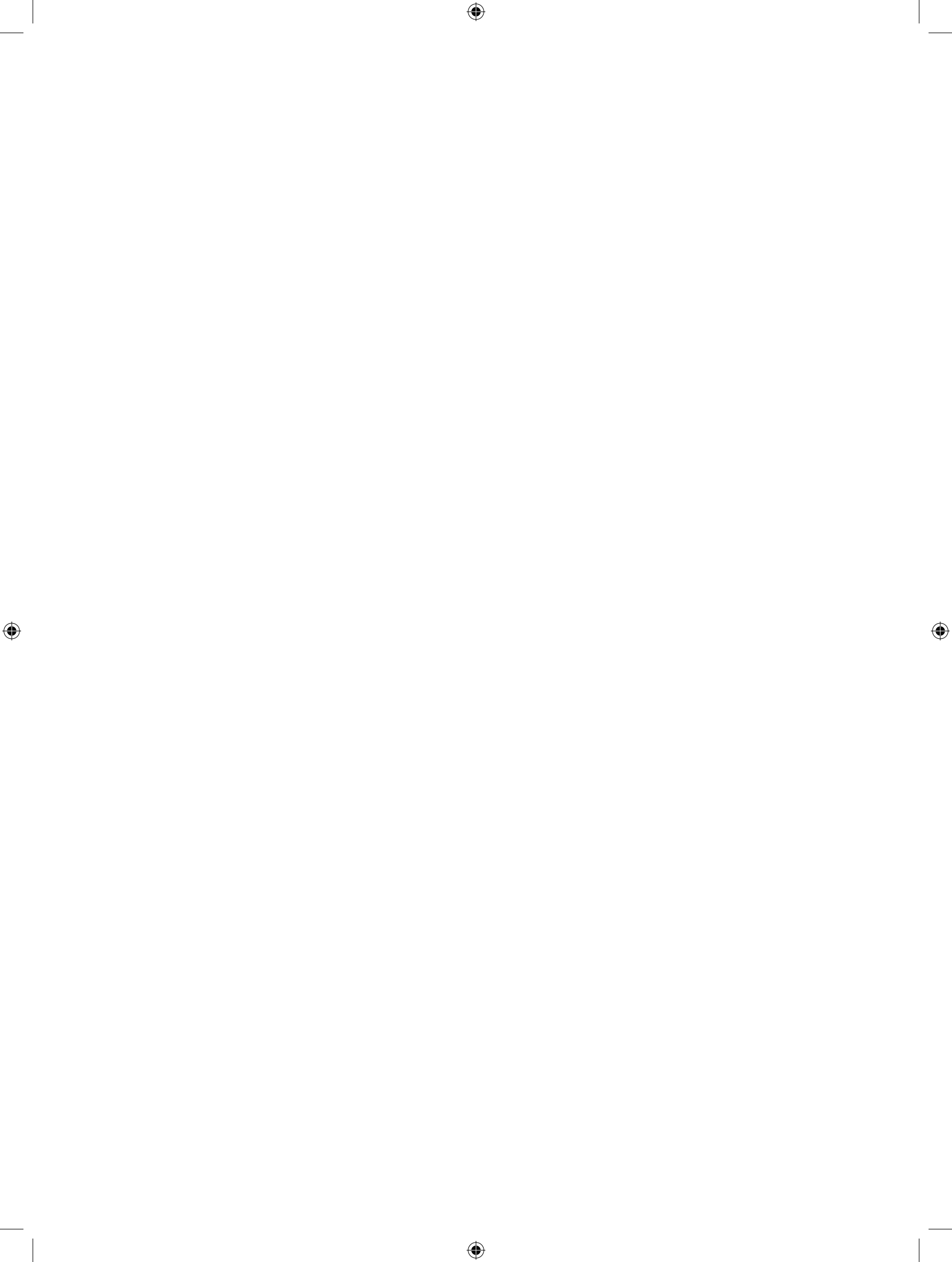
Tratando-se de títulos de obras, é comum deixar o verbo no singular, sobretudo «(II) verbo ser seguido de predicativo no singular:

“*As Férias de El-Rei* é o título da novela.” (Rebello da Silva)

“*As Valkírias mostra* claramente o homem que existe por detrás do mago.” (Paulo Coelho)

“*Os Sertões* é um ensaio sociológico e histórico ... “ (Celso Luft)

A concordância, neste caso, não é gramatical, mas ideológica, porque se efetua não com a palavra (Valkírias, Sertões, Férias de El-Rei), mas com a idéia por ela sugerida (obra ou livro). Ressalte-se, porém, que é também correto usar o verbo no plural(...).



77. Quanto aos próprios egípcios, os habitantes das regiões onde a terra é semeada são os mais cuidadosos de todos os homens com a preservação da memória de seu passado; eles são os mais instruídos a esse respeito entre todos os egípcios que pude interrogar. O seu gênero de vida é o seguinte: durante três dias seguidos em cada mês eles tomam purgativos e procuram preservar a saúde mediante o uso de eméticos e clisteres, pois pensam que todas as doenças chegam aos homens através dos alimentos por eles ingeridos. Os egípcios, aliás, são depois dos líbios os mais saudáveis entre todos os homens; a razão disso, em minha opinião, é que o clima de seu território é o mesmo em todas as estações; com efeito, as mudanças são a causa principal das doenças dos homens, principalmente as mudanças de estações. Eles comem um pão feito de espelta, ao qual dão o nome de *ciléstis*. Em vez de vinho eles usam uma bebida feita de cevada, pois não têm vinhas em seu território. Eles comem alguns peixes crus, secos ao solo conservados em salmoura. As codornas, os patos e pequenas aves são salgadas e comidas cruas; as outras aves e os peixes (à exceção dos considerados sagrados) são comidos assados ou cozidos.

78. Nos repastos dos ricos, depois da refeição um homem traz uma imagem de madeira de um cadáver num esquife, pintada e entalhada com o maior realismo, medindo um ou dois côvados. O homem mostra a imagem a cada conviva, dizendo-lhe: "Olha para isso e bebe e diverte-te, pois serás assim depois de morto." Eles fazem isso nos banquetes.

79. Os egípcios seguem os costumes de seus antepassados e não lhes acrescentam novidade alguma. Entre outros costumes dignos de menção eles têm apenas um canto - o de Linos - entoado na Fenícia, em Chipre e em outros lugares; cada povo tem um nome seu para esse canto, mas se trata do mesmo canto entoado pelos helenos sob o nome de Linos; por isso, uma das coisas estranhas do Egito para mim é saber de onde os egípcios tiraram o nome do canto de Linos; evidentemente eles sempre o cantaram. O nome de Linos no Egito é Mâneros; segundo me disseram

os egípcios ele era o único filho de seu primeiro rei, morto prematuramente; esse lamento era cantado pelos egípcios em sua honra e era, de acordo com suas declarações, seu primeiro e único canto.

80. Há outro costume que nenhum dos povos helenos observa de maneira idêntica aos egípcios, à exceção dos lacedemônios: os jovens, quando encontram pessoas mais idosas, desviam-se e lhes dão precedência nos caminhos, e se levantam dos lugares onde estão sentados quando elas se aproximam. Mas eles adotam outro costume desconhecido em qualquer parte da Hélade: os transeuntes não se dirigem uns aos outros, e cumprimentam-se baixando a mão até o joelho.

81. Eles usam uma túnica de linho com franjas que se enrolam nas pernas, chamada *calasiris*, e um manto branco de lã solto por cima dela. Mas nos templos não se usa roupa alguma de lã; isso é contra os preceitos religiosos. Nesse particular os egípcios seguem os mesmos preceitos do ritual chamado órfico e báquico, mas que na realidade é egípcio e pitagórico; de fato, os iniciados nesses rituais não podem ser sepultados com roupas de lã. Há uma história sagrada a esse respeito.

82. Os egípcios também descobriram a que deuses cada mês e cada dia são consagrados, e baseando-se no dia do nascimento de uma pessoa podem dizer (que a sorte lhe reserva, qual a morte que a espera e qual o seu caráter (os helenos dados à poesia utilizam esses conhecimentos). Eles percebem mais presságios que todos os outros homens juntos, pois cada vez que ocorre um presságio os egípcios lhe observam as conseqüências e as anotam; se algum evento semelhante volta a ocorrer eles pensam que as conseqüências serão idênticas.

83. A sua posição quanto à arte divinatória é a seguinte: nenhum ser humano conhece essa arte, atributo exclusivo de alguns deuses; há em seu território oráculos de Heraclés, de Apolo, de Atena, de Ártemis, de Ares e de Zeus, e - o mais reverenciado de todos - o de Leto na cidade de Buto. Não e consultam

* História. Heródoto. Livro II, capítulos 77 a 88, págs. 112/114. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 2ª Edição, 1998. Editora Universidade de Brasília.

todos os oráculos de maneira idêntica; há diferenças entre eles.

84. A medicina no Egito é dividida em especialidades; cada médico trata de uma única doença, e não de muitas. Todo o seu território é cheio de médicos, uns especializados em doenças dos olhos, outros em doenças da cabeça, outros dos dentes, outros do ventre e alguns em doenças indefinidas.

85. Seus costumes relativos ao luto e ritos fúnebres são os seguintes: quando a família perde um homem importante, todas as mulheres da casa cobrem a cabeça e às vezes o próprio rosto de lodo; em seguida, deixando o cadáver em casa, elas correm pela cidade flagelando-se, com os seios à mostra e com as roupas presas na cintura com uma faixa; todas as mulheres ligadas ao morto por parentesco se juntam a elas, e além delas os homens, que também se flagelam e fazem o mesmo que as mulheres com suas roupas. Isso feito, o cadáver é levado para ser embalsamado.

86. Há certas pessoas encarregadas especialmente desse trabalho, e cuja profissão é essa. Quando um cadáver lhes é trazido, esses embalsamadores mostram a quem o traz modelos de cadáveres em madeira, pintados com o máximo realismo; a maneira mais perfeita de embalsamar é a daquele cujo nome eu consideraria sacrílego mencionar tratando desse assunto; a segunda maneira mostrada por eles é menos perfeita e mais barata que a primeira, e a terceira é a menos dispendiosa de todas; após essa demonstração eles perguntam aos portadores do cadáver qual a maneira preferida para a sua preparação. Acertado o preço os portadores se retiram, deixando os embalsamadores onde estavam para fazer o seu trabalho. Se a maneira escolhida foi a mais perfeita, eles primeiro extraem parte do cérebro através das fossas nasais com um gancho de ferro, e o resto mediante a injeção de certas drogas no cérebro. Em seguida, fazendo uma incisão ao longo do flanco com uma faca afiada feita de pedra etíope, retiram todas as vísceras e limpam o ventre, lavando-o com vinho de palmeira e untando-o repetidamente com plantas aromáticas esmagadas; logo após, enchendo o ventre com mirra pura moída, cássia e outras substâncias aromáticas, à exceção de incenso, eles o cosem, e guardam o corpo durante setenta dias coberto de salitre; esse período não pode ser excedido no embalsamamento. Passados os setenta dias, eles lavam o corpo e o enfaixam todo em

tiras de fino tecido de linho embebidas em uma goma usada frequentemente pelos egípcios em vez de cola; terminada essa operação, o cadáver é devolvido aos parentes; estes fazem um esquife de madeira, talhado com a forma humana, e nele põem o cadáver; o esquife é fechado e guardado cuidadosamente numa câmara funerária, encostado à parede na posição vertical.

87. Assim são preparados os mortos quando é escolhido o processo mais dispendioso. Para quem deseja o processo intermediário ou o menos dispendioso, o cadáver é preparado de outra maneira; os embalsamadores enchem seringas com óleo de cedro e o injetam no ventre do morto, sem fazer cortes nem remover vísceras, mas apenas introduzindo esse líquido através do ânus e impedindo-lhe o retorno; então eles embalsamam o corpo durante o período de tempo estipulado; no último dia desse período eles deixam sair do ventre o óleo injetado. Esse líquido é tão forte que traz consigo os intestinos e as demais vísceras inteiramente dissolvidos; as carnes são consumidas pelo salitre, e no fim restam do morto somente a pele e os ossos. Então os embalsamadores devolvem o cadáver sem fazer nada mais nele.

88. A terceira maneira de embalsamar, que é a preparação dos mortos pobres, é a seguinte: esvaziado o ventre com um purgante, o cadáver é embalsamado durante setenta dias e depois é entregue para ser levado embora.

A indevida criminalização da radiodifusão irregular

Feliciano de Carvalho*

Sumário

Introdução – 2. As telecomunicações no ordenamento jurídico pátrio – 3. Do crime contra a rádio comunitária (radiodifusão inofensiva) 3.1 Do enquadramento legal; 3.2 Dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade; 3.3 Dos princípios da legalidade, da responsabilidade penal subjetiva e da individualização – Conclusão – Referências bibliográficas.

Introdução

O Brasil é um país de dimensões continentais, no qual vigora um pluralismo generalizado. Diversas são as origens dos brasileiros, as culturas regionais, as paisagens naturais, as posições sociais etc.

Dentre as grandes diferenças entre os brasileiros, vale frisar que as classes mais abastadas desfrutam de um acesso às informações comparável ao da população dos países desenvolvidos. Com efeito, tais classes possuem canais jornalísticos sempre à disposição, oriundos dos planos de televisão por assinatura, têm amplo acesso à *internet*, aprenderam, geralmente, sobre a importância do jornal escrito e dos periódicos, enfim, sempre sabem o que acontece no mundo em todas as áreas, o que lhes garante uma série de privilégios que só o conhecimento traz.¹

Paradoxalmente, o mesmo país ostenta uma grande maioria de pessoas de recursos escassos, que, por consequência, não possuem a mesma facilidade às informações, considerando o custo de acesso aos meios modernos de conhecimento.

Um relevante número de pessoas tem no *rádio de pilha* o seu principal meio com o “mundo exterior”,

mormente os que moram em locais remotos e de difícil acesso, cuja realidade não pode ser ignorada pelo resto do país.

Poder-se-ia perguntar qual a relevância de tais considerações, no sentido de questionar qual o problema de certas pessoas não saberem os últimos vencedores do *Oscar*, o perfil dos participantes de *reality show*, quem foi o último campeão estadual de futebol, dentre outras informações fúteis.

Como se sabe, as notícias vão mais além. Um indivíduo bem informado sabe como prevenir doenças, como exercer os seus direitos, entende as regras sobre o exercício do direito de voto, tem ciência do que é irregular, bem como tem acesso às informações da mais premente importância.

Ainda, tem-se que não existe informação mais valiosa do que aquela que diz respeito ao cotidiano da localidade objeto da comunicação. Realmente, é muito mais importante para um bairro afastado de uma cidade de interior saber quando o médico irá atender no posto de saúde do que saber como está o trânsito na cidade de São Paulo, que talvez esteja há milhares de quilômetros do destinatário da notícia.

Tentou-se, nas linhas pretéritas, justificar a importância das rádios, mormente as comunitárias, notadamente num país imenso como o Brasil, de modo que o noticiário que vem dos grandes centros urbanos não é tão importante para um distrito de algum município pobre, onde seria mais interessante o comunicado de notícias sobre problemas locais, haja vista que muitas pessoas sequer têm dinheiro para comprar uma televisão, tendo no rádio a sua principal fonte de conhecimento.

As rádios comunitárias são um meio alternativo de acesso às informações para as populações de baixa renda, com o atrativo de atender as peculiaridades de notícias de cada população, agindo em prol de uma qualidade de vida melhor, com o potencial de fomentar o exercício da cidadania.

A relevância jurídica do até aqui expendido diz respeito ao fato de no Brasil não ser *apenas ilegal* o exercício de uma rádio comunitária sem

*Defensor Público da União de 2ª Categoria em Teresina – PI. Especialista em Direito Empresarial.

¹Já dizia Abelardo Barbosa, em tom jocoso, mas com essência verdadeira, que: “quem não se comunica se trumbica”.

as devidas cautelas administrativas, mas também por ser tal conduta considerada uma das infrações mais repudiadas pelo ordenamento positivo pátrio, porquanto tal infração é adjetivada como *penal*.

O modo positivo-formal como é tratado o crime de rádio clandestina no Brasil, sob um enfoque fundamentalmente crítico, será objeto de análise nas linhas que se seguem, adiantando-se, desde já, sobre sua duvidosa constitucionalidade.

2. As telecomunicações no ordenamento jurídico pátrio

Como é cediço, nenhum texto normativo oriundo dos poderes da república é independente, no sentido de que, para ser válido, deve ser consentâneo com uma norma fundamentadora de sua validade material e formal.

Entre nós, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 é o parâmetro para se aferir a legitimidade de qualquer disposição legal em sentido lato. Melhor dizendo, qualquer regra de conduta imposta às pessoas deve estar de acordo com o que reza o texto constitucional.²

Várias regras da Constituição Federal têm, ainda que indiretamente, algum vínculo com as telecomunicações e com a radiodifusão. No entanto, urge que se faça referência, precipuamente, ao disposto no art. 21, XI, art. 22, IV, e art. 48, XII.³

Ainda no texto constitucional, o art. 223 reza que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o

princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. A Constituição Federal, nos parágrafos do art. 223, também traça regras sobre a participação do Poder Legislativo Federal no processo administrativo que objetiva o desempenho destas atividades.⁴

À luz das normas constitucionais referidas, já se pode concluir como o tema das telecomunicações é relevante no Brasil. Ainda sobre tais regras, é importante salientar que a exploração dos serviços de telecomunicações é de competência administrativa da União, que pode ser delegada e outorgada, conforme o caso, e que a competência legislativa também é privativa do ente federal.

Antes de se prosseguir, cumpre observar que, mais de uma vez, a Constituição Federal trata as telecomunicações e a radiodifusão como coisas distintas. Tal ponto será lembrado em futura abordagem penal do tema.

Nesse passo, fundamental se faz uma referência às principais disposições infraconstitucionais sobre telecomunicações.

Cronologicamente, o primeiro diploma legal de destaque foi o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei 4.117 de 1962, que, dentre várias regras administrativas sobre o tema, definia como crime a instalação ou utilização de serviços de telecomunicações sem a observância da lei e dos regulamentos.⁵

Noutro quadrante, estando ultrapassado o Código Brasileiro de Telecomunicações, foi promulgada em 1997 a Lei 9.472, que, atenta às disposições de administração pública gerencial constantes na Constituição Federal de 1988, traçou analíticas normas sobre as telecomunicações, revogando o código até então vigente e demais leis que tratavam sobre o mesmo assunto.

² A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º, III, do texto magno, é premissa de interpretação da própria CF de 1988 e, por conseguinte, das leis que àquela devem submissão.

³ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XII - telecomunicações e radiodifusão;

⁴ Como exemplo: “§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal”. Trata-se de típico caso de impor a harmonização de poderes para conter excessos.

⁵ Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. (Substituído pelo Decreto-Lei 236, de 28.2.1967.)

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Faz-se uma ressalva quanto à revogação da Lei 4.117 de 1962, porquanto a nova lei de telecomunicações de 1997, expressamente, dispôs no seu art. 215, I, que se mantêm vigentes as regras do Código Brasileiro de Telecomunicações referentes à matéria penal não tratada pela lei revogadora, bem como aos preceitos relativos à radiodifusão.

Sobre a matéria penal, a Lei 9.472 de 1997 traça preceito incriminador no artigo 183, e normas penais complementares não incriminadoras nos artigos 184 e 185.⁶

Por fim, é fundamental também fazer referência a Lei 9.612 de 1998, que institui o serviço de radiodifusão comunitária e dá outras providências. Tal diploma normativo traz regras *especiais* às rádios comunitárias, disciplinando o que se entende por tal, suas finalidades, autorização para funcionamento etc.

A lei que rege as rádios comunitárias disciplina, inclusive, infrações e sanções, todavia, as disposições repressoras nela previstas restringem-se ao campo administrativo.⁷

⁶ Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

⁷ Art. 21. Constituem infrações – operação das emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária:

I – usar equipamentos fora das especificações autorizadas pelo Poder Concedente;

II – transferir a terceiros os direitos ou procedimentos de execução de serviço;

III – permanecer fora de operação por mais de trinta dias sem motivo justificável;

IV – infringir qualquer dispositivo desta Lei ou da correspondente regulamentação;

Parágrafo único. As penalidades aplicáveis em decorrência das infrações cometidas são:

I – advertência;

II – multa; e

III – na reincidência, revogação da autorização.

3. Do crime contra a rádio comunitária (radiodifusão inofensiva)

O crime título deste item trata-se de uma ironia, eis que não é tipificado, e, como tal, a ele também não se comina sanção. Na verdade, utiliza-se o termo “crime” para se designar a postura de se considerar incursas nas penas do art. 183, da Lei 9.472 de 1997 as pessoas *supostamente responsáveis* por rádios comunitárias, ou pequenas rádios, que estejam irregulares.⁸

Não se está defendendo a atuação das rádios comunitárias sem a devida autorização administrativa, absolutamente. O que se questiona é a sua eventual subsunção ao tipo descrito no art. 183 da Lei 9.472 de 1997, e demais implicações.

O erro que vem cometendo a jurisprudência pátria ao taxar tal hipótese de infração penal é repetido nesta crítica, qual seja, a banalização do termo *crime*.

Ao que parece, vive-se hoje um momento confuso nas tão conhecidas *razões de política criminal*. Se de um lado se reconhece que a segregação social é medida extrema, que deve ser fruto dos atos mais patológicos de distúrbio social, considerando a falência do sistema carcerário, espelhada na sua ineficiência de ressocializar, a fim de se evitar uma graduação criminal no período prisional; de outro, regras penais excessivamente rigorosas, e grosseiramente interpretadas, vêm, por outra via, a tornar o Estado cada vez mais repressor diante de condutas que já seriam satisfatoriamente tuteladas mediante outras espécies de sanções, mormente administrativas.

A imputação do crime previsto na Lei 9.472/1997 às rádios comunitárias é postura bem mais desprezível do que a conduta abstratamente considerada típica. O argumento de que o eventual *criminoso* de tal ato terá boa probabilidade de, uma vez condenado, ter a pena de detenção substituída por sanção restritiva de direitos, ou, se for o caso, beneficiado pela suspensão condicional da pena, não convence, porquanto de um ou outro modo o direito fundamental à liberdade será fortemente tolhido, além do estigma de uma

⁸ Utiliza-se o termo “irregular” para designar também “clandestina”, não tendo relevância para este trabalho distinguir a primeira como a rádio autorizada, mas que descumpra o ato administrativo prévio, e a segunda como aquela que atua independentemente de uma prévia permissão.

condenação criminal que, ao contrário da reincidência, não se esvai pelo tempo, principalmente em relação às pessoas de bem.

Nos tópicos seguintes buscar-se-á colher fundamentos para o entendimento ora esposado, considerando, sempre, a CF/1988, como norteadora das conclusões jurídicas.

3.1 Do enquadramento legal

Já se percebe que este trabalho se insurge contra a criminalização das rádios que, por qualquer razão, não estão autorizadas a operar,⁹ também já foram coladas nas notas seis e sete as descrições típicas, uma referente à Lei 4.117/1962, e a outra referente à Lei 9.472/1997.

À luz dessas considerações, é natural a pergunta: a rádio irregular subsume-se a qual fato típico? Não se trata de uma pergunta fácil, e o entendimento predominante parece questionável.

Primeiramente, comparando as descrições típicas, tem-se por crime no art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações *a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*,¹⁰ de outro lado, pela Lei 9.472/1997, é crime *desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação*.¹¹

Como se vê, os núcleos de cada tipo são diferentes, enquanto no primeiro a conduta é *instalar* ou *utilizar*, na segunda o comportamento é *desenvolver*. Não obstante a distinção de verbos, não parece que a infração abstrata prevista nos dois textos seja diferente.

Mais precisamente, pode-se defender que o termo *desenvolver* abrangeria os núcleos *instalar* e *utilizar*, sendo equiparada à *clandestina* a *não observância da lei e dos regulamentos*, de onde se concluiria pela revogação do art. 70 da Lei 4.117/1962 pela nova lei de telecomunicações, de caráter mais repressor.

Sucedo que este raciocínio vai de encontro ao que prescreve o art. 215 da Lei 9.472/1997, já citado que, expressamente, preserva as disposições penais do Código Brasileiro de Telecomunicações, não o revogando nesta parte, além das disposições referentes à radiodifusão. Como conviveriam, então, as duas normas, haja vista que a descrição típica pela nova lei abrange a descrição anterior?

Como a nova lei ressalvou as disposições pretéritas penais, bem como as regras referentes à radiodifusão, resta claro que deve ser a Lei 4.117/1962 aplicada ao fato punível consistente em instalar ou utilizar radiodifusão, de forma irregular, sendo o disposto no art. 183 da Lei 9.472/1997 aplicado de forma residual.

Entretanto, deve-se reconhecer que não é esta a posição da jurisprudência aparentemente majoritária, que defende a harmonia das duas disposições penais, para se respeitar o efeito derogatório expresso da Lei 9.472/1997, mas sempre preponderando para aplicação indistinta da norma penal mais repressora, como se quisesse realmente fazer valer a prevenção geral do crime mais grave.¹²

¹² 1. A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu artigo 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas. 2. Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/1997). 3. Coexistem os tipos penais previstos nos artigos 70, da Lei 4.117/1962 e 183, da Lei 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas. 4. A Lei 9.472/1997 não teve efeito abrogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão. 5. É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização. 6. A Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1998. A conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do artigo 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei. 7. Os crimes em referência são de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.), podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia,

⁹ Mais uma vez insta ressaltar que não se desconhece a ilicitude da conduta, mas apenas a caracterização desta ilicitude como *penal*.

¹⁰ A lei a que se refere é a Lei 4.117/1962.

¹¹ A principal diferença entre uma e outra está no preceito secundário, na medida em que a primeira trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo e, como tal, o indivíduo nela processado pode fruir de todas as benesses previstas na Lei 9.099/1995, ao contrário da previsão da Lei 9.472/1997, que comina pena de dois a quatro anos de detenção.

Em que pese o respeito que merecem os julgados com o entendimento ora questionado, eles não logram explicar quando os núcleos *instalar* ou *utilizar* não estão inseridos no *desenvolver*.

O Superior Tribunal de Justiça inova no ordenamento para sustentar a tese de que comete o crime do art. 70 da Lei 4.117/1962 aquele que, uma vez autorizado a atuar nas telecomunicações, o faz de forma contrária ao ato administrativo que o autorizou; enquanto comete a infração penal do art. 183 da Lei 9.472/1997 quem exerce tal conduta sem sequer ter recebido uma prévia permissão, e por isso se torna merecedor de uma reprimenda mais grave.¹³

O tipo penal do art. 70 da Lei 4.117/1962 não faz a exigência de prévia permissão ao agente que comete a infração nela descrita, de modo que a interpretação do egrégio tribunal superior legisla indevidamente com fins repressivos.

Com efeito, na interpretação sistemática das duas leis, imposta pelo art. 215 da Lei 9.472/1997, o indivíduo que utiliza¹⁴ serviço de radiodifusão irregular só poderá ser imputado pelo fato previsto no art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações.¹⁵ Entendimento em

ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos - TVs e rádios - adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias. 8. Recurso de apelação provido. (ACR 2003.33.00.006084-5/BA-TRF1)

¹³ 1. O art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pelo art. 183 da Lei 9.472/1997, já que as condutas neles descritas são diversas, sendo que no primeiro pune-se o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e no segundo, aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público. 2. *In casu*, verifica-se que o indiciado, em tese, explorou serviço de telecomunicação sem autorização, ou seja, de forma clandestina, subsumindo-se o modo de agir ao tipo descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997, cuja pena máxima cominada é superior a dois anos, não se configurando, assim, em delito de menor potencial ofensivo. 3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, o suscitado. (CC 94.570/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 5/12/2008, DJe 18/12/2008.)

¹⁴ Na acepção mais ampla do termo.

¹⁵ I - A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão, de acordo com o constante no art. 215, I, da Lei 9.472/1997. II - Vigente o disposto no art. 70 da Lei 4.117/1962, cuja pena máxima prevista no tipo não ultrapassa o limite do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, firma-se a competência do Juizado Especial Federal para o julgamento do feito. III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

contrário cria elemento de tipo sem previsão legal, apenas fruto da interpretação, e com o pior dos fins, qual seja, impor pena mais severa às pessoas que a Constituição Federal assegurou uma série de direitos, dentre eles, o que ninguém será punido por crime que não seja previamente *definido* em lei.

No que tange especificamente às rádios comunitárias, tem-se que a Lei 9.612/98, que rege estes veículos de comunicação, não previu hipótese de crime destas entidades, limitando-se, como já anotado, a prever infrações administrativas e suas respectivas sanções.

Resta clara a ausência de lei penal sobre tema, todavia, o entendimento jurisprudencial seja sentido de aplicar a Lei 9.472/1997, ao argumento da independência das esferas de responsabilidade, de modo que a sanção administrativa não prejudicaria a penal.

3.2 Dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade

Após a explanação sobre a tipicidade do crime cometido por uma rádio comunitária irregular, urge atentar-se para alguns princípios que norteiam o Direito Penal.

No tópico anterior foi analisada a problemática sobre a subsunção da conduta de utilizar rádio irregular aos tipos penais pertinentes na nossa legislação, predominando o entendimento aqui questionado sobre a aplicação do art. 183 da Lei 9.472/1997. Ponderou-se que a coerência do ordenamento jurídico indicava que deveria ser aplicado o art. 70, da Lei 4.117/1962.

Acontece que essa discussão sobre quando incide um ou outro tipo penal não deveria nem existir, considerando o equívoco que é tal fato ser previsto como crime. Com efeito, princípios penais, inspirados em princípios constitucionais, condenam a previsão das duas leis já citadas quando empregadas em rádios comunitárias, ou mesmo no caso de radiodifusão rudimentar.¹⁶

(REsp 756.787/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 1/2/2006 p. 602)

¹⁶ Pede-se licença para não entrar em detalhes sobre o erro da Lei de Introdução do Código Civil que elege os costumes e a analogia, como antecedentes necessários antes de se socorrer



É intuitivo que as infrações jurídicas possuem a mesma essência. Como o direito é uma ciência do *dever ser*, qualquer desvio desse dever implica cometimento de uma infração. Conforme o ramo do direito – dividido apenas com fins de facilitar o seu estudo em razão de peculiaridades – que impõe o *dever ser* violado, ter-se-á uma infração de natureza civil, penal, administrativa, política etc.

Uma vez descumprida uma norma jurídica por uma conduta positiva ou negativa, o ordenamento jurídico autoriza a imposição de uma sanção,¹⁷ como consequência do descumprimento. Tal sanção terá suas nuances tendo em conta o ramo jurídico da norma violada.

Feitas essas considerações, faz-se referência ao princípio da intervenção mínima, sendo um dos pilares do Direito Penal. Por tal princípio, as normas penais devem ser encaradas como *ultima ratio*, de sorte que a norma penal só pode disciplinar uma conduta, para dela autorizar uma sanção penal na eventualidade de ser descumprida, quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para coibirem a prática infracional.

Por esse princípio, reconhece-se que a imposição de uma sanção penal é uma medida extrema, porquanto legitima uma forte restrição de direito fundamental, qual seja, a liberdade. Assim, socorrer-se-á ao Direito Penal como última alternativa de disciplinamento, tendo como premissa o fracasso ou a inutilidade de outras espécies de sanções para o caso.¹⁸

aos princípios (gerais do direito, no caso), quando diante de uma questão que precisa ser solvida, não existindo regra específica no ordenamento jurídico. De fato, os princípios, como mandamentos otimizadores de todo o ordenamento, devem guiar as próprias regras jurídicas, procedendo-se a extirpação das regras que destoem dos mandamentos principiológicos.

¹⁷ É pelo autorização de imposição de uma sanção que o direito se distingue dos demais deveres éticos, conforme célebre lição dos cientistas quânticos do direito.

¹⁸ Conforme BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a

À luz do princípio da intervenção mínima,¹⁹ os crimes do art. 70 da Lei 4.112/1962 e do art. 183 da Lei 9.742/1997 são completamente inadequados e desnecessários. Realmente, o principal bem jurídico tutelado por tais normas penais é a segurança abstrata dos meios de telecomunicações, de sorte que a imposição de uma medida administrativa de confisco da aparelhagem utilizada já se mostra remédio suficiente para reprimir tal infração.

A ameaça do desfalque patrimonial já faz as vezes de prevenção especial e geral adequadas. Por que se instaurar uma ação penal, com a ameaça de restrição de liberdade para um indivíduo que pode ser arrimo de família, se a conduta, em princípio, não lesa terceiros, não é violenta, não é ameaçadora? Qual a necessidade, quando o confisco administrativo dos aparelhos já reprime e impede o cometimento da infração?

Neste instante, mostra-se essencial abordar o princípio da ofensividade diante das normas penais incriminadoras citadas.

Como se percebe da análise das figuras típicas, ambas as infrações tratam-se de crimes de perigo abstrato, com exceção do disposto no art. 70 que prescreve como causa de aumento de pena o fato da conduta causar danos a terceiros.

Ressalvado o caso da conduta causar danos a terceiros, infringem o princípio da ofensividade as disposições de mera conduta, porquanto não é lógico ou coerente reprimir um comportamento que sequer causa um mínimo de lesão a qualquer bem jurídico.

Com esteio no princípio da ofensividade ou lesividade, a normatização penal de uma conduta deve prever um resultado naturalístico, ou ao menos um resultado jurídico que precisa ser efetivamente atingido pela postura prevista como fato típico. Do contrário, admitir-se-ia, absurdamente, a criminalização de comportamentos inofensivos, dando ao Estado um poder indevidamente repressor, com a possibilidade de definir crimes de acordo com os anseios de um grupo político que esteje no poder.

ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.

¹⁹ Desse princípio também decorre o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.



Admitir as infrações dos arts. 70 da Lei 4.112/1962 – na parte de perigo abstrato – e 183 da Lei 9.472/1997 é o mesmo que definir como crime uma manifestação de pensamento subversiva que afronta os imperativos de segurança nacional.²⁰ Quer-se dizer que a previsão de crimes de perigo abstrato abre a oportunidade para o cometimento de abusos por parte do Poder Público, que terá ao seu alcance a possibilidade de prever como crime qualquer mera conduta, ainda que não cause dano ou configure perigo concreto.

O princípio da ofensividade é um freio para um Estado que, acaso comandado por um governo de políticas de perpetuação no poder, possa perseguir a oposição deste governo.

Perceba-se que o que se defende neste trabalho não é nenhuma revolução jurídica, pois é completamente lógico que um fato tido como criminoso só seja assim considerado se, ao menos potencialmente para o caso concreto, puder causar lesão, tendo o infrator, assim, que suportar o rigor inerente das sanções penais.²¹

Caso uma rádio esteja operando irregularmente, mas a sua aparelhagem, por ser singela, não permite que cause interferência em outros meios de comunicação, ou ainda que tenha o potencial de causar, não o fez, não tendo o condão de gerar qualquer prejuízo para o caso concreto, por que se iniciar um traumático processo penal? Não bastaria a apreensão da aparelhagem irregular?

Mas do que adiantam os princípios penais ora comentados, que fulminam a criminalização das infrações penais apontadas enquanto crimes de perigo abstrato, se eles não têm previsão legal expressa? Onde eles estão escritos? Seriam tais princípios

reles recomendações que poderiam muito bem ser descumpridas?

Os princípios ora em comento não são simples recomendações e têm poder de imposição sobre as regras infraconstitucionais que deles discrepam. De fato, tais postulados jurídicos são corolários do princípio da proporcionalidade, de índole constitucional e com valor de direito fundamental.²²

O entendimento consolidado dos tribunais regionais federais, bem como do próprio Superior Tribunal de Justiça, é o de admitir tal crime de perigo abstrato, afastando, inclusive, a aplicação do princípio da insignificância de tais casos, considerando crime também quando a frequência utilizada no aparelho de radiodifusão for mínima. Entretanto, não se impede que se insurja contra tal posição, não podendo o intérprete resignar-se enquanto as questões não forem solvidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Deveras, aplica-se à presente questão, em analogia *iuris*, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81057-8/SP,²³ julgado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal em 2004. Neste caso paradigma, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso ordinário para trancar uma ação penal, determinando que não configura fato típico o porte de arma, ainda que em perfeitas condições de uso, desde que o portador não traga consigo munição, por não se admitir crime condutas de perigo abstrato que não tenham causado qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, apoiando-se na moderna concepção do Direito Penal. Posicionou-se o Excelso Pretório, atento ao caráter funcional do Direito Penal, que visa prevenir condutas não só formalmente típicas, mas também materialmente.²⁴

²⁰ Legislações penais totalitárias precisam ser evitadas em prol de se preservar o Estado Democrático de Direito.

²¹ Leciona GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. v. 1, p. 59: “Finalmente, com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar da incidência da aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros”. Acrescenta-se ao comentário do ilustre professor, complementando a lesividade com a intervenção mínima, de modo que a conduta desviada pode até ser reprovada por norma jurídica de outra esfera, mas para que se seja considerada penal, mister se faz a efetivação de uma lesão ou perigo concreto de lesão.

²² De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade é extraído da acepção substancial do princípio do devido processo legal, previsto como direito fundamental no art. 5º, LIV, da CF/1988. A proporcionalidade defende a razoabilidade da atuação do Poder Público e na imposição de qualquer regra de conduta às pessoas, tendo como vertentes a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens jurídicos aparentemente conflitantes), conforme a lição de PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 164-167.

²³ O mesmo entendimento já foi seguido novamente pelo STF, como no HC 93820, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/2/2008.

²⁴ O caso ora citado é emblemático e anima o intérprete que busca dar máxima efetividade à CF/1988, haja vista que todas as instâncias anteriores ao STF haviam negado o pleito do

Com efeito, só comete crime quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora criando riscos proibidos e *relevantes*. Relevante quer dizer, exatamente, ofensivo, causador de dano efetivo ou de perigo concreto de dano.

De fato, consoante o entendimento do Ministro Cezar Peluso, acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, a antecipação da proteção penal aos momentos que antecedem à lesão somente será plausível quando se estabelecer um vínculo de proporcionalidade entre a aplicação da pena – que lesa o direito de liberdade do infrator da norma penal – e o perigo causado pela conduta incriminada. Desse modo, o princípio da lesividade não é destinado somente ao legislador, mas também à interpretação do tipo penal.²⁵

No caso dos crimes de telecomunicações, parece evidente que não podem restar configurados a não ser no caso de perigo concreto, ou de efetivo dano.²⁶ Ainda mais quando se tratar de rádios comunitárias, haja vista que estas apenas buscam atender aos interesses de uma comunidade.

O Direito Penal não pode ser instrumento para melhor efetivar a administração pública, em detrimento de direitos fundamentais expressos

constitucionalmente, sob pena de se banalizar o crime num inegável risco para toda a sociedade.²⁷

As previsões típicas constantes nas leis que regem as telecomunicações, enquanto crimes de perigo abstrato, como já afirmado, representam uma ameaça às pessoas, porquanto é estímulo para que outros crimes de redação análoga sejam criados com os mais inconfessáveis dos fins, punindo simples comportamentos, ainda que não causem qualquer prejuízo ou perigo real.²⁸

Essas considerações estão norteadas por valores constitucionais, advindos do princípio da proporcionalidade – de status constitucional – que pode e deve ser aplicado na análise jurídica de uma infração penal. A razão jurídica de se repudiar a configuração do crime de porte de arma quando ausente munição, e a mesma para não se tolerar crime os fatos previstos no art. 70, da Lei 4.112/1970, e no art. 183 da Lei 9.742/1997, quando as condutas não lesarem, ou não tiverem o condão de prejudicar concretamente, do mesmo modo que uma arma sem munição não gera o perigo concreto de disparar.

Maior é o descalabro quando se considera crime a transmissão comunitária de informações. Somente a insensibilidade pode equiparar esta conduta a de um indivíduo que possui equipamentos potentes e efetivamente causa interferência nos meios regulares de comunicação.

Consentâneas com o ora esposado, e também análogas ao caso, são as disposições do Código de Trânsito Brasileiro, que prevêem como simples *infração administrativa* dirigir veículo sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir e considera *crime* dirigir veículo automotor,

impetrante, inclusive o STJ, de sorte que as várias decisões inferiores não têm o condão de amedrontar, quando existir a possibilidade de outro entendimento no STF.

²⁵ Sobre a lesividade ao bem jurídico protegido pela norma penal, na análise do princípio da proporcionalidade, o Ministro Peluso trata sobre o papel de interpretação do juiz, citando CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 202: "(...) o qual não se pode conformar com a subsunção formal do fato no comportamento descrito pela norma, senão que terá de comprovar que tal comportamento lesou ou colocou em perigo o bem jurídico através de dita norma, e acaso assim não seja, deverá declarar a sua atipicidade".

²⁶ 1. Quando fundado o habeas corpus, por exemplo, na alegação de falta de justa causa para a ação penal, admite-se se faça nele exame de provas. O que se veda em habeas corpus, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção. 2. No caso, não há justa causa para a instauração do inquérito policial, fundado que está no art. 183 da Lei nº 9.472/1997 – desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação. Os rádios transceptores portáteis (espécie de walkie-talkie) têm alcance restrito e limitado, daí não acarretar a sua utilização nenhuma lesão ou prejuízo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. 3. Habeas corpus deferido com o fim de trancar o inquérito policial.

(HC 45.388/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 26/02/2007 p. 643)

²⁷ Em relação à administrativização do Direito Penal, assevera REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 21: "A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância à regras de convivência da Administração Pública, matéria antes de cunho disciplinar. Nesse substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes 'organizar' do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los".

²⁸ No que respeita a esta preocupação, ensina REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2002, p. 34: "A periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como se deu com o nazismo e o comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição de agir em ofensa ao 'são sentimento do povo alemão' ou aos 'interesses da coletividade socialista'".

em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*.²⁹

Como se vê, só restará configurado o crime de trânsito em questão quando presente e provado o *perigo de dano, concreto*. Com certeza a condução de um veículo automotor sem permissão pode gerar, no mínimo, o mesmo dano que uma rádio irregular.³⁰ Desse modo, não há razão lógica para, num caso, o tratamento ser diferente do outro na aferição da infração penal, sendo inconstitucionalmente repressoras as disposições típicas de perigo abstrato constantes nas Leis ° 4.112/1962 e 9.472/1997, por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proporcionalidade.³¹

3.3 Dos princípios da legalidade, da responsabilidade penal subjetiva e da individualização

Reza a Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, regra também exposta no Código Penal.³² Mas o que significa prévia definição na lei?

Ora, por ser fruto da norma jurídica mais rígida, o crime deve ser didaticamente descrito, a fim de que seja mínima a atividade interpretativa de subsumir uma conduta ao fato típico. Tal imposição constitucional visa conferir segurança à sociedade no sentido de defendê-la de um abusivo Poder Punitivo que, sem limites, poderia enquadrar as mais diferentes situações à hipótese legal, valendo-se de sua autoridade política.³³

Quando o Estado é democrático e de direito, o povo é o titular do poder, e ninguém está acima da

lei. A CF/1988, ao prever o princípio da legalidade, promete à população que pode andar despreocupada, de sorte que ninguém sofrerá uma persecução penal caso não pratique a conduta prevista na lei como crime. Mas para se respeitar dito princípio é necessário que a conduta abstrata prevista como típica seja *definida*.

Definir é mais do que prever, na medida em que deve traçar balizas precisas para que um fato seja previsto como crime, sob pena de permitir abusos do intérprete, que estará fazendo as vezes de legislador, *decretando tipicidade* a fatos não definidos na norma típica. O fato típico vago e impreciso infringe o princípio da legalidade, sendo inconstitucional e como tal deve ser extirpado do ordenamento jurídico.³⁴

É verdade que o bom senso induz que o legislador penal não pode prever todos os objetos possíveis de uma conduta criminosa, sendo válida a interpretação analógica, quando o núcleo essencial da conduta estiver positivado pelo legislador.³⁵

Dito isso, a conclusão que se chega é que os tipos do art. 70 da Lei 4.112/1970, e do art. 183 da Lei 9.472/1997 ofendem o princípio da legalidade.³⁶ Como já afirmado outrora, ambas as hipóteses previnem como crime utilizar, instalar telecomunicações, ou desenvolvê-la, sem observar a lei ou o regulamento, sendo por isso clandestinas.

²⁹ Ver art. 162, I, e art. 309 da Lei 9.503/1997.

³⁰ Provavelmente uma rádio irregular é bem mais inofensiva do que a condução de um veículo em via pública por quem não tem aptidão para tanto.

³¹ Art. 1º, III, e art. 5º, LIV, ambos da CF/1988.

³² art. 5º, XXXIX, da CF/1988, e art. 1º do CP.

³³ De acordo com BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112: "O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes".

³⁴ Ensina GRECO, Rogério, op. cit., 2006, p. 102: "O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talento, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique".

³⁵ Assim seriam válidas as disposições com expressões do tipo "ou outro meio insidioso qualquer" (interpretação analógica). De todo modo, afronta o princípio da legalidade a analogia para subsumir condutas a fatos típicos que guardem certa *ratio*, pois haveria inovação no núcleo essencial da conduta para reprimir.

³⁶ 1. Réu que instalou rádio amador sem a respectiva licença. 2. A conduta, conquanto irregular administrativamente, não constituiu o crime do art. 183 da Lei 9.472, que trata especificamente de telecomunicações, nem o do art. 70 da Lei 4.117/62, que, mantido no que respeita à radiodifusão, não tem disposição penal a respeito. 3. Mesmo que se pudesse enquadrar a conduta do réu na conduta descrita no art. 70 do antigo Código de Telecomunicações, não restou evidenciado nos autos qualquer prejuízo às telecomunicações. Mantida a absolvição do réu com fundamento no art. 386, VI do CPP. Recurso provido em parte. (TRF 4 AC 19997106001362-0 RS, Turma Especial, Relator Manoel Lauro Volkmer de Castilho DJ 24/7/2002, página: 749)

A norma penal incriminadora não especifica uma conduta criminosa, pois, em princípio, não é crime utilizar telecomunicação; o será se for sem observar a lei ou o regulamento, ou, simplesmente, de modo clandestino.

Ocorre que não se precisam quais espécies de inobservâncias das regras administrativas ensejem a conduta criminosa. De fato, não adequar uma aparelhagem, atrasar em responder uma notificação, já serão hipóteses de crime? Ninguém pode responder a estas perguntas, somente a lei e ela não o faz. A sociedade não pode ficar a mercê do que o Executivo entenda como crime, isso não é definir previamente.

Trata-se de odiosa norma penal em branco heterogênea e, com esta natureza, permite que atos administrativos tracem a essência de um crime, o que enfraquece a segurança jurídica, pondo sob ameaça o direito de liberdade.³⁷

De mais a mais, é de se lembrar, como também já citado no item sobre a previsão constitucional das telecomunicações, que a CF/1988, mais de uma vez, distingue telecomunicações de radiodifusão,³⁸ de onde se indaga com que autoridade o intérprete iguala os termos para considerar que comete os crimes das Leis nº 4.112/62 e 9.472/97, o exercício irregular de radiodifusão, se os núcleos típicos apenas se referem às telecomunicações?³⁹

Mostra-se equivocado ampliar-se em sede infraconstitucional termos restritos pela CF/1988 para incriminar conduta não prevista na lei. Em outras palavras, a *radiodifusão* irregular não é prevista na lei como crime, mas o intérprete a insere no termo *telecomunicação*, só que a Constituição Federal separa *telecomunicação* de *radiodifusão*. Salta aos olhos a

³⁷ Se a norma penal em branco ofende o princípio da legalidade, assim responde GRECO, Rogério, *op. cit.*, 2006, p. 28: "Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos".

³⁸ Arts. 22, IV, e 48, XII, da CF/1988.

³⁹ O meio 'radiofrequência' não induz radiodifusão, sendo este último considerado a divulgação de informação via rádio, que tem como meio aquele, que pode ser meio de outras atividades.

insistência em se criminalizar sem a observância do princípio da legalidade.⁴⁰

Outra ilegalidade sobre os crimes já citados, e que vem sendo aceita na jurisprudência, diz respeito em reprimi-los como se a responsabilidade penal fosse objetiva, independente do dolo e da culpa.

Com efeito, as rádios comunitárias, por força da própria Lei 9.612/1998, devem ser geridas por uma associação, ou seja, uma pessoa jurídica. Pois bem, o comportamento do órgão acusador, referendado pela Justiça Federal, é denunciar o presidente da associação como autor dos crimes em debate. Não interessa se foi na gestão dele que a rádio começou a operar, se ele participa da rádio, nada disso importa, se for o dirigente da associação, será responsabilizado penalmente.

Parece que há um esquecimento geral de que ninguém pode ser responsável por um crime se não tiver agido com dolo ou culpa. O "infeliz" não pode simplesmente ser considerado criminoso por ser o representante de uma pessoa jurídica. Com certeza ele terá responsabilidades administrativas, mas jamais poderiam ser penais, só pelo fato de ter assumido o posto gerencial de uma entidade comunitária, deveras, *nullum crimen sine culpa*.⁴¹

Por fim, aponta-se mais uma inconstitucionalidade referente ao crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, esta presente no preceito secundário, ao prever além da pena de detenção, pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Não estabelece

⁴⁰ Conforme o dicionário Michaelis no sítio eletrônico:

michaelis.uol.com.br:

telecomunicação

te.le.co.mu.ni.ca.ção

sf(tele1+comunicação) Denominação geral das comunicações a distância, compreendendo a telefonia e telegrafia (por fios ou por ondas hertzianas) e a televisão.

radiodifusão

ra.di.o.di.fu.são

sf(rádio6+difusão) 1 Ação de radiodifundir: *A radiodifusão de um concerto musical*. 2 Estação de radiodifusão. 3 Difusão por meio de radiofonia.

⁴¹ Para GRECO, Rogério, *op. cit.*, 2006, p. 96: "Isso significa que para determinado resultado ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva".

a lei nenhum critério para dosar a pena de multa, não importando o dano causado pela conduta, o proveito do causador, nem a sua capacidade econômica. É evidente o desrespeito ao art. 5º, XLVI, da CF/1988, que consagra como direito fundamental o princípio da individualização da pena.

Em homenagem ao princípio da individualização da pena, o legislador e o intérprete não podem tratar os criminosos indistintamente no que tange a sanção penal a ser imposta. As circunstâncias do caso, bem como as condições pessoais do autor, indicam maior ou menor reprovabilidade penal, que deve ser considerada para justa aplicação da sanção, como consectário do princípio da proporcionalidade na sua vertente necessidade.

Quando a lei comina uma multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) sem quaisquer considerações, está se ignorando o princípio da individualização da pena, colocando inconstitucionalmente os condenados em uma vala comum, sem a devida consideração pessoal. Felizmente a jurisprudência vem se insurgindo contra esta nefasta disposição, minorando uma das abusividades do crime em exame.⁴²

Conclusão

O presente trabalho buscou tratar de questões que põem em xeque os crimes do art. 70 da Lei 4.112/1962 e art. 183 da Lei 9.742/1997, quando referentes aos serviços de radiodifusão, tendo como premissa valores principiológicos do Direito Penal, decorrentes do

⁴² 1. Foi demonstrada, no caso ora em comento, tanto a materialidade como a autoria do delito tipificado no art. 183 da Lei nº 9.472/97, conforme reconhecido na v. sentença apelada. 2. A prova produzida nos autos é suficiente para embasar a condenação do réu, ora apelante. 3. A pena de prestação pecuniária foi fixada em patamar razoável, em observância ao disposto no art. 45, § 1º, do Código Penal, não havendo nos autos elementos que comprovem a falta de condições do acusado para o cumprimento de tal obrigação. 4. Com suporte em precedente jurisprudencial desta Corte, é possível se afirmar que a imposição de multa em quantia invariável ofende o princípio da individualização da pena, pois impede que o juiz promova a prevenção e repressão do crime em face das particularidades do caso concreto, bem assim obsta que se aquilate o valor da multa diante da situação econômica do acusado. A pena de multa deve ser fixada segundo as regras previstas nos arts. 49, 59 e 60 do Código Penal. 5. Apelação parcialmente provida. (ACR 2006.38.02.001966-1/MG, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p.437 de 19/12/2008)

bom senso da proporcionalidade consagrado na Constituição Federal.

Como também lembrado nas primeiras anotações, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana foi o parâmetro da análise dos crimes previstos nas normas citadas.

Pela última vez, lembra-se que não se procurou negar o caráter infracional de um serviço de radiodifusão irregular, apenas questionou-se as disposições penais sobre o tema que não se compatibilizam com os princípios constitucionais do Direito Penal. Por esta razão, tais normas incriminadoras não deveriam ser aplicadas, em que pese o entendimento contrário preponderante nos tribunais regionais federais e no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Ousa-se, neste instante, fazer uma crítica à atividade judicante quando diante de acusações de radiodifusão irregular que, na maior parte das vezes, têm pessoas simples na figura dos réus. Será que já se perguntaram – os juízes – por que tais fatos são crimes, ainda que não lesem, ou tenham causado o perigo de lesar?⁴³

Final, tais processos ocupam consideravelmente o tempo do Poder Judiciário, permitindo que ações penais sobre crimes violentos ou lesivos ao erário tardem para julgamento, aumentada a possibilidade de prescrição retroativa, e contribuindo para a morosidade como um todo. O que será que justifica?

O fato de considerável parte dos autorizados a exercer os serviços de radiodifusão ser de políticos – grupos familiares –, os quais têm a atividade empresarial de comunicação como a fonte de riqueza e de votos, talvez seja a razão, à vista dos bens envolvidos (riqueza e votos).

Daí promulgam-se leis penais imprecisas, no intuito de reprimir ferozmente qualquer ameaça à concorrência, tornando um fato que, num primeiro momento é inofensivo, em crime.

⁴³ Será que condenando as pessoas supostamente responsáveis por rádios que não causaram qualquer lesão, estar-se-á preservando a segurança dos voos, e das comunicações de serviços essenciais? Certamente que não, apenas se estará aumentando estatísticas de condenações, contribuindo para que uma pessoa de bem se torne um criminoso incorrigível, se tiver a sua liberdade restrita em um estabelecimento prisional, que, no mais das vezes, são comandados pelos encarcerados de maior periculosidade.

O Judiciário que aplica leis penais inconstitucionais se despe da sua magnífica função de zelar pela Constituição Federal, e passa a ler o texto magno à luz das leis infraconstitucionais, em vez de fazer o inverso. No caso da radiodifusão irregular que não gera perigo concreto de dano, alguns órgãos judicantes e representantes do Ministério Público tornam-se fiéis pastores de uma minoria de interessados (empresários da comunicação), sem ter esta consciência.

Noutros casos, o adversário político no âmbito da associação *denuncia* o atual presidente da entidade porque esta mantém uma rádio, no mesquinho intuito de assumir o posto de direção. Nisso, amontoa-se a Justiça para solver “picuinhas” em processos penais.

Definitivamente, não tem lógica que condutas sem lesividade concreta sejam objeto de responsabilização penal sobre pessoas de bem, quando outras sanções seriam suficientes – até sem a necessidade de se desencadear um processo judicial – para tutelar o bem jurídico em questão.

Encerra-se o presente trabalho sem qualquer pretensão de aceitação, objetivando apenas provocar a discussão sobre a criminalização da radiodifusão irregular, questionando-se tal infração como delito, em cotejo com os fundamentos constitucionais aduzidos.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994;

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999;

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. v. 1;

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007;

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

As provas ilícitas no atual ordenamento processual penal brasileiro

Waldemar Cláudio de Carvalho*

Sumário

Introdução; 2. Da inadmissibilidade das provas ilícitas; 3. O temperamento da proibição; 4. Principais aspectos da disciplina normativa introduzida pela Lei 11.690/2008; 5. Da descontaminação do julgado; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, assim compreendidos aqueles empregados em desconformidade com o Direito e com os princípios inspiradores do ordenamento jurídico brasileiro¹. Assim é porque a Carta Democrática de 1988 agasalhou diversas outras garantias fundamentais do cidadão, tais como: inviolabilidade de sua intimidade/privacidade; de seu domicílio; do sigilo das mais variadas formas de comunicação, bem como aquelas especialmente afetas ao direito processual penal, com destaque para o princípio da inocência e o direito ao próprio silêncio, as quais restariam seriamente comprometidas caso não lhes fosse assegurado também o devido processo legal e todos os seus consectários.

Sabe-se que a prova judiciária visa reconstrução dos fatos investigados na instrução criminal, objetivando fornecer ao julgador uma verdade judicial, senão absoluta, mas apta a fundamentar uma decisão final. Daí a disponibilização de meios que permitam ao julgador se aproximar, o quanto possível, da verdade histórica dos fatos investigados sem, contudo, ultrapassar os limites

do devido processo legal, insculpido na Constituição. À vista disso, Eugênio Pacelli², após constatar que nosso atual modelo processual penal brasileiro se consolidou, a partir de 1988, como um sistema de feição acusatória, assevera que *o contraditório e a ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.*

Concebe-se, portanto, o julgador, na atual instrução criminal, como um verdadeiro garantidor das liberdades públicas, facultando-lhe, inclusive, exercer o controle constitucional de todas as citadas restrições às inviolabilidades, ainda que em desfavor da chamada verdade real, a qual não deve ser buscada a qualquer custo. Com efeito, se, por um lado, o atual sistema da livre convicção motivada ou persuasão racional permite ao juiz, pelos mais diversos meios de prova admitidos em direito, buscar a verdade real para a formação do seu convencimento, constituindo mesmo a tônica do processo penal, por outro lado, referida busca encontra limitações constitucionais e legais, as quais buscam realizar valores ínsitos à dignidade da pessoa humana, cuja manifestação se expressa nas diversas garantias dos direitos fundamentais previstos pela Constituição.

Por isso a advertência de Andrey Borges de Mendonça³ no sentido de que a busca da verdade, mesmo no processo penal, não pode ser vista como uma atividade ilimitada, existindo limites no âmbito legal e constitucional, pois, como ensina Germano Marques, *a verdade processual não é um valor absoluto e, por isso, não tem de ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse preço é o sacrifício de direitos fundamentais.* Veja também, a propósito, o seguinte excerto do Voto lançado pelo Ministro Celso de Mello na Ação Penal 307-3/DF, acerca da preliminar sobre ilicitude de prova, *verbis*:

* Juiz Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília.

¹ Em relação aos meios ilícitos, Guilherme NUCCI, *in* Código de Processo Penal Comentado, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; à p. 342, destaca que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais do direito.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 283.

³ *In* Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Método, 2008, p. 170.

Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. (...)

A busca da verdade real constitui o objetivo último perseguido pelo processo penal condenatório. Essa pesquisa da realidade, no entanto, sofre decisivas limitações impostas pelas exigências ético-jurídicas que informam o nosso ordenamento jurídico.

Note-se, ademais, que, desde o Direito Romano imperial, os juristas, no tocante ao exame e à valoração da prova, já buscavam diminuir a liberdade dos seus Juizes, sem tirar-lhes, contudo, a livre convicção ao julgar. Houve, inclusive, a regulação da prática da tortura, antes destinada apenas aos escravos, mas posteriormente também admitida contras os homens livres, nos crimes de lesa-majestade, o que perdurou até nossas terras, conforme se pode ver pelo magistério da Ministra Maria Tereza Rocha de Assis Moura⁴, citando o Regimento aprovado pelo Alvará de 1º de setembro de 1774, sob o Governo do Marquês de Pombal (Ordenações Filipinas, Livro V), o qual manteve o *processo de tormento*, com a observação de não se aplicar a tortura *senão no caso de existirem indícios veementes*.

2 – Da inadmissibilidade das provas ilícitas

A vedação de utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos consta de nosso próprio Texto Maior, constituindo cláusula pétrea pertinente aos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, inciso LVI. Interpretando tal dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, no citado precedente AP 307-3-DF, já havia assentado que *a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória*

⁴ *In* A Prova por Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 10.

eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Questão relevante que se colocava à hermenêutica do citado dispositivo constitucional consistia na interpretação restritiva a ele dada por parcela significativa dos doutrinadores, no sentido de que tal limitação abarcaria apenas as provas ilícitas, assim entendidas aquelas ofensivas ao direito material. Já quanto às provas chamadas ilegítimas, obtidas com a infração formal ao direito processual, conduziram ao reconhecimento de sua nulidade, regulada pelo art. 564 do CPP. Parece, inclusive, ter sido esta a solução dada ao tema pela Constituição portuguesa, ao preceituar, em seu art. 32, que: *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*.⁵

Se alguma controvérsia subsistiu na jurisprudência pátria acerca da classificação doutrinária do regime adotado por nosso ordenamento para solução dessa questão (se o Sistema das Nulidades ou o da Inadmissibilidade), a nova redação do art. 157 do CPP, dada pela Lei 11.690/2008, dirimiu quaisquer dúvidas que eventualmente persistissem ao preceituar que: *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*. Portanto não há mais espaço para a citada distinção entre normas formais e materiais na disciplina das provas ilícitas.

De tal modo, qualquer prova ilícita, seja ela criminosa – obtida em infração às normas penais (Constituição Federal ou leis ordinárias), seja ilegítima – obtida em desconformidade com os preceitos gerais de processo –, serão inadmissíveis, devendo ser, portanto, desentranhadas do processo. A mencionada disciplina legal revela-se por demais importante, visto que define expressamente a opção pelo Sistema de Inadmissibilidade, ao determinar, no § 3º do citado art. 157 do CPP, a cogente destruição da prova ilícita, mediante incidente presidido pelo próprio juízo. Superado, dessarte, o Sistema das Nulidades, o qual

⁵ *Apud* GOMES, Luiz Flávio. Doutrina: Lei 11.690/2008 e Provas Ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Disponível em <http://www.uj.com.br>, em 01.07.2008.

permitia, mesmo após reconhecido eventual vício na prova, a sua manutenção em cartório, conforme bem observado pelo Prof. Guilherme Nucci em palestra ministrada na I Jornada de Estudos sobre Direito Processual Penal, coordenada pela Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – Esmaf, na cidade de Cuiabá, no dia 11.12.2008.

3 – O temperamento da proibição

O Sistema da Inadmissibilidade, no processo, da prova obtida por meios ilícitos, como todo preceito fundamental, não pode ser interpretado de forma absoluta, permitindo a moderna hermenêutica constitucional ponderar sua aplicabilidade em face de outros valores também prestigiados pelo ordenamento. Essa realidade, como bem acentuado pelo Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira⁶, *decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano abstrato, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais é que poderá oferecer soluções plausíveis.* No mesmo sentido, encontra-se o magistério de Alexandre de Moraes⁷, *verbis*:

Salienta-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (...)

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade pró reo,

entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. Dessa forma, repta-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de prova e na própria persecução penal do Estado.

No mesmo diapasão, assevera o Prof. Tourinho Filho⁸ que, embora a Constituição proíba as provas ilícitas, poderão ser elas excepcionalmente admitidas em atenção ao Princípio da Proporcionalidade, quando em benefício do réu, porque, entre a prova colhida com desrespeito a direitos fundamentais do cidadão e o direito de liberdade, este deve se sobrepor àquele. Noutras palavras, admite-se a mitigação da proibição de utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro quando presente uma hipótese de excludente de ilicitude.

Em razão disso, pode-se perceber a enorme dificuldade da doutrina para estabelecer as limitações da referida exceção. Isso porque não se pode, por exemplo, mesmo nas chamadas provas ilegítimas, simplesmente recorrer ao princípio da instrumentalidade das formas, contido no art. 563 do CPP, visando preservar a prova eventualmente obtida de forma ilícita, visto que presumível o prejuízo de qualquer procedimento ofensivo ao devido processo legal. Aliás, parece ter sido exatamente esse o norte no deslinde da controvérsia, como bem colocado por Andrey Borges de Mendonça⁹, *verbis*:

Quando o art. 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (cf. MENDES, Gilmar Ferreira ET alii, Curso de direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, que sublinham: 'A obtenção de prova sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal). Concordamos com o autor, mas apenas com a seguinte ressalva: não é qualquer violação às normas processuais que transformará a prova em inadmissível. Somente quando forem

⁶ *Ibid.*, p. 302.

⁷ *In* Direito Constitucional. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

⁸ *In* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 493.

⁹ *Ibid.*, p. 171.

desrespeitadas as disposições processuais que possam refletir no devido processo legal é que se poderá falar em inadmissibilidade da prova. Assim, uma prova testemunhal obtida em juízo sem a presença do defensor deverá ser considerada inadmissível (ilícita), por violação à ampla defesa e, portanto, ao devido processo legal. No entanto, o desrespeito a uma disposição de caráter nitidamente procedimental, que não interfira em qualquer garantia relacionada ao devido processo legal, não pode se reputada ilícita e, portanto, inadmissível (por exemplo, uma testemunha inquirida pelo sistema presidencialista e não diretamente pelas partes). Portanto, para as violações em que não houver lesão ao princípio do devido processo legal, o sistema deve continuar a ser o das nulidades. Caso contrário, ferindo-se o due process of Law, a prova deve ser considerada inadmissível.

Traçados, assim, os parâmetros hermenêuticos aplicáveis ao inciso LVI do art. 5º da Constituição, muitos dos quais já assentados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cumpre analisar as principais contribuições sobre o tema trazidas a lume pela Lei 11.690/2008.

4 – Principais aspectos da disciplina normativa introduzida pela Lei 11.690/2008

O mote da inadmissibilidade da utilização de provas ilicitamente obtidas no procedimento penal consiste, sem sombra de dúvidas, em controlar a regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo, assim, a adoção de práticas ilegais por aqueles responsáveis pela sua produção. Evita-se, com isso, o sacrifício de valores tão caros ao Estado de Direito instaurado pela Constituição de 1988, garantindo-se efetivamente direitos ínsitos à dignidade da pessoa humana, tais como a proteção à intimidade/privacidade; à imagem; à inviolabilidade de domicílio etc.

Na busca de tal desiderato, a Lei 11.690/2008, ao conferir nova redação ao art. 157 do CPP, trouxe valiosas inovações acerca do tema, a começar pela redação de seu *caput*, o qual, conforme visto, passou a adotar explicitamente o Sistema da Inadmissibilidade das provas ilícitas, ampliando sobremaneira o seu conceito, a fim de abarcar qualquer violação do ordenamento jurídico, bem como determinando, de forma categórica, o desentranhamento de tais provas após o respectivo incidente previsto em seu § 3º.

Não menos relevantes são os §§ 2º e 3º do citado dispositivo, que buscam oferecer razoável disciplina normativa acerca da aceitabilidade, ou não, da prova ilícita, em razão da chamada prova ilícita por derivação, também conhecida por teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a qual, importada do Direito americano e somente aceita pela jurisprudência do STF após calorosos debates¹⁰, permite a comunicabilidade da ilicitude da prova originária a todas aquelas que dela derivam¹¹. Assim, como regra geral, segundo referida doutrina, a prova ilícita contaminaria as demais provas dela decorrentes, com exceção das ressalvas hoje feitas pelo legislador ordinário nos mencionados parágrafos.

Conforme se pode ver, a complexidade da matéria exsurge do fato de a Constituição não prever, textualmente, que a prova derivada de outra ilícita seja, também, inadmitida. A inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, conforme visto, decorre da citada teoria dos frutos da árvore envenenada, já cristalizada na jurisprudência pátria. Entretanto também não se encontra, no Texto constitucional, nenhuma previsão de exceção à admissibilidade da prova ilícita derivada, tal como o fez o legislador infraconstitucional brasileiro, nos referidos parágrafos do art. 157 do CPP. De qualquer forma, o fato é que o Direito não se restringe às normas, devendo seu intérprete ficar atento às demais manifestações jurídicas, em especial à jurisprudência e à doutrina. Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence lança a seguinte advertência no HC 75.543/SP:

A doutrina da proscrição dos fruits of the poisonous tree é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas também a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência

¹⁰ Cf. Moraes, Alexandre de. *ibid.*, p. 97 a 100.

¹¹ Guilherme de Sousa NUCCI, *in ibid.*, p. 353, comentando a teoria da prova ilícita por derivação, explica que a maneira encontrada pela Justiça americana para dar fim aos abusos cometidos por policiais foi tornando ineficaz e inútil a prova produzida por mecanismos ilícitos, sejam elas primárias ou secundárias. Assim, a partir da decisão proferida no caso *Silverthorne LumberCo. V. United States* (251 US 385; 40 S. Ct. 182; 64 L. Ed. 319), de 1920, as Cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais.

da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública.

Desse modo, mostra-se louvável a referida inovação legislativa, seja por normatizar entendimento jurisprudencial já assentado acerca do tema, seja por aceitar as provas derivadas das ilícitas, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando obtidas de fontes independentes, assim consideradas aquelas que por si sós, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, sejam capazes de conduzir ao fato objeto da prova (§§ 1º e 2º do art. 157 do CPP). Nesse ponto, urge também recorreremos à jurisprudência americana a fim de analisar quais os limites da prova aceita por derivação, vale dizer, para definir quando será possível afirmar que uma prova não se encontra contaminada por outra, afastando, assim, a aplicação da teoria da ilicitude por derivação.

Andrey Borges de Mendonça¹² nos fornece três limites à teoria da prova ilícita por derivação, todos de criação jurisprudencial americana, a saber: a) limitação da fonte independente; b) limitação da descoberta inevitável e, finalmente, c) limitação da contaminação expurgada. Pela limitação da fonte independente, a ilicitude da prova ficaria afastada desde que demonstrado que a prova não decorre da prova ilícita originária, mas sim de fonte independente da prova ilícita, o que exclui o respectivo nexo causal. Foi a exceção prevista no § 1º do art. 157 do CPP.

Por sua vez, a limitação pela descoberta inevitável haverá de ser aplicável quando ficar demonstrado que a prova seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária. Assim, a indesejável contaminação da prova ilícita originária será afastada toda vez que os próprios trâmites da investigação ou da instrução criminal forem capazes de conduzir ao fato, objeto da prova, por meio legítimo, independentemente daquele outro viciado. Parece ser a hipótese disciplinada pelo § 2º do art. 157 do CPP, embora o legislador tenha externado sua pretensão de descrever a *fonte independente*. Referido equívoco técnico, aliás, restou devidamente registrado pelo Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira, conforme se pode ver à página 310 de sua referida obra doutrinária.

¹² *Ibid.*, p. 173 *usque* 177.

Já a limitação da contaminação expurgada ocorreria naquelas hipóteses em que um ato posterior, totalmente independente, viesse a retirar a ilicitude originária. Embora não acolhida expressamente pelo legislador brasileiro, eventual hipótese em concreto poderá ser solucionada por uma das exceções já vistas ou, se for o caso, aplicada a regra geral prevista no próprio *caput* do citado art. 157 do CPP, a depender da gravidade do vício analisado, visto que, se ofensivo ao Devido Processo Legal, aplicar-se-á o Sistema da Inadmissibilidade, do contrário, se meramente ofensivo às normas procedimentais, adotar-se-á o Sistema das Nulidades.

Teoria interessante informada pelo mesmo autor¹³ refere-se à exceção da boa-fé, reconhecida pela Suprema Corte americana no caso *US v. Leon*, 1984, segundo a qual, como a vedação às provas ilícitas visa desestimular violações aos direitos fundamentais, não haveria ilicitude quando, com base em um mandado de busca e apreensão ilegal (por incompetência do juiz, por exemplo), o agente, desconhecendo a ilicitude de tal ordem e existindo motivos razoáveis para crer na sua validade, obtém inúmeras provas por meio do mandado, na crença de que estaria agindo dentro da legalidade. Prossegue aquele autor, citando Flávio Gomes: ... *esta teoria não era e continua não sendo admitida pelo nosso ordenamento*. Tudo isso a demonstrar a riqueza da controvérsia, a permitir inúmeros desdobramentos acerca da aceitação, ou rejeição, da prova ilícita por derivação.

Conforme já observado por Flávio Gomes¹⁴: *Parece que a intenção do legislador foi de incorporar, ao texto do Código, posicionamentos solidificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 846.579/MS), segundo o qual se a prova ilícita por derivação não é a única produzida nos autos, a condenação do agente deve ser mantida. Em outras palavras: se a condenação vem fundada em outros elementos de prova, totalmente desvinculados da prova ilícita original, não será esta, tomada isoladamente, que terá o condão de ensejar a absolvição do réu*. Da mesma forma, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁵ ensina que: ... *nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como*

¹³ *Ibid.*, p. 177, *in nota* 39.

¹⁴ *In* Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

¹⁵ *Ibid.*, p. 311.

consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras a ela subseqüentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude, (...) posto que, em tema de produção de provas e, assim, em produção ilícita de provas, o que se revela e o que se quer efetivamente proteger, na verdade, não é unicamente a ética do procedimento, mas, sobretudo, a violação a direitos fundamentais, em regra, mais expostos a tais diligências investigativas.

Por fim, cumpre tecer algumas considerações acerca do incidente processual previsto no § 3º do art. 157 do CPP. Segundo ali disposto, tanto as provas ilícitas quanto aquelas tidas como ilícitas por derivação deverão ser desentranhadas do processo por determinação judicial, para serem posteriormente inutilizadas, logo após preclusa aquela decisão. Observa-se que referido incidente tem por consequência a retirada daquelas provas ilícitas dos autos, independentemente da demonstração de qualquer prejuízo, que, na dicção de Andrey Borges de Mendonça¹⁶, é presumido de maneira absoluta pelo legislador. Conforme bem consignado por Luiz Flavio Gomes¹⁷:

O desentranhamento dos autos tem por objetivo sepultar, de vez, qualquer possibilidade de consulta a tal prova. Se ela foi reconhecida como ilícita, assim declarada por decisão judicial transitada em julgado, não há qualquer razão lógica para sua manutenção no processo. Evita-se, assim, que a parte interessada se sinta tentada a invocá-la e, pior, que as instâncias superiores eventualmente se impressionem com seu teor. Melhor seu desentranhamento e posterior inutilização.

Vê-se, portanto, que o legislador normatizou o procedimento já anteriormente agasalhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Questão processual outra muito interessante refere-se ao recurso cabível contra aquela decisão, pois, diante da omissão do legislador, variadas manifestações doutrinárias foram lançadas acerca do tema. Andrey Borges de Mendonça¹⁹, por exemplo, após registrar que o projeto originário fazia previsão ao agravo de instrumento, propõe, por meio de uma interpretação

extensiva ao inciso XIII do art. 581 do CPP, o cabimento de recurso em sentido estrito contra decisão que *anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte*. Sugere, ainda, da decisão que não considere a prova ilícita, o manejo de *habeas corpus* ou, na hipótese de o magistrado determinar a destruição da prova declarada ilícita antes da preclusão da matéria, o mandado de segurança, inclusive com pedido de liminar.

Por sua vez, Guilherme Nucci²⁰ propõe a apelação (art. 593, II, do CPP) por entender tratar-se de uma decisão com força de definitiva, que põe fim a uma controvérsia. Já Eugênio Pacelli de Oliveira²¹ admite o recurso em sentido estrito apenas se aquele incidente ocorrer antes da audiência; caso contrário, sugere a apelação. Na hipótese do reconhecimento da licitude da prova, entende ainda Eugênio Pacelli ser irrecorrível essa decisão, remetendo eventual reapreciação da matéria por ocasião da apelação. Solução mais pragmática encontra-se formulada por Ivan Luís Marques da Silva²², nestes termos: *Contra a decisão que determina o desentranhamento da prova considerada ilícita não há previsão de recurso. Deve o acusado utilizar o habeas corpus e a acusação o mandado de segurança.*

5 – Da descontaminação do julgado

Outra questão de interesse diz respeito ao instituto denominado pelo Prof. Marinoni²³ de: *teoria da descontaminação do julgado*, desenvolvida com o escopo de se evitar que venha a julgar o caso o magistrado que tiver tomado conhecimento da prova ilícita, pois não teria a necessária isenção para analisá-lo com a imparcialidade devida. Tal instituto encontrava-se previsto no § 4º do art. 157 do CPP, pela nova redação dada pela Lei 11.690/2008, tendo sido, porém, vetado pelo Presidente da República sob o argumento básico de que, ao impedir de sentenciar aquele juiz que tivesse tomado conhecimento da prova obtida ilicitamente provocaria transtornos razoáveis ao andamento processual, comprometendo, desse modo,

¹⁶ *Ibid.*, p. 178.

¹⁷ *Ibid.*, Comentários às reformas... p. 288.

¹⁸ *Id.*, cf. Emb.Decl. 731-DF, Rel. Néri da Silveira, DJ 07.06.1996, p. 19847.

¹⁹ *Ibid.*, p. 178.

²⁰ *Ibid.*, p. 362.

²¹ *Ibid.*, p. 296.

²² *in* Reforma Processual Penal de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

²³ *Apud* Andrey Borges de MENDONÇA, *ibid.* p. 179.

a sua celeridade ao sempre obrigar a substituição do julgador.

O citado veto foi muito criticado pela doutrina especializada, porquanto deixou a questão sem disciplinamento legislativo, restando apenas ao juiz, diante de cada caso concreto, avaliar a própria condição de ânimo para formação de sua convicção após ter tido contato com a prova ilícita, podendo invocar, se for o caso, motivo de foro íntimo para se declarar suspeito para o julgamento da causa. Luiz Flávio Gomes²⁴, por exemplo, critica veementemente as razões utilizadas pelo aludido veto, aduzindo que:

O juiz é alguém que julga com a emoção e a sentença é o reflexo desse complexo 'sentire'. Consequentemente, em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal.

Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o julgador do processo, na medida em que sua permanência representa imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez.

Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência.

Em que pese a razoabilidade de toda argumentação acima desenvolvida, é fato que a redação do dispositivo vetado²⁵, em contrapartida, poderia, em muitos casos, inviabilizar a tão propalada celeridade processual, tão exigida do Poder Judiciário nos dias atuais. Note-se que ele é categórico ao sempre determinar a substituição do magistrado, independentemente do grau de conhecimento que porventura pudesse ter tido daquela

prova ilícita, olvidando-se, talvez, que a formação do convencimento do julgador só pode se fazer de forma motivada, tal como exige a Constituição (cf. art. 93, IX). Em corroboração a tal entendimento, urge transcrever os pertinentes comentários de Andrey Borges de Mendonça²⁶ acerca do tema, *verbis*:

O § 4º, segundo dissemos, acabou por ser vetado. Entendemos que o dispositivo, tal qual fora redigido, traria problemas sérios à administração da justiça e, por isto, concordamos com o veto. Veja que, pelo dispositivo vetado, se o juiz tivesse tomado conhecimento da prova ilícita e, desde logo, indeferisse a sua juntada, já estaria impedido de julgar. Da mesma forma, o problema se agravaria nos Tribunais: se um desembargador determinasse o desentranhamento da prova, ficaria também impedido de julgar? E, posteriormente, no STF, se algum Ministro tomasse conhecimento da prova ilícita, não poderia mais julgar?

A lei deveria ter tratado apenas daquela hipótese em que o magistrado profere sentença, levando em consideração a prova produzida ilicitamente, e, em razão de decisão posterior de um Tribunal, a prova é reputada ilícita, anulando-se a sentença. Poderia o mesmo juiz que teve a sentença anulada julgar novamente, mesmo sem a prova ilícita nos autos? Neste contexto, realmente, entendemos que seria necessário que outro juiz proferisse a sentença, para evitar que o segundo julgamento fosse 'contaminado' pelo primeiro. E, infelizmente, esta situação não encontra solução no ordenamento atual, a não ser que o próprio magistrado se declare suspeito por motivo de foro íntimo.

Seja como for, na falta de disciplina normativa própria, a questão se volta para o próprio juiz e seu Tribunal revisor, os quais deverão apurar, em cada caso concreto, a conveniência, ou não, de se manter para o julgamento final o mesmo magistrado que eventualmente tenha tido contado com a prova colhida de forma ilícita.

Considerações finais

A problemática da ilicitude dos meios de prova é bastante instigante, sobretudo no campo do Direito Processual Penal brasileiro, cuja disciplina encontra-se disposta em diversos diplomas normativos, a começar pelo próprio Texto Constitucional.

²⁴ In Prova Ilícita, Juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. Disponível em <http://www.ifg.com.br>, em 17.06.2008.

²⁵ Cf. § 4º - O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

²⁶ *Ibid.*, p. 179/180.

Se, por um lado, confere-se ao Estado a persecução penal, por outro, impõem-se limites mediante os diversos direitos e garantias individuais, a lhe exigirem, na busca da verdade real, um procedimento eticamente comprometido com o Devido Processo Legal.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso LVI, repudia veementemente a prova obtida por meios ilícitos, retirando-lhe qualquer eficácia probante no processo, o que a torna destituída de qualquer valor: um verdadeiro *nada jurídico*.

Diante das importantes inovações levadas a efeito pela Lei 11.690/2008, a ilicitude da prova passa a ser vista como aquela que desrespeita o ordenamento jurídico como um todo, seja a norma violada de natureza instrumental ou material.

Disciplina-se também a chamada prova ilícita por derivação, reconhecendo-se explicitamente a ponderação de todos os valores que envolvem o tema. Prevê-se, assim, um incidente no qual o magistrado deverá aferir eventual relação causal entre umas e outras, a fim de declarar a sua admissibilidade, ou não, na instrução da causa.

Adota-se, portanto, o sistema da inadmissibilidade, reservando o sistema das nulidades para aqueles vícios inofensivos ao Devido Processo Legal.

Daí porque a prova considerada ilícita deverá ser desentranhada dos autos e inutilizada, não podendo permanecer em cartório ou reutilizada para nenhum outro fim.

Trata-se de uma medida radical, é verdade, mas parece ter sido conscientemente adotada pelo legislador pátrio para coibir as irregularidades mais graves eventualmente perpetradas pelos agentes públicos na persecução penal.

Com o veto ao § 4º do art. 157 do CPP, a jurisprudência de nossos Tribunais deverá ser chamada a enfrentar a questão envolvendo a *teoria da descontaminação do julgado*, a fim de disciplinar a situação do juiz que, já tendo tido contato com a prova viciada, venha posteriormente a julgar a causa, o que torna incrivelmente atual a observação de Francisco Campos acerca das provas, lançada na Exposição de Motivos do CPP, de 1941, *verbis*:

O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho

de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Referências bibliográficas

GOMES, Luiz Flávio. Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

----- . Prova Ilícita, Juiz contaminado e o Direito Penal do Inimigo. Disponível em <http://www.ifg.com.br>; em 17.06.2008.

----- . Doutrina: Lei 11.690/2008 e Provas Ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Disponível em <http://www.uj.com.br>; em 01.07.2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. A Prova por Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Reforma Processual Penal de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Crime e Castigo

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros*

Um dos mais graves problemas afetos ao poder público, nunca enfrentado com a atenção necessária pelas autoridades competentes, é o que decorre das condições críticas e perversas do nosso sistema prisional. A maioria dos homens comuns ignora o que se passa no interior dos presídios em pleno século XXI, em termos de promiscuidade, de falta de assistência material, moral, médica, de condições mínimas de sobrevivência digna para o ser humano.

Segundo noticiado por empresa de comunicação *on line*, o Conselho Nacional de Justiça deu início em meados do ano passado a inspeções e mutirões carcerários em vários Estados da Federação, constatando uma triste realidade de miséria humana, com presos recolhidos e mantidos dentro de contêineres, sem ventilação e sem o mínimo de cuidados de qualidade e higiene que se exigem na alimentação de um ser humano. E mais: superpopulação, falta de água potável, marmitas de plástico, descartáveis, reutilizadas para uma alimentação de péssima qualidade. E o que releva assinalar é que as vistorias não se completam, pela absoluta falta de segurança para quem ali ingresse e possa constatar irregularidades embuçadas, camufladas por detentos e pelos próprios carcereiros. Ali há um verdadeiro quartel de criminosos prontos para fazer eclodir as rebeliões sangüinárias de que tomamos conhecimento de quando em quando pela imprensa escrita e televisada. Há prisões que não comportam mais de quatrocentos ocupantes com uma população carcerária superior a mil e duzentos.

Nesse ambiente de opróbrio e de devassidão moral, não há perspectiva de salvação para ninguém. Se a segregação já é em si um vácuo e dele tem horror qualquer ser da natureza, o que não dizer de um isolamento desses marcados pelo abandono, pelo desprezo a todas as regras de respeito à pessoa humana. Por isso, surge com alvissaras a notícia de que o Estado de Minas Gerais construirá o primeiro complexo prisional do país, formado por três unidades destinadas ao regime fechado e duas ao semi-aberto, com a previsão de que a obra poderá ser concluída em trinta meses e a capacidade

para receber três mil e quarenta sentenciados. Prevê-se uma assistência na área prisional das mais modernas do mundo desde os cuidados para com a inibição de fugas até o caminho da ressocialização dos presos, com oportunidade de trabalho e educação. Os internos terão atividades educativas e culturais, além de receberem aulas em cursos profissionalizantes.

É preciso que se tenha consciência do grave problema e que ele tem que ser enfrentado pelo poder executivo, a cujos integrantes tem faltado vontade política para fazê-lo. Julgado e condenado criminoso, o juiz perde-o de vista todo o tempo da execução da pena, porque a partir de então toda a responsabilidade sobre ele passa a ser da administração penitenciária, com a inafastável competência fiscalizadora do Ministério Público. Os mais graves problemas que ocorrem dentro do sistema penitenciário, em grande número de países do mundo inteiro, advêm da má qualidade dos seus administradores, da falta de qualificação moral e intelectual da carceragem, quando se sabe que o arbítrio e os seus abusos nesse ambiente é uma fatalidade humana, se não observados velhos princípios de pedagogia, disciplina e educação moral. Os prêmios e os castigos; as preterições e as preferências; os favores e as perseguições, que se concedem ou denegam, infligem ou prodigalizam na execução das sentenças, são as mais temíveis formas do arbítrio para se exercitar na solidão e no isolamento de um presídio. Sem o preparo de uma administração informada sobre os elementos essenciais do penitenciarismo, sem a investidura de um pessoal idôneo e vantajosamente instruído para o serviço administrativo das prisões, sem a acomodação dos reclusos num ambiente sadio e de comodidade minimamente adequada para o seu acolhimento, o problema explosivo das prisões perdurará indefinidamente, comprometendo o prestígio moral da própria sociedade.

Como se vê, trata-se de um problema imensamente complexo, para cujas soluções exige-se muito estudo, espírito público, idealismo e vontade política, qualidades que infelizmente têm faltado àqueles responsáveis pelas questões mais prementes na área dos direitos humanos.

* Desembargador Federal da 1ª Região

O auxílio-reclusão na previdência social brasileira e estrangeira

Roberto Luis Luchi Demo*

Sumário

Prolegômenos – 2. O auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos – 3. O auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos militares – 4. O auxílio-reclusão no regime geral de previdência social – 5. O auxílio-reclusão no direito comparado.

Prolegômenos

A previdência social dos servidores públicos e dos militares antecede a previdência social dos trabalhadores da iniciativa privada. Isso porque a proteção social dos servidores públicos e dos militares - historicamente mais organizados que os trabalhadores da iniciativa privada - sempre foi considerada, dentro de uma política de pessoal, como benesse estatal a fim de compensar algumas restrições impostas a eles e desse modo atrair e manter bons quadros no serviço público e nas Forças Armadas. Nesse sentido, as aspirações dos servidores públicos e militares por aumentos de remuneração e melhorias das carreiras desembocavam, muita vez, em benefícios previdenciários.

Aliás, o pioneirismo da previdência social dos servidores públicos e dos militares se reflete já no art. 75 da Constituição Federal de 1891, a estabelecer que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da nação”, enquanto a previdência social dos trabalhadores da iniciativa privada só ganhou envergadura constitucional com a Constituição Federal de 1934, cujo art. 121, §1º, alínea “h”, determinava a “instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”.

Nesse passo, convém salientar que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares seguiram caminhos diversos daqueles

trilhados pelo regime geral de previdência social, sendo os caminhos dos regimes próprios, por assim dizer, mais generosos, implicando um desequilíbrio na despesa do Estado. A partir desta constatação, sobreveio a Emenda Constitucional 20/1998 - nominada Reforma da Previdência Social -, a fim de aproximar aqueles caminhos e que bem demonstra a evolução da legislação previdenciária brasileira, assim como em diversos outros países, na direção de um sistema nacional único de proteção social. Tanto assim que a Lei 9.717/1998, uma das leis que regulamentam a aludida emenda constitucional estabelece no seu art. 5º que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no regime geral de previdência social, de que trata a Lei 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

De outra parte, merece registro a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça que, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, lançou luzes para o problema crônico da situação dos presos no Brasil, especialmente a permanência em presídios daqueles que, nos termos da legislação, já deveriam ter sido beneficiados com a liberdade ou com progressão de regime, situação que corresponde a cerca de 30% da população carcerária. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça implementou um conjunto de medidas voltadas para a inserção social dos presos, a humanização do cárcere, a modernização das varas de execução penal e a informatização dos presídios. Um exemplo dessas medidas é a realização de mutirões carcerários com a revisão de processos em curso nas varas de execução criminal.

Esse o contexto e considerando que um dos aspectos previdenciários da prisão, qual seja, o auxílio-reclusão ganhou evidência com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 486.413 e no RE 587.365, ambos relatados pelo Ministro Ricardo Lewandowski na assentada do dia 25 de março de 2009, quando o Plenário pôs termo à discussão sobre o parâmetro de concessão ser a renda do segurado preso ou de seus dependentes, tenho como alvissareira

* Juiz Federal Substituto em Brasília-DF

uma abordagem do auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares para, em seguida, aprofundar o exame dos seus contornos jurídicos no regime geral de previdência social. Essa metodologia se justifica até para estimular um estudo conjunto dos diversos regimes de previdência e, partindo de uma visão holística ou panorâmica, aferir suas divergências e convergências ao longo do tempo e verificar suas atuais semelhanças e diferenças de maneira crítica¹. Outrossim, não poderia encerrar o presente trabalho sem tecer algumas considerações sobre o equivalente ao auxílio-reclusão no direito comparado, o que faço no último capítulo.

2. O auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos

Cada ente federativo pode instituir um regime próprio de previdência social para seus servidores públicos, que deverá obedecer às regras gerais dispostas no art. 40 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.717/98. Especificamente em relação ao auxílio-reclusão, há de se observar também o art. 13 da Emenda Constitucional 20/1998, que limita este benefício previdenciário aos dependentes dos segurados de baixa renda. Embora não se trate de obrigação, mas de mera faculdade, a União, todos os Estados, o Distrito Federal e 2.186 Municípios instituíram regimes próprios de previdência social².

No âmbito da União, o regime próprio dos servidores públicos é atualmente regulado pela Lei 8.112/1990, cujo art. 229 estabelece que o auxílio-

¹ Até porque já não se pode mais considerar a previdência social dos servidores públicos e dos militares como matéria exclusiva de direito administrativo. Nesse sentido, não é raro encontrar, nos atuais manuais de direito previdenciário, capítulos tratando dos regimes próprios de previdência social. Do mesmo modo, os atuais manuais de direito administrativo dedicam algumas páginas para explicar conceitos clássicos do direito previdenciário, como caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial e previdência complementar. E essa imbricação inclusive foi considerada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no referido julgamento do RE 486.413 e do RE 587.365, cuja discussão da matéria, a envolver o auxílio-reclusão no regime geral de previdência social, somente foi encerrada quando o Ministro Carlos Britto invocou e leu o art. 229 da Lei 8.112/1990, ou seja, o auxílio-reclusão no regime próprio dos servidores públicos federais.

² De se observar, entretanto, que os regimes próprios de 276 Municípios se encontram em extinção. Todos esses dados constam do Anuário da Previdência Social de 2007, disponível em www.mps.gov.br.

reclusão é devido à família do servidor ativo, nos seguintes valores: [i] dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, ou seja, no caso de prisão processual, enquanto perdurar a prisão; e [ii] metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo, ou seja, no caso de prisão penal. No primeiro caso, vale dizer, no caso da prisão processual, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido. O pagamento do auxílio-reclusão cessa a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional. No caso de prisão de servidor aposentado, sua família não terá direito a auxílio-reclusão, já que o servidor continuará recebendo normalmente seus proventos da inatividade.

Passemos em revista agora os regimes próprios de alguns Estados.

Da região sul, cite-se a Lei 12.398/1998, que cria o Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná e nomina o auxílio-reclusão de pensão por prisão do segurado, que será concedida, nos termos do art. 59, ao conjunto de dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receba remuneração, vencimentos ou proventos de inatividade. A pensão decorrente de prisão consistirá em renda mensal equivalente a dois terços da remuneração, vencimentos ou proventos do segurado e subsistirá enquanto perdurar o seu recolhimento à prisão. A pensão decorrente de prisão será devida a contar da data em que for requerida pelos dependentes do segurado, que deverão instruir seu pedido com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação periódica de declaração de permanência na situação de preso. O direito à pensão decorrente de prisão extinguir-se-á no dia imediato àquele em que o segurado for posto em liberdade, ainda que condicional. Se, cumulativamente com condenação penal, o segurado sofrer perda da função pública, a pensão decorrente de prisão será devida até o terceiro mês subsequente ao da sua libertação. No caso de falecimento do segurado enquanto preso, a pensão decorrente de prisão será convertida em pensão por morte, salvo na hipótese de perda da função pública em virtude da condenação penal, caso em que o benefício será pago até o terceiro mês seguinte ao do óbito do

segurado. A fuga da prisão, por parte do segurado, implicará a suspensão da pensão.

Na região sudeste, a Lei 285/1979 dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro e estabelece, no seu art. 43, que, quando o segurado perder a condição de servidor em virtude de condenação em processo criminal, será pago auxílio-reclusão aos seus dependentes, desde que não disponham de meios para prover sua manutenção. Já no seu art. 44 registra que o auxílio-reclusão será devido, após 24 contribuições mensais, desde que o segurado detento ou recluso não perceba qualquer espécie de remuneração nem esteja no gozo de benefícios de outra instituição previdenciária. O auxílio-reclusão será pago durante o cumprimento da pena e cessa imediatamente no dia em que o ex-segurado for posto em liberdade. O auxílio-reclusão só será pago a partir do mês em que for requerido, aplicando-se-lhe, no mais, as disposições que regulam a pensão, exceto quanto à prescrição que, no caso, se consumará no prazo apenas de um ano a contar do mês em que a prestação for devida e não reclamada. O simples pagamento do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado não lhe garante a conservação do vínculo previdenciário após o cumprimento da pena, se ele para isso não diligenciar sobre os meios de conservá-lo, mas transforma o auxílio em pensão do mesmo valor, se o falecimento ocorrer na prisão.

Da região nordeste, de se mencionar a Lei Complementar 28/2000, que cria o Sistema de Previdência Social dos Servidores do Estado de Pernambuco e estabelece, no seu art. 52, que o auxílio-reclusão consistirá numa importância mensal concedida aos dependentes do segurado recolhido à prisão que, por este motivo, não perceber remuneração dos cofres públicos. Até que a lei discipline o acesso ao auxílio-reclusão, este benefício somente será concedido aos dependentes do segurado caso a última remuneração mensal deste seja igual ou inferior a R\$ 376,60, corrigidos pelos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O auxílio-reclusão será rateado em cotas-partes iguais entre os dependentes do segurado. O auxílio-reclusão será devido a contar da data em que o segurado preso deixar de perceber remuneração dos cofres públicos, sendo mantido enquanto durar a prisão. Será mantido o auxílio-reclusão enquanto o segurado permanecer detento ou recluso e suspender-se-á a concessão

quando da liberdade condicional, prisão em regime aberto, soltura ou fuga. Na hipótese de fuga do segurado suspender-se-á o benefício, sendo restabelecido a partir da data da recaptura ou da reapresentação à prisão, nada sendo devido aos seus dependentes enquanto estiver o segurado evadido e pelo período da fuga. Caso o segurado venha a ser ressarcido, em decorrência da sua prisão, com o pagamento da remuneração correspondente ao período em que esteve preso, e seus dependentes tenham recebido auxílio-reclusão correspondente ao mesmo período, o valor pago deverá ser restituído pelo segurado ou por seus dependentes, aplicando-se os mesmos juros e índices de correção aplicados à remuneração ressarcida. Aplicar-se-ão ao auxílio-reclusão, no que couber, as disposições atinentes à pensão por morte. Se o segurado preso vier a falecer na prisão, o benefício será transformado em pensão, aplicando-se, no que couber, as normas relativas a esse benefício.

Em termos de Municípios, registro, na região norte, a Lei 7.984/1999, que dispõe sobre o plano de seguridade social dos servidores do Município de Belém e estabelece, no seu art. 73, que o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado, independentemente de cumprimento de carência, conforme previsão da Constituição Federal, quando: [i] afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente; e [ii] em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo. O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade ainda que condicional. No caso de falecimento do servidor detento ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago aos seus dependentes será automaticamente convertido em pensão. A cada três meses os dependentes têm de fazer a prova da detenção ou reclusão.

Da região centro-oeste, menciono a Lei 8.095/2005, que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Goiânia e cujo art. 80 registra que o auxílio-reclusão consistirá numa importância mensal concedida aos dependentes do segurado recolhido à prisão que, por este motivo, não perceber remuneração dos cofres públicos. O auxílio-reclusão será rateado em quotas-partes iguais entre os dependentes do segurado. O auxílio-reclusão será devido a contar da data em que

o segurado preso deixar de perceber remuneração dos cofres públicos. Na hipótese de fuga do segurado, o benefício será restabelecido a partir da data da recaptura ou da reapresentação à prisão, nada sendo devido aos seus dependentes enquanto estiver o segurado evadido e pelo período da fuga. Para a instrução do processo de concessão desse benefício, além da documentação que comprovar a condição de segurado e de dependentes, serão exigidos: [i] documento que certifique o não pagamento do subsídio ou da remuneração ao segurado pelos cofres públicos, em razão da prisão; e [ii] certidão emitida pela autoridade competente sobre o efetivo recolhimento do segurado à prisão e o respectivo regime de cumprimento da pena, sendo tal documento renovado trimestralmente. Caso o segurado venha a ser ressarcido com o pagamento da remuneração correspondente ao período em que esteve preso, e seus dependentes tenham recebido auxílio-reclusão, o valor correspondente ao período de gozo do benefício deverá ser restituído pelo segurado ou por seus dependentes, aplicando-se os juros e índices de correção incidentes no ressarcimento da remuneração. Aplicar-se-ão, ao auxílio-reclusão, no que couber, as disposições atinentes à pensão por morte. Se o segurado preso vier a falecer na prisão, o benefício será transformado em pensão por morte.

3. O auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos militares

Originalmente, o art. 42 da Constituição Federal de 1988, que disciplinava tanto os militares das Forças Armadas (federais) como aqueles das polícias militares e bombeiros militares (estaduais e do Distrito Federal), estabelecia que a lei disporia sobre a transferência do militar para a inatividade (§9º), bem como remetia o regime da aposentadoria e pensão, no aspecto da integralidade, àquele previsto para os servidores públicos (§10). Posteriormente, com a Emenda Constitucional 18/1998, o mencionado art. 42 ficou restrito aos policiais e bombeiros militares, de modo que os militares das Forças Armadas passaram a ser tratados separadamente, no art. 142 da Constituição Federal, cujo §3º, inc. X, laconicamente registra que a lei disporá sobre a transferência do militar para a inatividade. Essa é, atualmente, a única norma constitucional específica a respeito da previdência social dos militares das Forças Armadas.

Sobre o assunto, ainda, convém ressaltar que o art. 40, § 20, da Constituição Federal veda a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado justamente o disposto no sobredito art. 142, § 3º, inc. X, ou seja, ressalvada a existência de um regime próprio de previdência social para os militares. Portanto, é possível a existência em cada ente federativo de dois regimes próprios de previdência social: um para os servidores públicos e outro para os militares, com diferenças entre si, as quais se justificam em virtude das peculiaridades inerentes à carreira militar³. Essa possibilidade, entretanto, não pode ser confundida com obrigatoriedade, de maneira que nada impede ao ente federativo estabelecer um único regime próprio de previdência social abrangendo os servidores públicos e os militares, no qual sejam contempladas as peculiaridades da carreira militar.

No âmbito da União, a lei não estabelece o benefício de auxílio-reclusão para os dependentes do militar recolhido à prisão. Isso porque o militar das Forças Armadas não deixa de receber sua remuneração quando recolhido à prisão, assim na prisão administrativa ou disciplinar, bem como na prisão processual ou penal. Ou seja, ainda que deixe de exercer suas atribuições na caserna por força do recolhimento à prisão, o militar continua fazendo jus à remuneração, que só é suspensa temporariamente, nos termos do art. 6º da Medida Provisória 2.215-10/2001, quando ele estiver: [i] em licença para tratar

³ De se registrar que as peculiaridades da carreira militar não autorizam, absolutamente, a instituição de privilégios incompatíveis com essas peculiaridades e com os princípios constitucionais. Esse o motivo por que o STJ tem considerado legítima a lei estabelecendo a cobrança de contribuições previdenciárias de militares inativos e pensionistas, a despeito de o regime próprio dos militares não ser regulado especificamente pelo art. 40 da CF. Nesse sentido: "TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR MILITAR INATIVO. INCIDÊNCIA SOBRE OS PROVENTOS. 1. A Primeira Seção do STJ tem entendimento pacífico no sentido de que o caput do art. 40 da Constituição Federal, alterado pela EC 41/03, ao estabelecer a contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, abrange tanto o servidor público civil como o militar. Precedentes: RMS 20.744/RJ, 2º T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29. 5.2006; AGRG no RMS 20.852/RJ, 1º T., Min. Francisco Falcão, DJ de 10. 4.2006; RMS 20.244/RJ, 1º T., Min. Francisco Falcão, DJ de 13.03.2006; RMS 20.241/RJ, 1º T., Min. Luiz Fux, DJ de 13. 2.2006; ED no RMS 19.956/RJ, 2º T., Min. Castro Meira, DJ de 20.02.2006. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento." (RMS 21191, TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª T, DJ 3. 8.2006)

de interesse particular; [ii] na situação de desertor; ou [iii] agregado, para exercer atividades estranhas às Forças Armadas, estiver em cargo, emprego ou função pública temporária não eletiva, ainda que na Administração Pública Federal indireta, respeitado o direito de opção pela remuneração correspondente ao posto ou graduação. Portanto, durante a prisão do militar das Forças Armadas não há alteração alguma na subsistência dos dependentes, não se justificando destarte a previsão de auxílio-reclusão para eles, que continuam sendo providos pela remuneração do militar. Outrossim, se o militar for excluído das fileiras das Forças Armadas no curso da prisão, em decorrência de demissão “*ex officio*” do oficial que houver perdido o posto e a patente⁴ ou de exclusão da praça a bem da disciplina⁵, perderá ele a remuneração mas sua família terá direito à pensão, nos termos do art. 20 da Lei 3.765/1960⁶.

No tocante aos militares dos Estados e do Distrito Federal (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), seu regime próprio de previdência social é estabelecido por lei estadual específica, nos termos do art. 42, §1º, da Constituição Federal. Analisemos então o auxílio-reclusão em algumas dessas leis.

Nas Minas Gerais, a Lei 10.366/1994, que dispõe sobre o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, estabelece no seu art. 20 que o auxílio-reclusão é devido ao dependente do segurado detento ou recluso, não albergado e recolhido à prisão, a partir da data em que se verificar

⁴ por exemplo, quando for declarado indigno do oficialato em virtude de condenação, por tribunal civil ou militar, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 anos, nos termos do art. 120, I, da Lei 6.880/1980

⁵ por exemplo, quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, ou Tribunal Civil após terem sido essas praças condenadas, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 anos ou, nos crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado, a pena de qualquer duração, nos termos do art. 125, I, da Lei 6.880/1980

⁶ Verbis: “Art 20. O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório da pensão militar, que perde posto e patente, deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente. Parágrafo único. Nas mesmas condições, a praça contribuinte da pensão militar com mais de 10 anos de serviço, expulsa ou não relacionada como reservista por efeito de sentença ou em virtude de ato da autoridade competente, deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente”

a perda total de sua remuneração. O valor do auxílio-reclusão corresponderá a 70% do valor da pensão e será distribuído entre os dependentes na forma prescrita para este benefício. Ressalvado o direito do nascituro, não será admitida a inscrição de dependente posteriormente à data da prisão. Para os efeitos desta Lei, o beneficiário do auxílio-reclusão equipara-se ao pensionista, no que couber. Falecendo o segurado recluso, o benefício é convertido em pensão, no mesmo valor.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar 1.013/2007, que altera a Lei 452/1974 que, por sua vez, instituiu a Caixa Beneficente da Polícia Militar - CBPM, assegura, no seu art. 29, o direito à percepção de auxílio-reclusão ao dependente de militar do serviço ativo, da reserva remunerada, do reformado e do agregado percebendo vencimentos ou licenciado que estiver preso provisoriamente ou condenado à pena privativa de liberdade, até dois anos, enquanto permanecer em regime fechado ou estiver internado por medida de segurança. Durante o pagamento do auxílio-reclusão o policial militar deixará de perceber vencimentos. O direito à percepção do benefício cessará: [i] no caso da extinção da pena; [ii] com a exoneração, demissão ou expulsão do militar, ou com sua colocação em liberdade definitiva; e [iii] por morte do militar ou do dependente. O pagamento do benefício de que trata este artigo será suspenso em caso de fuga, concessão de liberdade condicional ou progressão do regime prisional, podendo ser retomados os pagamentos no caso de modificação dessas situações. O requerimento para obtenção do auxílio-reclusão, além de outros requisitos previstos em lei ou regulamento, será instruído, obrigatoriamente, com certidão do efetivo recolhimento à prisão do militar do serviço ativo, da reserva remunerada, do reformado e do agregado percebendo vencimentos ou do licenciado, expedida por autoridade competente, devendo ser renovada a cada três meses, junto à unidade previdenciária, para fins de percepção do benefício. A condenação criminal superveniente à demissão ou expulsão do militar não confere qualquer direito ao auxílio-reclusão de que trata este artigo.

No Estado da Bahia, exemplo de ente federativo que estabelece um único regime próprio de previdência social abrangendo os servidores públicos e os militares, a Lei 7.249/1998, no seu art. 25, garante aos dependentes do segurado recolhido à prisão,

que não possuir bens suficientes à sua manutenção e não auferir rendimentos de qualquer espécie, salvo os oriundos do trabalho carcerário, o pagamento, a título de auxílio-reclusão, de uma quantia mensal correspondente a dois terços do valor da pensão que lhes caberia pela morte do mesmo segurado. O benefício será devido, no caso de prisão provisória de qualquer espécie, ou de prisão penal decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza do ilícito cometido, ainda que ocorra o efeito extrapenal específico e não automático da perda do cargo público, na forma do art. 92, inc. I, do Código Penal. Se a perda do cargo público, a cassação da aposentadoria, da reserva remunerada, da reforma ou da disponibilidade decorrer da imposição de sanção resultante de processo administrativo disciplinar em razão da prática de fato que constitua, a um só tempo, ilícito administrativo e penal, o benefício será devido, desde que, na data da aplicação da pena, o segurado esteja recolhido à prisão. Por sua vez, o art. 26 estabelece que o pagamento do benefício será mantido enquanto durar a privação de liberdade do segurado, fato este que será comprovado por meio de atestados semestrais, firmados pela autoridade competente, suspendendo-se o benefício com a liberação do preso, ainda que condicional, ou na hipótese de fuga. Se a pena privativa de liberdade for executada em regime aberto, ou mesmo em regime semiaberto, em que seja admissível o trabalho externo, o benefício não será devido. Falecido o detento ou recluso, o auxílio-reclusão será convertido, automaticamente, em pensão no mesmo valor atribuído aos mesmos beneficiários.

4. O auxílio-reclusão no regime geral de previdência social

Após esse breve passeio pelo auxílio-reclusão nos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares, passemos a uma análise mais percuente desse benefício no regime geral de previdência social que também é, nos termos do art. 201, inc. IV, da Constituição Federal de 1988 (redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998), restrito aos dependentes do segurado de baixa renda. Entenda-se por baixa renda o segurado que não recebe salário mensal superior a R\$ 360,00, limite este que será corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social (art. 13

da Emenda Constitucional 20/1998). A partir de 1º de fevereiro de 2009, a remuneração mensal não pode ser superior a R\$ 752,12 (art. 5º da Portaria 48/2009). Este valor é auferido pelo último salário-de-contribuição do segurado existente antes de sua prisão (art. 116, *caput*, do Decreto 3.048/1999) e tem como parâmetro o limite vigente nesta data.

Aqui, três considerações. Primeira, o fato de o segurado estar desempregado no momento de sua prisão não é óbice à concessão do auxílio-reclusão, desde que mantida a qualidade de segurado, ou seja, desde que a prisão se dê no período de graça (art. 116, § 1º, do Decreto 3.048/1999). Ainda neste caso, o último salário-de-contribuição do segurado será o critério para verificar se é de baixa renda, ou seja, não vale o raciocínio de que o segurado não tem renda alguma na data da prisão, pois está desempregado, sendo sempre de baixa renda⁷. Segunda, antes da Emenda Constitucional 20/1998, não havia a restrição da concessão do benefício aos dependentes do segurado de baixa renda. Desse modo, qualquer segurado preso antes da Emenda Constitucional 20/1998, independentemente do *quantum* do seu último salário-de-contribuição, autoriza a concessão e manutenção do auxílio-reclusão aos seus dependentes: trata-se já de direito adquirido. Última, a renda a ser considerada é a do segurado preso, e não a dos dependentes, até porque é a renda do segurado mesmo que serve de base de cálculo para o benefício, cujo valor a Reforma da Previdência quis limitar⁸. O raciocínio contrário (levar em conta a renda dos dependentes) neutralizaria a reforma, viabilizando a continuidade de todos os auxílios-reclusão que ela quis justamente cessar, como é o caso, exemplificadamente, da prisão de um segurado que ganhe R\$ 3.000,00 e sua esposa, do lar, e seu filho, menor, não tenham renda alguma.

Nos termos da Lei 8.213/1991, o auxílio-reclusão possui natureza substitutiva (por que seu valor não pode ser inferior ao salário-mínimo), sendo devido nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receba remuneração da empresa nem esteja em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de

⁷ Neste sentido: TRF 4ª Região, AC 2004.72.12001674-6, NYLSON PAIM DE ABREU, 6ª T, DJ 13.4.2005.

⁸ Nesse sentido, recente decisão do STF no RE 486.413 e no RE 587.365, RICARDO LEWANDOWSKI, PLENÁRIO, DJ 8.5.2009



abono de permanência em serviço (art. 80, *caput*). Portanto, as regras da pensão por morte são em tudo aplicáveis ao auxílio-reclusão, desde que haja compatibilidade e não exista disposição em sentido diverso. Esse benefício dispensa carência, i.e., um número mínimo de contribuições (art. 26, I), bastando apenas a comprovação da qualidade de segurado na data do efetivo recolhimento à prisão. A concessão do benefício não será adiada pela ausência de habilitação de outro provável dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que implique exclusão ou inclusão de dependente do segurado instituidor só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação, isto é, possui efeito “*ex nunc*” (art. 76, *caput*). A renda mensal inicial - RMI é de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de sua prisão (art. 80, *caput*, c/c art. 75).

O benefício é devido durante o período em que o segurado estiver efetivamente recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto (art. 116, §5º, do Decreto 3.048/1999), em decorrência de decisão judicial de qualquer natureza (cível ou penal, decisão interlocutória ou sentença condenatória) que determine seu recolhimento à prisão, a exemplo da prisão decorrente de pronúncia, a prisão provisória, a prisão preventiva, a detenção, a prisão simples e a prisão civil por dívida de alimentos, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão. Outrossim, não é necessário o recolhimento do preso em estabelecimento penal de segurança máxima ou média (regime fechado) ou em colônia penal agrícola ou industrial (regime semiaberto), de modo que a simples prisão em delegacia de polícia ou casa de custódia, v.g., enquanto espera a abertura de vaga naqueles estabelecimentos, é bastaste para ensejar o auxílio-reclusão. Por outro lado, não é devido no caso de livramento condicional ou de cumprimento de pena em regime aberto.

O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, que verter contribuições para o regime geral de previdência social, na condição de segurado contribuinte individual ou facultativo, como forma de incentivar a sua reabilitação, não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes (art. 2º, *caput*, da Lei 10.666/2003). O segurado preso que assim contribua não terá direito aos benefícios de auxílio-doença e de

aposentadoria durante a percepção, pelos dependentes, do auxílio-reclusão, sendo permitida a opção, desde que manifestada, também, pelos dependentes, ao benefício mais vantajoso (art. 2º, §1º, da Lei 10.666/2003).

A data de início do benefício - DIB é fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão - DR, se requerido dentro de 30 dias, ou na data do requerimento - DER, se requerido após 30 dias (art. 80, *caput*, c/c art. 74, I e II, da Lei 8.213/1991). A exceção fica por conta de dependente incapaz, menor ou ausente, por força do art. 79 da Lei 8.213/1991, hipótese em que a DIB é fixada sempre na data do recolhimento do segurado à prisão, tendo direito aos atrasados, desconsiderada a prescrição. Outrossim, é vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado, nos termos do art. 119 do Decreto 3.048/1999, salvo se requerido até 30 dias contados da prisão, situação em que o benefício será devido desde a prisão até a soltura.

O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação trimestral de atestado de que o segurado continua preso, firmado pela autoridade competente (art. 80, p.u., da Lei 8.213/1991 e art. 117, §1º, do Decreto 3.048/1999).

As parcelas individuais do auxílio-reclusão extinguem-se pela ocorrência da perda da qualidade de dependente, caso em que sua cota reverterá em benefício dos demais dependentes, se houver (art. 77, §1º, da Lei 8.213/1991). São casos de cessação do benefício: [i] a extinção da última cota individual, não se transferindo a dependente de classe inferior; [ii] o recebimento de aposentadoria pelo segurado; [iii] o óbito do segurado ou beneficiário; [iv] a soltura do segurado; [v] a emancipação do dependente ou quando completar 21 anos de idade, salvo se inválido, no caso de filho, equiparado ou irmão, de ambos os sexos; e [vi] em se tratando de dependente inválido, a cessação da invalidez (art. 299 da Instrução Normativa 20/2007).

São casos de suspensão do auxílio-reclusão: [i] fuga do segurado; [ii] o recebimento de auxílio-doença pelo segurado; [iii] o dependente deixar de apresentar atestado trimestral para prova de que o segurado permanece recolhido à prisão; e [iv] quando o segurado deixar a prisão por livramento condicional, progressão para o regime aberto ou por prisão albergue (art. 300 da Instrução Normativa 20/2007). Ressalte-se,



por oportuno, que a contagem do prazo para a perda da qualidade de segurado é suspensão para os segurados presos, mas retoma seu curso em caso de fuga, que implica também a suspensão do auxílio-reclusão. Desse modo, se houver recaptura do segurado, o benefício é restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, sem efeito retroativo, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado (art. 117, § 2º, do Decreto 3.048).

Falecendo o segurado preso, o auxílio-reclusão pago aos seus dependentes é automaticamente convertido em pensão por morte (art. 118, *caput*, do Decreto 3.048/1999), constituindo exceção ao princípio da inércia na concessão dos benefícios previdenciários. Contudo, se não houve concessão de auxílio-reclusão, por não se enquadrar o segurado como de baixa renda, é devido pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado ocorrer na prisão ou dentro do período de graça, vale dizer, no prazo de até 12 meses após o livramento ou progressão para o regime aberto (art. 118, p.u., do Decreto 3.048/1999).

5. O auxílio-reclusão no direito comparado

Sobre o equivalente ao auxílio-reclusão no direito comparado, impende salientar que diversos países não consideram a prisão do segurado como risco social a ser coberto pela previdência. É difícil afirmar categoricamente que o auxílio-reclusão seja exclusividade do Brasil, como a nossa famosa jabuticaba, até porque os estudos de direito comparado focam aqueles benefícios previdenciários generalizados nas previdências sociais dos diversos países e que representam as despesas mais significativas, deixando de lado aqueles benefícios peculiares a determinados países que geralmente traduzem um percentual baixo no conjunto de benefícios concedidos e em manutenção⁹. É esse o caso do auxílio-reclusão, que representou menos de 0,21% dos benefícios previdenciários em manutenção em dezembro de 2008¹⁰.

⁹ Vide, por exemplo, o estudo americano intitulado Social Security Programs Throughout the World (Programas de Seguridade Social Social no mundo, em tradução livre, disponível em www.socialsecurity.gov/policy/docs/progdesc/ssptw), que abrange as principais características da previdência social em mais de 170 países e, no caso do Brasil, não menciona o auxílio-reclusão.

¹⁰ Fonte: Regime Geral de Previdência Social: Balanço do ano de 2008, in www.mps.gov.br.

Nessa ordem de considerações, embora a análise da legislação de alguns países da América e da Europa aponte para essa conclusão, valendo salientar, ainda, a perplexidade dos operadores do direito de outros países ao tomarem conhecimento da existência de benefício previdenciário decorrente da prisão do segurado no Brasil, não se pode afirmar categoricamente que o auxílio-reclusão seja exclusividade brasileira.

Outrossim, pode-se dizer que se trata de um benefício previdenciário peculiar da legislação brasileira, vale dizer, oriundo das peculiaridades e contingências de diversa natureza que individualizaram a história de nosso país e compuseram o caldo cultural sobre que se formou e evoluiu uma série de políticas públicas, incluindo aí a previdência social. E, sendo peculiar, embora possa eventualmente existir em algum outro país, não é absolutamente um benefício previdenciário generalizado como, por exemplo, a aposentadoria por tempo de contribuição. Aliás, a existência de benefícios previdenciários peculiares a alguns países não é rara, como se nota na previdência social argentina que garante pensão para as mães com mais de sete filhos e na previdência social colombiana que garante pensão para as “*madres comunitarias*” (mães comunitárias, em tradução livre, que são aquelas mulheres que cuidam de crianças residentes nos setores urbanos e rurais mais pobres da Colômbia).

O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados

Priscila Silva Ximenes Machado*

Com a premissa de que o direito social à saúde se insere no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição da República, válida é a regra do parágrafo 1º do artigo 5º desse Estatuto, segundo a qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

No polo passivo da lide, o Estado, destinatário por excelência dos direitos fundamentais, dentre eles o direito social à saúde. Veja que a Constituição estabelece no artigo 196 que a saúde é dever do Estado. Uma vez que o Estado foi constituído sobre a forma federativa (art. 60, §4º, I, da CR/1988), todos os entes – União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios – receberam a obrigação de promover a saúde da população de forma solidária. Esse é inclusive o exposto no artigo 23, II, do Estatuto Maior.

Marlon Alberto Weichert, na obra *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, entende que o Sistema Único de Saúde – SUS, criado pelo constituinte de 1988, substituiria a necessidade de lei complementar, regra geral inserta no parágrafo único do artigo 23 da Lei Maior, para fixação de normas cooperativas entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O autor justifica posicionamentos como esse pela necessidade de se fugir dos *males de um centralismo gigantesco*.

Seguindo esse caminho, a competência para a promoção da saúde seria repartida pelos entes, conforme o estabelecido nos artigos 16 a 19 da Lei 8.080/1990, que estabelece normas gerais sobre o Sistema Único.

De acordo com o artigo 16 da referida Lei, além de adotar políticas gerais de saúde, de definir e coordenar sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade e de estabelecer normas de vigilância sanitária, cabe à União promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.

O Estado, por sua vez, conforme o inciso I do artigo 17, deve promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde, sem prejuízo de ações suplementares e prestação de apoio técnico e financeiro. Veja que, de acordo com o inciso IX do referido artigo, ao Estado cabe ainda a gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional.

Ao município restou a carga principal da gestão e execução dos serviços públicos de saúde, conforme indica o inciso I do artigo 18. Veja que, conforme o artigo 19, o Distrito Federal tem atribuições tanto estaduais quanto municipais.

Pelo entendimento de Weichert, imagina-se que a União atuaria como ré em lide sobre vigilância sanitária nas fronteiras, mas não teria legitimidade passiva em demanda que versasse sobre prestação de serviço regular de saúde, uma vez que essa atribuição teria sido delegada aos municípios.

Pondere-se que tal delegação não emergiu diretamente do texto constitucional, mas de lei hierarquicamente inferior, de origem ordinária.

Nesse ponto, firma-se o entendimento de que, por expressa determinação dos artigos 23, II e 196 da Constituição da República, o direito à saúde é um dever linear de todos os entes e o pacto federativo não pode se impor contra os cidadãos, mas tão somente deve ser considerado entre os próprios pactuantes.

Assim, não se pode conceber a repartição de competência estabelecida nos artigos 16 a 19 da Lei 8.080/1990, uma vez que tal posicionamento acarreta um ônus demasiado ao cidadão, que, não obstante, tenha a proteção solidária dos entes federados estabelecida de forma clara no artigo 23, II, da Constituição, fica a mercê de repartições infraconstitucionais para ter garantida a saúde, um direito muitas vezes buscado em sede de urgência.

Veja também que o parágrafo primeiro do referido dispositivo constitucional estabelece a necessidade de lei complementar, forma normativa que possui maiores rigores em sua criação e aprovação, do que as leis ordinárias que formaram o regulamento do

* Assistente Técnico III da Subseção Judiciária de Varginha/MG. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Faculdade Cenecista de Varginha. Bacharel em Jornalismo pelo Centro Universitário do Sul de Minas.

Sistema Único de Saúde - SUS (Lei 8.080/1990 e Lei 8.142/1990).

Longe de posições formalistas, o que se pretende com o reconhecimento da responsabilidade solidária de todos os entes federados é a consolidação da busca histórica mundial para a proteção da saúde.

Ressalte-se que o SUS é, antes de tudo, um sistema único. Essa deve ser a visão na ótica do indivíduo. Possível regionalização e hierarquia intrínsecas só poderão valer, como já dito, entre os entes federados integrantes do Sistema, como forma de ressarcimento, em uma possível ação de regresso, não podendo ser impingida contra o cidadão comum, justamente pela responsabilidade solidária prevista na Constituição.

Veja, por fim, que o constituinte estabeleceu a competência material comum para a proteção da Saúde e criou inclusive um Sistema Único de Saúde Pública. Não se devem interpretar os referidos ditames constitucionais conforme repartições de competências estabelecidas por ulterior lei ordinária, sob o risco de se estar convertendo a própria lógica jurídica e até mesmo as bases federalistas, em que os entes se submetem a um documento interno estruturante, a Constituição, capaz de harmonizar os interesses e estabelecer as competências dos entes. De outra forma, estar-se-ia a interpretar a Constituição conforme uma lei ordinária.



Corte Especial

Mandado de Segurança

2002.01.00.045126-5/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Impetrante: Eduardo Luiz Rocha Cubas

Advogado: Dr. Ricardo Luiz Rocha Cubas

Impetrado: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Publicação : *e-DJF1* de 18/5/2009, p. 2

Ementa

Administrativo. Tempo de serviço. Averbação. Estágio na Defensoria Pública. Averbação de tempo de serviço público federal.

I. O período de estágio realizado gratuitamente nas defensorias públicas, sem provimento de cargo estatutário e nem vínculo empregatício com o Estado, não pode ser averbado como tempo de serviço público federal. Interpretação do art. 145, § 3º, da LC 80/94.

II. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da relatora.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/4/2009.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, relatora

Relatório

A Exma. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Trata-se de mandado de segurança impetrado por Eduardo Luiz Rocha Cubas, Juiz Federal, contra decisão administrativa proferida em 5.10.2000 pelo Plenário deste Tribunal (fls. 105-118), negando provimento ao recurso administrativo interposto no PA 5737/1999, contra decisão do Desembargador Tourinho Neto, então Presidente do Tribunal (fls. 20, 25, 28), que indeferiu pedido de averbação do período de estágio realizado perante a Defensoria Pública do Distrito Federal, de 1º.1.1995 a 28.2.1996, como tempo de serviço para todos os efeitos legais, inclusive para o pagamento de quinquênio.

Alega o Impetrante que o art. 100, da Lei 8.112/90, assegura a contagem, para todos os efeitos legais, do tempo de serviço público federal,

como considera ser o caso da atividade de estagiário desenvolvida na Defensoria Pública do Distrito Federal, em razão de o referido órgão ser organizado e mantido pela União. Argumenta que a Lei Complementar 80/94, que organiza as defensorias públicas da União, do Distrito Federal e Territórios e prescreve normas gerais para a organização desses órgãos nos Estados, estabelece, em seu art. 145, § 3º, que o tempo de estágio na defensoria pública será considerado serviço público relevante e como prática forense, razão pela qual entende que esse período deve ser computado como tempo de serviço, para todos os efeitos, nos termos do art. 100, da Lei 8.112/90.

Afirma que, na ocasião em que realizou estágio na Defensoria Pública do Distrito Federal, licenciou-se do cargo de provimento efetivo que ocupava no STF em razão de sua convicção de que não seria prejudicado na contagem de seu tempo de serviço, uma vez que “por prestar um serviço gratuito à comunidade carente, onde,

de um lado, a União Federal era, à época, o ente público beneficiado pelo serviço relevante, eis que gratuito, e, de outro a própria União Federal era a responsável pelo vínculo jurídico do impetrante” (fl. 5).

Não houve pedido de liminar. O Desembargador Federal Catão Alves prestou informações, na qualidade de Presidente do Tribunal, autoridade apontada como coatora (fls. 127/130).

A PRR/1ª Região manifestou-se às fls. 247/250 pela denegação da ordem.

Vieram-me os autos conclusos por redistribuição em 11.3.2009. É o relatório.

Voto*

A Exma. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – O impetrante, magistrado federal, pretende averbar como tempo de serviço público federal para todos os efeitos (Lei 8.112, art. 100) período de estágio na Defensoria Pública do Distrito Federal, atestado por documento assim redigido (fl. 15):

Certificamos, para os devidos fins, que Eduardo Luiz Rocha Cubas estagiou na Defensoria Pública do Distrito Federal – Ceajur, Unidade de Assistência Judiciária de Taguatinga, no período de 07 de março de 1994 a 28 de fevereiro de 1996.

Consta dos autos certidão de tempo de serviço expedida pelo Supremo Tribunal Federal (fl. 14) na qual está registrado que o Impetrante ocupou de 12.9.1991 a 20.3.1996 o cargo de Agente de Segurança Judiciária. No ano de 1994, concomitantemente ao estágio na Defensoria Pública, teve frequência de 362 dias e nos anos de 1995 e 1996 esteve em gozo de licença para tratamento de interesses particulares por 445 dias. São esses dias de licença no STF e estágio na Defensoria que ele pretende averbar como tempo de serviço público federal para todos os efeitos.

O pedido foi indeferido, por maioria, pelo Plenário deste Tribunal, tendo sido relator para o acórdão o Desembargador Federal Cândido Ribeiro, cujo voto transcrevo (fls. 112-114):

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Neuza Maria Alves da Silva, (Francisco de Assis Betti, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro e Souza Prudente.

Cuida-se de processo administrativo em que o Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, Dr. Eduardo Luiz Rocha Cubas, requer averbação de tempo de serviço prestado ao Ministério do Exército, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Defensoria Pública do Distrito Federal e Tribunal de Justiça.

(...)

Inconformado, interpôs o interessado recurso administrativo, alegando que o tempo de serviço prestado junto à Defensoria Pública do DF (724 dias) deve ser considerado para todos os fins, seja para a percepção de adicional por tempo de serviço, seja para fins de disponibilidade ou como contagem para futura aposentadoria. Aduz para tanto que o § 3º do art. 145 da Lei Complementar 80/94 dispõe que o tempo de estágio será considerado serviço público relevante e como prática forense e, ainda, que o art. 100 da Lei 8.112/90, reconhece o tempo para todos os fins.

Em sessão realizada em 05.10.2000, o Exmº Sr. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Relator do feito, deu provimento ao recurso para deferir a averbação do período de 01 de janeiro de 1995 a 28 de fevereiro de 1996 para todos os fins.

Peço vênia para divergir do eminente Relator.

Com efeito, apesar do estágio em questão ser considerado serviço público relevante, o respectivo tempo desempenhado nessa atividade somente será computado como de serviço, para efeito de aposentadoria ou outras vantagens, se a lei assim dispuser.

Veja-se a propósito, que a Lei nº 3.434/58; o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.019/83; os arts. 100 e 103, da Lei nº 8.112/90; e o art. 98, da Lei nº 9.504/97 explicitaram a forma de contagem de tempo de serviço público, ora contando pela metade (no caso de estágio no MPDFT), ora computando em dobro (quanto ao serviço eleitoral), ou mesmo limitando em 15 anos o tempo de serviço relativo ao exercício da advocacia, exigindo-se ainda, neste caso, a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Não fosse esse o entendimento, todos aqueles que fizeram inscrição na Ordem dos Advogados como estagiários, na vigência do estatuto anterior (Lei nº 4.215/63), poderiam contar o respectivo período, porquanto além de público e relevante no desempenho desse mister somente deixavam de praticar os atos privativos dos advogados.

Com essas considerações, entendo não ser possível ampliar o alcance de regras que expressamente reconhecem o direito de contagem de tempo para determinadas atividades a situações outras não

amparadas por lei por mais relevante que tenha sido o serviço desempenhado.

Isto posto nego provimento ao recurso.

Compartilho desse entendimento, lastreado nas mesmas premissas do voto do eminente Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação de Interpretação de Lei em Tese 1490-8/DF, onde foram explicitados os requisitos necessários para que determinada atividade seja contada como tempo de serviço público:

A antiguidade do servidor público provém, assim, em princípio, de um fato do mundo objetivo (prestação de serviço – exercício), que se torna fato jurígeno, por incidência de norma legal (regras sobre o tempo de serviço). A noção de tempo de serviço, de antiguidade do servidor público, prende-se, fundamentalmente, dessa maneira, a uma idéia de realidade, de objetividade, que pressupõe, outrossim, a *existência de um vínculo entre o prestador do serviço e o beneficiário do trabalho*. Tempo de serviço, na União ou no Estado-membro, implica, em princípio, *real, efetivo desempenho de atividades*, em favor de uma dessas pessoas administrativas, *sob a égide de uma relação empregatícia de direito público* (grifei).

E, após mencionar diversas hipóteses do chamado “tempo de serviço ficto”, quando a lei considera de efetivo exercício períodos em que o servidor encontra-se afastado do trabalho ou presta serviços a outros beneficiários (pessoas de direito público ou até de direito privado), concluiu Sua Excelência:

O tempo de serviço ficto tem, assim, sua existência prevista e definida em lei; é criatura da lei. Não ocorrendo disposição legislativa, que confira determinado efeito, o tempo de serviço prestado a entidade pública ou privada, diversa daquela onde o prestador do trabalho mantém seu vínculo empregatício, não há considerá-lo no âmbito do patrimônio jurídico-funcional.

Anoto que não se trata de pedido de reconhecimento de tempo de serviço prestado à Advocacia, na condição de estagiário, dentro do limite de 15 anos permitido pelo Decreto-Lei 2.019/1983, pois o Impetrante não alega que estivesse, na época, inscrito nos quadros da OAB e nem comprova o recolhimento de contribuição previdenciária correspondente ao período em causa.

A certidão de fl. 15 não consigna a existência de vínculo (estatutário ou celetista) entre o prestador

e o beneficiário dos serviços, não esclarecendo as atribuições exercidas pelo impetrante, nem a jornada de trabalho, nem o pagamento de retribuição pecuniária, limitando-se a atestar que ele “estagiou na Defensoria Pública do Distrito Federal – CEAJUR, Unidade de Assistência Judiciária de Taguatinga, no período de 07 de março de 1994 a 28 de fevereiro de 1996”. Dentro desse período indistinto de trabalho – que o próprio impetrante reconhece ter sido prestado gratuitamente – os primeiros dez meses (de março de 1994 a dezembro de 1994) foram prestados cumulativamente com o exercício do cargo de Agente de Segurança Judiciária no STF.

O fundamento de sua pretensão é o art. 145, § 3º, da LC 80/94, segundo o qual “o tempo de estágio será considerado serviço público relevante e como prática forense”.

Trata-se, todavia, de atividade exercida sem vínculo empregatício ou estatutário com o Estado, por “colaboradores”, na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello ou “agentes honoríficos”, segundo Hely Lopes Meireles.

Há caso de “agentes honoríficos” que exercem funções obrigatórias, como eleitores nomeados para compor mesas receptoras ou apuradoras nas seções e juntas eleitoras, bem como os seus respectivos auxiliares, em que o Código Eleitoral – Lei 4.737/65 – em seu art. 379, utiliza a expressão “serviços prestados” de modo a salientar que o trabalho desempenhado por essas pessoas, também considerado de caráter relevante, configura atividade estatal. A Lei 9.504/97 estabelece a dispensa em dobro dos dias dedicados ao serviço eleitoral, sem prejuízo de qualquer ordem.

Situação semelhante verifica-se em relação aos cidadãos convocados para o serviço do júri, que desempenham função inerente à atividade estatal, cujo efetivo exercício também configura serviço público de caráter relevante e, do mesmo modo, assegura-se a dispensa do trabalho nos dias de comparecimento à sessão, vedados descontos nos respectivos vencimentos (arts. 439 a 441 do CPP).

No regime dos servidores públicos federais, ambas as hipóteses de afastamento são contadas como de efetivo exercício para todos os efeitos legais (Lei 8.112, art. 102, inc. VI), o que não ocorre em relação à atuação dos estagiários das defensorias públicas, por não se tratar de atividade obrigatória.

No caso dos estagiários da Defensoria Pública não há previsão legal para o cômputo do tempo correspondente como de efetivo exercício no serviço público para os efeitos de aposentadoria, disponibilidade e adicional por tempo de serviço.

Ao referir-se a “serviço público relevante” a LC 80/94 confere estímulo e recompensa para aquele que colabora com o Estado, na defesa da população carente, atribuindo-lhe a presunção de aprendizagem jurídica e prática forense.

Com essa mesma finalidade de incentivo e recompensa, há casos em que a lei estabelece outras vantagens para o desempenho de serviços públicos relevantes, como é o caso, por exemplo, da norma prevista no art. 379 do Código Eleitoral, que estabelece como critério de desempate para efeito de promoção de servidores públicos a precedência dos que atuaram nas mesas ou juntas apuradoras eleitorais. Recompensa semelhante é concedida aos servidores convocados para o serviço do júri, que, além disso, terão direito à prisão especial, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, conforme estabelecem, respectivamente, os arts. 439 e 440 do CPP.

No caso dos estagiários das defensorias públicas, além do título conferido aos estudantes, a compensação advém da contagem do tempo de estágio como prática forense, requisito importante para os profissionais do direito, especialmente para os que pretendem realizar concursos públicos, benefício que, todavia, não autoriza a averbação do período correspondente como tempo de serviço público para todos os efeitos legais.

Portanto, diante da ausência de previsão legal, não há direito líquido e certo à averbação, para todos os efeitos legais, do tempo de estágio prestado à defensoria pública do Distrito Federal.

Em face do exposto, denego a segurança.

Custas remanescentes pelo Impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

É como voto.

Agravo Regimental na Suspensão de Segurança

2008.01.00.034529-5/MA

Relator: Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Requerente: União Federal

Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos

Requerido: Juízo Federal da 5ª Vara – MA

Autor: Dean Milhomem Cruz

Advogado: Dr. Francisco Evandro de Amorim Costa

Agravante: Dean Milhomem Cruz

Publicação: e-DJF1 de 8/6/2009, p. 7

Ementa

Agravo Regimental. Deferimento do pedido de Suspensão de Medida Liminar que suspendeu edital que considerou habilitados no concurso de Procurador da Fazenda Nacional os candidatos que obtiveram média igual ou superior a 60% (sessenta por cento) no somatório das notas das provas discursivas, sem levar em consideração a nota referente a cada uma dessas provas individualmente. Não provimento.

I. Trata-se de decisão *inaudita altera pars* aquela proferida em sede de suspensão de medida liminar, antecipação de tutela ou sentença, prescindindo da oitiva da parte contrária, já que inexistente previsão legal para tanto, ou do órgão ministerial, que é facultativa. Assim, mesmo tendo o autor popular apresentado suas razões pugnando pelo indeferimento do pedido, desnecessário se faz abordá-las na decisão presidencial, mesmo porque o julgador não está obrigado a rebater, uma por uma, todas as teses por ele levantadas, quando já possui razões suficientes para formar o seu convencimento.

A teor do art. 1º da Lei 9.494/1997, as matérias que ensejam a suspensão de segurança são as mesmas que autorizam a suspensão de tutela antecipada.

II. A execução da medida liminar poderá causar grave lesão à ordem e à economia públicas, pois a deficiência de novos Procuradores da Fazenda faz com que se sobrecarregue aqueles atualmente em exercício, em razão do enorme volume de trabalho, fato que compromete a qualidade dos serviços por eles prestados, prejudicando o erário e, por consequência, a população em geral. Compromete, também, a arrecadação de tributos, trazendo perdas consideráveis de receita para a União, com o decurso do tempo para o recebimento dos créditos tributários.

III. A decisão tomada pelos integrantes do CSAGU foi embasada nos princípios norteadores da conduta do Administrador, tendo considerado, na oportunidade, todos os ‘prós’ e os ‘contras’, para, ao fim, firmar o posicionamento mais condizente com o fim público destinado pelo concurso, no intento de ver adotada a interpretação mais inclusiva, em respeito ao atual posicionamento jurisprudencial.

IV. Com a posse dos candidatos aprovados de acordo com a nova interpretação dada ao item 8.5.3 do Edital ESAF 35/2007 o erário não terá qualquer prejuízo, pois caso, ao final, se decida pela ilegalidade do ato administrativo, terá havido a contraprestação pelo que eles receberam. Ao contrário, caso eles não sejam empossados e, ao final, o ato seja reconhecido como legal, esses mesmos candidatos terão direito subjetivo de receber todos os atrasados, desde a data em que deveria ter ocorrido a nomeação, a título de indenização, sem terem realizado a necessária contraprestação de serviço.

V. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Corte Especial, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/4/2009.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*: – Dean Milhomem Cruz agrava regimentalmente em face da decisão de fls. 397-405, que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar proferida pelo MM. Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, na Ação Popular 2008.37.00.004986-7/MA.

2. A aludida ação popular foi proposta pelo ora agravante objetivando a suspensão do Edital 20, de 09/05/2008, do Conselho Superior da AGU, que considerou habilitados no concurso de Procurador da Fazenda Nacional os candidatos que obtiveram média igual ou superior a 60% (sessenta por cento) no somatório das notas das provas discursivas, sem levar em consideração a nota referente a cada uma dessas provas individualmente.

3. Assim, aqueles candidatos que não constavam da relação de aprovados, pois, pelo entendimento inicial sobre regras iniciais no certame, definidas no Edital ESAF 35, de 03/07/2007, seriam considerados aprovados somente os candidatos que obtivessem, pelo menos, 60% (sessenta por cento) em cada uma das provas discursivas I e II, passaram a integrá-la, com base no novo regramento.

4. Sustenta o agravante, em síntese, que:

4.1. A decisão agravada é nula, por deficiência de fundamentação, pois se limitou a copiar, literalmente, a inicial do pedido de suspensão formulado pela União, sem observar as alegações do autor da ação popular;

4.2. Não estão presentes os requisitos para a concessão do pedido, pois a medida liminar impugnada já foi atacada por dois agravos de instrumento, e em ambos teve o pedido de efeito suspensivo indeferido, fato que evidencia a plausibilidade da tese esposada na inicial da ação popular;

4.3. Inexiste interesse público ou urgência a amparar o pedido da União, pois a decisão de

primeiro grau não impede que se façam as nomeações, mas apenas impede que sejam nomeados aqueles candidatos que não obtiveram a nota mínima das duas provas subjetivas, restando ainda uma lista com cerca de 600 (seiscentos) candidatos aptos para tanto, mesmo porque, em reunião realizada em 28/7/2008, o CSAGU resolveu nomear 316 (trezentos e dezesseis) candidatos, nos exatos termos da medida liminar suspensa;

4.4. A decisão agravada causa dano inverso, pois permite a nomeação de candidatos que, segundo as regras do Edital, deveriam ser reprovados. Assim, ao contrário do alegado na decisão agravada, inexistente grave lesão à ordem jurídica, pois a manutenção da medida liminar constitui-se no único meio para resguardá-la, bem como também não está evidenciada a grave lesão à economia pública, pois o empossamento dos candidatos aprovados de acordo com as novas regras representará acréscimo nas despesas do Estado, candidatos esses que deverão, ao final, ser exonerados.

4.5. Consoante entendimento jurisprudencial, é cabível a concessão de medida liminar em sede de ação popular, pois nesse caso não se litiga contra o Estado, mas em defesa do interesse público;

4.6. A decisão de primeiro grau não esgota o objeto da ação, pois na ação popular se pleiteou a anulação do ato, e a medida liminar apenas o suspendeu, permitindo a nomeação daqueles candidatos que estivessem aprovados de acordo com o edital anterior;

4.7. Restaram violados os princípios da legalidade, da vinculação ao edital, da impessoalidade e da moralidade administrativa; e

4.8. Inexiste disposição legal determinado que a administração pública deva interpretar disposições de edital de acordo com aquelas de concursos passados.

5. Requer, ao final, isenção nas custas e honorários advocatícios.

6. Em petição de fls. 522-523, Paulo Renato Gonzalez Nardelli, interessado em decisão favorável

ao pleito da União, informa que o Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU rejeitou a medida cautelar deferida pelo em. Ministro Raimundo Carreiro no processo TC 021.941/2008-0 (fls. 506-508), proposto pelo autor popular e que determinara a suspensão dos atos administrativos relacionados ao concurso em discussão, no que se refere à convocação para posse dos candidatos aprovados de acordo com o edital Esaf 20/2008, até ulterior decisão.

7. Paulo Renato Gonzalez Nardelli traz, ainda, aos autos, documentos informando que as questões referentes ao certame em debate foram objeto de apreciação pelo Ministério Público Federal no Ceará, em Pernambuco, no Maranhão e no Distrito Federal, ocasião em que fora reconhecida a legalidade da interpretação dada pelo Conselho Superior da AGU ao item 8.5.3 do Edital 35/2007 (fls. 556-602).

8. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 527-554, opina pelo provimento do agravo regimental, sob o entendimento de que está *“Demonstrado que a decisão recorrida contém dois vícios insanáveis – omitiu-se na apreciação da plausibilidade jurídica do pedido e carece de fundamentação – e que, ao contrário, o fumus boni iuris milita em prol do autor da ação popular...”* (fl. 554).

9. Às fls. 609-617, o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – Sinprofaz pugna pelo não provimento do recurso, e às fls. 618-632, o Conselho Federal da OAB pleiteia seu ingresso como assistente da União, defendendo a manutenção da decisão agravada.

10. Constam, ainda, juntados aos autos, cópias de diversos documentos encaminhados por Paulo Renato Gonzalez Nardelli, quais sejam: ofícios nos quais parlamentares pleiteiam a imediata nomeação de todos os candidatos aprovados e defendem o acerto da decisão presidencial (fls. 640-646); termos de posse de diversos candidatos aprovados com base nos critérios adotados pelo CSAGU (fls. 647-660); notas taquigráficas da sessão de julgamento na qual o Plenário do TCU rejeitou a medida cautelar deferida pelo em. Ministro Raimundo Carreiro no processo TC 021.941/2008-0 (fls. 664-673), bem assim, protesto judicial de iniciativa do Sinprofaz, no qual notícia a caótica situação vivenciada pelos Procuradores da Fazenda Nacional, em razão do excesso de atribuições e de atividades.

11. Ainda às fls. 702-704, vê-se juntado parecer de língua portuguesa, dando interpretação ao item 8.5.3 do Edital ESAF 35/2007 de acordo aquela adotada pelo CSAGU.

12. Por último, menciono, também, a juntada do parecer do Ministério Público Federal no Maranhão, no qual defende a improcedência do pedido do autor popular (fls. 712-723), além de cópia do v. acórdão proferido pelo colendo TCU na Representação 021.941/2008-0, AC -0550-11-09, que por maioria de 06 votos julgou improcedente pleito similar do ora agravante.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – Preliminarmente, defiro o ingresso do Conselho Federal da OAB como assistente da União Federal.

2. Não obstante o empenho e dedicação do autor popular na alegada defesa do interesse público, tenho que as razões do agravo regimental não são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada.

3. Primeiramente, não procede a alegação de que a decisão agravada é nula, carecendo de fundamentação, se limitando a copiar, literalmente, a inicial do pedido de suspensão e sem observar as alegações do autor da ação popular. A fundamentação da requerente foi adotada como razões de decidir, posto que suficiente para formar meu convencimento.

4. Ademais, trata-se de decisão *inaudita altera pars* aquela proferida em sede de suspensão de medida liminar, antecipação de tutela ou sentença, prescindindo da oitiva da parte contrária, já que inexistente previsão legal para tanto, ou do órgão ministerial, que é facultativa. Assim, mesmo tendo o autor popular apresentado suas razões pugnando pelo indeferimento do pedido, desnecessário se faz abordá-las na decisão

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Souza Prudente, Maria Izabel Gallotti Rodrigues, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti. Afirmou suspeição a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães.

presidencial, mesmo porque o julgador não está obrigado a rebater, uma por uma, todas as teses por ele levantadas, quando já possui razões suficientes para formar o seu convencimento.

5. Também o fato de que a decisão de primeiro grau foi atacada por dois agravos de instrumento, sendo que em ambos o pedido de efeito suspensivo foi indeferido, não se presta a demonstrar a plausibilidade jurídica da tese esposada pelo autor da ação popular, pois os requisitos e pressupostos do agravo de instrumento são diversos daqueles da suspensão de medida liminar, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas, não podendo a decisão presidencial se imiscuir no mérito do processo principal.

6. O interesse público, bem assim a grave lesão à ordem e à economia públicas, suficientes para a suspensão da decisão de primeiro grau, também foram suficientemente demonstrados, em razão do reduzido quadro de Procuradores da Fazenda atualmente em exercício, mormente com o advento da Lei 11.457/2007, que criou a denominada Super Receita.

7. A deficiência de novos Procuradores da Fazenda faz com que se sobrecarregue nos ombros daqueles atualmente em exercício todo o peso decorrente do enorme volume de trabalho, fato que compromete a qualidade dos serviços por eles prestados, prejudicando o erário e, por consequência, a população em geral. Compromete, também, a arrecadação de tributos, trazendo perdas consideráveis de receita para a União, com o decurso do tempo para o recebimento dos créditos tributários.

8. Assim, eventual exoneração dos candidatos empossados de acordo com as novas regras, em caso da procedência final do pedido formulado na ação popular, constitui-se em mal menor em face da gravidade da situação vivenciada pela Procuradoria da Fazenda Nacional com a deficiência de seus quadros.

9. Quanto às alegações de cabimento da concessão da medida liminar em sede de ação popular e de não esgotamento do objeto da ação pela decisão de primeiro grau, observo que elas não foram abordadas nas razões de decidir, sendo desnecessário, assim, me estender sobre esse ponto, mesmo porque dizem respeito ao mérito da ação principal.

10. Entendo, também, inexistir as alegadas violações aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital, da impessoalidade ou da moralidade administrativa, mesmo porque se tratam de meras alegações.

11. O agravante não apresentou nenhuma evidência no sentido de que a interpretação dada pelo CSAGU ao item 8.5.3 do Edital ESAF 35/2007 visou a beneficiar este ou aquele candidato em particular. Ao contrário, observo que a preocupação do Conselho Superior foi com interesse público, que deve prevalecer em detrimento dos interesses do autor popular ou de qualquer outro interessado.

12. Nesse sentido, vale transcrever trecho do parecer exarado pelo ilustre membro da Procuradoria da República no Maranhão, José Milton Nogueira Junior (fls. 716-723), ao concluir pela improcedência da Ação Popular, cuja suspensão da decisão liminar é objeto deste Agravo, *verbis*:

“(…)

Fazendo menção ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, registrou o Corregedor-Geral da União: ‘Entendeu-se, na ponderação ente ‘ganhos’ e ‘perdas’, núcleo prático do critério ou sub-princípio aludido, que o ingresso, entre os aprovados, dos ‘novos’ candidatos, com pontuação global nas provas subjetivas igual ou superior a 120 (cento e vinte) pontos, adequa-se melhor ao interesse público. Admitiu-se que a ‘perda’ com a alteração de posições entre os aprovados é menos significativa que o ‘ganho’ resultante da ampliação qualificada da concorrência’ (fls. 419/420).

De fato, parece ser essa a opção que melhor prestigia o interesse público, como critério a ser dotado pelo intérprete de normas administrativas, conforme o art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/99. É que o benefício por ela trazido (ingresso de mais de 250 candidatos) supera os prejuízos dela decorrentes (reposicionamento de alguns participantes), além do que segue a trilha do entendimento costumeiramente adotado pelos tribunais pátrios, segundo o qual a dúvida sobre conteúdo de dispositivo editalício deve ensejar interpretação inclusiva, em prestígio aos princípios da acessibilidade dos cargos públicos, da impessoalidade, moralidade administrativa, etc.

Esse, inclusive, o espírito, que norteou o Edital ESAF nº 35/2007, ao permitir, no subitem 8.5.2, a inclusão, entre os candidatos aptos a realizar

as provas discursivas (quádruplo do número de vagas), daqueles participantes cujas notas estivessem empatadas com a correspondente à última colocação, dentre os habilitados.

Como registrado à fl. 391, 'a interpretação originariamente dada pelo CSAGU, em sessão do dia 28/02/2008, foi modificada porque não se coadunava com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, adotando uma interpretação de natureza restritiva, ao invés de optar pela mais favorável aos candidatos, a qual, ressalte-se, não representa comprometimento da lisura do processo de seleção.'

Como se vê, a decisão tomada pelos integrantes do CSAGU foi embasada nos princípios norteadores da conduta do Administrador, tendo considerado, na oportunidade, todos os 'prós' e os 'contras', para, ao fim, firmar o posicionamento mais condizente com o fim público destinado pelo concurso. Considerou, também, como dito acima, a posição adotada pelo Ministério Público Federal em recomendação, assinada por membro oficiante na Procuradoria da República no Rio Grande do Norte e expedida justamente no intento de ver adotada a interpretação mais inclusiva, em respeito ao atual posicionamento jurisprudencial.

(...)"

13. Assim, caso sejam empossados Procuradores da Fazenda e, ao final, se decida pela ilegalidade do ato administrativo, o erário não terá qualquer prejuízo, pois houve a contraprestação de serviço pelo que eles receberam.

14. Ao contrário, caso eles não sejam empossados e, ao final, o ato seja reconhecido como legal, esses mesmos candidatos terão direito subjetivo de receber todos os atrasados, desde a data em que deveria ter ocorrido a nomeação, a título de indenização, sem terem realizado a necessária contraprestação de serviço.

15. Nesse sentido é a bem elucidativa manifestação do eminente Auditor André Luis de Carvalho, bem o voto proferido pelo eminente Ministro Benjamin Zymler, na sessão plenária do Tribunal de Contas da União que rejeitou a medida cautelar proferida no bojo do processo TC-021.941/2008-0 (DOU de 29/08/2008), *verbis*:

"(...)

Auditor André Luis de Carvalho

Em relação ao fato da cautelar ser parcial, atingir apenas 18 candidatos, poderia surgir a seguinte situação de fato, pois ela é viável: imagine que eu sou um desses 18 candidatos e seja segundo colocado, o terceiro colocado tomará posse na minha frente. Eu, então, passo a ter direito subjetivo ao direito de preferência e poderia conseguir uma liminar junto ao poder judiciário porque fui preterido no direito. Como regra, pelo que eu tenho acompanhado ao longo do tempo em concurso público, quando é dada uma liminar que atinge o septuagésimo candidato, dali para trás todos ficam comprometidos, porque não teria como atingir o segundo colocado, suspendendo a posse dele, e permitir a posse do terceiro colocado. Até porque nós sabemos que, a partir daí, geram-se direitos subjetivos, por exemplo, a data da posse conta para efeito de antiguidade, com é o nosso caso aqui no Tribunal, então essa é uma segunda questão para ser examinada.

O caso que o Ministro Raimundo Carreiro está trazendo é bem diferente do que o Ministro Benjamin Zymler trouxe, porque no caso do Ministro Zymler os candidatos não estavam nomeados e neste caso, eles já estão, ou seja, há um direito líquido e certo à posse.

Por fim, gostaria de destacar que, na minha visão, não há periculum in mora. Na verdade, o periculum in mora é inverso, é contra a administração. Se esses 18 candidatos forem suspensos da posse e mais tarde o tribunal vier a decidir no mérito sobre a possibilidade deles terem tomado posse, terão o direito a receber os atrasados desde a nomeação e receberão esses valores a título de indenização, sem ter realizado o serviço em prol da administração. Por outro lado, esses mesmos 18 que agora estariam suspensos da posse, não causariam nenhum prejuízo ao erário se tomassem posse. Primeiro porque a posse é precária, uma vez que o ato terá que vir a registro diante do Tribunal e o registro é uma condição extunc. Se, no mérito, o Tribunal decidir que a posse desses 18 é efetivamente ilegal, os efeitos são desfeitos desde a origem. Quanto aos atos praticados por eles no período não teremos problemas porque serão considerados servidores de fato e os terceiros de boa fé também serão resguardados. Então me parece que, nesse momento, a adoção da cautelar causa mais prejuízo à administração do que benefício, porque estaremos impedindo a posse de 18 candidatos que, posteriormente, se no mérito forem favorecidos, receberão indenização sem contraprestação de serviço, ao passo que os mesmos 18 podem ficar trabalhando e, quando o Tribunal vier a decidir no mérito, apondo o registro a cada ato, se decidir se decidir que a posse foi ilegal, eles simplesmente sairão

e não haverá prejuízo ao erário porque para o que eles receberam houve contraprestação de serviço. Nesse sentido, eu acho que, se o relator assim considerar, ele poderia rever a cautelar no sentido de permitir a posse de todos os candidatos e, mais à frente, do Tribunal vier a decidir o mérito.

Ministro Benjamin Zymler:

Pensando no que o Ministro André Luis colocou de forma muito apropriada eu alterei um pouco meu entendimento. Eu imaginava que haveria um conjunto de 500 pessoas ou mais aprovadas no concurso, mas não aqueles que seriam chamados nesse primeiro lote de Procuradores da Fazenda Nacional. A argumentação do Ministro André é importantíssima porque esse escalonamento da ordem hierárquica de classificação tem que ser respeitado, então não há como determinar a posse da totalidade dos 200 e tantos sem que essa ordem seja respeitada. Em algum momento isso vai parar - quando você tiver o primeiro dos 18 não classificados, a posse daí por diante não poderá ser feita. Isso é uma verdade inconteste, é um dado a priori. De outro lado, a argumentação do Ministro André me parece bastante razoável no sentido que o *periculum in re* parece preponderar sobre o *periculum in mora* direto e nós temos mecanismos para lidar, eventualmente, com a decisão de mérito contrária à posse desses 18. Nós teríamos como, eventualmente, determinar *ex tunc* a anulação do provimento dos cargos, o que me parece menos traumático do que determinar agora. Porque, na verdade, se o segundo colocado já tiver dentre esses 18, a gente vai determinar a posse de 1; se for o primeiro colocado, nenhum. Realmente não dá para imaginar que o 24º possa tomar posse antes do 23º, nem de forma condicional. Isso me parece absolutamente pacificado. Vossa Excelência tinha me dito com toda a clareza que haveria também decisão judicial, na verdade a cassação de uma cautelar em mandado de segurança, cautelar esta que proibia a posse. Nós, então, estaríamos dando uma cautelar obstruindo a posse, o que seria, de alguma forma, uma colisão com um provimento jurisdicional. É óbvio que isso pode suscitar uma discussão mais ampla, pois nós temos autonomia no exercício da função mas é sempre inconveniente esse tipo de colisão. Em resumo: havia uma cautelar em mandado de segurança, que impedia a posse, essa cautelar foi cassada e a posse agora é possível. Isso não impede, eu reconheço, que o Tribunal, por outras razões ou até as mesmas razões, eventualmente, exerça um juízo autônomo dizendo que não deve ser dada posse a este ou aquele, mas ainda assim eu sinto que há uma colisão e não será todo e qualquer magistrado que

entenderá com tranquilidade essa interpretação. O direito é amplo e complexo. Ministro Raimundo Carreiro, por essas razões, menos as minhas razões e mais as razões do ministro André, que realmente me sensibilizam, eu acho que a gente poderia não dar a cautelar, se Vossa Excelência me permitir sugerir também, e acelerar o julgamento de mérito porque não há de vir nenhum problema. Depois, se nós acharmos que os 18 que entraram não tinham condições, nós temos como reverter essa situação e isso não será muito traumático. Imagino que pode haver um trauma extraordinário no preenchimento dos quadros da AGU. Eu faria coro, então, à solicitação do eminente Ministro André para pedir, se Vossa Excelência entender conveniente, que nós pudéssemos rever essa medida cautelar ou deixá-la para um momento futuro.

(...)"

16. Por outro lado o v. acórdão do colendo TCU que julgou a denúncia formulada pelo ora agravante, no r. voto condutor do revisor, ilustrado Ministro Benjamin Zymler, demonstra o acerto de minha decisão, ainda que a ela não se referindo, porém demonstrando o grave risco à ordem pública e econômica ao afirmar:

"(...)

- no total, 893 candidatos foram classificados no certame. Destes, 635 pertencem ao Grupo A e 258 pertencem ao Grupo B;

- até o momento, 440 candidatos foram nomeados. Destes, 390 pertencem ao Grupo A e 50 pertencem ao Grupo B;

- dentre os 50 candidatos pertencentes ao Grupo B e já nomeados, 40 pediram exoneração de seus antigos cargos, sendo que a grande maioria ocupava cargos pertencentes a outros entes da federação ou não era estável, o que impossibilitaria a sua recondução aos cargos ocupados anteriormente.

- 245 candidatos do Grupo A e 218 candidatos do Grupo B ainda não foram nomeados.

- existem 604 cargos vagos e 418 cargos remanescentes a serem preenchidos no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional.

15. Ao se decidir pelo direito do primeiro grupo, o TCU estará excluindo o outro do certame. E o mais grave, estará deixando 50 pessoas em situação bastante delicada, muitas das quais não poderão retornar aos seus antigos empregos ou cargos. Ao decidir pelo segundo, estará,

eventualmente, prejudicando individualmente candidatos do primeiro grupo, na medida em gerar reposicionamento dos candidatos aprovados no certame. Não haverá, no entanto, o prejuízo maior da desclassificação.

16. Há que se considerar, ainda, o posicionamento da AGU no sentido de existirem cargos a serem providos em número suficiente para abranger todos os aprovados, bem como notícia trazida ao meu conhecimento, via Memoriais distribuídos em meu Gabinete, de que o concurso será prorrogado por mais 1 (um) ano.

17. Em síntese, estando-se diante de um ato viciado, abrem-se dois caminhos: anulá-lo ou convalidá-lo. Presentes os requisitos exigidos para a convalidação do ato, há que se conferir a ele a interpretação que melhor atenda ao interesse público e menor prejuízo cause aos interesses de terceiros, nos termos prescritos pelo artigo 55 da Lei nº 9784/99. Nesse sentido, entendo que a interpretação defendida pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, de que estarão aprovados aqueles que alcançaram 60% do somatório das notas das provas discursivas, é a que melhor atende, ainda que somente sob o aspecto coletivo, o requisito que busca minimizar o prejuízo causado a terceiros. Destarte, somente seria possível a convalidação do ato em exame se adotada a mencionada interpretação.

18. Vale registrar, ainda, que, a princípio, poder-se-ia cogitar que a interpretação conferida pelo Conselho Superior da AGU ao subitem 8.5.3 do edital seria incompatível com os subitens 1.2 e 8.1, que conferem caráter eliminatório às provas discursivas. Todavia, o caráter eliminatório do certame permanece preservado, tendo em vista que, caso um candidato obtenha 20 pontos em uma das provas, terá a obrigatoriedade de obter nota máxima na outra (100 pontos) para não ser eliminado. Por outro lado, caso alcance apenas 19 pontos em um das provas, estará automaticamente desclassificado do certame por não ter atingido a nota de corte prevista, qual seja, 60% do somatório das duas provas discursivas.

19. Por fim, trago excerto do voto do eminente Relator que bem sintetiza a decisão que ora se impõe:

“14. Se este Tribunal considerar que a dúvida é razoável, entendo que deverá pronunciar-se pela improcedência da Representação; caso contrário, reputando que a dúvida não é razoável, ou seja, entendendo que o edital, considerado como um

todo, é suficientemente claro, a Representação seria, como decorrência, procedente.”

20. Concluo no sentido de que (i) a dúvida quanto à interpretação do item 8.5.3 do Edital nº 35/2007 é razoável e, mais, que (ii) a interpretação defendida pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, de que estarão aprovados aqueles que alcançaram 60% do somatório das notas das provas discursivas, é a única que atende aos requisitos cumulativos da convalidação uma vez que, além de possuir defeitos sanáveis e inexistir lesão a interesse público, afasta no mais alto grau possível os prejuízos a terceiros.

(...)”

17. Finalmente, cabe, ainda, lembrar que o próprio pedido da medida liminar que suspendi, recebeu manifestação contrária do Ministério Público Federal perante a instância *a qua*, fls. 558 e ss., pela letra de outro integrante que não o que lavrou o parecer final na ação popular, referido no item 12.

Pelo exposto, *nego provimento* ao Agravo Regimental.

É como voto.

Voto-vogal

Of. Exmo. Sr. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: – Senhor Presidente, tenho convicção firmada a respeito da excepcional Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. A lei é de exceção e o Estado, hoje, é de direito. Portanto, a lei que criou a figura excepcional de suspeição de segurança, rompendo com o devido processo legal, é um diploma autoritário. O Supremo Tribunal Federal, com sua nova constituição de juízes constitucionalistas, tem sindicado os diplomas autoritários para bani-los do ordenamento jurídico.

No caso em exame, Vossa Excelência cumpriu a lei e determinou a suspensão da segurança com base no fundamento de lesão à ordem de economia pública e administrativa. A rigor, entendo que a expressão contida na lei, “contrariedade à ordem, à saúde, à segurança, à administração e à economia pública”, há de ter uma dimensão, mesmo no texto normativo excepcional da Lei 4.348/64, art. 4º, em termos de se tutelar interesses difusos e primários da sociedade.

No caso, temos interesses coletivos, pois são candidatos a um concurso de procurador da Fazenda

Nacional. Salvo engano, um dos eminentes pares que me antecedeu observou, com inteira razão, que a ação popular já não teria legitimidade, no que concordo, pois na ação popular há de se buscar a defesa dos interesses difusos da coletividade, e não o interesse particular da parte. Se o autor popular também concorre a alguma vaga nesse concurso, não teria mesmo legitimidade para propor esta ação popular. E se a ação popular não tem legitimidade, exatamente por não buscar a defesa dos interesses difusos da coletividade, é evidente que a suspeição de segurança, que também deveria tutelar os interesses difusos e primários da sociedade, não tem legitimidade.

Como ficamos diante da lacuna do ordenamento jurídico quando a Constituição impõe, como garantia fundamental de todos, que nenhuma lesão poderá ser eximida ou afastada da tutela jurisdicional do Estado, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXV, do texto magno? Ora, o processo é apenas um instrumento, e não um fim em si mesmo. Não concordo, com a devida vênia, com a observação constante da decisão agravada no sentido de que a decisão liminar do juízo singular é satisfativa, porque determinou a suspensão do ato administrativo que nomeara os candidatos interessados neste pleito. Ao contrário, a decisão singular é nitidamente cautelar, e não satisfativa. Satisfativa seria se nomeasse, mas não nomeou; suspendeu a nomeação e, por isso, aí se revela seu caráter de cautelaridade.

O Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian: Gostaria de fazer um esclarecimento: não suspendeu a nomeação, mas a interpretação e, via de consequência, seriam nomeados “X” daquela lista que estariam na mesma situação que o autor da ação popular. Suspendendo a liminar, deixei livre a administração para nomear aqueles que, em maior número, tivesse considerado aprovados.

O Desembargador Federal Souza Prudente: Vossa Excelência foi muito claro em sua douta decisão quando disse: “Analisando os efeitos da liminar atacada, percebemos claramente que desta resulta o total esgotamento do objeto da ação, uma vez que determinou a integral suspensão do ato que, no mérito, se pretende ver anulado, qual seja, a decisão do CSAGU, que considerou habilitados no concurso em questão os candidatos que obtiveram 60% do somatório das provas discursivas, sem importar a nota alcançada em cada uma delas (item “a” do Edital Esaf 20, de 9 de maio

de 2008).” Não vejo qualquer caráter satisfativo da decisão singular na espécie, mas se encontra, na minha ótica, inteiramente revestida de cautelaridade.

Ora, diante dessas considerações, o que busco aqui é encontrar exatamente o instrumento processual no ordenamento jurídico para tutelar o direito dos candidatos interessados no concurso e que aqui se encontram no feito popular, certamente na condição de litisconsortes passivos necessários. É bem verdade que a doutrina e a jurisprudência que se construiu em torno da excepcional figura da suspensão de segurança, prevista na Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, é tranquilíssima no sentido de que não há de se adentrar no mérito da causa em que se deferiu ela, mas tão-somente nos pressupostos legais autorizativos dessa suspensão de segurança. Sob o ponto de vista técnico, tudo isso está correto. Mas vou ousar romper com o princípio da congruência exatamente para buscar o mérito da decisão singular, que deferiu a liminar postulada pelo autor popular, por entender que a decisão é teratológica. E é teratológica exatamente em face da clareza meridiana do item 8.5.3 do edital regulador do certame, que é objeto de todo o questionamento em discussão e que dispõe o seguinte: “Cada prova discursiva terá nota máxima de 100 pontos e será considerado habilitado o candidato que obtiver nota mínima de 60 pontos do somatório dos pontos referentes a cada prova discursiva, obedecido o limite estabelecido no subitem 8.5.2.”. É evidente que a interpretação do autor popular é absurda no sentido de exigir que cada candidato obtenha, no mínimo, 60 pontos em cada prova. O edital é claro. É o somatório dos pontos referentes a cada prova que deve resultar em 60 pontos como pontuação mínima de aprovação. Essa é a questão posta nos autos.

E é exatamente por entender que o direito dos candidatos litisconsortes passivos nesta ação popular é cristalino na interpretação dada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ao item do edital que vou acompanhar a conclusão do voto de Vossa Excelência para negar provimento ao agravo regimental, afastando a excepcionalidade autoritária da Lei de Suspensão de Segurança. Acompanho, com essas razões. Nego provimento ao agravo regimental.

Primeira Seção

Ação Rescisória

2007.01.00.051462-0/GO

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Autor: Maria Aparecida Martins
Advogado: Dr. João Antônio Francisco
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Dr. Miguel dos Santos Fonseca Neto
Publicação: e-DJF1 de 18/5/2009, p.5

Ementa

Ação Rescisória. Depósito. Gratuidade judiciária. Desnecessidade. Erro de fato. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Valoração de provas. Admissibilidade. Solução pro misero. Início de prova material. Inexistência. Pedido improcedente.

I. Este egrégio Tribunal já firmou entendimento, na esteira de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se exige o depósito referido no artigo 488, II, do CPC quando o demandante esteja litigando sob o pálio da Justiça Gratuita, caso destes autos.

II. Também já está pacificada a jurisprudência que afirma a possibilidade, em tese, de ajuizamento de ação rescisória, baseada em ocorrência de erro de fato, para fins de reexame da valoração das provas produzidas em ação de natureza previdenciária, quando demonstrado que houve descon sideração do início de prova documental existente nos autos. Trata-se de solução 'pro misero' adotada por construção pretoriana, visando conferir efetividade aos fins sociais a que se destina a legislação previdenciária. Precedentes: AR 2007.01.00.021035-9/GO, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 p.13 de 07/07/2008; AR 1.335/CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 22.11.2006, DJ 26.02.2007 p. 541; AR 813/SP, Rel. Ministro Félix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28.06.2006, DJ 28.08.2006 p. 210; AR 2.340/CE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 28.09.2005, DJ 12.12.2005 p. 269 AR 2.774/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 28.06.2004 p. 184.

III. A existência de 'erro de fato' é traduzida na lei processual civil vigente (artigo 485, parágrafo 1º, do CPC) como sendo: a) a admissibilidade de um fato inexistente como existente; b) a consideração de um fato inexistente como efetivamente ocorrido. Em ambas as hipóteses, contudo, exige-se que "não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato" (artigo 485, parágrafo 2º, CPC).

IV. A leitura do acórdão rescindendo revela que não houve o alegado 'erro de fato', já que a prova produzida nos autos foi devidamente valorada, tendo sido os documentos apresentados – Certidão de casamento em que consta a profissão do marido como motorista e certificado de eleitor com profissão escrita à mão - considerados insuficientes para demonstrar o exercício de atividade rural pela autora.

V. O certificado de dispensa de incorporação militar do marido da autora não havia sido juntado aos autos da ação originária, em que proferido o acórdão rescindendo. Portanto, impossível rescindir-se o acórdão por 'erro de fato' em razão da alegada descon sideração de tal documento.

VI. Pedido improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, admitir a ação rescisória e julgar improcedente o pedido nela formulado, nos termos do voto do relator.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 31/3/2009.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo:
– Trata-se de ação rescisória por meio da qual pretende a demandante *Maria Aparecida Martins* rescindir acórdão proferido pela 2ª Turma deste Tribunal, que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por idade de trabalhador rural formulado nos autos da ação originária, por não vislumbrar na hipótese a presença de início razoável de prova material.

Sustenta a autora que o acórdão rescindendo contém fundamentos que evidenciam a ocorrência de erro de fato (artigo 485, IX, do CPC), porquanto deixou de considerar como comprobatórios do efetivo exercício de atividade rural pela autora o certificado de alistamento militar de seu marido, em que consta sua qualificação como lavrador.

Instruindo a exordial vieram documentos extraídos da ação originária.

Citado, o INSS compareceu aos autos e apresentou contestação na qual pugnou pela não admissibilidade da ação rescisória, e, no mérito, sustenta que a pretensão formulada na exordial é de reapreciação da prova carreada aos autos da ação originária, que foi devidamente considerada pelo acórdão rescindendo, não estando caracterizado o alegado ‘erro de fato’, nos termos delineados no parágrafo 1º do artigo 485, do CPC.

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal pela improcedência do pedido.

Nos termos do artigo 330, I, do CPC, vieram os autos a julgamento.

É o Relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Preambularmente, observo que o acórdão rescindendo transitou em julgado na data de 19 de

março de 2007 (fls.39), sendo, portanto, tempestivo o ajuizamento da presente ação rescisória (artigo 495 do CPC).

Ainda em caráter preliminar, tendo sido pedido na exordial o benefício da gratuidade judiciária, que não foi apreciado, defiro-o nesta oportunidade.

Este egrégio Tribunal já firmou entendimento, na esteira de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se exige o depósito referido no artigo 488, II, do CPC quando o demandante esteja litigando sob o pálio da Justiça Gratuita, caso destes autos.

Também já está pacificada a jurisprudência que afirma a possibilidade, em tese, de ajuizamento de ação rescisória, baseada em ocorrência de erro de fato, para fins de reexame da valoração das provas produzidas em ação de natureza previdenciária, quando demonstrado que houve descon sideração do início de prova documental existente nos autos. Trata-se de solução ‘pro misero’ adotada por construção pretoriana, visando conferir efetividade aos fins sociais a que se destina a legislação previdenciária. Precedentes: AR 2007.01.00.021035-9/GO, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 p.13 de 07/07/2008; AR 1.335/CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 22.11.2006, DJ 26.02.2007 p. 541; AR 813/SP, Rel. Ministro Félix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28.06.2006, DJ 28.08.2006 p. 210; AR 2.340/CE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 28.09.2005, DJ 12.12.2005 p. 269 AR 2.774/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 28.06.2004 p. 184.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Francisco de Assis Betti, Carlos Moreira Alves, a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado).

Ao que se apura, a causa de pedir que norteia o pedido rescisório formulado na presente demanda tem por fundamento a ocorrência de 'erro de fato', traduzido na lei processual civil vigente (artigo 485, parágrafo 1º, do CPC) como sendo: a) a admissibilidade de um fato inexistente como existente; b) a consideração de um fato inexistente como efetivamente ocorrido. Em ambas as hipóteses, contudo, exige-se que "não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato" (artigo 485, parágrafo 2º, CPC).

Ocorre, entretanto, que a leitura do acórdão rescindendo revela que não houve o alegado 'erro de fato', já que a prova produzida nos autos foi devidamente valorada, tendo a ilustre relatora do julgado se manifestado sobre ela nos seguintes termos (fls. 37):

... a parte autora não se desincumbiu do ônus de instruir a peça inicial com documentos comprobatórios de sua atividade campesina. A certidão de casamento, único documento juntado, evidencia a profissão de seu marido como motorista. Além disso, a testemunha Maria Aparecida Martins afirmou em seu depoimento que 'atualmente o marido da autora trabalha puxando alunos'. (cf. fls. 39)

Quanto à cópia do título de eleitor do marido da autora, além de ter sido anexada aos autos quando da juntada das razões de apelação, não há como precisar a veracidade da informação, tendo em vista que o documento foi preenchido a máquina e a profissão manuscrita, o que gera dúvidas acerca da época de seu preenchimento.

O documento apresentado como início de prova material do exercício de atividade rural – certificado de dispensa de incorporação militar do marido da autora – não havia sido juntado aos autos da ação originária. Ademais, verifica-se que apresenta o mesmo problema detectado anteriormente em relação ao título de eleitor do marido da autora: encontra-se inteiramente datilografado, exceto no tópico relativo à profissão do titular, em que está manuscrito.

Em assim sendo, a presente ação rescisória deve ser julgada improcedente, já que não configurada situação ensejadora de desconstituição da coisa julgada material formada nos autos da ação originária.

Em situações análogas, esta 1ª Seção já decidiu:

Previdenciário e Processual Civil. Ação Rescisória. Depósito prévio da multa. Inexigibilidade. Justiça gratuita. Art. 485, IX, do CPC. Erro de fato. Valoração da prova produzida na ação subjacente. Admissibilidade. Aposentadoria rural. Documentos embaixadores da decisão rescindenda. Certidão do cartório de registro de imóveis. Cônjuge qualificado como fazendeiro. Certificado de cadastro de imóvel rural. Presença de dez trabalhadores assalariados no ano de 1989 e de um trabalhador assalariado nos anos de 1991, 1992 e 1993. Área rural de mais de sessenta e sete hectares. Não-enquadramento da autora como segurada especial. Pedido rescisório improcedente.

I. É isento do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC a parte autora de ação rescisória beneficiária da assistência judiciária.

II. A jurisprudência do colendo STJ é pacífica no sentido de autorizar a propositura de ação rescisória com fundamento em erro de fato, com vistas ao reexame da valoração das provas produzidas em ação de natureza previdenciária, em prol da solução pro misero, uma vez que desconsiderado o início de prova documental existente nos autos (AR 1.335/CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 22.11.2006, DJ 26.02.2007 p. 541; AR 813/SP, Rel. Ministro Félix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28.06.2006, DJ 28.08.2006 p. 210; AR 2.340/CE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 28.09.2005, DJ 12.12.2005 p. 269 AR 2.774/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 28.06.2004 p. 184).

III. Verificando-se no aresto rescindendo, em voto-condutor minucioso e analítico de todo o conjunto probatório constante dos autos da ação subjacente, a qualificação como fazendeiro do cônjuge da autora, expressa em certidão do Cartório de Registro de Imóveis; a presença de dez trabalhadores assalariados na Fazenda no ano de 1989 e de um trabalhador assalariado nos anos de 1991, 1992 e 1993, atestadas no Certificado de Cadastro de Imóvel Rural; e, a propriedade rural da autora com dimensão superior a sessenta hectares, concluiu-se pelo não-enquadramento da requerente como segurada especial beneficiária da aposentadoria rural pretendida, não se configurando na espécie a hipótese de erro na valoração das provas coligadas no petitório originário.

IV. Preliminares rejeitadas. Pedido rescisório julgado improcedente.

V. Autora condenada ao pagamento da verba honorária da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da causa rescisória, ficando a respectiva execução suspensa, nos termos do art.

12, da Lei 1.060/50, em razão dos benefícios da justiça gratuita.

VI. Isenção do depósito prévio a que se refere o art. 488, II, do CPC, ante à assistência judiciária concedida. Sem custas processuais.” (AR2007.01.00.021035-9/GO, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção,e-DJF1 p.13 de 07/07/2008).

Previdenciário e Processual Civil. Ação Rescisória. Pedido de Assistência Judiciária. Presença dos pressupostos. Deferimento. Depósito prévio da multa prevista no art. 488, II, do CPC. Inexigibilidade. Possibilidade de aferição da tempestividade do ajuizamento da ação. Instrução dos autos com cópia do voto proferido no aresto rescindendo. Verificação da autenticidade. Hipossuficiência da parte autora. Rejeição da preliminar de inépcia da inicial. Aposentadoria rural por idade. Art. 485, V, do CPC e art. 105, inc. I, “e”, da Constituição Federal. Alegação de ofensa a literal dispositivo de Lei. Art. 55, §3º, da Lei n. 8.213/91. “erro de fato” na valoração da prova produzida na ação subjacente. Carteira sindical. Filiação posterior ao implemento do requisito etário. Inexistência de início razoável de prova material a corroborar a prova testemunhal. Improcedência do pedido subjacente. Improcedência do pedido rescisório.

I. Presentes os pressupostos, defere-se o pedido de assistência judiciária formulado na exordial da Rescisória, isentando-se o beneficiário do depósito prévio da multa prevista no art. 485, II, do CPC.

II. Tendo sido instruída a petição inicial da ação rescisória com a cópia do voto proferido no acórdão rescindendo, com identificação do processo a que se refere, cuja autenticidade e data do trânsito em julgado pôde-se verificar junto ao Sistema de Informações Processuais da Justiça Federal da Primeira Região, rejeita-se, em atenção também à hipossuficiência da parte autora, a preliminar formulada em contestação de inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação.

III. A jurisprudência deste Tribunal Regional Federal tem admitido, em prol da solução *pro misero*, o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em erro de fato, com vistas ao reexame da valoração das provas produzidas em ação de natureza previdenciária.

IV. O benefício de aposentadoria por idade de rurícola somente poderá ser concedido quando restar comprovada a condição de trabalhador rural do segurado por prova material plena ou por prova testemunhal baseada em início de prova documental, na forma do §3º do art. 55 da Lei n.

8.213/91, bem como, a idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para mulher.

V. Não se admite como início razoável de prova material da condição de trabalhador rural unicamente a cópia de carteira sindical, demonstrando que a data de admissão na entidade é posterior ao adimplemento do requisito etário. Precedentes.

VI. Pedido rescisório que se julga improcedente.

VII. Autora condenada ao pagamento de verba honorária da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da causa rescisória, ficando a respectiva cobrança suspensa, nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50, em virtude de ser beneficiária de assistência judiciária. Sem custas processuais.

VIII. Isenção do depósito prévio a que se refere o art. 488, II, do CPC, ante à assistência judiciária concedida.” (AR 2006.01.00.039276-0/GO, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção,e-DJF1 p.143 de 09/06/2008).

Previdenciário e Processual Civil. Ação Rescisória. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Art. 485, IX, CPC. Erro de fato. Admissibilidade da ação. Inexistência de início razoável de prova material a corroborar prova testemunhal. Reconhecimento posterior pelo INSS. Origem diversa. Improcedência da ação.

I. O erro de fato que fundamenta o ajuizamento da ação rescisória é aquele decorrente da desconsideração dos documentos apresentados pela parte autora nos autos da ação originária ou da existência de manifesto equívoco quando de sua apreciação ou ainda quando a conclusão do julgado rescindendo é absolutamente contrária ao conteúdo da prova material (art. 485, IX e § 1º, do CPC).

II. Inocorrência, *in casu*, do erro de fato a ensejar a admissão da ação rescisória, já que o acórdão rescindendo, analisando os documentos juntados para a instrução da ação ordinária, entendeu que não restou comprovado o exercício de atividade rural da autora, junto com o seu marido, não havendo sequer início de prova material a corroborar a prova testemunhal coligida.

III. Firme é o entendimento jurisprudencial no sentido de que a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para fins de comprovação do exercício de atividade rural. Confira-se a Súmula de nº 27 deste Tribunal: ‘Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para o reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural’. E também o Enunciado de nº 149 da Súmula do STJ: ‘A prova exclusivamente testemunhal não basta à

comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário'.

IV. A alegação da autora de que foi reconhecido, administrativamente, pelo INSS o direito ao benefício não tem o condão de rescindir o acórdão impugnado, eis que tal reconhecimento pode basear-se em outros documentos ou em elementos que não foram objeto de análise por este Tribunal. O fato de a ação ordinária ter sido julgada improcedente não impede que o INSS venha a conceder posteriormente o benefício postulado.

V. Rescisória que se julga improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas processuais, da multa de que trata o art. 488, II, do CPC e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 100,00 (cem reais), cuja condenação deve ser suspensa, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50, por litigar sob o pálio da assistência judiciária." (AR 2001.01.00.026772-4/DF, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Seção,DJ p.02 de 21/09/2005).

Diante do exposto, admito a rescisória e julgo improcedente o pedido. Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes em quantia equivalente a 10% do valor atribuído à causa. Todavia, estando a autora sob o pálio da gratuidade judiciária, deverá permanecer suspensa a execução, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei 1.060/50.

É o voto.

Ação Rescisória

2004.01.00.009836-5/BA*

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Carlos Olavo
Autora: Patrícia Domingues de Freitas
Advogada: Dra. Eryka Farias de Negri e outros
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Dr. Leandro Zannoni Apolinario de Alencar
Réu: Álvaro Domingues da Silva
Curadora: Maria Susana Minare Brauna
Publicação: e-DJF1 de 9/3/2009, p. 15

Ementa

Processual Civil. Ação Rescisória. Decisão de mérito que admitiu fato inexistente. §§ 1º e 2º do art. 485 do CPC. Procedência do pedido. Novo julgamento da lide. Pensão. Filha equiparada. Lei 3.373/1958. Condição reconhecida administrativamente. Revisão em face de nova lei: impossibilidade.

I - Viola disposição de lei o *decisum* que não enfrenta questão apontada como omissa, mesmo provocado por sucessivos embargos de declaração (incidência na hipótese do art. 485, II, do CPC)

II - Direito da neta, equiparada por decisão administrativa à filha, ao benefício de pensão temporária a que alude o inciso II do art. 5ª da Lei 3.373/1958, enquanto mantiver-se solteira e não ocupar cargo público permanente.

III - Ação rescisória julgada procedente.

IV - Rejulgamento da causa para conceder a segurança.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Carlos Olavo, julgar procedente a Ação Rescisória e, rejulgando a ação rescindenda, conceder a segurança.

1ª Seção do TRF 1ª Região - 21/10/2008.

Desembargador Federal *Carlos Olavo Pacheco de Medeiros*, relator para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: – Trata-se de Ação Rescisória proposta por *Patrícia Domingues de Freitas* contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e *Álvaro Domingues da Silva*, com fulcro no art. 485, incisos V e IX do CPC, objetivando, *in iudicium rescindens*, a rescisão de julgado proferido nos autos da apelação em mandado de segurança n. 95.01.36215-9/BA (processo

de origem: MS n. 94.8525-7) e, *in iudicium rescissorium*, que outra decisão seja proferida. Requereu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e dispensa da multa de que trata o art. 488, inciso II, do CPC.

Alega, em síntese, que a decisão colegiada teria violado a literalidade dos arts. 128, 458, e seus incisos, 460 e 535, e seus incisos, todos do CPC; bem como o art. 2º e o art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV E LV

* Republicado para fazer constar o voto do Exmo. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho

c/c art. 93, inciso IX, estes da Constituição Federal de 1988. Ainda, com fulcro no inciso IX do art. 485 do CPC, sustenta que o julgamento se deu em erro de fato. Com isso pede:

4) No âmbito do *iudicium rescindens*, que sejam rescindidos os decisórios (acórdão proferido em sede de Apelação bem como aqueles dito integrativos – promanados dos embargos declaratórios) prolatados com mossã à Lei, à Constituição e plasmados em erro de fato, e em sede do *iudicium rescissorium* seja reconhecida a existência de nulidade processual erradicando os provimentos assim maculados, determinando-se, por conseguinte, que outra decisão seja proferida com análise de todos os aspectos agitados na impetração e em conformidade com os exatos limites da lide, mormente ao derredor da alegação em torno da motivação estampada no ato administrativo guerreado traduzir aplicação retroativa da Lei, em ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada administrativa e ao fato consumado, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se à administração para inovar os fundamentos expressamente declinados no ato editado; OU na eventualidade de soçobrem essas pretensões, que seja acolhida a postulação rescisória a fim de que se decrete a rescisão do julgado aqui profligados, porque exarados com infração à Lei e à Constituição, plasmado, ainda, erro de fato; e, examinando a irresignação manifestada, conceda alfin a segurança, pois caracterizada a eficácia retro-operante de preceito legal superveniente, infringente, portanto, do primado do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada administrativa, do fato consumado, além de atentatória ao princípio da segurança jurídica.

Juntou procuração (fls. 46), substabelecimentos (que vieram no curso do feito às fls. 756, 759 e 760) e documentos (fls. 47/399). Cópia do processo originário (MS n. 95.0136215-9/BA) veio para os autos às fls. 408/735.

Comprovante de recolhimento das custas processuais (fls. 400 e 401).

Certidão advinda do STJ informando sobre a homologação de desistência de agravo de instrumento interposto nos autos de origem veio às fls. 743.

Às fls. 403 foi determinada a citação dos réus.

O INSS apresentou sua contestação às fls. 745/749 alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, por estar clara a tentativa de, por meio de rescisória, rediscutir a causa. Salienta que a autora

não apontou as normas violadas, sendo que, durante toda sua argumentação, limitou-se a atacar questões abstratas sobre a legislação previdenciária, processual e constitucional. Afirma que não estão caracterizados os requisitos do erro de fato, a autorizar o ajuizamento da ação rescisória. Averba que os documentos presentes nos autos foram objeto de controvérsia entre as partes e foram efetivamente apreciados pelo órgão julgador na formação do seu convencimento. No mérito, diz que a pensão temporária que era percebida pela autora, tinha previsão na Lei n. 3.373/58, cabível apenas à filha solteira, maior de 21 anos, e esta somente perderia a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente. Conclui, afirmando que, em vista da ilegalidade do ato concessório nada mais havia a Administração que fazer senão cancelar o benefício pago, à autora, por força do princípio da legalidade e amparada pela autotutela.

Diante da certidão de fls. 352, a autora apresentou novo endereço do litisconsorte passivo (fls. 762), com o que foi determinada a sua citação (fls. 781), novamente frustrada (fls. 786).

Com vista dos autos, a autora requereu a citação por edital do réu não localizado (fls. 789), o que foi deferido (fls. 791) e cumprido (fls. 796/799 e 815 e 817).

Deferida a justiça gratuita requerida pela autora (fls. 807), ao réu revel, citado por edital, foi nomeado curador especial à lide (fls. 819).

Álvaro Domingues da Silva, citado por edital, por seu curador, apresentou contestação às fls. 823/828. Afirma que, ao atingir 21 anos a autora deixou de auferir a pensão temporária. Em preliminar, alega ser incabível esta ação, uma vez que não restou demonstrada a violação à lei, como também não ficaram caracterizados os requisitos essenciais para tipificar o erro de fato. No mérito, diz que, numa confusa e redundante inicial, busca a autora justificar sua pretensão, afirmando que a pensão foi concedida com fundamento nas disposições das Leis n. 3.373/58 e 6.782/80. Salienta que, ao invocar as disposições das referidas leis, o IAPAS concedeu a pensão especial tanto às netas que estiveram sob a guarda do instituidor da pensão, quanto ao filho. Diz que a autora está a distorcer a verdade dos fatos, a ponto de afirmar ser filha do segurado. Afirma que a Administração pode anular seus atos quando eivados

de vícios que os tornam ilegais ou, ainda, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade.

Réplicas às contestações vieram às fls. 763/779 e 832/843.

Intimadas as partes (fls. 845), a autora apresentou suas razões finais às fls. 847/851, Álvaro Domingues da Silva às fls. 852/854 e, por fim, o INSS às fls. 858/865.

Parecer do MPF veio às fls. 869/877, opinando pela procedência da ação, porém, após a emenda a inicial, isto para se efetivar o depósito prévio da multa.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: – De início, cuido de verificar se se encontram presentes os pressupostos gerais de admissibilidade da ação rescisória.

As partes são legítimas para a figurarem na presente demanda, posto que todos participaram da lide cuja decisão colegiada pretende a autora ver rescindida.

Pelo que se colhe dos autos, a ação é tempestiva, pois a última decisão proferida naquele feito transitou em julgado em 11.03.2004 (cf. certidão de fls. 743) e este feito foi ajuizado em 17.03.2004, portanto, dentro do biênio legal.

Não há, por outro lado, que determinar a emenda à inicial, como salientado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, para recolhimento da multa do art. 488, inciso II, do CPC. Contrariamente ao entendimento esposado, a meu ver, por estar sob o pálio da assistência judiciária gratuita, fica a autora dispensada do prévio depósito. Essa questão, aliás, creio, não comporta maiores discussões posto ser reiterado nesta Corte (Precedentes desta Primeira Seção: AR 2006.01.00.001286-8/MG, Rel. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil (conv.), e-DJF1 14.07.2008,

p. 06; AR 2007.01.00.021035-9/GO, Desembargador Federal José Amilcar Machado, e-DJF1 07.07.2008, p. 13; AR 2001.01.00.044794-3/GO, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 04.08.2006, p. 3).

Passando às defesas indiretas, afastado, de imediato, a afirmada inépcia da inicial, trazida pelo INSS em sua contestação, pois, a despeito da confusa e extensa, é possível dela extrair a pretensão rescisória.

Quanto à preliminar sustentada pelo curador nomeado ao réu revel, por se confundir com o próprio mérito da ação rescisória, já que se trata da alegação de inocorrência das hipóteses constantes do art. 485 do CPC, juntamente com ele será apreciada.

Pois bem, nada mais havendo a prejudicar o exame desta ação rescisória, volto-me à sua análise com vistas à presença das hipóteses do art. 485 do CPC indicadas pela autora.

Antes, contudo, mister, um breve apanhado dos fatos que norteiam a discussão trazida para estes autos.

A requerente, Patrícia Domingues de Freitas, era neta de Oscar Domingues da Silva (aposentado em 07.02.83), que tomou para si sua guarda (observe que além da autora, também ficou sob sua guarda a neta Valéria, que não participa da lide e nem tem interesse na causa, nascidas, respectivamente, em 11.11.72 e 14.10.70). Com o falecimento do ex-servidor, em 20.07.84, as netas requereram, e obtiveram, pensão temporária, no importe de 1/3 para cada (restando 1/3 para um filho do falecido).

Ressalto que, à época do óbito, a pensão foi concedida com base no parecer visto às fls. 456/459, que, no que interessa ao feito, assim sugeria:

7 – Quanto ao menor sob guarda, segundo se depreende do voto expendido no Proc. TC-22.284/83, Anexo IV da Ata n. 05/84, não faz parte do conceito de família do segurado, a que alude o art. 5º do diploma legal em exame, o que vale dizer não fazer parte do elenco dos filhos de qualquer condição: (...)

8- Embora a Lei n. 3.373/58, não contemple, como vimos, o menor sob guarda, cumpre-nos ressaltar que de acordo com os entendimentos esposados nos Pareceres CGR-I-143/71, I-018/74, L-21/78, P-007/81, CJ/MPAS-01/77 e 009/83, o funcionário do SINPAS é, simultaneamente, beneficiário da retrocitada ordenação jurídica, assim como da Lei n. 3.807/60 (LOPS), sendo os seus dependentes

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Carlos Olavo, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Francisco de Assis e os Exmos. Srs. Juizes Federais Evaldo de Oliveira Fernandes, filho e Iran Velasco Nascimento.

todos aqueles nomeados no art. 12. do R.B.P.S, como seja:

“Art. 12 – São dependentes do segurado:

I/IV – (...)

Parágrafo único – Equiparam-se aos filhos, nas condições do item I, mediante declaração escrita do segurado:

- a) o enteado;
- b) o menor que, por determinação judicial, se acha sob a guarda do segurado;
- c) (...)

Dessarte, em face de tais entendimentos, excepcionalmente, repetimos, são dependentes dos servidores do SINPAS, também aqueles mencionados no RBPS, donde se conclui que as menores em apreço fazem jus à pensão pretendida. (...)

(destaquei)

Assim, por entender, à data da concessão do benefício, que o funcionário do SINPAS era, simultaneamente, regido pela Lei n. 3.373/58 e pela Lei n. 3.807/60 (LOPS), a Administração autárquica, no processo administrativo, concluiu que as netas faziam jus à pensão, por equiparação aos filhos (art. 12, parágrafo único, alínea b).

Ocorre que as netas, ao atingirem a idade de 21 anos tiveram seus benefícios cessados, isso nos anos de 1991 e 1994, o que se deu pelas seguintes razões:

Doc fls. 479:

1 – Informamos que de acordo com o artigo 223, item II, da Lei 8.112/90, o percentual que foi destinado a título de Pensão Temporária a Valéria Domingues de Freitas, neta do ex-servidor Oscar Domingues da Silva, matrícula 1.005.456, Fiscal de Contribuições Previdenciárias, ref. NS-24, falecido em 20.07.84, por ter a referida beneficiária completado maioridade em 14.10.91, conforme certidão de Nascimento as fls. 08, seja rateado a partir de Novembro/91 em partes iguais entre Álvaro Domingues da Silva e Patrícia Domingues de Freitas.

(...)

Doc fls. 485

1 – Informamos que, de acordo com os artigos 217, item II, Letra “b” e 223, item II, da Lei 8.112/90, o percentual que fora destinado a Patrícia Domingues de Freitas, neta sob guarda, do ex-servidor Oscar Domingues da Silva, matrícula SIAPE 949.872, Fiscal de Contribuições Previdenciárias, Classe “A”, Padrão III, falecido em 20.07.84, por ter completado

maioridade em 11.11.93, conforme certidão de Nascimento às fls. 09, fora revertido a contar de 18.11.93, para Álvaro Domingues da Silva (...)

(destaquei)

Diante do sucedido, a suplicante, inconformada com a sua exclusão, impetrou mandado de segurança, processo tombado sob o n. 94.8525-7/BA, em 15.08.1994, pleiteando:

A decretação da nulidade de ato que reverteu na exclusão da Impetrante do rol de titulares da pensão temporária que auferia, garantindo-lhe, assim, a continuidade do benefício pensional durante o tempo em que persistirem as condições objetivas elencadas na Lei n. 3.373/58. (fls. 416)

Foram estes os fundamentos da impetração:

À pensão concedida a Impetrante, distando de 1984, já passado, portanto, quase um decênio, o foi com albergue no permissivo do parágrafo único do art. 5º da Lei n. 3.373, de 12 de março de 1958, assim vazado:

“A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente”

(...) Daí em diante, a percepção do benefício sempre se fez ao largo de qualquer controvérsia, estancando-a, todavia, o malsinado decreto que a suprimiu por entendê-la imersa ao novo figurino normativo que limita até a idade de 21 (vinte e um) anos a retribuição de benefício de tal jaez àqueles dependentes hígidos, o que se fez em testilhas com o primado do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna.

Com efeito, a motivação do ato que induz exclusão da Impetrante do elenco de beneficiários da pensão temporária referida se prende única e exclusivamente ao alcance, à hipótese, do preceptivo inserto no art. 217, inciso II, alínea a, da Lei n. 8.112/90, antevisto como derogador daquela situação definitivamente constituída sob império da lei pretérita (...)

Visto está, pois, que a lei eleita como suporte para exclusão da Impetrante à pensão que recebia não lhe tem incidência na medida em que afronta o direito adquirido consubstanciado na “vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto, que a lei – Lei n. 3.373/58 – determinou, consentâneo com a lei então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil – NOV/84 -, dele não podendo ser subtraída (sic) por mera vontade alheia” (...)

Observe que as informações prestadas naqueles autos, que se encontram por cópias às fls. 500/507,

a autoridade coatora, ao que interessa, assim manifestou:

(...) 11. Diante do exposto, emerge nítido que a segurança deve ser denegada, seja porque a pensão da impetrante não fora concedida sob os auspícios da lei 3373/58, seja porque inaplicável à impetrante a referida lei, seja porque o artigo 12 do RBPS, dispositivo invocado no parecer que reconheceu o direito a pensão, limita-a até a idade de 21 anos, seja porque a lei 3373/58 somente se aplicava ao falecido Oscar Domingues Costa, porquanto ex-servidor do SINPAS, nunca à impetrante.

A impetrante, aqui, autora, teve sua impetração denegada, em sentença confirmada pelas Instâncias Superiores, ao argumento de que, de fato, jamais poderia ter sido contemplada com a pensão na condição de filha, pois a Lei n. 3.373/58 não estendia esse direito aos netos, tendo havido, dessa forma, erro na concessão do benefício, que poderia, como o foi, ser corrigido pela própria administração.

Pois bem, retornando ao que nestes autos se discute, anoto, por importante à delimitação da lide, que a ação rescisória é cabível apenas para rescindir a decisão que transitou em julgado, jamais para impugnar decisões proferidas no curso do feito originário. Faço isso, porque uma análise dos fundamentos expendidos pela exordiante revela que, na maior parte do tempo, está a questionar não apenas a decisão proferida pelo colegiado e que transitou em julgado, mas também outras decisões e despachos levados a efeito no curso do processo.

Sendo assim, considerando a via estreita da ação rescisória, limito-me a apreciar a presente causa tendo em conta apenas o acórdão transitado em julgado, visto por cópia às fls. 582/587 (e seu complemento às fls. 593/596 – embargos de declaração).

Feitas essas considerações, volto-me à verificação da ocorrência da primeira hipótese de cabimento da ação rescisória trazida pela autora, que se prende à violação literal de diversos dispositivos de leis (inciso V do art. 485 do CPC).

No entendimento da postulante, a decisão colegiada, proferida nos autos do Mandado de Segurança, processo n. 94.0008525-7 (AC n. 95.01.36215-9/BA), teria violado, a um só tempo, a literalidade dos seguintes dispositivos: arts. 128, 458, e seus incisos, 460 e 535, e seus incisos, todos do CPC; e, ainda, os arts. 2º, 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV

e LV, c/c 93, inciso IX, da CF/88. Para tanto, afirma que tanto o voto-condutor do acórdão, quanto o proferido em sede de embargos de declaração não teriam respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada administrativa e, ainda, foram prolatados em total discrepância com os limites da lide posta em juízo, abstraindo-se da motivação expressa do ato hostilizado, pois sob a invocação de uma suposta autotutela administrativa.

De imediato, ante os dispositivos indicados como violados, exsurge o primeiro óbice à procedência do *judicium rescindens*. Trata-se da indicação de preceitos que não disciplinam o direito material discutido na origem, mas, na real verdade, veiculam normas de caráter procedimental, não ditando regra alguma de conduta, positiva ou negativa. Nesse sentido, esta Primeira Seção já decidiu que Ouça-se, por relevante, a ementa;

(citar ementa AR 2006.01.00.035125-7/PI, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv), Primeira Seção, e- DJ de 14.04.2008, F1 p.37).

Não fosse o suficiente à negativa de procedência do juízo rescindendo a falha anotada, depois de analisar detidamente os argumentos das partes e os documentos trazidos aos autos, especialmente a cópia do processo de origem, chego à conclusão de que a pretensão aqui ventilada tem natureza de reexame de matéria controvertida, sobre a qual houve expresso pronunciamento judicial. Assim, pouco importa se houve *error in judicando* ou *error in procedendo*, porquanto inadmissível a rescisória se constitui tentativa de conferir nova ou melhor interpretação à lei. Esse óbice advém, ainda, do enunciado da Súmula n. 343 do STF (não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais) e de vasto entendimento jurisprudencial, merecendo trazer à colação:

Processual Civil e Constitucional. Ação Rescisória. 28,86%. Tempestividade. Duplo grau de jurisdição. Sentença proferida contra autarquia antes da vigência da Lei 9469/97. Desnecessidade. Decisão proferida pelo tribunal. Descabimento da remessa. Inexistência de revisão do comando de primeiro grau. Súmula 343 do STF. Inaplicabilidade. Violação literal à disposição de lei. Inexistência. Questão não agitada não acórdão rescindendo.

I. Manejada a rescisória no biênio legal, consoante verificado na espécie, resta patente da sua tempestividade.

II. O argumento veiculado pela UFPA de que a decisão recorrida deveria se submeter ao duplo grau de jurisdição é triplamente equivocado: a uma, porque antes da edição da Lei 9469/97 as decisões proferidas contra as Autarquias não se submetiam à remessa obrigatória; a duas, porque as decisões proferidas por este Tribunal, que reformam a sentença proferida em sentido favorável ao ente público, não se submetem à regra do art. 475, que se aplica apenas às sentenças de primeiro grau e; a três, porque ao contrário do que disse a autora, a sentença monocrática julgou procedente o pedido dos autores, inexistindo, assim, a alegada reforma do julgado.

III. Tratando-se, na espécie, de controvérsia de índole constitucional, ainda que por via reflexa, resta inaplicável o enunciado na Súmula 343 do STF.

IV. “O vocábulo literal inserto no inciso V do art. 485 revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade”, donde se conclui que, sendo questão estranha à agitada nos autos, a da aplicação da norma tida por ofendida - e mais ainda a investigação acerca de seu cabimento - não se há de cogitar a existência de violação literal que possa autorizar o ajuizamento da ação rescisória.

V. Assim sendo, inexistindo violação literal à lei necessária à rescisão do aresto rescindendo, a presente ação rescisória deve ser julgada improcedente.

(TRF/1ª Região, AR 2000.01.00.035919-8, Rel. Desembargador Federal Neuza Maria Alves da Silva, Primeira Seção, DJ 03.04.2006, p. 04)

Processual Civil e Previdenciário. Ação Rescisória. Violação a literal dispositivo legal. Expressão que compreende também violação de decreto. Revisão de matéria de fato apreciada pela sentença. Impossibilidade. Inadequação ao disposto no art. 485, do CPC. rescisória não admitida.

I. A expressão lei, contida no art. 485, V, do CPC possui acepção ampla, compreendendo norma constitucional, legal e até infra-legal.

Preliminar de impropriedade da ação rescisória para desconstituir sentença por violação literal de decreto rejeitada.

II. A ação rescisória fundada em violação de literal dispositivo de lei exige que a interpretação dada pela sentença rescindenda seja de tal modo aberrante que viole dispositivo legal em sua literalidade.

III. Hipótese em que o Autor pretende a rescisão da sentença para a finalidade de se atribuir outra valorização à prova produzida, consistente em justificação judicial, para prova de tempo de serviço perante a Previdência Social.

IV. Utilização da ação rescisória como recurso ordinário, não interposto no momento oportuno.

V. Ação rescisória não admitida. Processo extinto nos termos do art. 267, VI, do CPC, por carência de ação.

(TRF/1ª Região, AR 1998.01.00.082628-7/RO, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.), DJ 28.06.2002, p. 29)

É bem de ver, portanto, que a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, exige para o seu acolhimento que a interpretação dada pela decisão acobertada pela coisa julgada seja de tal modo flagrante contrária à lei que viole o dispositivo invocado em sua literalidade, não bastando, apenas, lastreie-se em posição controvertida ou mesmo minoritária.

A par dos empecilhos já revelados à rescisão pretendida, isto é, apontaram-se como violados preceitos de ordem processual, que não cuidam do direito material, e, bem ainda, não houve violação à literalidade da lei, mas se rediscute matéria já decidida, não me furtarei a apreciar, para afastar tudo o que se alegou.

Anoto que os primeiros dispositivos tidos por violados dizem respeito a normas processuais, a saber: arts. 458, seus incisos, e 535, e seus incisos, todos do CPC que assim dispõem:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Não tenho dúvidas de que o acórdão prolatado naqueles autos, atendeu aos requisitos estampados nos incisos do art. 458 do CPC a ele aplicáveis e isso é

facilmente visualizados nos autos. Com efeito, no que se refere à fundamentação, assim constou do voto:

Como descrito na sentença monocrática, a Apelante, pelos documentos apresentados, não é filha do instituidor da pensão, mas sua neta.

Incorrendo em erro, à Autarquia é perfeitamente possível corrigi-lo, como estabelecido na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Além destas circunstâncias, o mencionado parágrafo único do artigo 5º, da Lei n. 3.373, de 12 de março de 1958, diz: “A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente”. E a Apelante, como foi esclarecido na sentença, não se enquadra nesse dispositivo.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Do acórdão constou o relatório (fls. 582/584), com o registro dos principais atos e fatos ocorridos no feito; os fundamentos de decidir e o dispositivo (fls. 585). O que percebo é que está a autora a confundir fundamentação sucinta com ausência dos requisitos essenciais ao provimento jurisdicional. Nesse aspecto, não pode vir dizer que o relator do voto incorreu em *error in procedendo*, com violação do art. 458 e seus incisos do CPC apenas porque foi brevemente fundamentado. O que noto é que a fundamentação lá contida foi suficiente para se negar provimento à apelação.

Não tenho, também, por violado o art. 535 e seus incisos do CPC, que trata das hipóteses em que é permitida a correção do julgamento por meio de embargos de declaração, vez que, analisando as razões do recurso interposto pela embargante, por decisão fundamentada, foram eles rejeitados. Isso por se entender, àquele tempo, não preencher os requisitos necessários à sua interposição, o que se fez nos seguintes termos:

Primeiramente, cabe destacar que não foi deduzida, no recurso de apelação, a alegação violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna. Desse modo, não são cabíveis embargos de declaração, objetivando pronunciamiento sobre aspectos trazidos aos autos após o julgamento do recurso.

Ademais, a irrisignação da embargante não pode ser apreciada na via eleita, posto que o douto voto-condutor do julgado discorreu sobre os tópicos apresentados, levando em consideração todo o conjunto probante que integra os autos.

Nesse sentido, já asseverou o eg. Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no REsp n. 223.294/MG (Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ/I de 17.12.1999, pág. 413), que “...não há falar em violação aos arts. 128 e 460 do CPC se a lide foi decidida em observância aos fatos e circunstâncias constantes dos autos...”.

De outro modo, tendo como fundamento a Súmula n. 473, do col. Supremo Tribunal Federal, a Suspensão do benefício previdenciário pode ocorrer a qualquer tempo, já que o ato administrativo está eivado de nulidade e, portanto, nenhum e feito produz.

Em sendo assim, não procede a alegação de omissão do acórdão embargado, pois é faculdade do juiz decidir a causa por fundamentos outros que não aqueles apresentados pela parte. O que se busca, na verdade, nos presentes embargos, é a reforma do julgado, pretensão que poderá ser perseguida com os recursos adequados, previstos na legislação processual em vigor.

Fácil de ver que a decisão proferida nos embargos de declaração que complementou o julgamento levado a efeito, em momento algum, violou a norma processual de admissibilidade do recurso. O que ocorreu foi apenas que a pretensão era de se atribuírem efeitos infringentes, o que não é possível na via recursal eleita e, por isso, rechaçada pelo relator. Não se pode ter por violada norma que, sequer, poderia ser aplicada à espécie.

Para concluir, não posso negar que as decisões proferidas na origem, ainda que tenham conferido uma interpretação diversa daquela buscada pela impetrante, foram todas motivadas.

Há, ainda, a tentativa da autora rescindir o julgado por acreditar que a lide mandamental foi decidida fora dos limites em que proposta e, portanto, violando a literalidade dos artigos 128 e 460 do CPC e, por consequência, das normas constitucionais elencadas no art. 2º, art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, c/c o art. 93, inciso IX, todos da Constituição Federal de 1988.

Para facilitar a compreensão, *mister* trazer a colação o conteúdo de tais dispositivos infraconstitucionais e constitucionais:

CPC:

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

(...)

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

CF/88:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

(...)

Cuido, primeiramente, de analisar se foram violadas as normas de cunho processual (art. 128 e 460 do CPC). Depois de muito analisar tendo em conta todo o processado originariamente, e que foi aqui sucintamente retratado na parte inicial deste voto, não posso aceitar válido o entendimento perfilhado pela postulante.

Não desconheço que cabe ao juiz decidir a causa nos limites em que proposta, não podendo, com isso, proferir sentença de natureza diversa da pedida. Contudo, voltando os olhos para o mandado de segurança impetrado, tenho que a decisão colegiada pautou pela estrita aplicação da lei ao caso concreto, além de balizar os atos administrativos ao princípio da legalidade. Isso porque a pensão temporária concedida à autora no âmbito administrativo, não o foi, como pretende fazer crer, com base na Lei n. 3.373/58, mas, sim, tendo em vista normas contidas na Lei n. 3.807/60 (LOPS). Esse fato, ainda que não tenha sido levantado na petição inicial, não poderia ser ignorado no momento em que foi proferida a decisão.

Com efeito, na inicial daqueles autos a autora insistia em dizer que seu direito à pensão estaria fulcrado na Lei n. 3.373/58, por extensão a ela dos mesmos direitos conferidos à filha solteira. Porém, a decisão administrativa que resultou na concessão do benefício, ao analisar a questão sob o prisma da lei aqui em foco, foi clara em afirmar que “quanto ao menor sob guarda, segundo se depreende do VOTO expendido no Proc. TC-22.284/83, Anexo IV da Ata n. 05/84, não faz parte do conceito de família do segurado, a que alude o art. 5º do diploma legal em exame, o que vale dizer não fazer parte do elenco dos filhos de qualquer condição” (fls. 456/459). Em seqüência ao parecer, disse-se que “embora a Lei n. 3.373/58, não contemple, como vimos, o menor sob guarda, cumpre-nos ressaltar que de acordo com os entendimentos esposados nos Pareceres CGR-I-143/71, I-018/74, L-21/78, P-007/81, CJ/MPAS-01/77 e 009/83, o funcionário do SINPAS é, simultaneamente, beneficiário da retrocitada ordenação jurídica, assim como da Lei n. 3.807/60 (LOPS), sendo os seus dependentes todos aqueles nomeados no art. 12 do R.B.P.S”. Concluiu-se, estendendo o direito analisado ao menor que, por determinação judicial, achava-se sob a guarda do segurado, por força do art. 12, parágrafo único, alínea e, da Lei n. 3.807/60 (LOPS).



A despeito de não ter havido clara menção pela autora ou mesmo por parte da autarquia previdenciária ao fato de a concessão, já desde a origem, ter sido ilegal, ao assim se ter decidido na decisão rescidenda, não se extrapolaram os limites da lide, na medida em que se trata de matéria passível de conhecimento *ex officio*, porquanto se trata da adequação da atuação administrativa aos preceitos legais regentes da matéria. Ademais, ainda que porventura se admitisse a ocorrência de julgamento *extra petita*, isso em nada alteraria ou macularia o julgamento, pois, em um segundo momento, constou do voto-condutor do acórdão que “o mencionado parágrafo único do artigo 5º, da Lei n. 3.373, de 12 de março de 1958, diz: “A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente”. E a Apelante, como foi esclarecido na sentença, não se enquadra nesse dispositivo”.

Ao assim proceder, nada mais fez a turma julgadora que afastar a pretensão mandamental da impetrante, posto que tinha por fundamento norma a ela não aplicável e que levaria, indubitavelmente, à conclusão de que, para seu caso, a pensão deveria seguir as regras da LOPS. De fato, referida lei estabelecia como critério de exclusão apenas que a filha solteira completasse vinte e um anos. Vejamos:

Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

(...)

§ 2º Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no item I, e mediante declaração escrita do segurado:

(...)

b) o menor, que, por determinação judicial, se ache sob sua guarda;

(...)

Art. 12. A existência de dependentes de quaisquer das classes enumeradas nos itens I e II do artigo II exclui do direito à prestação todos os outros das classes subsequentes.

Parágrafo único - Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes indicados no item III do art. 11 poderão concorrer com a esposa, a companheira ou marido inválido, com a pessoa

designada na forma do § 4º do mesmo artigo, salvo se existirem filhos com direito à prestação, caso em que caberá àqueles dependentes desde que vivam na dependência econômica do segurado e não sejam filiados a outro sistema previdenciário, apenas assistência médica.

Com isso, nada obstante tenha a autarquia previdenciária, ao determinar a exclusão da autora como beneficiária de cota parte da pensão deixada por seu avô, utilizando-se de normas da Lei n. 8.112/90, o conteúdo delas é idêntico às da LOPS, aplicáveis, de acordo com o parecer que embasou a concessão inicial, à postulante. Dessarte, resta que acertado foi o ato de exclusão e, mais ainda, a decisão proferida pelo Colegiado, que, com isso, não violou a literalidade das normas processuais esculpidas nos arts. 162 e 460 do CPC.

Por sua vez, estando a alegação e violação das normas constitucionais amparada justamente nos dispositivos processuais aqui rechaçada, não as tenho de igual modo por violados. Mesmo porque, como se percebe, invocadas normas constitucionais tratam, na verdade, de princípios/garantias a serem observados, de modo geral, em todas as decisões, sejam elas as administrativas ou judiciais, não dizendo respeito, especificamente, às questões relativas à concessão de benefícios de natureza previdenciária.

Volto a afirmar, que o que se percebe da peça inaugural é a tentativa de reexame da matéria discutida nos autos do mandado de segurança, sob a alegação de que a decisão proferida não teria sido adequadamente motivada, além de ter decidido a questão por razões diversas daquelas constantes dos limites da lide. A toda evidência não possui a ação rescisória esse caráter, pois se destina, exclusiva e excepcionalmente, a alterar um estado jurídico acobertado pela autoridade da coisa julgada, não se prestando a exercer papel de recurso. A propósito, nesse sentido, o julgado:

Processual Civil. Ação Rescisória. Aposentadoria rural. Artigo 485, IX do Código de Processo Civil. Erro de fato. Inocorrência. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Ação rescisória improcedente.

I. A Ação Rescisória não possui caráter de reexame, pois tem por finalidade a alteração de um estado jurídico alcançado pela autoridade da coisa julgada, não se prestando ao mesmo escopo do recurso de apelação.

II. O erro de fato disciplinado no inciso IX do art. 485 do CPC é aquele apurável mediante o simples



exame dos documentos e demais peças dos autos, não se admitindo na rescisória a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorreria o fato por ele considerado inexistente, situação não verificada nos autos. Precedentes.

III. Condenação ao pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, e dos honorários advocatícios, estes fixados em 5% sobre o valor da causa. 4. Ação Rescisória improcedente.

(TRF/1ª Região, AR 2004.01.00.013365-4/DF, Rel. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil, Primeira Seção, e-DJF1 28.07.2008, p. 08)

Portanto, improcedente a ação rescisória com base no inciso V do art. 485 do CPC.

Passo, então, a verificar se ocorre, no presente caso, a hipótese do inciso IX do art. 485 do CPC. Quanto a esse ponto, sustenta a autora que o julgamento se deu com erro de fato, pois:

Conforme já exaustivamente demonstrado, o decreto judicial de piso e aqueles que o substituíram, tomaram a nuvem por Juno, supondo que o édito administrativo houvera se vinculado ao exercício do poder-dever de autotutela, operando, portanto, no campo da revogação/anulamento do ato concessivo da pensão quando, em verdade, limitara-se ele a proclamar a cessação da continuidade do benefício deferido à vista tão só do atingimento da idade limite para sua percepção, nos novos moldes preconizados no art. 222, IV, da Lei n. 8.112/90, cuja aplicação importou conferir-lhe eficácia retroativa, com mossas ao regra no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna.

A evidência do erro *exsurge primus oculi*, bastando para sua aferição simples cotejo entre os termos da sentença e o documento que encerra o ato hostilizado pela ação de segurança.

(...)

Por mais que se esquadrinhe o texto do ato que excluiu a Autora do rol de beneficiários da pensão deixada por seu avô nele não se encontra a mais mínima referência à cassação do ato concessivo do benefício previdenciário, motivo pelo qual incorreram os decisórios aqui hostilizados em clamoroso erro de fato, flagrável *ictu oculi*.

Todavia, não apenas em face desse aspecto há campo para o aviamento da presente Rescisória calcada no permissivo do inciso IX do art. 485 do

diploma adjetivo civil. Fomenta-se ainda o erro pilhado em face da proclamação que nega tenha a impetração se referido à temática constitucional ou mesmo a Apelação interposta agitado tal questionamento.

(...)

Em ordem com esta sorte de considerações é de convir-se que os julgados proferidos por este Regional, substituindo a sentença de piso, laboraram em erro de fato, supondo inexistente arguição que, consoante exsurge do próprio Relatório constante do aresto, restava claramente deduzida, vergastando a meda impugnada porque *Inconstitucional*.

De fato, o dispositivo processual em foco permite o manejo da ação rescisória quando a decisão transitada em julgado for fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (inciso IX). Ocorre que sua interpretação deve se dar em conjunto com as regras esculpidas por seus §§ 1º e 2º, que assim, dispõem:

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

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

Na hipótese do inciso IX, portanto, exige a norma processual não apenas que a sentença esteja baseada em erro de fato, mas que ela possa ser apurado independentemente da produção de novas provas; que sobre ele não tenha havido controvérsia entre as partes; e, por fim, que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato.

Fácil de ver que no presente caso a pretensão da autora esbarra nesses dois últimos requisitos, pois, verdadeiramente, houve sobre o fato aqui posto em reexame controvérsia entre as partes e, mais, expresse pronunciamento judicial.

Diante do exposto, no juízo rescindendo, julgo improcedente a presente ação rescisória, ficando prejudicado o juízo rescisório. Outrossim, condeno a autora ao pagamento das custas processuais, de honorários advocatícios, que fixo em 20% do valor atribuído à causa, em favor do INSS, e, ainda, ao depósito da multa de que trata o inciso II do CPC, a ser revertida em favor deste. Pagará, outrossim, honorários advocatícios ao curador do réu revel no importe de

R\$500,00. Entretanto a cobrança de tais verbas fica suspensa em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, por observância dos preceitos da legislação de regência.

É como voto.

Voto-vogal vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: – Senhor Presidente, vou pedir vênias à divergência para acompanhar o Relator, em primeiro lugar por entender que a ação rescisória não tem o condão de substituir o recurso de apelação. O que está me parecendo é que se está pedindo um rejuízo da causa, um reexame da causa em seu mérito, então, não é possível em sede de ação rescisória. Se estivéssemos em sede de apelação, aí sim, o exame seria amplo. O que não é o caso.

O eminente Relator esclareceu muito bem que a autora da ação rescisória não era filha do instituidor da pensão, era neta. A divergência também concorda com esse fato que é incontroverso. Foi concedida pensão a ela, não aquela pensão da Lei 3.373/58, porque ela não era filha, mas a pensão concedida ao dependente na qualidade de estar sobre a guarda do ex-servidor. Embora seja beneficiária de pensão, essa pensionista não pode ser equiparada à filha para os fins da Lei 3.373, porque é uma lei que concedeu um privilégio, e sabemos que as leis que concedem privilégios devem ser interpretados restritivamente. A pensão foi concedida a ela de acordo com o sistema geral, e não com aquela prerrogativa específica da filha solteira e que não ocupasse cargo público. Partindo desse pressuposto, penso que não há que se falar em violação à Lei 3.373, mesmo porque essa lei nem foi aplicada à autora. A aplicação da Lei 8.112 foi uma decorrência natural daqueles servidores estatutários que eram beneficiários do Regime Geral da Previdência. Foi por isso que, ao cancelar a pensão, o fez a autoridade administrativa com base na Lei 8.112. Por quê? Por que aqueles beneficiários de pensão do regime geral passaram para o regime estatutário. Não há que se falar em retroatividade da lei que acabou com a pensão, com o privilégio à filha solteira. A alegada violação às regras processuais também não me parece suficiente para ensejar a ação rescisória.

Com todas as vênias, entendo que não ocorreu erro de fato. O eminente Relator esclareceu muito

bem a questão. Houve análise e discussão da matéria, e a Corte, no julgamento da apelação, concluiu que a autora não teria direito a esse benefício, exatamente porque não era filha. Repito: A equiparação à filha para efeito de pensão não pode dar a essa beneficiária o privilégio concedido à filha. Uma pequena questão que passou despercebida é com relação às custas. É que, na verdade, a autora está isenta, só ficam suspensos os honorários. Isso é uma questão menor. Acompanho o Relator, com essa pequena ressalva.

Voto-vogal vencedor

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Senhor Presidente, ouvi com a maior atenção a brilhante sustentação da ilustre oradora e também com zelo e atenção o voto fecundo e substancioso do eminente Relator. Tenho sempre a preocupação de examinar a ação rescisória com o máximo cuidado, porque hoje sabemos que se tornou um instrumento de rediscussão dos fundamentos da causa. Tornou-se tão corriqueira que há pouco tempo fiz um levantamento do número de ações rescisórias que se ajuizaram antes e depois da Constituição de 1988, e verifiquei uma mudança assustadora, porque a ação rescisória, anteriormente, era sempre motivo de detido exame e cautela por parte dos advogados, ciosos de que o manto protetor da coisa julgada haveria de ser preservado, porque é um princípio de segurança jurídica. Por isso, detive-me nas palavras da eminente advogada da tribuna e do eminente Relator, e já havia delineado os fundamentos do meu voto, do meu entendimento, que naturalmente não teriam a mesma fluência vernacular e lógica com que fundamentou o seu entendimento o douto representante do Ministério Público, cujo parecer tive a preocupação de agora verificar, que tem fundamentos e razões que coincidem com o meu entendimento por ocasião em que ouvia a eminente oradora e depois o voto brilhante do eminente Relator.

O que pude perceber é que a autora da ação rescisória alega violações aos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e mais precisamente aos incisos V e IX do art. 485 do Código de Processo Civil, já transcritos pelo voto do eminente Relator, ao dizer que o art. 5º trata de violação literal à disposição de lei, argumento da autora, e depois que a sentença de mérito teria sido fundada

em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Verifico que a Corte Federal, ao analisar o mandado de segurança, se ateu à questão precípua – se não estiver correto peço ao Relator que me corrija –, de que a impetrante não era filha do falecido, ver folha 165, aludida pelo parecer do Ministério Público, que entende que em face desse argumento isolado restou patentemente ignorado pela decisão da Corte: primeiro, a administração, com base na legislação vigente à época, havia equiparado a autora à filha, conforme o parecer administrativo, folha 75; segundo, que o cerne da questão era se determinar a influência do inciso II do art. 217 da Lei 8.112 no parágrafo único do inciso II do art. 5º da Lei 3.373/58.

Diz o parecer do Ministério Público, que a mim me parece correto, pelo que ouvi e aprendi, que o Tribunal não enfrentou essa questão, mesmo instigado por meio de sucessivos embargos de declaração, e diz Sua Excelência: “Por conseguinte, é defensável a tese de violação de dispositivos constitucionais que vedam a denegação de jurisdição e determinam a efetiva motivação dos atos judiciais”. O inciso V do art. 485 do CPC teria aplicação ao caso presente, segundo a invocação da ilustre advogada da tribuna.

Diz o parecer: – peço agora para invocar os seus fundamentos, porque naturalmente são muito mais preparadamente fluentes na narrativa, na exposição dos fatos e dos fundamentos do que poderia agora fazê-lo de improvisado – “Ao ignorar-se que o cancelamento da cota previdenciária ocorreu por aplicação de lei anterior, considerando-se equivocadamente que a administração havia apenas aferido que a beneficiária não era filha do *de cuius*, o Tribunal admitiu fato inexistente, não tendo enfrentado a questão apontada como omissa, o que remete aos parágrafos 1º e 2º do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil.” E invoca entendimento doutrinário de que a interpretação lógica do texto à luz do § 1º permite o entendimento, que dispense de ler.

No mérito da causa, ao se levar em conta que a legislação da época do óbito do instituidor da pensão, 1984, permitia que para ação de menor sob guarda para fins previdenciários a filho e que o parágrafo único do inciso II do art. 5º da Lei 3.373/58 determinava que a filha solteira, maior de 21 anos, somente perderia a pensão temporária ao ocupar cargo público permanente, assim, conforme o princípio *tempus regis actum*, não poderia a

autarquia ter cancelado, mediante aplicação do inciso II do art. 217 da Lei 8.112/90, a percepção do benefício pela autora. No que concerne à equiparação de menor sob guarda a filho à época da concessão da pensão, a administração registrou, fls. 75, que embora a Lei 3.373/58 não contemple o menor sob guarda, cumpro-nos ressaltar que de acordo com os entendimentos esposados nos Pareceres 143/71, 18/74, 21/78, 007/81, 01/77 e 009/83, o funcionário do SIMPAS é simultaneamente beneficiário da retrocitada ordenação jurídica, assim como da Lei 3.807/60 - LOPS, sendo os seus dependentes todos aqueles nomeados no art. 12 do RBPS: “São dependentes do segurado: a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidas.” Parágrafo único: “Equiparam seus filhos nas condições do item I, mediante declaração escrita do segurado, o menor que por determinação judicial se acha sob a guarda do segurado, destarte, em face de tais entendimentos, excepcionalmente, repetimos, são dependentes dos servidores do SIMPAS também aqueles mencionados no RBPS, donde se conclui que as menores em apreço fazem jus à pensão pretendida”.

O parecer aqui é mais incisivo, não bastasse a proibição de se aplicar a lei ulterior às situações previdenciárias que se estabilizaram à luz da legislação vigente ao tempo do fato gerador do benefício, há que se levar em consideração que a administração vinculou-se por meio de parecer expresso e calcado em entes legais ao entendimento de que a autora, para fins previdenciários, era filha do *de cuius*, e o cancelamento da pensão deu-se ao entendimento de que a autora havia completado 21 anos. A administração não detectou erro na concessão de cota da pensão à autora, apenas aplicou retroativamente lei que determinava o fim de sua condição de beneficiária. Assim, não se trata de simples aplicação de Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, como entendeu à época o Tribunal ao examinar o mandado de segurança em grau de recurso. Eventual coisa julgada administrativa não se constitui óbice à apreciação do caso pelo Judiciário, inclusive sendo possível que o resultado da lide possa ser desfavorável à autora. Esse instituto administrativo apenas significa que deflui o prazo para que a administração exercesse a autotutela, que lhe é peculiar. A questão de solução de mérito passa pela constatação de que a autora era

dependente de seu avô na qualidade de filha equiparada, o que a enquadra na alínea “a” do inciso II do art. 5º da Lei 3.373/58: “Para efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado: I - Para percepção de pensões temporárias: o filho de qualquer condição, ou enteado até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.” A pergunta que remanesce: a menor sob guarda, equiparada à filha, mantendo-se solteira e não ocupando cargo público efetivo, estaria amparada pelo conteúdo do parágrafo único do mesmo inciso ou esse dispositivo legal apenas abrange a filha biológica, fazendo-se a ressalva de que a lei em comento é pré-constituição de 1988? A depender da resposta de defluir da análise dos entes legais pertinentes, a menor sob a guarda somente teria direito à pensão até os 21 anos de idade. Há que se ver que a alínea “a” é geral em relação ao parágrafo único, e como este apenas usa do vocábulo “filha”, “a filha solteira maior de 21 anos só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente”, sem qualquer qualificação o termo “filho” de qualquer condição. Prepondera remetendo a condição ostentada pela autora à época do óbito: menor sob guarda equiparada à filha.

O parágrafo único sob exame deve ser interpretado em conformidade com o inciso que traz a disposição geral, isto é, de forma teleológica e não de forma literal restritiva, remetendo-se novamente ao *tempus regis actum*. A intenção do legislador de 1958 foi a de tutelar a filha de qualquer condição, que não se casasse e que não ocupasse cargo público efetivo. E transcreve o precedente da lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro agasalhando o mesmo entendimento, e, por isso, a autora no meu sentir, faz jus à cota de pensão temporária de que trata o inciso II do art. 5º da Lei 3.373, enquanto mantiver-se solteira e não se efetivar em quadro público.

Com essas considerações, pedindo mil vênias ao eminente Relator pelo seu brilhante voto, julgo procedente a ação rescisória e, passando ao julgamento da causa, dou provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos em que foi proposta.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo: – Senhor Presidente, quero apenas ponderar. Tenho o maior respeito pelo conhecimento, pela lucidez do eminente Desembargador Antônio Sávio. Mas,

se me fiz bem entendido, o meu voto não é reexame da matéria, não é rediscussão da matéria. Manifestei primeiramente a minha preocupação e os meus cuidados para o exame de uma ação rescisória, porque tenho na coisa julgada uma das cláusulas pétreas da Constituição, como um ato jurídico perfeito, e a coisa julgada se equipara à própria lei, fundamento da segurança jurídica.

O que eu disse é que o Tribunal no exame do apelo se ateve apenas e simplesmente à questão de que a impetrante não era filha do falecido, ignorando que a administração, com base na legislação vigente, equiparava a autora à filha, conforme o parecer, que mencionei à fls. 75, que ignorou que o cerne da questão era se determinar a influência do inciso II do art. 217 da Lei 8.112 no parágrafo único do inciso II do art. 5º da Lei 3.375. O Tribunal continuou a não enfrentar a questão sem embargo – para ser redundante – dos embargos declaratórios que foram sucessivamente interpostos. A mim me parece, se é uma questão de visão estreita dos meus conhecimentos jurídicos, que essa observação, que esse fundamento do meu voto nada tem a ver com o reexame da causa, senão o entendimento do Tribunal na revisão, no seu dever revisional da segurança, incorreria no erro de não se ater ao aspecto mais importante da questão.

Voto-vogal

A Exma. Sr^a. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva: – Senhor Presidente, gostaria de poder dizer com total franqueza que acompanho a divergência por tudo que já foi dito e, ainda que se assim não fosse, votaria pelo acolhimento, pelo julgamento favorável da ação rescisória. Quem quiser que ache o argumento. Faria igual como fez o juiz de Tocantins. Mas não preciso fazer isso, porque a ação rescisória está bem fundamentada. O parecer do Ministério Público em sentido favorável está bastante explícito. O voto do Desembargador Carlos Olavo que me antecedeu deu a argumentação que estava faltando para que ultrapassássemos a questão da admissibilidade da ação rescisória.

Além de tudo isso, quanto mais escuto falar sobre essa matéria, quanto mais ela está em discussão, mais me convenço de que esse é o destino que deve ser dado a esta ação rescisória. Até porque anotei das minhas reflexões que não cabe a nós do Judiciário

analisar revolvendo à data da concessão do benefício, que já durava dez anos, para dizer que ele não deveria ser concedido, porque não foi essa a motivação do ato administrativo. Ninguém, na área administrativa colocou que não deveria ser concedido o benefício porque ela não era filha, e sim neta. Ao contrário. Foi com base, exatamente, nessa circunstância que foi concedido o benefício. Houve um determinado momento em que se questionou ao relator a respeito, se porventura o instituidor da pensão tivesse falecido com a sua neta já maior de vinte e um anos, se teria sido concedida a pensão para ela? Sim, naquela data. Se fosse antes da Lei 8.112, ela teria conseguido. O fato que veio a ser colocado para a suspensão do benefício não influenciou no seu nascedouro. É uma questão superveniente, ou seja, não existia à época da concessão, passou a existir com o advento da Lei 8.112. Tanto que acredito que na defesa desse mandado de segurança não se colocou nada sobre ser filha ou sobre ser neto, e sim sobre o fato de ela ter completado a idade.

Na minha visão, posso estar errada, não cabia a nós do Poder Judiciário erigir em motivo para a suspensão do benefício um fato que nem a própria administração alegou. Fugiu completamente da litiscontestação. E, por esse motivo, fico mais fortalecida ainda para, pedindo vênias ao eminente Relator, pois deu para perceber no seu voto o cuidado de ir às minúcias aos detalhes, demonstrando que se convenceu do acerto de sua decisão, mas acompanho a divergência.

Apelação Cível

1998.01.00.036581-4/MG

Relator: Juiz Federal Flavio Dino de Castro e Costa (convocado)
Apelante: Adalberto Simeão de Oliveira e outros
Advogado: Dr. Maria da Conceição Carreira Alvim e outros
Apelante: Arlita Pacheco e outros
Advogado: Dr. José Celestino da Silva e outro
Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Procurador: Dr. Elizabeth Conceição Moreira Leite de Souza e outros
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara – MG
Publicação: e-DJF1 de 8/6/2009, p. 8

Ementa

Administrativo. Servidor público. Provimento derivado. Ascensão funcional e transferência. Adi. Efeito "ex nunc". Fato consumado.

I. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, a partir da ADI nº 231, que teve relatoria do Ministro Moreira Alves, de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pelas ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos, contudo, vem entendendo ser desaconselhável a desconstituição da situação de fato que se consumou ao longo do tempo, devido às inconvenientes conseqüências de seu desfazimento.

II. Em hipóteses que tais, faz-se necessário aderir à teoria do fato consumado, com o reconhecimento da consolidação da situação de fato, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, a fim de assegurar aos réus o direito aos cargos por eles ocupados.

III. De fato, os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram a mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou.

IV. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia.

V. Apelações e remessa oficial providas.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, vencido o juiz relator, dar provimento às apelações e à remessa oficial.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 23/6/2009.

Juiz Federal *Carlos Alberto Simões de Tomaz*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo:
– O Ministério Público Federal interpôs embargos infringentes em face de acórdão proferido pela 2ª Turma Suplementar deste Tribunal, nos autos da AC 1998.01.00.036581-4/MG, que foi assim ementado:

“Administrativo. Servidor público. Provedimento derivado. Ascensão funcional e transferência. Adi. Efeito ‘ex nunc’. Fato consumado.

I. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, a partir da ADI n. 231, que teve relatoria do Ministro Moreira Alves, de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pelas ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos, contudo, vem entendendo ser desaconselhável a desconstituição da situação de fato que se consumou ao longo do tempo, devido às inconvenientes conseqüências de seu desfazimento.

II. Em hipóteses que tais, faz-se necessário aderir à teoria do fato consumado, com o reconhecimento da consolidação da situação de fato, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, a fim de assegurar aos réus o direito aos cargos por eles ocupados.

III. De fato, os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram há mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou.

IV. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia.

V. Apelações e remessa oficial providas.”
(AC 1998.01.00.036581-4/MG, Rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simoes De Tomaz, Rel.Acor. Juiz Federal Carlos Alberto Simoes De Tomaz, Segunda Turma Suplementar, DJ p.76 de 04/08/2005)

Pretende o embargante que sejam providos os embargos, a fim de que prevaleça o voto vencido proferido pelo ilustre Juiz Federal convocado Flávio Dino, que negou provimento à apelação dos demandados, afirmando a inconstitucionalidade do procedimento de provimento derivado de cargos

públicos (progressão ou ascensão funcional), nos termos declarados na ADI 231, determinando que sejam eles reconduzidos aos cargos que ocupavam anteriormente, ao seguinte fundamento:

“Não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 03/03/93 – pouco tempo após a edição dos atos administrativos – tendo sido inclusive deferida parcialmente a medida liminar. Logo, não há espaço para se cogitar da consolidação de situação de fato a obstar a sua reversão.”

Aduz o embargante que *‘o Supremo Tribunal Federal tem repellido a aplicação da teoria do fato consumado em questões relativas a acesso a cargos públicos, ante a possibilidade de se restabelecer a situação anterior e ainda, porque sua aplicação implica assegurar o exercício de um direito (no caso, a permanência no cargo) a quem reconhecidamente não o tem’*, passando em seguida a citar julgados sobre a matéria e tecer considerações sobre o entendimento que vem sendo adotado no âmbito do STJ, em igual sentido.

Intimada, a UFMG apresentou contrarrazões (fls. 863/867).

Os embargos foram admitidos pelo relator às folhas 869.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Olavo:
– Ao que se apura, inclusive pela leitura do item 1 da ementa do julgado embargado, não houve qualquer divergência no âmbito da Turma julgadora em relação à inconstitucionalidade da realização de ‘concurso interno’ no âmbito da UFMG, com posterior ‘ascensão funcional’ dos servidores aprovados a cargos diversos dos que anteriormente ocupavam.

Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estão *‘banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Souza Prudente, Francisco de Assis Betti, Carlos Moreira Alves, Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes

para a qual o servidor público ingressou por concurso’ (ADIN 231, relator Ministro Moreira Alves, julg. em 05.08.1992). A súmula nº 685 daquela egrégia Corte enuncia que ‘É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido’.

O ponto controvertido tem relação com os efeitos do reconhecimento dessa inconstitucionalidade. Como se vê nos itens 3 e 4 da ementa supra transcrita, considerou o ilustre relator do acórdão, Juiz Federal Carlos Alberto Simões que *‘os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram há mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou’, e ‘caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia’.*

Considero que assiste razão ao nobre relator do acórdão, porquanto a solução dada ao caso é a que melhor se coaduna com a situação fática retratada nos autos.

Os embargados encontram-se no exercício dos cargos há mais de dez anos, como bem salientou o relator, sendo certo que a liminar parcialmente deferida pelo Juízo de primeira instância, referida pelo Juiz Flávio Dino, determinou à UFMG que procedesse ao depósito das diferenças de vencimentos dos servidores em juízo, sem retirar-lhes do exercício das funções assumidas (fls. 319). Não há nos autos, consigne-se, notícia de que tenha sido cumprida a decisão liminar.

Em recente oportunidade, no âmbito da 1ª Turma, participei de julgamento que abordou situação exatamente igual à retratada nestes autos, em relação à Universidade Federal de Uberlândia, tendo a Juíza Federal convocada Sônia Diniz Viana, relatora do acórdão proferido na ocasião, tecida as seguintes considerações sobre a matéria:

“...a pura e simples aplicação da lei pode ter conseqüências danosas para a sociedade, causando, quando menos, indignação e perplexidade, não sendo por outra razão que se faz necessário, muitas

vezes, abrandar o rigor da lei, ou mesmo deixar de aplicá-la, em prol de outros valores supremos que regem as relações humanas e, por isso mesmo, também permeiam o ordenamento jurídico.

A decretação da nulidade dos atos administrativos da Universidade Federal de Uberlândia que concederam ascensão funcional em favor dos réus, ocorrida em virtude de terem se submetido a concursos internos, após a Constituição Federal de 1988, bem como a reversão destes aos cargos que ocupavam anteriormente, traria evidentes transtornos para a Administração e para os servidores, a começar pelos efeitos produzidos por anos de atos praticados e salários percebidos.

De outro lado, o próprio Representante do Ministério Público Federal em suas alegações finais (fls. 1287/1293), com inteira propriedade, reconheceu, quanto aos servidores que se submeteram a concurso público para provimento dos cargos, que caberia à Administração, que em última análise deu causa à ilegalidade, promover as devidas adequações internas para mantê-los nos seus devidos cargos, em atendimento à razoabilidade, ao inegável interesse público e à segurança das relações jurídicas, albergados pela Constituição da República, o que atenderia à finalidade social da lei, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”).

Não obstante, como determinar a reversão dos servidores que obtiveram a ascensão funcional e ao mesmo tempo reconhecer que a nulidade dos atos que a concederam nenhum efeito deva produzir sobre aqueles que se encontram sobre o manto da legalidade e se submeteram a concurso público para provimento dos respectivos cargos antes ocupados? Como adotar a estrita legalidade para alguns e negar seus efeitos para outros, em atos tão intrinsecamente ligados? Conclui-se, portanto, que a melhor solução nesse caso concreto, em caráter excepcional, é manter os atos administrativos em questão, em nome da segurança jurídica e da paz social. Com efeito, solução contrária provocaria verdadeiro caos na Administração e perplexidade no seio da sociedade.”

O acórdão, proferido por unanimidade, foi assim ementado:

“Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Servidores públicos autárquicos. Concursos internos realizados a partir de 1989. Ascensão funcional. Provimento dos cargos respectivos por servidores submetidos a concurso

público. Preponderância do princípio da segurança jurídica sobre a legalidade. Manutenção dos atos administrativos.

I. Pretende o MPF a decretação da nulidade dos atos administrativos que concederam ascensão funcional em favor dos demais réus, ocorrida em virtude de terem se submetido a concursos internos, após a Constituição Federal de 1988, bem como a reversão destes aos cargos que ocupavam anteriormente, sob a alegação de ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública, tais como o da moralidade, da exigibilidade erga omnes de concurso público e da isonomia.

II. A ação civil pública é via processual adequada à proteção dos interesses coletivos e difusos, prevista no art. 129, inciso III da Constituição Federal, quando, entre as funções atribuídas ao Ministério Público dispõe sobre a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. No caso, é firme o entendimento jurisprudencial desta Corte de que é possível a interposição da ação civil pública para declarar a nulidade de atos administrativos que, por serem ilegais, causam prejuízo ao patrimônio público. Precedente (AC 1997.32.00.005033-6/AM, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, DJ de 03/12/2007, p.15).

III. A Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, exigia a aprovação do concurso público apenas como “primeira investidura” em cargo público, permitindo as hipóteses de “provimentos derivados”. Com o advento da Constituição Federal de 1988, não obstante a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para primeira investidura em cargo ou emprego público, passou-se a exigir concurso público para as demais investiduras eventualmente sobrevindas no decorrer da vida funcional do servidor, para cargo diferente daquele no qual fora investido.

IV. Art. 37, II, CF/88: “II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (redação original).

V. Súmula n. 685 do STF: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento,

em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

VI. A Universidade Federal de Uberlândia determinou a ascensão funcional dos réus arrolados na inicial, habilitados em concursos internos realizados entre maio de 1989 e Julho de 1991, aproximadamente, através de Portarias editadas a partir de 18/09/89, ou seja, já sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, numa primeira abordagem, tem razão o MPF, pois o acesso a cargo inicial de carreira hierarquicamente superior, mediante transposição ou ascensão funcional foi abolido pela Constituição Federal de 1988, desde a sua vigência, a partir de 05 de outubro de 1988.

VII. Entretanto, a pura e simples aplicação da lei pode ter conseqüências danosas para a sociedade, causando, quando menos, indignação e perplexidade, não sendo por outra razão que se faz necessário, muitas vezes, abrandar o rigor da lei, ou mesmo deixar de aplicá-la, em prol de outros valores supremos que regem as relações humanas e, por isso mesmo, também permeiam o ordenamento jurídico. A decretação da nulidade dos atos administrativos da Universidade Federal de Uberlândia que concederam ascensão funcional em favor dos réus, ocorrida em virtude de terem se submetido a concursos internos, após a Constituição Federal de 1988, bem como a reversão destes aos cargos que ocupavam anteriormente, traria evidentes transtornos para a Administração e para os servidores, a começar pelos efeitos produzidos por anos de atos praticados e salários percebidos. De outro lado, o próprio Representante do Ministério Público Federal em suas alegações finais (fls. 1287/1293), com inteira propriedade, reconheceu, quanto aos servidores que se submeteram a concurso público para provimento dos cargos, que caberia à Administração, que em última análise deu causa à ilegalidade, promover as devidas adequações internas para mantê-los nos seus devidos cargos, em atendimento à razoabilidade, ao inegável interesse público e à segurança das relações jurídicas, albergados pela Constituição da República, o que atenderia à finalidade social da lei, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”). Não obstante, como determinar a reversão dos servidores que obtiveram a ascensão funcional e ao mesmo tempo reconhecer que a nulidade dos atos que a concederam nenhum efeito deva produzir sobre aqueles que se encontram sobre o manto da legalidade e se submeteram a concurso público para provimento dos respectivos cargos antes

ocupados? Como adotar a estrita legalidade para alguns e negar seus efeitos para outros, em atos tão intrinsecamente ligados? Conclui-se, portanto, que a melhor solução nesse caso concreto, em caráter excepcional, é manter os atos administrativos em questão, em nome da segurança jurídica e da paz social. Com efeito, solução contrária provocaria verdadeiro caos na Administração e perplexidade no seio da sociedade.

VIII. "(...). 10. Nomeação feita sem concurso é nula, mas pode de forma excepcionalíssima sem mantida em atenção ao princípio da segurança das relações jurídicas, quando em casos extremos a declaração de nulidade possa gerar injustiça que não se coaduna com o espírito de paz, ordem e segurança do nosso Ordenamento Jurídico. 11. Nulificar procedimento se seleção interna pelo qual os Réus tomaram posse em novos empregos que exercem há *dezesseis anos* é absolutamente fora de qualquer mínima idéia de respeito à segurança jurídica, devendo nesse caso excepcional o referido princípio preponderar sobre o da legalidade.(...)." (AC 2002.01.00.007644-8/DF, Rel. Juiz Federal César Augusto Bearsi, Quinta Turma,e-DJF1 p.114 de 12/09/2008)

IX. "(...). 3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 4. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica. 6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os

seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana." (RMS 25652/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 13/10/2008)

X. Apelação do Ministério Público Federal a que se nega provimento. Sentença mantida por fundamento diverso." (AC 2003.01.00.000733-0/MG, Rel. Juíza Federal Sônia Diniz Viana (conv), Primeira Turma,e-DJF1 p.23 de 13/01/2009)

As mesmas razões que nortearam aquele julgamento, a meu sentir, devem ser adotadas para rejeição dos embargos, mantendo-se o entendimento sufragado no acórdão embargado, vez que a situação fática é exatamente a mesma.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos.

É como voto.

Voto-vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz: – Nesta ação civil pública o Ministério Público procura promover o controle externo da Administração Pública, com a preservação dos princípios constitucionais da moralidade administrativa, isonomia e da exigibilidade de concurso público para preenchimento de cargos ou empregos públicos, mediante o desfazimento de atos administrativos praticados pela UFMG após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que redundaram em provimento de cargos públicos por meio de ascensão funcional.

Defende que o acesso a cargo inicial de carreira hierarquicamente superior, mediante provimento derivado, foi abolido pela Constituição Federal vigente, visto que esta condicionou à aprovação em concurso público toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público, só isentando o cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. Defende, ainda, que não há e nem pode haver direito adquirido contra a Constituição Federal.

Com efeito, a Emenda Constitucional n. 1/1969, que alterou o parágrafo 1º, do art. 97, da Constituição Federal de 1967, preceituava que "a primeira

investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.” A indigitada Emenda abrandou o até então sistema rígido dos concursos públicos, levando à interpretação de que a expressão “primeira investidura em cargo público” não significa investidura em cargo inicial de carreira, mas investidura inicial no serviço público. Destarte, permitiu-se que a pessoa que ingressasse no serviço público por concurso público não teria a necessidade de ser aprovada em outro concurso público de provas ou de provas e títulos para ter acesso a outros cargos, ainda que iniciais de outras carreiras.

Diversamente do que dispunha a Emenda Constitucional nº 1/69, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso II, não mais se refere à primeira investidura em cargo público, mas estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Significa dizer que, com a eliminação da expressão “primeira investidura” pela atual Constituição Federal, para o funcionário público ingressar noutra carreira, não poderá mais se valer da ascensão funcional, restando-lhe somente submeter-se a outro concurso público de provas ou de provas e títulos.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, a partir da ADI nº 231 (*DJ* de 13.11.92), que teve relatoria do Ministro Moreira Alves, de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pelas ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.

No caso em tela, os réus foram beneficiados com a ascensão funcional, conforme demonstra o Edital nº 02, de 14.08.89, publicado no *DJ* de 18/08/89 (fls. 37/38), o Edital nº 06, de 28.05.91, publicado no *DJ* de 04.06.91 (fl. 39), o Edital nº 02, de 02.01.92, publicado no *DJ* de 20.01.92 (fls. 40/41), o Edital nº 04, de 27.02.92, publicado no *DJ* de 09.03.92 (fl. 42), e ocuparam novos cargos sem se submeterem a novo concurso público de provas ou de provas e títulos. Diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há outra conclusão

senão a de que os Editais afrontaram o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Todavia, há de se ressaltar a longevidade do entendimento da Suprema Corte acerca das situações estabilizadas pelo tempo. O Excelso Pretório vem entendendo que é desaconselhável a desconstituição da situação de fato que se consumou ao longo do tempo, devido às inconvenientes conseqüências de seu desfazimento. Neste sentido vale conferir os RE 93.752 e RMS 15.513.

No presente caso, os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram nos anos de 1989, 1991 e 1992, ou seja, há mais de dez anos. De boa-fé, deixando de participar de concurso público, os réus acorreram ao processo seletivo de ascensão funcional, foram aprovados, nomeados e empossados, e estão em exercício há mais de uma década. Devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia.

Nesse sentido está erigida a jurisprudência desta Turma, conforme se vê da ementa a seguir transcrita, em acórdãos que fui relator e que obtiveram julgamento unânime:

“Ação civil pública. Ascensão funcional. Servidor empossado em cargo antes da adin 231. Manutenção da situação consolidada em nome dos princípios da razoabilidade e da eficiência.

I. A partir da ADIN nº 231, restou firmado o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.

II. Os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram a mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou.

III. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também

porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia.

IV. Apelação não provida.” (AC 1997.01.00.039761-0/MG.)

“*Administrativo. Servidor público. Provimento derivado. Ascensão funcional e transferência. Adin. Efeito “ex nunc”. Fato consumado.*”

I. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, a partir da ADIN nº 231, que teve relatoria do Ministro Moreira Alves, de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pelas ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos, contudo, vem entendendo ser desaconselhável a desconstituição da situação de fato que se consumou ao longo do tempo, devido às inconvenientes conseqüências de seu desfazimento.

II. Em hipóteses que tais, faz-se necessário aderir à teoria do fato consumado, com o reconhecimento da consolidação da situação de fato, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, a fim de assegurar aos réus o direito aos cargos por eles ocupados.

III. De fato, os atos que resultaram na ascensão funcional dos réus ocorreram a mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou. IV. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia.

V. Apelação não provida.” (AC 2000.01.00.066947-0/DF.)

O Juiz, ao exercer a jurisdição, não deve se restringir aos fatos técnicos constantes dos autos, mas também aos fatos sociais que possam resultar de sua decisão. Impõe-se, portanto, a adoção da teoria do fato consumado, com o reconhecimento da consolidação da situação de fato, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, a fim de assegurar aos réus o direito aos cargos por eles ocupados.

Sem embargo, o Ministério Público Federal poderá propor as ações cabíveis contra a autoridade pública que autorizou a realização do processo seletivo

de ascensão funcional, visando à preservação da probidade administrativa.

Não há pagamento de custas e honorários advocatícios porque incide, na hipótese, o comando emergente do art. 18 da Lei 7.347/85.

Nessa conformidade, voto pelo provimento das apelações e da remessa oficial para julgar improcedente o pedido.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ângelo de Alvarenga Lopes: – Também entendo, como na linha da divergência, que, tendo já a Ação Direta de Inconstitucionalidade 231 declarado inconstitucional qualquer forma de provimento derivado e considerando que não houve, ao meu entender, com a devida vênia, a situação consolidada, já que houve, por parte da administração, o inconformismo com tal situação logo após, não considero a demora no julgamento do processo como consolidador de fato, já que a administração se opôs a esta situação. No caso, aqui, até o Ministério Público é que recorreu da decisão proferida, no caso do voto proferido pelo Juiz Federal Flávio Dino, na época convocado na Segunda Turma Suplementar. Por tais razões, não aplico a teoria do fato consumado, acompanhando a divergência, para prevalecer o voto vencido.

Segunda Seção

Mandado de Segurança Criminal

2008.01.00.040753-0/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Impetrante: Mesa do Senado Federal
Advogado: Dr. José Expedito de Andrade Pontes
Impetrado: Juízo Federal da 10ª Vara - DF
Interessado: Justiça Pública
Publicação: e-DJF1 de 4/5/2009, p. 111

Ementa

Mandado de Segurança. Art. 4º, parágrafo único, do CPP. Súmula 397 do STF. Inquéritos extrapoliciais. Polícia legislativa do Senado Federal. Atribuição. Procedimento investigatório interno.

I. A Advocacia-Geral do Senado Federal, com atribuições que vão além da esfera administrativa, tem capacidade postulatória para ajuizar mandado de segurança na defesa dos interesses daquela instituição.

II. O Art. 4º, parágrafo único, do CPP, ao tratar do Inquérito Policial, atribui, também, à autoridade administrativa, com função de polícia, a faculdade para apuração das infrações penais.

III. O enunciado da Súmula 397 do STF estabelece: “O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.”

IV. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conceder a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 18/3/2009.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*: – A Mesa do Senado Federal impetra mandado de segurança contra ato da MM. Juíza Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Maria de Fátima de Paula Pessoa Costa, que, nos autos do inquérito n. 2008.34.00.000352-3, decretou a nulidade de Portaria do Senado Federal que instaurou inquérito policial e determinou a remessa da documentação para a Superintendência Regional da Polícia Federal.

A impetrante argumenta que, em dezembro de 2007, o Diretor-Geral do Senado baixou a Portaria n.

253, pela qual designou policiais legislativos para a condução de inquérito policial, com o fim de apurar notícia-crime de tráfico de influência, extorsão, corrupção passiva e improbidade administrativa.

Foi iniciado o procedimento investigatório interno, com a colheita de provas e de depoimentos. Por necessitar, ainda, de reinquirição de testemunhas e adoção de outras providências para sua conclusão, o referido inquérito, contendo todos os dados e informações já colhidos, foi encaminhado ao Poder Judiciário, com solicitação de prorrogação de prazo de investigação, sendo distribuído para a 10ª Vara Federal.

Voto*

Na 10ª Vara os autos do inquérito foram encaminhados ao Ministério Público Federal, para manifestação sobre o pedido de prorrogação, bem como sobre a legalidade da portaria que instaurou a investigação. O MPF, por intermédio do Procurador da República José Robalinho Cavalcanti, opinou no sentido de não se opor à prorrogação do prazo pretendido mas, “como bem atentou Vossa Excelência, assoma e aflora questão preliminar e prejudicial, referente à legalidade – em verdade, ilegalidade – de toda a investigação, vez que tocada por funcionários que não detêm atribuição para a instauração e presidência de inquérito policial”.

Com a manifestação do Ministério Público Federal, a MM. Juíza titular proferiu despacho do seguinte teor: “Conforme ponderou o *Parquet*, às fls. 106/116, é nula a Portaria de Instauração de Inquérito policial pela Polícia Legislativa do Senado Federal. Ante o exposto, proceda-se à baixa do presente feito na Distribuição e remeta-se a documentação correspondente à Superintendência Regional de Polícia Federal no Distrito Federal para instauração de inquérito policial, conforme requerido pelo Ministério Público.”

Os autos foram-me distribuídos e solicitei informações à autoridade coatora, que as prestou pelos documentos de fls. 147/173.

Seguindo orientação deste Tribunal, concedi a liminar pleiteada, na esteira de decisão da 2ª Seção, em mandado de segurança impetrado pela Mesa do Senado Federal, decorrente de situação idêntica a agora examinada, que decidiu, por unanimidade, conceder a segurança, para assegurar à impetrante o direito de, por meio de sua polícia, proceder a realização de inquérito, em caso de crime cometido em suas dependências.

OMPF, por intermédio do Procurador Regional da República Paulo Queiroz, manifesta-se pela concessão definitiva da segurança, ressaltando, contudo, não ter a Advocacia-Geral do Senado capacidade postulatória para ajuizar mandado de segurança, mas, por tratar-se de vício sanável, intimar a impetrante e a Advocacia-Geral da União para regularizar a representação processual, nos termos do art. 13 do CPC.

É o relatório.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Cândido Ribeiro: – O presente mandado de segurança foi impetrado pela Mesa do Senado Federal contra ato da MM. Juíza Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Maria de Fátima de Paula Pessoa Costa, que, nos autos do inquérito n. 2008.34.00.000352-3, decretou a nulidade de Portaria do Senado Federal que instaurou inquérito policial e determinou a remessa da documentação para a Superintendência Regional da Polícia Federal.

A impetrante argumenta que, em dezembro de 2007, o Diretor-Geral do Senado baixou a Portaria n. 253, pela qual designou policiais legislativos para a condução de inquérito policial, com o fim de apurar notícia-crime de tráfico de influência, extorsão, corrupção passiva e improbidade administrativa.

Foi iniciado o procedimento investigatório interno, com a colheita de provas e de depoimentos. Por necessitar, ainda, de reinquirição de testemunhas e adoção de outras providências para sua conclusão, o referido inquérito, contendo todos os dados e informações já colhidos, foi encaminhado ao Poder Judiciário, com solicitação de prorrogação de prazo de investigação, sendo distribuído para a 10ª Vara Federal.

Na 10ª Vara a MM. Juíza titular proferiu despacho do seguinte teor: “Conforme ponderou o *Parquet*, às fls. 106/116, é nula a Portaria de Instauração de Inquérito policial pela Polícia Legislativa do Senado Federal. Ante o exposto, proceda-se à baixa do presente feito na Distribuição e remeta-se a documentação correspondente à Superintendência Regional de Polícia Federal no Distrito Federal para instauração de inquérito policial, conforme requerido pelo Ministério Público.”

Os autos foram-me distribuídos e solicitei informações à autoridade coatora, que as prestou pelos documentos de fls. 147/173.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Italo Fioravanti Sabo Mendes, Mário César Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ricardo Felipe Rodrigues Macieira.

Na esteira de julgamento anterior, concedi a medida liminar pleiteada e solicitei manifestação da Procuradoria Regional da República.

Em sede de preliminar, o i. Procurador Regional da República Dr. Paulo Queiroz assevera que:

(...) assiste razão à impetrada quanto à falta de capacidade postulatória da Advocacia do Senado para ajuizar mandado de segurança, em virtude de a Constituição Federal (art. 131) dispor que a Advocacia – Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente....Se assim é, o impetrante e a Advocacia-Geral da União hão de ser intimados para regularizar a representação processual, por se tratar de vício sanável, nos termos do art. 13 do Código de Processo Civil.

A possibilidade de se regularizar a representação deve também ocorrer por força dos princípios de economia, celeridade processual e instrumentalidade das formas, mesmo porque a falta de determinação judicial nesse sentido implicaria negativa de prestação jurisdicional, contravindo o princípio constitucional de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade (STJ-RT 659/183).

Analisando-se as atribuições da Advocacia do Senado, depara-se com um órgão técnico, que produz pareceres e informações de caráter opinativo, que só se tornam obrigatórios quando aprovados por ato de autoridade com poder decisório. Ressalte-se, contudo, que as atribuições da Advocacia do Senado não se restringem somente à área administrativa interna do Senado Federal, uma vez que tem papel importante e decisivo na órbita judicial, onde atua diretamente na defesa dos interesses do Senado Federal como Poder Constitucional nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Mandados de Injunção, todas de competência originária do Supremo Tribunal Federal e respaldadas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. Ora, como se vê, não há como se restringir a capacidade postulatória da Advocacia do Senado para atuação nas instâncias inferiores.

Ademais, foi o próprio Presidente do Senado Federal, em decisão datada de 19/08/2008, quem determinou a impetração do competente mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com o objetivo de cassar a decisão do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 31). A par dessas considerações, entendo ter a Advocacia-Geral do Senado capacidade postulatória para ajuizar o presente mandado de segurança e, por conseguinte, rejeito a preliminar do i. Procurador Regional da República.

O Título II do Código de Processo Penal, que trata do Inquérito Policial, no parágrafo único, do artigo 4º, atribui, também, à autoridade administrativa, com função de polícia, a faculdade para apuração das infrações penais:

Art. 4º - A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único – A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Conforme se verifica da decisão de 1º grau, que motivou este mandado de segurança, “é nula a Portaria de Instauração de Inquérito Policial, pela Polícia Legislativa do Senado Federal”. Nas informações prestadas pela autoridade coatora, a justificativa de nulidade está assentada no inciso IV do § 1º do art. 144 da Constituição Federal, que destina à polícia federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Todavia, essa matéria já está pacificada no âmbito dos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 397, com o seguinte enunciado:

Súmula 397 – O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o RHC n. 13.728, relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, por unanimidade, decidiu:

Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo

144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar o Poder Judiciário – não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis :

§4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

Este Tribunal, por intermédio da 2ª Seção, em mandado de segurança impetrado pela Mesa do Senado Federal, decorrente de situação idêntica a agora examinada, decidiu, por unanimidade, conceder a segurança, para assegurar à impetrante o direito de, por meio de sua polícia, proceder a realização de inquérito, em caso de crime cometido em suas dependências. Veja-se a ementa:

MS n. 2006.01.00.027250-1/DF, 2ª Seção, data do julgamento: 22/11/2006, Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto.

Processo penal. Inquéritos extrapoliciais. Senado Federal.

- I. Os atos investigatórios destinados a apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária.
- II. O Senado Federal tem atribuição constitucional para proceder investigação de crimes ocorridos em suas dependências, instaurando inquérito.
- III. As medidas cautelares, a busca e apreensão, quebra de sigilos, autorizadas, evidentemente pelo juiz, deverão ser cumpridas pela Polícia Federal, por constituírem atividade de polícia judiciária.

Este entendimento da 2ª Seção, já fora objeto de apreciação pela 3ª Turma, em sessão de 17/03/1998, por unanimidade, quando do julgamento do HC n. 1998.01.00.0017266-8/MG, pelo qual foi denegada a ordem impetrada por João de Souza Franqueiro, em seu favor, sob a alegação de que o inquérito policial que originou a ação penal fora realizado pela Polícia

Florestal. (Relator: Juiz Tourinho Neto). Veja-se a ementa:

Processo penal. "Habeas Corpus". Ação penal. Inocorrência de justa causa. Falta de inquérito policial.

- I. Os atos investigatórios destinados à apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária. As investigações referentes à fauna e à flora podem ser procedidas pela Polícia Florestal.
- II. Existência de justa causa para a instauração da ação penal, tendo em vista que ao acusado foi imputado o crime previsto no art.; 1º, c/c o art. 27, parágrafo 1º, da Lei n. 5.197, de 1967, pelo fato de terem sido apreendidas, em sua propriedade, aves da fauna silvestre.

Por outro lado, prevê a Constituição Federal, no inciso XIII do art. 52, que compete privativamente ao Senado Federal dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções dos seus serviços, e a iniciativa de lei para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. O art. 59 estabelece, ainda, que o processo legislativo compreende a elaboração, dentre outras matérias, de resoluções.

Resolução, portanto, na espécie, é ato do Senado Federal, destinado a regulamentar matéria de caráter interno, isto é, de seu interesse *interna corporis*. Nesse contexto foi promulgada a Resolução n. 59, de 05/12/2002, que estabelece, entre outras, as seguintes diretrizes:

Art. 2º A Subsecretaria de Segurança Legislativa, unidade subordinada à Diretoria-Geral, é o órgão de Polícia do Senado Federal.

§ 1º - São consideradas atividades típicas de Polícia do Senado Federal:

IX – as de investigação e de inquérito.

Art. 4º Na hipótese de ocorrência de infração penal nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal, instaurar-se-á o competente inquérito policial presidido por servidor no exercício de atividade típica de polícia, bacharel em direito.

Observa-se, contudo, que o i. Procurador Regional da República Dr. Paulo Queiroz se manifestou no sentido de ser concedida definitivamente a segurança impetrada. Convém registrar trecho dessa manifestação:

No mérito, temos que a segurança deve ser concedida definitivamente.

Inicialmente cumpre notar que, numa perspectiva político-criminal voltada para apuração das infrações penais mais graves, especialmente a chamada criminalidade do poder, isto é, praticada por agentes do Estado, em particular autoridades responsáveis pela segurança pública, sentido algum faria conferir a uma dada instituição, seja qual for, a exclusividade e, pois, o monopólio para apurar crimes.

Contrariamente a isso, quanto mais órgãos puderem fazê-lo, com o máximo de eficácia e presteza possíveis, tanto melhor. O que convém evitar é a possibilidade de todos poderem tudo investigar, e arbitrariamente, daí a necessidade de criação de instituições especializadas com competência claramente definida, sujeitas ao controle ministerial e judicial inclusive. Afinal, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (CF. 144, caput).

Por isso que a pretensão de conceder exclusividade a um único órgão ou instituição para investigar crimes federais seria contrária ao Estado de Direito. Exatamente por isso, a expressão “exclusivamente” a que se refere a Constituição Federal não pode ser interpretada literalmente, nem considerada de forma assistemática, mesmo porque todo texto pressupõe um dado contexto. Ademais, a atividade de polícia judiciária da União, que constitui uma das possíveis formas de investigação, não a única, nem a mais importante, é apenas uma das várias funções cometidas à Polícia Federal, conforme dispõe o art. 144, § 1º, IV da Constituição. (Fls. 186/187.)

Diante dessas considerações, concedo a segurança, para assegurar ao Senado Federal atribuição para realização de inquérito, em caso de crimes cometidos nas suas dependências.

É como voto.

Inquérito Policial

2008.01.00.061931-0/MA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Autor: Justiça Pública
Procurador: Dr. Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado
Indiciado: Raimundo Silva Rodrigues da Silveira
Advogado: Dr. Hélio Coelho da Silva e outro
Publicação: e-DJF1 de 29/6/2009, p. 1250

Ementa

Penal e Processual Penal. Denúncia por crimes de desobediência (art. 10 da Lei 7.347/1985) e de prevaricação (art. 319 do Código Penal). Art. 10 da Lei 7.347/1985. Omissão no fornecimento de informações e documentos relativos ao cumprimento do art. 2º da Lei 9.452/1997. Existência de indícios de autoria e materialidade. Art. 319 do Código Penal. Denúncia desacompanhada de um mínimo de prova a respeito do especial interesse de agir do denunciado. Falta de justa causa. Peça acusatória recebida, em parte.

I. A omissão no fornecimento de dados técnicos indispensáveis à propositura de Ação Civil Pública ou ao arquivamento do Inquérito Civil ou do procedimento administrativo que o substitui, configura, em tese, a conduta delituosa capitulada no art. 10 da Lei 7.347/85. Existência de indícios e autoria e materialidade que autorizam a instauração de Ação Penal, pela suposta prática do crime de desobediência do art. 10 da Lei 7.347/85.

II. “A expressão “dados técnicos” “se refere a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão” cf. RHC nº 12359/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 01/07/2002. No caso em tela, as informações solicitadas pelo Ministério Público se enquadram no conceito de “dados técnicos”, uma vez que dizem respeito aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Prefeitura Municipal de Rio Grande/RS. Isso porque os dados requeridos se referiam, v.g., à contratos celebrados pelo Município, se houve licitação em determinada contratação etc.” (STJ, REsp 785.129/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 14/08/2006, p. 327).

III. A informação e os documentos requisitados pelo Ministério Público Federal, na espécie, inserem-se na rotina de funcionamento das Prefeituras, quando do recebimento de recursos financeiros federais, caracterizando-se como dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública, na forma da interpretação que vem sendo dada ao assunto pelo egrégio STJ (art. 2º da Lei 9.452/97).

IV. É admissível, em tese, a ocorrência de crime de prevaricação (art. 319 do CP), quando o servidor ou o agente público retarda injustificadamente a adoção das providências a seu cargo, sendo indispensável, porém, para a configuração do delito, o especial interesse de agir, consubstanciado na satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

V. Denúncia acolhida em parte.

Acórdão

Decide a Seção receber em parte a denúncia, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 10/6/2009.

Desembargadora Federal Assusete Magalhães, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Assusete Magalhães: – O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Raimundo Silva Rodrigues da Silveira, atual Prefeito do Município de Parnarama/MA, pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 10 da Lei 7.347/1985 e 319 do Código Penal (fls. 28/31).

Narra a peça acusatória que a Procuradoria da República no Município de Caxias/MA instaurou procedimento administrativo com o objetivo de averiguar se os Municípios localizados em sua Circunscrição vinham cumprindo o mandamento previsto no art. 2º da Lei 9.452/1997, que dispõe sobre a exigência de as Prefeituras notificarem os partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e entidades empresariais, com sede no Município, da liberação de recursos de órgãos e entidades da administração federal direta e indireta; que foi expedido o Ofício 360/2006-Gabin-PRM-Caxias/MA ao Prefeito Municipal de Parnarama/MA, datado de 15/9/2006, requisitando documentos comprobatórios pertinentes ao cumprimento do disposto no art. 2º da Lei 9.452/1997; que, ante a ausência de resposta, houve reiteração por meio dos Ofícios 024/2007-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 31/1/2007, e 305/2007-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 04/6/2007, os quais, também, não foram respondidos.

Relata a denúncia que, ao sonegar informações e documentos essenciais para instruir procedimento administrativo, descumprindo requisição ministerial, o denunciado incorreu no delito tipificado no art. 10 da Lei 7.347/1985, uma vez que se omitiu em fornecer os dados técnicos indispensáveis à propositura de Ação Civil Pública ou ao arquivamento do Inquérito Civil ou do procedimento administrativo que o substituiu; que a omissão injustificada em fornecer os documentos requeridos caracteriza, ainda, o delito de prevaricação, previsto no art. 319 do CP; que restou claro, no teor dos ofícios enviados, “que as informações estavam sendo requisitadas e não meramente solicitadas pelo Ministério Público Federal, inclusive havia menção à possibilidade de enquadramento do Prefeito no crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/1985, no caso de descumprimento da requisição feita” (fl. 30); que “as informações omitidas pelo ora denunciado enquadram-se no conceito de dados técnicos a que se refere o art. 10 da legislação em tela, haja vista dependerem de conhecimento ou trabalho específicos, peculiares

ao ofício ou profissão, fazendo parte da rotina de funcionamento da Prefeitura, por serem documentos produzidos no âmbito desta, a exemplo dos contratos celebrados, das licitações executadas, das publicações de editais de aviso de licitação etc.” (fl. 30); que, uma vez que o denunciado “retardou ou deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, qual seja, de não contribuir com o trabalho do *Parquet* Federal que poderia reverter em seu prejuízo”, praticou ele o crime de prevaricação (art. 319 do CP); que o denunciado, dolosamente, não respondeu às requisições ministeriais, deixando de praticar ato de ofício, para satisfazer interesse pessoal; que “a autoria e materialidade dos fatos restaram patentes consoante as cópias dos ofícios remetidos ao ora denunciado, atual Prefeito de Parnarama/MA, para os quais não houve resposta” (fl. 30). Pede, a final, a condenação do denunciado nas penas dos arts. 10 da Lei 7.347/1985 e 319 do Código Penal (fls. 28/31).

Notificado, o denunciado apresentou resposta, asseverando, em síntese, que não recebeu nem tomou conhecimento dos Ofícios 360/2006, 024/2007 e 205/2007, requisitando a comprovação de notificação dos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e entidades empresariais da liberação de recursos de órgãos e entidades da administração federal direta e indireta; que o quadro de pessoal auxiliar da Prefeitura de Parnarama/MA é deficiente, incorrendo, muitas vezes, em falhas involuntárias, o que poderia ter ocorrido, no caso tratado na denúncia; que, assim, estaria ausente o dolo, elemento subjetivo do tipo previsto no art. 10 da Lei 7.347/1985; que a matéria objeto das requisições ventiladas na denúncia nada tem a ver com o meio ambiente, o consumidor, a ordem urbanística, a ordem econômica, a economia popular ou qualquer outra tratada no art. 1º da citada Lei 7.347/1985, sendo flagrante a atipicidade do fato, diante do mencionado art. 10; que, quanto ao crime de prevaricação, “falta, para sua caracterização, além do dolo e de provas da conduta apontada como delitiva, o requisito ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’, que, no caso, não há motivo sequer para ser vislumbrado” (fl. 42).

Requer, a final, a rejeição da denúncia ou a improcedência da acusação (fls. 41/42).

É o relatório.

Cumpra-se o disposto no art. 11 da Portaria/PRESI 600-13, de 07/4/2009.

Distribuíam-se cópias do relatório aos Membros da 2ª Seção (art. 247 do RI-TRF/1ª Região).

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Assusete Magalhães: – Inicialmente, retifico o erro de digitação do relatório, a fl. 45, quando, no pedido de condenação do denunciado, refere-se, por evidente erro de digitação, ao art. 314, e não ao art. 319 do Código Penal.

Como assinalado no relatório, trata-se de denúncia oferecida contra Raimundo Silva Rodrigues da Silveira, atual Prefeito reeleito do Município de Parnarama/MA (fls. 27 e 37), pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 10 da Lei 7.347/85 e 319 do Código Penal, ao fundamento de que teria sonegado informações e documentos essenciais para instruir procedimento administrativo, descumprindo requisição do Ministério Público Federal.

A Lei 7.347/1985 estabelece:

“Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

Por sua vez, a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, dispõe:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

A Procuradoria da República no Município de Caxias/MA, ante sua função institucional, prevista na Carta Magna, inclusive, instaurou procedimento administrativo, com o objetivo de averiguar se as Prefeituras dos Municípios abrangidos pela sua

competência territorial vinham cumprindo o disposto no art. 2º da Lei 9.452/1997, que determina:

“Art. 2º A Prefeitura do Município beneficiário da liberação de recursos, de que trata o art. 1º desta Lei, notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos.”

O art. 1º da referida Lei 9.452/1997 determina que “os órgãos e entidades da administração federal direta e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais notificarão as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, para os Municípios, no prazo de dois dias úteis, contado da data da liberação”, enquanto o seu art. 2º impõe à Prefeitura do Município beneficiário da liberação dos referidos recursos a obrigação de notificar os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos, com vistas, evidentemente, à respectiva fiscalização e à proteção do patrimônio público.

Em razão do procedimento instaurado, a aludida Procuradoria oficiou ao ora denunciado, na qualidade de Prefeito do Município de Parnarama/MA, em 15/9/2006, requisitando-lhe que informasse, no prazo de 15 (quinze) dias, se vem cumprindo o disposto do referido art. 2º da Lei 9.452/1997, com apresentação de documentação que o comprove.

Ao indiciado, Prefeito Municipal de Parnarama/MA, foram expedidos os ofícios 360/2006-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 15/9/2006 (fls. 10/11); 024/2007-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 31/1/2007 (fls. 12/13) e 305/2007-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 4/6/2007 (fls. 14/15). Os dois últimos ofícios, que constituem reiteração do primeiro, fixavam prazo de 10 (dez) dias, para atendimento da solicitação, sob pena de caracterização do crime de desobediência, capitulado no art. 10 da Lei 7.347/1985.

Ocorre que, apesar das correspondências mencionadas e da comprovação de seu recebimento, no endereço indicado, pela mesma pessoa, conforme Avisos de Recebimento de fls. 11, 13 e 15, a requisição

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

ministerial não restou atendida, conforme certidão de fl. 26.

O Código de Processo Penal estabelece os requisitos da denúncia:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterá 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.”

Desse modo, a peça acusatória assinala que o Chefe do Executivo do Município de Parnarama/MA, ao omitir-se no fornecimento dos dados técnicos indispensáveis à propositura de Ação Civil Pública ou ao arquivamento do Inquérito Civil ou do procedimento administrativo que o substituiu, incorreu na conduta delituosa capitulada no art. 10 da Lei 7.347/1985.

Realmente, do que se depreende, a denúncia, quanto ao aludido crime, sustenta-se em documentação idônea, a qual não restou refutada pelo denunciado e que autoriza a instauração de Ação Penal, cujo exame dos indícios apresentados se aprofundará no decorrer da instrução criminal.

Ademais, não procede a alegação do indiciado de flagrante atipicidade do fato, diante do referido art. 10 da Lei 7.347/1985, pois, se de um lado, “a matéria objeto das requisições ventiladas na denúncia nada tem a ver com o meio ambiente, o consumidor, a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular, ou qualquer outra tratada no art. 1º da Lei 7.347/1985” – como afirma o denunciado –, de outro, está, diretamente, relacionada com a proteção do patrimônio público, o que justifica e determina a atuação do Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da CF/88, que dispõe constituir função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público”.

Acrescente-se, ainda, que as informações omitidas pelo denunciado enquadram-se no conceito de dados técnicos, mencionados no citado art. 10 da Lei 7.347/1985, consoante a jurisprudência do egrégio STJ.

Confira-se, a propósito, o que diz a jurisprudência:

“*Penal. Recurso especial. Violação do art. 10 da Lei n. 7347/1985. Dados técnicos. Conceito que abrange as informações, as certidões e os documentos requisitados pelo Ministério Público ao Prefeito Municipal. Imprescindibilidade para investigação em inquérito civil. Precedentes.*”

Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp 706.227/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, unânime, DJU de 07/11/2005, p. 363 - negritei)

“*Processual Penal. Recurso Especial. Contrariedade aos artigos 1º do CP, 381, inciso III, do CPP e 10 da Lei n. 7.347/85. Ausência de prequestionamento. Matéria fático-probatória. Expressão dados técnicos.*”

I. Questões não apreciadas, sequer implicitamente, no v. acórdão increpado desmerecem exame por ausência do devido prequestionamento (Precedentes/Súmulas nº 282 e 356/STF).

II. Não se conhece de recurso especial que, para o seu objetivo, exige o reexame da *quaestio facti* (Súmula nº 7/STJ).

III. Não há violação ao art. 381, III, do CPP, se a decisão condenatória expõe os motivos de fato e de direito em que se fundou.

IV. A expressão “dados técnicos” “se refere a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão” cf. RHC nº 12359/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 01/07/2002.

V. No caso em tela, as informações solicitadas pelo Ministério Público se enquadram no conceito de “dados técnicos”, uma vez que dizem respeito aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Prefeitura Municipal de Rio Grande/RS. Isso porque os dados requeridos se referiam, v.g., à contratos celebrados pelo Município, se houve licitação em determinada contratação etc.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (STJ, REsp 785.129/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 14/08/2006, p. 327 - negritei)

A informação e os documentos requisitados pelo Ministério Público Federal, na espécie, inserem-se na rotina de funcionamento das Prefeituras, quando do recebimento de recursos financeiros federais,

caracterizando-se como dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública, na forma da interpretação que vem sendo dada ao assunto pelo egrégio STJ.

A atipicidade da conduta, para que justifique a rejeição da denúncia, deve ser inequívoca e manifesta, o que, nesse ponto – art. 10 da Lei 7.347/1985 –, não é a hipótese dos autos, diante da jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Relevante anotar julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça, proferido no HC 76.904/SP, da lavra da eminente Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), quando afirma que “O trancamento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. Impossível o trancamento da ação penal quando há justa causa para a persecução penal do acusado em juízo. A ação penal iniciada por denúncia que satisfaz todos os requisitos do Código de Processo Penal não deve ser trancada, sendo mister a elucidação dos fatos em tese delituosos descritos na vestibular acusatória à luz do contraditório e da ampla defesa, durante o regular curso da instrução criminal.” (STJ, HC 76.904/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, unânime, DJU de 03/12/2007, p. 342).

Do mesmo modo, pode-se concluir quanto à afirmação da ausência de dolo do agente, quanto ao crime do art. 10 da Lei 7.347/1985, haja vista que, dos elementos constantes dos autos, há indícios da prática da conduta descrita na denúncia, de vez que os ofícios foram enviados à Prefeitura e lá recebidos pela mesma pessoa (fls. 11, 13 e 15), devendo tal matéria ser deslindada na instrução criminal.

Contudo, a mesma sorte não socorre à peça acusatória, quanto à capitulação da conduta do denunciado no art. 319 do CP.

Com efeito, o art. 319 do Código Penal tipifica como prevaricação a conduta consistente em “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.”

“Prevaricação é infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É o não-cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse

ou sentimentos próprios. Nossa lei compreende a omissão de ato funcional, o retardamento e a prática, sempre contrários à disposição legal.” (in Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, tomo 2: parte especial / Alberto Silva Franco... [et al.]. – 6. ed., ver. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997 – grifos nossos).

Para a caracterização do dolo específico, exigido pelo art. 319 do Código Penal – satisfação de interesse ou sentimento pessoal – a acusação, com base em mera suposição, assevera que o denunciado se omitira movido pelo interesse pessoal de não contribuir com o trabalho do *Parquet* Federal, que poderia reverter em seu prejuízo (fl. 30).

Inexiste, nas peças informativas trazidas pelo Ministério Público Federal, para embasar a denúncia, um mínimo de prova a respeito do alegado interesse pessoal. A versão dada pela denúncia, no particular, partiu, tão somente, de mera ilação do órgão ministerial, como resta claro de sua exposição no procedimento administrativo que antecedeu o oferecimento da denúncia, *in verbis*:

“Por outro lado, tem-se que tal recusa constitui, também, fato do qual emerge a dedução necessária de que os agentes omissos procederam dessa forma para satisfazer interesse pessoal, qual seja, de não contribuir com o trabalho do MP que, conseqüentemente, reverteria em prejuízo aos mesmos, não havendo, em princípio, outra explicação para reprovável comportamento. (fls. 8/9)

A doutrina e a jurisprudência orientam-se no sentido de que falta justa causa à instauração da ação penal se não vem a peça acusatória instruída com um mínimo de prova, constante do Inquérito Policial ou das peças de informação, não bastando, para tal, a versão de fato típico, meramente presumido pelo órgão acusatório, tal como ocorre, *in casu*, com o alegado interesse especial de agir do denunciado, no que respeita ao crime do art. 319 do Código Penal, hipótese na qual, por falta de justa causa para o exercício da ação penal, o art. 395, III, do CPP, na redação da Lei 11.719/2008, autoriza a rejeição da denúncia:

“Tem incluído a doutrina entre as causas da rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha

acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o fumus boni iuris que ampare a imputação. Tem se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido.” (Júlio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., 2002, p. 208)

“Falta de justa causa (...) STJ: “É necessário, para o recebimento da queixa, que a peça inicial venha instruída, de modo a indicar a plausibilidade da acusação, que não pode basear-se apenas na versão dada aos fatos pelo queixoso’ (RHC 606, do STJ). Precedentes. Hipótese em que a queixa veio ao Tribunal unicamente na versão do querelante. Impossibilidade, portanto. Queixa a que a Corte Especial rejeitou” (RSTJ 36/17). STJ: “Para o exercício regular da ação penal pública ou privada, é indispensável, entre os pressupostos do art. 43 do CPP, a justa causa, expressa em suporte mínimo de prova da imputação. A credibilidade da ação decorre de prova evidente do fato. O simples relato da suposta ofensa na queixa-crime, isoladamente, não justifica o seu recebimento. Recurso improvido” (RT 674/341).

(...)

TJSP: “Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir fumus boni iuris que ampare a imputação. Exige-se, assim, que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa” (JTJ 173/297).”

(...)

TACRSP: “Para o recebimento da denúncia e da queixa não basta o atendimento às formalidades do art. 41 do CPP, nem a descrição de comportamento hábil, em tese, à caracterização da figura típica, devendo existir um princípio de correspondência entre o fato imputado e o comportamento do agente retratado no inquérito policial, de tal sorte que a opinio delicti há que se lastrear em suspeita razoável e fundada, não presumida, pois desencadeada a ação penal atingem-se, não apenas o status libertatis, como o próprio status dignitatis do acusado” (RJDTACRIM 32/470)” (op. cit., p. 208/209)

Assim, não há como receber a denúncia, quanto ao crime de prevaricação, por inexistente um mínimo de prova a respeito de elemento essencial à configuração do delito, consistente no especial interesse de agir do denunciado.

Pelo exposto, recebo a presente denúncia pela conduta capitulada no art. 10 da Lei 7.347/85 e a rejeito, nos termos do art. 395, III, do CPP, quanto ao crime tipificado no art. 319 do CP.

É como voto.

Terceira Seção

Mandado de Segurança

2007.01.00.048521-5/MA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Impetrante: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini
Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão
Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Censo
Impetrado: Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão
Publicação: *e-DJF1* de 29/6/2009, p. 1254

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Mandado de Segurança. Comissão parlamentar de inquérito criada por assembléia legislativa estadual, para fiscalizar atos de fundação pública federal. Competência do Tribunal Regional Federal. Art. 109, incisos I e VIII, da CF/1988. Inexistência de competência fiscalizadora. Arts. 21, inciso XV, e 49, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

I. É competente o Tribunal Regional Federal para o julgamento de mandado de segurança impetrado por entidade pública federal, ainda que, como no caso, figure no pólo passivo, representante de pessoa jurídica com foro no Tribunal de Justiça do Estado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal.

II. Mandado de Segurança impetrado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) contra ato do Presidente e da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão, que instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar supostas irregularidades no Censo de 2007, sob o fundamento de que o Poder Legislativo do Estado invadiu competência constitucional reservada ao Poder Legislativo da União.

III. O legislativo de cada unidade da federação tem competência para instaurar CPI para investigar atos oriundos de órgãos submetidos à esfera de competência legislativa do parlamento ao qual está vinculada, sendo indevida a sua autuação sobre órgãos cujo controle não lhe esteja afeto.

IV. Desse modo, a criação de CPI pela Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão, para apurar supostas irregularidades ocorridas no Censo de 2007, realizado pelo IBGE, contraria os arts. 21, inciso XV e 49, inciso X, da Constituição Federal.

V. Segurança concedida. Agravo regimental julgado prejudicado.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conceder a segurança e declarar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 2/6/2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Presidente e da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão, que instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar supostas irregularidades no Censo de 2007, que estava sendo realizado pelo IBGE, no Estado do Maranhão, especificamente no tocante à contagem populacional.

A impetrante justificou, preliminarmente, a competência deste Tribunal para o julgamento do feito, por ser uma fundação federal de direito público, que tem foro na Justiça Federal, e assim, por paralelismo, no Tribunal Regional Federal.

Expôs que, como fundação pública federal, não pode sofrer investigação por parte de uma CPI de âmbito estadual, acrescentando que a criação de uma CPI estadual para investigar atos praticados por dirigentes de uma fundação pública federal fere frontalmente o princípio federativo, por pretender o Poder Legislativo Estadual, invadir competência constitucional reservada ao Poder Legislativo da União, e, conseqüentemente, o princípio da separação dos poderes, por desejar o mesmo Poder Estadual investigar, sem legitimidade constitucional, o Poder Executivo Federal.

Afirmou, ainda, que caso não sejam suspensos os trabalhos da CPI no início, a tutela mandamental de mérito será inútil, visto que os atos típicos de uma CPI, tais como, a colheita de depoimentos, inquirição de testemunhas, quebra de sigilo bancário, entre outros, já terão sido praticados.

Requeru, em sede liminar, a suspensão do funcionamento da CPI do Censo e, no mérito, a concessão da segurança, para obstar em definitivo seu funcionamento.

Inicialmente, proferi decisão (fl. 31), pela qual declarei a incompetência deste Tribunal para processar e julgar o presente *writ*, e determinei a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Reconsiderarei tal decisão, entretanto (fls. 37-38), com fundamento em precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, no julgamento

do Conflito de Competência n. 46.512, decidiu questão similar, dando por competente este Tribunal. Afastada a preliminar de incompetência, passei ao exame do pedido de liminar, que deferi, determinando a suspensão do funcionamento da “CPI do Censo”, na Assembléia Legislativa do Maranhão, até o julgamento do Mandado de Segurança.

Inconformada, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão interpôs agravo regimental, requerendo o acolhimento da incompetência absoluta do Tribunal, e, se indeferido esse pedido, que fosse possibilitada a retomada dos trabalhos da CPI.

As informações foram prestadas pelo impetrado (fls. 177-184), instruídas com documentos (fls. 185-209), sendo repetida a preliminar de incompetência deste Tribunal, com fundamento no art. 108 da Constituição Federal.

No mérito, afirma a autoridade impetrada que recebeu diversas denúncias de municípios dando ciência de divergência na contabilização populacional efetivada pelo IBGE – Censo 2007 – em suas áreas territoriais, situação de relevante interesse na órbita estadual, por seus desdobramentos, inclusive na esfera municipal, em vista do forte “impacto econômico-social”, o que atrai a competência da Assembléia Legislativa Estadual.

Defende a competência do órgão legislativo estadual, com base no art. 32, § 3º, da Constituição do Estado do Maranhão, e art. 31 e § 1º do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado, aduzindo, para refutar argumentos da inicial, que, “em momento algum, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) teve como objetivo promover investigação sobre o Órgão da Administração Indireta, como faz crer a peça exordial” (fl. 182).

Enfatiza que o objeto da investigação é o resultado do Censo/2007, no Estado do Maranhão, “que culminou com o ato administrativo homologado pelo IBGE e não ao *órgão em si*”. Acrescenta que, em face do resultado, “os dados contabilizados representam um grande impacto econômico-social para o Estado, que teve 22 (vinte e dois) de seus Municípios com coeficiente populacional diminuído, o que, por via de conseqüência, reduzirá as receitas municipais, derivadas, principalmente, das transferências constitucionais” (fl. 183).

O Ministério Público Federal, em parecer lançados às fls. 215-220, opina pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – Trata-se de mandado de segurança, mediante o qual a impetrante postula a suspensão, em definitivo, do funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada no âmbito da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão para o fim de apurar possíveis irregularidades no resultado do censo demográfico naquele Estado da federação, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2007.

Em sede de agravo regimental e em preliminar nas Informações, o impetrado suscitou a incompetência deste Tribunal para processar e julgar o feito.

O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente e da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão, o que, em princípio, levaria à competência do Tribunal de Justiça do Estado, o que me fez, no primeiro momento, declinar da competência, em decisão posteriormente reconsiderada, tendo em vista precedente trazido pela impetrante, no sentido de que o Tribunal Regional Federal é competente para julgar mandado de segurança contra ato de Juiz Estadual, quando impetrado por entidade federal.

Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento dos Conflitos de Competência n. 45.709/SP e 46.612/RN, firmou entendimento de que basta a presença na ação de qualquer dos entes enumerados no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, independentemente do procedimento utilizado, incluindo, portanto, o mandado de segurança, para fixar a competência da Justiça Federal.

Ficou consignado, ainda, naquela sessão, que o inciso VIII, do art. 109, da Constituição Federal, tutela o grau de hierarquia entre as diversas autoridades

federais, fixando a competência hierárquica. Confira-se:

Conflito negativo de competência entre juízo estadual e federal. Mandado de segurança impetrado pela CEF contra ato de juiz de direito. Incidência do art. 109, I, da Carta Magna de 1988. Competência da justiça federal.

I. O art. 109, I, da Carta Magna de 1988, não faz qualquer distinção entre os diversos tipos de procedimento, de tal sorte a contemplar o mandado de segurança, bastando para a definição da competência da Justiça Federal a presença dos entes lá enumerados (*ratione personae*).

II. O inciso VIII do art. 109, da Lei Maior, por sua vez, dispõe que aos juizes federais compete processar e julgar os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuando os casos de competência dos tribunais federais, no sentido da fixação de competência hierárquica. Sob este enfoque, tem-se que o inciso VIII tutela o grau de hierarquia dentre as diversas autoridades federais.

III. *In casu*, tratando-se de mandado de segurança impetrado pela CEF, empresa pública federal, há que se aplicar a regra insculpida no art. 109, I, da Constituição Federal, a fim que seja determinada a competência da Justiça Federal. Ato contínuo, incide a regra do inciso VIII para indicar, conforme for a autoridade impetrada, o órgão competente na Justiça Federal (1ª ou 2ª instância). Precedente da Suprema Corte: REExt 176.881 - RS, Relator para acórdão Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 06 de março de 1998 e CC 46.512 - RN. Ainda quanto a este particular, a egrégia Primeira Seção deste STJ decidiu que: Conflito de Competência - mandado de segurança impetrado por autarquia federal contra ato de juiz estadual - arts. 108, I, "c", e 109, I, da Constituição Federal - competência do Tribunal Regional Federal - princípios da hierarquia e simetria - orientação do pretório excelso.

I. O art. 109, I, da Constituição Federal, que estabelece regra de competência *ratione personae*, atrai a competência para a Justiça Federal inclusive nas hipóteses de mandado de segurança impetrado pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal contra entidade pública local, consoante a previsão do enunciado da Súmula 511/STF: "Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º".

II. Apesar da existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues e os Exmos. Srs. Juizes Federais Iran Velasco Nascimento e Maria Maura Martins Moraes Tayer.

quando do julgamento do RE 176.881/RS, Relator para acórdão o Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 6.3.1998, sufragou o entendimento de que o art. 109, I, da Constituição Federal, aplica-se inclusive aos casos de mandado de segurança impetrado por entidade federal contra ato de Juiz Estadual.

III. Além disso, firmou-se a orientação de que é imperiosa a análise do mandamus, nesses casos, pelo Tribunal Regional Federal, e não por um juiz federal. Isso porque, em razão do princípio da hierarquia, os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por juízes federais, nos termos do art. 108, I, 'c', da Carta Magna, são processados e julgados originariamente pelos Tribunais Regionais Federais. Desse modo, em respeito ao princípio da simetria, as ações mandamentais impetradas contra ato de Juiz Estadual também devem ser processadas e julgadas originariamente pela Corte Regional.

IV. Evidencia-se, portanto, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o mandado de segurança em questão, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna. Registre-se, entretanto, que a demanda deverá ser julgada pelo Tribunal Regional Federal, e não pelo Juízo Federal Suscitante, com fundamento no art. 108, I, "c".

V. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (CC 46.512 - RN, Relatora Ministra *Denise Arruda*, Primeira Seção, DJ de 05 de setembro de 2005) 4. Ademais, *in casu*, aplica-se integralmente o disposto no art. 2º da Lei 1.533/51, *verbis*: Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser supostamente pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais, porquanto à CEF foi determinado restituísse verba retirada da conta de cliente de cuja responsabilidade diz estar inume.

VI. A jurisprudência da Corte, quanto à qualificação da autoridade coatora, visa fixar a competência funcional de juízes ou tribunais, sem olvidar as regras de competência absoluta previstas na CF.

VII. Competência da Justiça Federal.

(CC n. 45.709/SP – Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux – DJ de 18.09.2006, p. 247)

Questão similar foi por mim apreciada, como relator do Mandado de Segurança n. 2003.01.00.010152-0/MG, perante esta Terceira Seção, no qual ficou decidido que:

É competente o Tribunal Regional Federal para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato de Juiz de Direito, ainda que não esteja

investido de jurisdição federal, sempre que figurar, no pólo ativo, uma das entidades referidas no art. 109, I, da Constituição Federal.

A presença do IBGE, fundação pública federal, portanto, atrai a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, e, no caso, sendo as autoridades impetradas o Presidente e a Mesa da Assembleia Legislativa, o *writ* deve ser julgado pelo Tribunal, em simetria com outras hipóteses em que autoridades com foro no Tribunal de Justiça do Estado, são julgadas pelos Tribunais Regionais Federais, como, por exemplo, quando são acusadas da prática de crime em detrimento de interesses da União.

Com essas considerações, entendo ser deste Tribunal a competência para julgar o mandado de segurança.

É o meu voto preliminar, que destaco.

Mérito.

Para justificar o pedido de liminar, a impetrante afirmou que, por ser uma fundação pública federal, não pode ser investigada por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de âmbito estadual, disso resultando não só a ilegalidade do ato impugnado, a evidenciar a relevância de sua fundamentação, como, também, o perigo de ineficácia da decisão que vier a ser tomada no presente mandado de segurança, “conquanto já bastante adiantados aqueles trabalhos, quiçá concluídos, de nada valendo a prestação jurisdicional que, ao final, venha a reconhecer a incompetência da Comissão para fiscalizar ou investigar o IBGE” (fl. 10).

Por outro lado, a autoridade impetrada argumenta que o quantitativo populacional apurado pelo Censo 2007, efetivado pelo IBGE, em áreas territoriais de diversos Municípios do Estado, cujos resultados poderão causar graves prejuízos financeiros ao erário estadual e municipal, confere legitimidade à Assembleia Legislativa do Estado para instituir CPI, com fundamento no art. 32, § 3º, da Constituição Estadual, e no art. 31, § 1º, da Resolução Legislativa n. 449/2004 (Regimento Interno da Assembleia Legislativa).

Alega, ademais, que possui tal prerrogativa, porque a função fiscalizadora exercida pelo poder legislativo, por meio das CPIs, é mecanismo essencial do sistema de *checks and balance*, adotado pela Constituição Federal de 1988, o que foi reconhecido de

forma pacífica pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Cível Originária n. 730-5/RJ (fl. 183), que entende aplicável ao caso dos autos.

Nesse julgamento a ementa foi redigida nos seguintes termos, *verbis*:

Ação cível originária. Mandado de segurança. Quebra de sigilo de dados bancários determinada por comissão parlamentar de inquérito de assembléia legislativa. Recusa de seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil. Lei Complementar 105/2001.

I. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na Constituição federal de 1988.

II. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de *checks-and-counterchecks* adotado pela Constituição Federal de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes.

III. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a Lei Complementar 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição.

IV. Mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.

(ACO n. 730/RJ – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Tribunal Pleno – DJ de 11.11.2005, p. 5)

A meu ver, contudo, esse julgado não se presta como paradigma, uma vez que sua moldura fática é diversa da delineada neste mandado de segurança, visto que a CPI instaurada, naqueles autos, pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro tinha como objetivo investigar denúncias de irregularidades na *Loterj* e *Rioprevidência*, empresas estaduais.

Ademais, o entendimento que se firmou, naquela sessão, foi de que o poder de quebrar sigilo bancário não se limita às CPIs criadas no Congresso Nacional, sendo esses poderes extensivos aos inquéritos instaurados no âmbito das Assembléias Legislativas estaduais, devendo o Banco Central fornecer os dados requeridos, questão que também não está sob exame neste *writ*.

Quanto à possibilidade de o Poder Legislativo Estadual instaurar CPI para apurar irregularidades em órgãos pertencentes ao Poder Executivo Federal,

verifico que, no julgamento da Ação Cível Originária n. 730-5/RJ, o STF não se manifestou a respeito.

Entendo, de outra parte, presente a relevância a amparar a pretensão da impetrante.

A Carta da República de 1988, ao cuidar das Comissões Parlamentares de Inquérito, o fez no âmbito do princípio da separação dos poderes. Decorre desse princípio a distribuição vertical das competências administrativas e legislativas que, conseqüentemente, determina e limita a competência do ente político para investigar.

Conclui-se, daí, que o legislativo de cada unidade da federação só pode instaurar CPI para investigar fatos que estejam enquadrados em sua competência. Por isso, a CPI deve se limitar a investigar atos oriundos apenas dos órgãos submetidos à esfera de competência legislativa do parlamento ao qual está vinculada, não podendo ultrapassar a competência dele, sendo indevida sua atuação sobre órgãos cujo controle seja alheio.

O art. 21 da Constituição Federal dispõe sobre as competências materiais exclusivas da União, cujo inciso XV, abrange a função de “organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional”, o que confere a ela (União) o poder de fiscalizar o órgão responsável por exercer tal papel.

Sinalizando no mesmo sentido, o art. 49, inciso X, da Constituição Federal sujeita à fiscalização do Congresso Nacional os órgãos da administração indireta, o que alcança a atuação do IBGE, fundação pública federal, responsável pela realização de recenseamentos, com atuação em âmbito nacional.

Destaco, nessa linha de entendimento, julgado da Sexta Turma deste Tribunal, *verbis*:

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Mandado de Segurança. Repasse de recursos federais realizados por autarquia federal em benefício de municípios. Comissão parlamentar de inquérito instaurada pelo poder legislativo estadual. Usurpação de competência fiscalizatória. Legitimidade passiva “ad causam” da autoridade federal responsável pelo fornecimento da documentação requisitada pela comissão. Rejeição da preliminar de incompetência da Justiça Federal. Ilegitimidade ativa do município impetrante não caracterizada.

I. Buscando o impetrante, como no caso, ordem judicial para que a autoridade responsável pelo repasse de recursos à Unidade Federativa (Município de Boa Vista do Tupim/BA) se abstenha de fornecer quaisquer documentos à Comissão Parlamentar de Inquérito, criada no âmbito do Poder Legislativo Estadual, sob o fundamento de incompetência da Assembléia Legislativa do Estado, para essa finalidade, afigura-se manifesta a legitimidade da referida autoridade federal, para integrar o pólo passivo da demanda.

II. Voltando-se a impetração, também, contra ato de autoridade federal, é competente a Justiça Federal, para processar e julgar o *mandamus*, nos termos do art. 109, VII, da Constituição Federal. Preliminar de incompetência que se rejeita.

III. Não postulando o Impetrante, na espécie, a defesa de direito alheio, não prospera a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada, sob esse fundamento. Rejeição da referida preliminar.

IV. Afigura-se ilegítima a criação, por Assembléia Legislativa Estadual, de Comissão Parlamentar de Inquérito, com a finalidade de investigação da política de alocação de recursos federais repassados por autarquia federal (INCRA) aos Municípios do Estado da Bahia, por manifesta usurpação da competência do Congresso Nacional e das respectivas Câmaras Municipais, nos termos dos arts. 49, X, e 31, caput, da Constituição Federal.

V. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(AMS n. 2000.33.00.000989-0/BA – Rel. Desembargador Federal Souza Prudente – DJ de 10.09.2007, p. 52)

Registre-se, por oportuno, que esse também é o entendimento do representante do Ministério Público Federal, *verbis*:

(...) Os referidos poderes investigatórios ficam limitados à esfera de atuação da Casa Legislativa, razão pela qual as Comissões Parlamentares de Inquérito instaladas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal se limitam a investigar fatos da esfera federal, já que não têm competência para determinar as mencionadas medidas em relação aos órgãos estaduais ou municipais, sob pena de indevida ingerência da autonomia assegurada pela Carta Magna aos estados e municípios e violação do pacto federativo.

Nesse sentido, mostra-se elucidativo o Regimento Interno do Senado Federal, que afasta a possibilidade de criação de CPI sobre matérias pertinentes aos Estados:

Art. 146. Não se admitirá comissão parlamentar de inquérito sobre matérias pertinentes:

À Câmara dos Deputados;

II. às atribuições do Poder Judiciário

III. aos Estados

Por outro lado, o Pretório Excelso já firmou o entendimento de que o Poder Legislativo Estadual e Municipal devem obedecer às mesmas regras do modelo federal, em atenção ao princípio da simetria, conforme se vê do seguinte julgado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 34, § 1º, e 170, inciso I, do regimento interno da assembléia legislativa do estado de São Paulo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Criação. Deliberação do plenário da Assembléia Legislativa. Requisito que não encontra respaldo no texto da constituição do Brasil. Simetria. Observância compulsória pelos Estados-membros. Violação do artigo 58, § 3º, da Constituição do Brasil.

I. A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando porém ao próprio parlamento o seu destino.

II. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais---garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais.

III. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembléia Legislativa. Precedentes.

IV. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembléia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no artigo 58 da CB/88.

V. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho “só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e”, constante

do § 1º do artigo 34, e o inciso I do artigo 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

(ADI 3619/SP – Relator Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno – DJ de 20.04.2007, p. 78)

Portanto, não se mostra compatível com a Constituição Federal, a instalação de CPI, por Casa Legislativa Estadual, para apurar fato referente a atos administrativos da Administração Pública Federal.

Do exposto, com essas considerações, concedo a segurança, para obstar em definitivo o funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito que tem por finalidade apurar possíveis irregularidades do censo demográfico de 2007 no Estado do Maranhão, realizado pelo IBGE.

Fica prejudicado o exame do agravo regimental interposto.

É o meu voto.

Voto-vogal

A Exma. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Senhor Presidente, a única dúvida que eu teria neste processo seria a respeito da nossa competência para apreciar este mandado de segurança, porque, em princípio, entenderia competente o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 102, “f”, da Constituição. Tendo em vista, todavia, que o mandado de segurança já está tramitando desde 2007, que não foi alegada essa questão pelas partes e a interpretação bastante estrita que o Supremo dá a essa competência da letra “f” do art. 102, acompanho o Relator.

Quarta Seção

Ação Rescisória

1998.01.00.072611-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Autor: Banco Rural de Investimentos S/A e outro

Advogado: Dr. João Dacio de Souza Pereira Rolim e outros

Réu: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho

Publicação: e-DJF1 de 4/5/2009, p. 124

Ementa

Tributário. Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. PIS. Decretos-Lei 2.445 e 2.449/1988. Prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Matéria infraconstitucional controvertida no âmbito dos tribunais à época da prolação do julgado rescindendo. Aplicação da Súmula 343/STF.

I. A ação rescisória não tem por escopo corrigir ou adequar julgados em face de posicionamentos supervenientes firmados pelos Tribunais, supostamente mais corretos e coerentes a respeito de determinado tema.

II. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. (Súmula 343/STF).

III. O termo *a quo* da contagem do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a repetição de tributo cuja norma que instituiu ou alterou é declarada inconstitucional pelo STF — no caso, os Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988 — era questão infraconstitucional de interpretação controvertida nos tribunais, o que implica a não admissão da ação rescisória.

IV. Ação rescisória declarada extinta sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, declarar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto da relatora.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 25/3/2009.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – Esta ação rescisória foi proposta pelo Banco Rural de Investimentos S/A e pelo Bancorural S/A, com fulcro no art. 485, V, do Código de Processo Civil, na qual pretende rescindir parcialmente sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que acolheu parcialmente

os pedidos das autoras (fls. 145/150). A sentença tem a seguinte fundamentação, quanto à questão (fl. 146):

V. Prescrição. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos da data da extinção do crédito tributário com o pagamento indevido, nos termos dos arts. 168/I e 156/I do CTN. Assim, proposta a presente ação em 12/06/1995, estão prescritos os créditos

referentes aos recolhimentos efetuados antes de 12/06/1990 (fls. 3).

A 4ª Turma deste Tribunal, nos termos do voto da lavra da então Juíza Eliana Calmon, negou provimento ao recurso da União e à remessa oficial, conforme a seguinte ementa:

Tributário - PIS - Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - Compensação - Decreto-Lei n. 2.138/1997 - Precedente - Expurgos inflacionários.

I. O Plenário do Tribunal, em 16/5/1991, julgando incidente de inconstitucionalidade arguido na REO n. 89.01.10478-4/MG, rejeitou-o, proclamando a legalidade dos decretos-leis de regência do PIS.

II. Posição revista após precedente do STF no RE n. 148.754-2, de 24/6/1993.

III. Reconhecimento, pelo Pleno da Corte, da inconstitucionalidade dos diplomas aludidos no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AMS n. 92.01.28230-3/MG, que deu origem à Súmula n. 22.

IV. Inconstitucionalidade formal e material dos DL's ns. 2.445 e 2.449/1988, por quebra do princípio hierárquico e por impropriedade da via legislativa.

V. Legalidade do PIS que, como contribuição social, normatizada pela Lei Complementar n. 07/1970, não se atrita com a ordem constitucional de 1988.

VI. A compensação, segundo precedente da Corte Especial do STJ, é forma de extinção examinável na esfera administrativa, cabendo ao Judiciário declarar se os créditos são compensáveis.

VII. Disciplina jurídica da compensação pelo Decreto n° 2.138, de 29/1/1997 que autoriza o entendimento jurisprudencial.

VIII. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de admitir a inclusão, na conta de liquidação, dos percentuais da inflação que, a cada plano econômico do Governo, são excluídos.

IX. São devidos os expurgos de janeiro/1989 (42,72%), março, abril e maio/90 (84,32%, 44,80% e 7,87%, respectivamente) e fevereiro/1991 (21,87%).

X. Recursos improvidos.

Sustenta a autora que o prazo prescricional de cinco anos para o direito à repetição do indébito de parcelas indevidamente recolhidas a título de PIS é contado a partir da homologação expressa ou tácita da atividade exercida pelo contribuinte (lançamento), independentemente da data do recolhimento. Alega que a contribuição indevidamente recolhida é daquelas sujeitas ao lançamento por homologação, aplicando-se-lhes, assim, a prescrição de 10(dez) anos contados

a partir do fato gerador, conforme determinam os arts. 150, §4º, e 168 do CTN, dispositivos esses violados pelo julgado.

Afirma que deve ser afastado o óbice do enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a interpretação apontada é a única possível, sendo pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, à época da prolação da sentença, a aplicação da tese dos 5+5.

Por tais razões, requer a rescisão do julgado, para que outro seja proferido em seu lugar, dando-se provimento aos seus pedidos.

A União apresentou contestação, oportunidade em que, preliminarmente, aponta que a inicial não foi instruída com a certidão de trânsito em julgado do *decisum*. Além disso, afirma que a interpretação da matéria continuava controvertida à época do julgado, o que atrai a incidência da Súmula 343/STF. Tais óbices impedem o conhecimento da ação rescisória.

Quanto ao mérito, que deve ser negado provimento ao pedido das autoras, porquanto a prescrição na hipótese é quinquenal, contada a partir da data do pagamento tido por indevido (fls. 196/204).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ação rescisória (fls. 253/259).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – A ação rescisória, pela natureza do provimento a que se destina (rescisão de decisão acobertada pela coisa julgada material), e em razão dos questionamentos que provoca (estabilidade das relações jurídicas x injustiça), reclama utilização consciente e exata, sob pena de se instaurar clima de insegurança no meio social.

Assim, seu manejo indiscriminado deve ser combatido e repudiado, mormente quando sua natureza é desvirtuada para espécie de recurso ordinário com prazo mais alongado.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Leomar Barros Amorim de Sousa, Luciano Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Itelmar Raydan Evangelista (convocado) e Osmane Antônio dos Santos (convocado).

Às partes e aos respectivos patronos deve ser exigida a boa-fé processual de não se utilizar inconsequentemente de expedientes que venham a procrastinar a entrega da prestação jurisdicional, eternizando a angústia daqueles envolvidos no litígio.

Esse entendimento, a meu ver, longe de restringir a função jurisdicional, serve para democratizá-la, na medida em que mantém des congestionadas suas vias de acesso.

Destarte, não se enquadra na hipótese permissiva inscrita no art. 485, V, do Código de Processo Civil, a pretensão da autora consubstanciada na adoção, por este Tribunal, de marco inicial do prazo prescricional diverso do adotado no acórdão rescindendo.

O julgado adotou orientação jurisprudencial de que a prescrição quinquenal deve ser contada a partir da data do pagamento indevido do tributo (fl. 46).

Propõem as autoras a presente ação rescisória pretendendo que este Tribunal adote entendimento diverso do acolhido pelo julgado rescindendo, qual seja, o de que o prazo quinquenal estabelecido pelo CTN, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, deva ser contado a partir da homologação expressa ou tácita da atividade do contribuinte que apura o tributo ('lançamento').

No caso, por se tratar de matéria que gerou inegável divergência no âmbito dos Tribunais, entendendo ser inviável, mediante ação rescisória, modificar julgado que adotou um dos diversos posicionamentos jurisprudenciais existentes à época.

É cediço que a interpretação das normas excepcionais que regem a ação rescisória não pode ser extensiva. A expressão violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), entendida como violação de literal disposição do direito em tese, deve ser clara, sem jaça, indubidosa, de forma a não causar qualquer suspeita.

O STF assentou entendimento de que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais, conforme enunciado da Súmula 343/STF.

Indiscutível que o prazo prescricional para a repetição do indébito é quinquenal. Contudo, à época da prolação da sentença, grande era a divergência acerca do termo *a quo* da contagem do prazo prescricional.

Alguns julgados entendiam que o prazo prescricional se iniciaria com a publicação do julgado do Supremo Tribunal Federal, entre outros: a decisão do colendo STF, proferida no RE nº 148754/RJ, que declarou inconstitucional os Decretos-Leis ns 2.445 e 2.449, de 1988, foi publicada no DJ de 4/3/1994. Perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, seu término se deu em 3/3/1999 (AgRg no REsp 422007/MG, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 1º/7/2002, p. 261).

Outros, por sua vez, que o marco seria a publicação de resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia da norma, entre outros: o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito do PIS cobrado com base nos dois Decretos-Leis iniciou-se, portanto, em 10 de outubro de 1995, data em que publicada a Resolução nº 49/95 do Senado Federal, findando em 09 de outubro de 2000 (REsp 554014/RN, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ 1º/12/2003, p. 342).

O próprio Superior Tribunal de Justiça reconhecia a divergência na interpretação: após inúmeras divergências, a Primeira Seção desta Corte pacificou entendimento em torno do termo *a quo* da prescrição, concluindo: a) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação não declarados inconstitucionais pelo STF, aplica-se a tese dos “cinco mais cinco”; b) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação declarados inconstitucionais pelo STF, o termo *a quo* da prescrição é: - a data da publicação da resolução do Senado Federal nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade (REsp 423.994/MG); e - a data do trânsito em julgado da decisão do STF que, em controle concentrado, concluir pela inconstitucionalidade do tributo (REsp 329.444/DF). Na hipótese do PIS, o termo *a quo* é a publicação da Resolução 49/1995 – Senado Federal, que ocorreu em 10/10/1995, estando prescritas as demandas ajuizadas a partir de 11/10/2000 (REsp 503734/MG, 2ª Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10/5/2004, p. 224).

No entanto, o entendimento firmado não foi tão pacífico, sempre constava a ressalva do ponto de vista do eminente Ministro Teori Albino Zavascki: as duas orientações firmadas nesta Corte sobre o prazo

para repetição de tributo cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo STF — a) dez anos a partir do fato gerador; b) cinco anos a partir da declaração — são inconciliáveis, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação. Adota-se o primeiro entendimento, com ressalva do entendimento pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do RESP 422.704/BA) – (REsp 549813/RS, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 25/2/2004, p. 118).

Outros julgados proferidos por Tribunais Regionais Federais, que demonstram a divergência acerca da interpretação legal sobre o termo a quo da contagem do prazo prescricional:

(...) A prescrição das parcelas recolhidas antes da decisão do STF tem como termo “a quo” a data da referida decisão, portanto, 4/3/1994, quando então iniciado o lapso prescricional. As parcelas recolhidas posteriormente, aplicam-se as regras insertas no art.168, I, do CTN (Precedentes desta Turma).

(AC 1998.03.074813-0, 6ª Turma TRF3, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, DJ 15/10/2004, p. 434).

[...] O “dies quo” do prazo prescricional é a data em que o Senado Federal, através da Resolução 49/1995, determinou a suspensão dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, iniciando-se aí a contagem de novo prazo prescricional quinquenal (AC1999.61.00.043928-6/SP, 4ª Turma TRF3, Relator Desembargador Federal Andrade Martins, DJ 5/10/2001, p. 613).

Tributário. Pis. Decretos-lei 2445/1988 E 2449/1988. (...) Em relação à prescrição do pedido de restituição dos valores indevidamente pagos, cumpre asseverar que a ação foi ajuizada dentro do prazo de cinco anos contados desde a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 165 do Código Tributário Nacional.

(AC 96.02.03316-9/RJ, 1ª Turma TRF2, Relator Desembargador Federal Ricardo Regueira, DJ 10/12/2003, p. 33).

Tributário – Pis – Decretos-leis ns 2.445 e 2.449/1988 – Inconstitucionalidade – Compensação – lei n 8.383/1991 – Prescrição (...) I. Prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação.

(AC 96.01.56485-3/DF, 4ª Turma TRF1, Relatora Desembargadora Federal Eliana Calmon, DJ 22/5/1997, p. 36434).

(...) O prazo de prescrição da ação de repetição de indébito recolhido a título de contribuição para o PIS nos moldes preconizados pelos Decretos-leis 2.445/1988 e 2.449/1988 é de cinco anos e tem como termo “a quo” a data do recolhimento indevido.

(AC 96.01.44383-5/DF, 3ª Turma TRF1, Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, DJ 19/09/1997, p.76017).

(sem grifos nos originais)

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça evoluiu e, desde então se encontra pacificada que, independentemente da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, aplicável a tese dos 5+5 se tratando de repetição de indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nessa linha:

Constitucional. Tributário. Embargos de Divergência. Contribuição previdenciária. Lei n 7.787/1989. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Precedentes.

I. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

II. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.

III. A ação foi ajuizada em 16/12/1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 09/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

IV. Precedentes desta Corte Superior.

V. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto.

(EREsp 435835/SC, 1ª Seção do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator para o acórdão Ministro José Delgado, Data do Julgamento 24/3/2004, DJ 4/6/2007, p. 287).

(sem grifos no original)

Este precedente é citado nos julgados posteriores que tratam da repetição de tributos recolhidos com base nos Decretos-Leis 2.445 e 2.449/1988.

Conquanto, em tese, a nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça seja favorável à autora, a ação rescisória não tem por escopo corrigir ou adequar julgados em face de interpretações supervenientes firmados pelos Tribunais sobre dispositivos infraconstitucionais, supostamente mais corretos e coerentes a respeito de determinado tema.

Portanto, à época do julgado, a interpretação jurisprudencial acerca do termo *a quo* do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição de indébito pago com fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal era controvertida nos tribunais. Uma vez escolhido pelo julgado uma entre as várias interpretações possíveis à época, não há de se falar em ofensa a dispositivo de lei.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é cediço na Corte que “para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos” (AgRg no Ag 854368/RS, 1ª Seção STJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 7/5/2008).

Assim, inviável a pretensão deduzida nesta ação quanto ao termo *a quo* do prazo prescricional, ante a aplicação do enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento de casos idênticos, outra não foi a conclusão extraída por este Tribunal, conforme precedentes ora transcritos:

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Prescrição. “Dies a quo”. PIS. Decretos-leis 2.445 e 2.449/1988. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Resolução n. 49/1995 do Senado Federal. Súmula 343 do STF. Matéria de índole infraconstitucional.

Interpretação controvertida no âmbito dos tribunais regionais federais. Inadmissibilidade da ação rescisória.

I. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343 do STF).

II. O *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da norma que instituiu/alterou o tributo, que é questão de índole infraconstitucional, possui interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, o que torna inadmissível a interposição de ação rescisória.

III. Ação rescisória não admitida. Processo extinto, sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC).

(AR 2005.01.00.056610-0/MG, 4ª Seção TRF1, Relator Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, DJ 15/12/2006, p.5).

(sem grifos no original)

Processual Civil e Tributário - Ação Rescisória - Contribuição para o programa de integração social - PIS - Decretos-Leis ns 2.445/88 e 2.449/1988 - Inconstitucionalidade declarada - Repetição do tributo - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Súmulas ns 343, do Supremo Tribunal Federal, e 134 do Tribunal Federal de Recursos - Violação de literal disposição de lei - Matéria infraconstitucional controvertida nos tribunais na época em que foi proferida a decisão - Carência da ação reconhecida.

I. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” (Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 343.)

II. “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor.” (Tribunal Federal de Recursos, Súmula n. 134.)

III. O entendimento da Egrégia 4ª Seção não admite Ação Rescisória para desfazimento de julgado que tenha como fundamento o termo inicial do prazo de prescrição quinquenal para repetição de tributos, matéria controvertida nos tribunais à época em que proferida a decisão.

IV. Carência da ação reconhecida.

V. Processo extinto. (Código de Processo Civil, art. 267, IV.)

(AR 2004.01.00.052020-5/BA, 4ª Seção TRF1, Relator Desembargador Federal Catão Alves, DJ 02/02/2007, p.13).

(sem grifos no original)

Processual Civil e Tributário - Ação Rescisória - Repetição das majorações do Finsocial: prazo prescricional - Súmula n 343 do STF: aplicabilidade - processo extinto (art. 267, IV, do CPC).

I. *Súmula n. 343* do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

II. *Súmula n. 134* do ex-TFR: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.

III. Para fins de caracterização ou não da controvérsia a que aludem as *súmulas n. 343/STF* e *n. 134/ex-TFR*, não se exige haja dissenso irradiado por todos os Tribunais nem se limita o número mínimo/máximo de órgãos divergentes, tampouco se recusa a divergência se tal há só no âmbito do mesmo Tribunal. Não consubstancia a dissidência, todavia, mera multiplicidade de posições jurídicas dentro de um mesmo órgão julgador (dos juízes individualmente), que resulta apenas, quando o caso, em julgados não unânimes.

IV. Matéria (prazo prescricional para repetição das majorações do *Finsocial*) infraconstitucional e controvertida ao tempo do julgado (2003) não viabiliza ação rescisória.

V. Ação rescisória não admitida: processo extinto (art. 267, IV, do CPC).

VII. Peças liberadas pelo relator, em 14/9/2005, para publicação do acórdão.

(AR 2004.01.00.049022-0/PI, 4ª Seção TRF1, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 9/11/2005, DJ p.03).

(sem grifos no original)

A hipótese prescinde de apanhado acerca da interpretação do art. 3º da Lei Complementar 118/2005.

Por todo o exposto, com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, julgo extinto o feito, sem resolução do mérito. Condeno as autoras ao pagamento de honorários advocatícios, que, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pro rata, bem como à perda do depósito efetuado em favor da ré.

É como voto.

Embargos Infringentes

2003.34.00.015035-9/DF

Relator: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Embargante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Embargado: Antonio Claret Real e outros
Advogado: Dra. Carolina Louzada Petrarca e outros
Publicação: e-DJF1 de 22/6/2009, p. 510

Ementa

Embargos Infringentes. Embargos à execução. Imposto de renda retido na fonte. Indenização em pecúnia de férias e licenças prêmios não gozadas em atividade. Dedução de valores eventualmente recebidos na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Art. 741, V e VI, do CPC. Ônus da prova. Art. 333, II, CPC.

I. Mesmo sendo entendimento da jurisprudência do STJ, a qual já é acompanhada por esta Corte, no sentido da possibilidade de compensação, ainda que alegada apenas em sede de execução, de valores já restituídos quando das declarações de ajuste anual, a título de IRPF recolhido indevidamente sobre valores recebidos em pecúnia, como indenização de férias, folgas e licenças prêmios não gozadas em atividade, na hipótese, não há nos autos provas suficientes a embasar esse pedido.

II. Incumbe à Fazenda Nacional a demonstração da existência de parcelas já restituídas ao contribuinte quando da declaração de ajuste anual (art. 333, II, c/c art. 741, VI, todos do CPC).

III. Irrelevância da única prova juntada pela executada consistente em simples planilhas de cálculos expedidas pela Receita Federal, nas quais demonstra apenas o extrato das declarações de renda apresentadas pelos exequentes no período em discussão, sem indicar dados suficientes para apurar-se a dedução questionada.

IV. De qualquer forma, dar trânsito à pretensão da executada embargante importa em reabrir as declarações de ajustes anuais dos exequentes após homologação expressa ou tácita dos valores ali lançados e, por conseguinte, esgotados os prazos legais para sua contestação.

V. Embargos Infringentes não providos, prevalecendo o voto vencido, ainda que por outro fundamento, pois, embora seja possível a compensação em sede de execução, as provas juntadas aos autos não são suficientes para embasar o direito pretendido.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 3/6/2009

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos: – Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da 7ª Turma deste Tribunal, da lavra do Juiz Federal Convocado Rafael Paulo Soares Pinto, que, por maioria

de votos, considerou que o pedido de dedução, nos cálculos de liquidação de título judicial (IRRF sobre verbas indenizatórias), dos valores já restituídos aos executados, quando das declarações de ajustes anuais apresentadas à Secretaria da Receita Federal, deveria ter sido veiculado na ação principal, na fase de conhecimento, não cabendo inovar por ocasião

da execução. Entendeu, ainda, que a embargante não provou que houve as alegadas restituições.

Requer, por conseguinte, a prevalência do voto vencido, proferido pelo eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel, que admitia essa compensação, mesmo que em sede de execução de sentença, à consideração de não existir a preclusão reconhecida pelos votos vencedores, considerando válidas as planilhas de cálculos apresentadas pela Fazenda Nacional (fls. 17/26), já que os embargados, intimados a se manifestarem sobre elas, não as contestaram.

Houve contrarrazões (fls. 265/279).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos: – O voto vencedor, a par de ter considerado precluso o direito de se pedir, em execução, a dedução dos valores já restituídos no momento das declarações de ajustes anuais apresentadas à Secretaria da Receita Federal, entendeu que a Fazenda não provou que ocorreram as alegadas restituições.

É certo que a jurisprudência do STJ, a qual já é acompanhada por esta Corte, é no sentido da possibilidade de compensação, ainda que alegada apenas em sede de execução, de valores já restituídos quando das declarações de ajuste anual, a título de IRPF recolhido indevidamente sobre valores recebidos em pecúnia, considerados indenizatórios. No entanto, na hipótese, não há nos autos provas suficientes a embasar essa compensação.

É que, a prova da existência de valores a compensar é ônus da Fazenda Nacional do qual não se desincumbiu (art. 333, II, c/c art. 741, VI, todos do CPC). Nesse sentido, ressaltou o colendo STJ, no julgamento do REsp 221.428/DF, Rel. Ministro Peçanha Martins, DJ de 06/11/00, que, *“na repetição do imposto de renda indevido, o contribuinte que sofreu o desconto deve, apenas, comprovar a retenção na fonte*

não lhe incumbindo a prova de eventual compensação, na declaração de ajuste do referido tributo”.

Nesse contexto, se a única prova que junta a Fazenda são meras planilhas de simulação de valores expedidas pela Receita Federal (fls. 17/26), nas quais aponta apenas o extrato das declarações de renda apresentadas pelos exeqüentes no período em discussão, sem indicar dados suficientes para apurar-se a dedução questionada, não vislumbro viabilidade no pedido de compensação ora formulado.

Esses documentos, por si sós, *data venia*, não comprovam tenham sido restituídas parcelas do IRRF cuja repetição foi determinada no título executivo judicial.

Dar trânsito à pretensão da executada embargante importa em reabrir as declarações de ajustes anuais dos exeqüentes após homologação expressa ou tácita dos valores ali lançados e, por conseguinte, esgotados os prazos legais para sua contestação.

Ademais, se assim o for, o contribuinte vencedor, então, deixa de receber o seu crédito e retorna à interminável *“via crucis”* de retificar a sua declaração de ajuste anual, à mercê da *“boa vontade”* do Fisco, correndo o risco, quiçá, de ter que apresentar documentos que, em razão do decurso do tempo, sequer possui, tornando-se o credor refém da máquina administrativa, que, sabe-se lá, pode inventar *“revisar”* sua declaração embora expirado o prazo decadencial.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencedor, ainda que por outro fundamento, pois considero que, embora seja possível a compensação em sede de execução, as provas juntadas aos autos não são suficientes para embasar o direito pretendido.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca e os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos (convocado) e Cleberson José Rocha (convocado).

Primeira Turma

Apelação Cível

2000.39.00.001314-0/PA

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator: Dr. Juiz Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Apelante: União Federal
Advogada da União: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Reginaldo Sousa dos Santos
Advogado: Dr. Luiziano B. de Paula Caballero e outros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – PA
Publicação: e-DJF1 de 5/5/2009, p. 65

Ementa

Administrativo. Militar temporário. Reincorporação e reforma. Incapacidade absoluta. Transtorno afetivo bipolar – alienação mental comprovada por perícia. Doença multifatorial agravada pelas atividades militares. Nexo causal comprovado. Benefício correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa. Sentença mantida. Recurso e remessa não providos.

I. Não declara nulidade por ausência de manifestação do parquet em prejuízo da parte legalmente, sobretudo quando não há declaração formal de incapacidade absoluta e consequente interdição, além de ter havido manifestação do MPF na instância revisora, sem que fosse aventada essa hipótese.

II. O militar, mesmo revestindo a condição de temporário, nos termos do disposto no art. 3º, § 1º, a, II, da Lei nº 6.880/1980, é considerado para efeitos legais militar da ativa e, por isso, tem direito a reforma ex officio, quando comprovado acidente em serviço que tenha gerado incapacidade definitiva para o exercício de atividades militares.

III. Reconhece-se a ilegalidade de ato de licenciamento ex officio do militar temporários das fileiras do Exército Brasileiro, quando apurada doença incapacitante, manifestada e/ou agravada durante a prestação do serviço militar, suficiente a lhe ser deferida reforma, nos termos do Estatuto dos Militares.

IV. Direito à reforma com soldo pela graduação superior à que recebia quando engajado, nos termos dos arts. 108, 109 e 110 da Lei nº 6.880/1980.

VI. Sentença mantida, nomeação de curadora provisória, nos termos do art. 113, § 3º, do Estatuto dos Militares.

VI. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e a remessa oficial, nos termos do voto do Juiz relator convocado.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 25/3/2009.

Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: – Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União contra a sentença de fls. 100/104, prolatada pelo juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Pará, que julgou procedente pedido de reincorporação e reforma formulado por Reginaldo Sousa dos Santos.

Na decisão atacada foi desconstituído o ato de licenciamento *ex officio*, determinando a reforma militar do apelado, nos termos do art. 109 e 108, inciso V, da Lei n. 6.880/1980, assegurando-lhe, também, a prestação de benefício correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, inclusive os atrasados.

Irresignada, sustentou a União, às fls. 109/113, que a sentença merece reforma, pois o licenciamento do apelado não se deu em decorrência de problemas de saúde, mas com base no art. 121, inciso II, e seu § 3º, alínea “a”, do Estatuto dos Militares, combinado com art. 24, incisos I e II, do RCPG Aeronáutica, aprovado pelo Decreto n. 880/1993. Alegou que o apelado, ao saber que seria licenciado do serviço militar em junho de 1999, solicitou seu reagendamento, o que foi indeferido. Salientou que, ao praticar os atos administrativos de reagendamento e licenciamento, a Administração se utiliza da discricionariedade, atendendo aos critérios de oportunidade e conveniência do serviço.

Contra-razões às fls. 115/117, pugnando pela manutenção da sentença, vez que fundamentada nos procedimentos insertos nos art. 109 e 108, inciso V, da Lei n. 6.880/1980. Salientou que, à época do licenciamento, não gozava de condições físicas e mentais aptas para ser dispensado *ex officio*, pois os sintomas patológicos já há muito se manifestavam, tendo, pois, direito à reforma. Ao final, com o fim de evitar nulidade processual, requereu a intimação do MPF.

Parecer do MPF às fls. 121/124.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: – Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade da apelação e da remessa oficial, deles conheço, mas lhes nego provimento.

Antes de analisar as razões recursais, cuido de apreciar a legitimidade e a representação processual do autor Reginaldo Sousa dos Santos, pois veio a juízo, outorgando mandato (fls. 10) e, ao mesmo tempo, assistido por sua mãe Laice Sousa dos Santos, ao argumento de ser absolutamente incapaz, sem, contudo, trazer prova do ato de interdição judicial e nomeação de curador.

Nada obstante esse fato, motivador, aliás, até mesmo de eventual nulidade de todo o procedimento, depois de compulsar os autos, bem ainda, as normas especiais que tratam dos servidores militares, entendo que, dadas as peculiaridades do caso, esta não seria a melhor solução. Há, pois, de se ter por válido todos os atos praticados neste feito, pelas razões que passo a expor.

O que posso extrair de toda a prova colhida é que a incapacidade absoluta invocada pelo postulante foi comprovada e remonta à data do licenciamento *ex officio*. A propósito, foi o que restou sobejamente demonstrado na instrução probatória, em especial no Laudo Psiquiátrico – Forense, atestando que o postulante sofre de Transtorno Afetivo Bipolar, não apresentando meio de prover sua própria subsistência e sendo inteiramente dependente de terceiros (fls. 82/84).

Referida doença, até mesmo nos termos da Portaria Normativa n. 328, de 17 de maio de 2001, que identifica os casos de incapacidade pela Junta de Inspeção de Saúde do Exército, aprovada pelo Ministério de Estado da Defesa, encontra-se abrangida pelo conceito de alienação mental, conforme Cap. III, Seção 1:

Alienação mental
1 - Conceituação

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado).

1.1 - Considera-se Alienação Mental todo caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o paciente total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho.

(...)

2.2 - São excepcionalmente considerados casos de Alienação Mental:

a) psicoses afetivas, mono ou bipolar, quando comprovadamente crônicas e refratárias ao tratamento, ou quando exibirem elevada frequência de repetição física, ou ainda, quando configurarem comprometimento grave e irreversível de personalidade;

(...)

Ocorre, no entanto, que essa condição – incapacidade absoluta – não foi reconhecida oportunamente durante a prestação do serviço militar e, também, no ato de licenciamento, apesar de àquele tempo já ter havido a manifestação da moléstia incapacitante. Seria, então, caso de se ter aplicada a hipótese prevista no art. 113 da Lei n. 6.880/1980, que assim estabelece:

Art. 113. A interdição judicial do militar reformado por alienação mental deverá ser providenciada junto ao Ministério Público, por iniciativa de beneficiários, parentes ou responsáveis, até 60 (sessenta) dias a contar da data do ato da reforma.

§ 1º A interdição judicial do militar e seu internamento em instituição apropriada, militar ou não, deverão ser providenciados pelo Ministério Militar, sob cuja responsabilidade houver sido preparado o processo de reforma, quando:

a) não existirem beneficiários, parentes ou responsáveis, ou estes não promoverem a interdição conforme previsto no parágrafo anterior; ou

b) não forem satisfeitas às condições de tratamento exigidas neste artigo.

§ 2º Os processos e os atos de registro de interdição do militar terão andamento sumário, serão instruídos com laudo proferido por Junta Militar de Saúde e isentos de custas.

§ 3º O militar reformado por alienação mental, enquanto não ocorrer a designação judicial do curador, terá sua remuneração paga aos seus beneficiários, desde que estes o tenham sob sua guarda e responsabilidade e lhe dispensem tratamento humano e condigno.

Deveria o apelado, assim, ter sido imediatamente interdito e levado à reforma. Não foi, entretanto, o que verdadeiramente ocorreu, pois o Exército Brasileiro, ao ignorar todo o ocorrido, optou por licenciá-lo, tolhendo seus direitos. Precisou vir a juízo provar a incapacidade e pleitear a reforma.

Assim, nada obstante a falta de interdição judicial previamente ao ajuizamento desta demanda, entendo que o fato de ter sido o postulante assistido por sua mãe no curso da lide, ainda que de modo informal, e a existência de norma excepcional nas hipóteses de necessidade de interdição judicial de militar, conforme acima demonstrado, é suficiente para suprir eventual nulidade. E disso não decorre qualquer prejuízo ao incapaz, pois, conforme § 3º do art. 113, da Lei n. 6.880/1980, enquanto não ocorrer a designação judicial do curador, a remuneração paga ao militar reformado por alienação mental deverá ser paga a seu beneficiário, *in casu*, Laice Sousa dos Santos. Devo deixar claro, no entanto, que a interdição propriamente dita, para os atos da vida civil, deve ser buscada na via própria.

De igual modo, a ausência de participação do Ministério Público, na condição de *custus legis*, aqui não se justifica, pois não há incapacidade formalmente declarada. Ademais, ainda que fosse o caso de necessária intervenção, da sua ausência prejuízos não advieram à parte protegida, além do que a intervenção do *parquet* nesta segunda instância, apresentado parecer (fls. 121/124), onde não apontou nulidade alguma, supriu, a toda evidência, qualquer mácula.

Ultrapassadas essas questões, verifico tratar-se de pedido de reforma de sentença proferida em ação ordinária, via da qual o apelado *Reginaldo Sousa dos Santos* pleiteou, e teve deferida, a anulação de ato de licenciamento *ex officio*, sendo reincorporado nas Forças Armadas e, ato contínuo, reformado no posto de cabo, com vantagens e vencimentos a contar de 30/6/1999, com fulcro nos arts. 108, inciso V e 109 da Lei n. 6.880/1980, em face de doença que o incapacitou para o trabalho.

Averbo, primeiramente, que, mesmo na condição de temporário, o apelado deve ser considerado militar na ativa, gozando de todos os direitos legalmente reconhecidos aos seus pares com vínculo efetivo com a armada, nos termos do disposto pelo art. 3º, § 1º, *a*, II, da Lei n. 6.880/1980:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I. os de carreira;

II. os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;

III. os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV. os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V. em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

Sob essa ótica, ao militar temporário, também deve ser reconhecido direito à reforma *ex officio*, quando comprovada moléstia que tenha gerado a incapacidade definitiva para o Serviço Militar, desde que presentes os demais requisitos a tanto.

Analisando a prova aos autos coligida, percebo que o apelado serviu ao Exército Brasileiro no período de 2/8/1993 a 31/7/1994, quando então foi desligado na condição de reservista de primeira categoria, por cumprimento obrigatório do serviço militar. Ato contínuo, requereu seu reengajamento em 6/3/1995, o que foi deferido e, após passar por exame intelectual e físico, foi incluído como soldado no serviço ativo da FAB, promovido a soldado de primeira classe em 14/6/1995 e desligado em 30/6/1999, conforme documentos vistos por cópias às fls. 13 e 29/43.

Em sua peça inaugural o apelado discordou do ato de licenciamento, entendendo que, na verdade, foi motivado não pelo cumprimento do serviço militar obrigatório, como sustentado pela União, mas pela doença adquirida e/ou agravada durante a prestação do serviço militar. Narrou que durante todo o tempo de prestação do serviço militar apresentou problemas de saúde relacionados a crises nervosas, sendo, por diversas vezes, submetido a tratamentos médicos e, até mesmo, internado em unidade hospitalar.

Depois de compulsar detidamente todo o processado, verifico que, de fato, não procedem as razões da União para reforma da sentença.

Conquanto não desconheça que vencido o prazo de reengajamento, pode ele ser renovado a pedido da parte interessada, ficando, porém, o deferimento da prorrogação sujeito à esfera de discricionariedade do Exército Brasileiro, não foi essa a real motivação do licenciamento *ex officio* do apelado.

E é da leitura da própria contestação (fls. 24/28) que reconheço a ilegalidade do licenciamento levado a efeito. A defesa, amparada pelos *Assentamentos Funcionais* do apelado, estes trazidos às fls. 29/43, demonstrou que:

(...)

c) Em 12/4/1996, foi julgado pela Junta Regular de Saúde do Hospital da Aeronáutica de Belém, para fins da letra “G” do item 2.1 das IRIS, sendo emitido o parecer: “Incapaz Temporariamente por 30 (trinta) dias. Deve fazer tratamento”, conforme Ata de seção n. 29, de 12/4/1996;

d) Foi concedido mais 60 (sessenta) dias de licença para tratamento de saúde por ter sido julgado “Incapaz temporariamente por 60 (sessenta) dias”, conforme parecer em Ata de Seção n. 40, de 12/4/1996;

h) Em 24/5/1999, no Boletim Interno n. 98/1999 e 12/7/1999, no Boletim Interno n. 132/1999, foram publicados os resultados de inspeção de saúde, onde consta que o autor foi julgado “Incapaz Temporariamente por 30 (trinta) dias”, conforme pareceres das respectivas Atas das sessões n. 42, de 3/5/1999 e 56, de 10/6/1999;

(...)

O apelado ingressou nas fileiras do Exército, tendo se submetido a diversos exames e, em todos, foi considerado apto, tanto que lá permaneceu após o cumprimento do período de serviço militar obrigatório. Depois de ter solicitado reengajamento, foi novamente examinado e declarado apto. Durante a prestação do serviço militar começou a manifestar a doença e, por isso, foi, por mais de uma vez, afastado para tratamento.

Fato curioso, e que denota a real motivação do ato de desligamento, consta do boletim de 24/5/1999 (*alínea h do doc. Assentamentos Funcionais*). O autor-recorrido foi considerado incapaz por 30 dias e, ato contínuo, em 30/6/1999, poucos dias após o afastamento temporário, teve indeferido requerimento

de prorrogação de tempo de serviço e se viu licenciado *ex officio*, em razão de parecer desfavorável de seu Comandante. É o que se vê, também, do documento de fls. 29/43, que passo a transcrever:

(...)

21/6/1999 – Bol. Int. 117/1999 – Requerimento:

Turma 1ª/1995

No requerimento em que o militar acima, pertencente ao efetivo deste COMAR, solicita Prorrogação de Tempo de Serviço, foi exarado o seguinte despacho pelo Exmo. Sr. Comandante do I COMAR: “Indeferido’, face parecer desfavorável de seu Comandante, de acordo com o parágrafo 6º do Art. 24 e 35 do RCPGAer, aprovado pelo Decreto n. 880, de 23/6/1993”.

“Em conseqüência”, as Subseções de Pessoal e de Finanças, tomem conhecimento da presente publicação e providenciem o licenciamento do militar, o mais breve possível.

Item n. 109/A-1, 16/6/1999.

(fls. 43)

Em suas razões, a União defende o ato de licenciamento, invocando, porém, regra de discricionariedade da Administração Pública, baseada na oportunidade e conveniência do serviço. Mas disso, a meu ver, não se trata. A uma, porque, segundo disse, teve por razão parecer desfavorável de chefe imediato que, sequer, veio para os autos. A duas, porque não se pode ter por conveniência do serviço o fato de o postulante estar doente.

Nesta instância, o MPF, ao ter vista dos autos, apresentou parecer pugnando pelo provimento parcial do recurso (fls. 121/124), entendendo que:

Embora o licenciamento de militares temporários seja caracterizado pela discricionariedade, o militar acometido por doença incapacitante durante a prestação do serviço ativo faz jus a reforma, não podendo, por isso, ser compulsoriamente licenciado.

O laudo das fls. 82 a 84 concluiu pela incapacidade definitiva do autor, tanto para o serviço militar quanto para o desempenho de qualquer outra atividade laboral, e mesmo para alguns atos da vida civil.

Forte no entendimento de que o ato de licenciamento foi ilegal, mais convencido estou quando vejo a perícia médica realizada nos autos (fls. 82/84) atestar que o apelado é, de fato, portador de *Transtorno Afetivo Bipolar, cujo episódio à época do*

exame era depressivo, moléstia incurável que o tornou incapaz para os atos da vida militar ou civil, ficando sempre na dependência de terceiros. Foram estas as conclusões do *expert*:

O periciando é portador de uma doença mental grave, de evolução crônica, com episódios de agravamento tanto para o lado da hiperexcitabilidade quanto do embotamento. O quadro é incurável, havendo necessidade de acompanhamento pelo resto da vida.

É um transtorno psiquiátrico multifatorial, onde estão implicados fatores genéticos, bioquímicos e comportamentais.

Estão prejudicadas várias faculdades, inclusive a laborativa. Não apresenta meios para prover sua própria subsistência, sendo inteiramente dependente de terceiros.

É necessário que seja monitorado em razão de idéias suicidas. A hospitalização é um recurso a ser utilizado em tais ocasiões.

Assim, do ponto de vista psiquiátrico-forense, “Reginaldo Sousa dos Santos”, por doença mental, é inteiramente incapaz para o exercício da vida civil, para reger sua esposa e administrar seus bens se os tiver.

Resta, portanto, aferir se a incapacidade foi causada durante e/ou em razão do serviço militar prestado.

De todo o processado, conquanto não tenha havido a efetiva comprovação de que a enfermidade foi adquirida em decorrência do serviço militar prestado, principalmente por ser, como demonstrou a perícia, um *transtorno psiquiátrico multifatorial, onde estão implicados fatores genéticos, bioquímicos e comportamentais*, não tenho dúvidas de que, assim como reconhecido na decisão de primeiro grau, *o processo psicótico foi acelerado pela exposição às atividades do Exército, culminando com a incapacidade definitiva para qualquer tipo de atividade laboriosa*. Dessa forma, não poderia o apelado ter sido licenciado *ex officio*. E, mais, é de se ter por reconhecida a relação de causa e efeito com a atividade por ele prestada, ao menos no que se refere ao agravamento da doença.

Provada a incapacidade para as atividades militares ou civis e, ainda, que a doença foi, ao menos agravada durante a prestação do serviço militar, caracterizado está onexo causal, devendo, pois, ser reconhecido o direito à reforma, com soldo pela graduação superior à que recebia quando engajado,

nos moldes dos dispositivos da Lei n. 6.880/1980, que se seguem:

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:

(...)

V. tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada e

(...)

§1º. Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

§2º “Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, de inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida a regulamentação específica de cada Força Singular.”

(...)

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, “quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho”. (grifei)

Seguindo a mesma linha deste entendimento o precedente deste Tribunal:

*Administrativo. Militar temporário.
Licenciamento. Ilegalidade. Alienação
mental. Doença surgida durante a prestação
do serviço militar. Reforma. Lei 6.880/1980.*

I. O licenciamento de militar temporário por término do tempo de serviço a que estava obrigado sujeita-se à discricionariedade da Administração, todavia, deve ser anulado o ato quando o motivo

que o consubstancia está eivado de vício, em face de ser o Militar licenciado portador de moléstia mental incapacitante (esquizofrenia hebefrênica), manifestada durante o serviço militar. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes (STJ - Quinta Turma, REsp 725537 / RS, Rel. Min. Félix Fischer, in DJ de 1/7/2005).

II. A jurisprudência desta Corte regional em harmonia com a jurisprudência emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que, para a reforma de militar, em razão do acometimento de doença mental incapacitante, não é necessária comprovação de causa e efeito entre esta e o serviço militar, bastando para tanto que a doença tenha surgido durante a sua prestação. Precedentes TRF-1ª Região e STJ.

III. Para a concessão da reforma *ex officio* não se faz necessário que a incapacidade sobrevenha, necessariamente, em conseqüência de acidente ou doença com relação de causa e efeito com o serviço, sendo suficiente para caracterizar o nexo de causalidade que a doença tenha se manifestado durante a prestação do serviço militar, até porque, por força de lei, ao ingressar nas Forças Armadas, submeteu-se o militar a exame de aptidão física, onde nada foi constatado, daí a presunção de liame causal entre a moléstia e o serviço militar. Inteligência do artigo 108 do Estatuto dos Militares (STJ, precedente).

IV. O portador de esquizofrenia hebefrênica, doença de evolução crônica, com dano à capacidade laborativa, considerada alienação mental, por força da Portaria Normativa do Ministério da Defesa n. 328 de 17 de maio de 2001, faz jus a reforma nos termos do art. 108, V c/c 110, §§ 1º e 2º, letra “c” da Lei 6.880/1980.

V. As parcelas devidas em razão da reforma, desde o licenciamento indevido até a sua efetivação, devem ser pagas de uma só vez, devidamente corrigidas, nos termos da Lei 6.899/1981, pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal. VI. Sobre essas parcelas em atraso, deverão incidir juros de mora no importe de 6% ao ano, a partir da citação (Súmula n. 204/STJ), incidindo daí em diante sobre as parcelas que se vencerem e não forem pagas, pois somente a partir dos respectivos vencimentos é que ocorre, em relação a elas, o inadimplemento da obrigação.

VII. Recurso de apelação e remessa oficial parcialmente providos.

(AC 2001.34.00.018211-7/DF, Rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (conv.), Segunda Turma, DJ 08/11/2007, p. 87)

Ante o exposto, nego provimento à remessa e à apelação. Contudo, em face da incapacidade absoluta reconhecida, e enquanto não for promovida a interdição judicial de que trata o art. 113, *caput*, da Lei n. 6.880/1980, nomeio provisoriamente, nos termos e para os fins do § 3º do mesmo dispositivo, sua mãe, Laice Sousa dos Santos.

É como voto.

Apelação/Reexame Necessário

2007.35.00.008083-9/GO

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Apelado: Adão Gonçalves Ribeiro
Advogado: Dr. Fernando Jacques Onofrio e outro
Rec. Adesivo: Adão Gonçalves Ribeiro
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara – GO
Publicação: e-DJF1 de 30/6/2009, p. 95

Ementa

Administrativo. Servidor público. Cassação de aposentadoria. Ação disciplinar. Prazo prescricional. Lei 9.784/99. Ausência de manifestação prévia. Nulidade do processo administrativo. Ofensa ao devido processo legal. Juros. Correção monetária.

I. O prazo prescricional de cinco anos para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria começa a correr da data em que autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

II. Nos termos do inciso III do art. 3º da Lei 9.784/99, é direito do administrado formular alegações e apresentar documentos “antes da decisão”, os quais deverão ser objeto de consideração pelo órgão competente.

III. Nulidade do processo administrativo em que foi cassada a aposentadoria por tempo de serviço do servidor, por não ter sido oportunizada a ampla defesa no âmbito da União, que simplesmente reconheceu o cancelamento de certidão previdenciária por parte do INSS e cassou diretamente o benefício, sem a prévia manifestação do interessado.

IV. Os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação.

V. Correção monetária devida nos termos da Lei n. 6.899/81 a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ), de acordo com os índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VI. Apelação e recurso adesivo não providos. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo e dar parcial provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 15/6/2009.

Juiz Federal *Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: – Adão Gonçalves Ribeiro propôs ação contra a União, objetivando a anulação da Portaria 56/04 que tornou sem efeito a Portaria 665/94, via da qual lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço. Pede alternativamente a nulidade da Portaria 679, que cassou a sua posterior aposentadoria por invalidez.

O MM. Juiz Federal Substituto da 7ª Vara Federal de Goiás julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a anulação da Portaria 56/04 e o restabelecimento da Portaria 665/94, que concedeu a aposentadoria por tempo de serviço ao autor. Determinou ainda, acolhendo Embargos de Declaração opostos pelo autor, o pagamento das parcelas atrasadas desde a cessação da aposentadoria, respeitada a prescrição quinquenal (fls. 479 e 515).

A União apelou afirmando que o servidor exerceu efetivamente os consectários do devido processo legal no âmbito do INSS, antes de ter sido suspensa sua remuneração (fls. 518).

O autor ofertou contrarrazões (fls. 529) e recurso adesivo (fls. 551), no qual protesta para que seja reconhecida a prescrição do processo administrativo que lhe puniu com a cassação da aposentadoria.

Com as contrarrazões da União (fls.572), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: – Trata-se de apelação, recurso adesivo e remessa oficial contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e determinou o restabelecimento da Portaria que concedeu a aposentadoria por tempo de serviço ao autor, com o pagamento das parcelas atrasadas desde a cessação da aposentadoria, respeitada a prescrição quinquenal.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juízes Federais Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes e Guilherme Doehler

Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conhecimento dos recursos interpostos e da remessa oficial.

Não vislumbro a ocorrência de prescrição do processo administrativo que aplicou a pena de cassação da aposentadoria, ao contrário do que defende o servidor-apelante.

Conforme deflui dos autos, somente após a decisão definitiva do INSS é que houve a comunicação à autoridade competente para aplicação da penalidade, quando então passou a correr o prazo prescricional da pretensão punitiva.

Nesses casos, já é assente na jurisprudência pátria que o prazo prescricional somente tem início a partir da ciência inequívoca por parte da autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar – PAD, conforme precedente abaixo desta Eg. Corte, cujos fundamentos também adoto como razão de decidir, *in verbis*:

Administrativo. Servidor público. Sindicância. Processo administrativo disciplinar. Pena de suspensão por trinta dias. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva da Administração. Termo inicial contado da ciência inequívoca da autoridade administrativa. Reposição ao erário. Possibilidade

1. Segundo o STJ, “é razoável entender-se que o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria, comece a correr da data em que autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento das irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar” (MS n. 11.974/DF, STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 07/05/2007, p. 274). Tal entendimento também é aplicável aos procedimentos que apurem infrações sujeitas às penas de suspensão e advertência, vez que se trata de fixar o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva da Administração em face do gênero infração administrativa, independentemente da espécie de punição aplicável ao fato concreto. Demais disso, consoante o art. 143 da Lei n. 8.112/90, “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. (destaquei).

2. Não obstante a instalação da Comissão de sindicância em 22/11/2000, o fato foi conhecido formalmente pela Ré através do *Chefe da Esau - Funasa* que, em 06/11/98, encaminhou o expediente do servidor denunciante datado de 03/11/98 à *Chefe do Serviço de Administração da Funasa*, como se vê à fl. 32. Assim sendo, permitiu-se que transcorressem mais de 2 (dois) anos entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar, dando ensejo à prescrição, nos termos do § 1º, do art. 142 da Lei 8.112/90. (...)

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AAO 2001.39.01.001113-7/PA, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, e-DJF1 p.55 de 29/07/2008)

Assim, não há qualquer afronta aos prequestionados artigos 53 e 54 da Lei 9.784/99, que estatuem, *in verbis*:

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

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

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

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

Por outro lado, tenho que não merece acolhida a afirmativa apresentada pela *União*, no sentido de que foi observado corretamente o devido processo legal administrativo.

Em seu recurso, a própria *União* admite que, conforme fls. 351v. dos autos, “o apelado solicitou e recebeu cópia integral do procedimento administrativo que resultou na edição da *Portaria* n. 56/04, que instrumentalizou a cassação de sua aposentadoria por tempo de serviço”.

Com efeito, às fls. 351 dos autos consta cópia do DOU de 19.02.04, no qual foi publicada a Portaria

56/04 tornando sem efeito a Portaria (n. 665/94) que concedeu aposentadoria para o autor. E no verso das fls. 351 há o pedido de “xerox” do processo administrativo, apresentado pelo servidor em 02.03.94.

Ou seja, o servidor somente teve ciência do processo administrativo aberto no âmbito da *União*, e através de cópias de xerox, após a publicação do ato que lhe causou prejuízo, tudo em afronta à Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim:

Art. 1º. Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

O STF tem entendido que, ainda que seja admissível ao administrador a tutela do bem comum e a defesa do interesse público, a invalidação de atos administrativos viciados encontra limites na Carta Magna, que institui a efetiva observância do devido processo legal, a fim de resguardar os direitos e garantias individuais.

Outrossim, no julgamento do AGRAG 21849/SC, relator o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Proventos de aposentadoria. Alteração.

A alteração de proventos de aposentadoria pressupõe instauração de processo administrativo no qual seja assegurado ao servidor aposentado o lido direito de defesa. Descabe à Administração, a pretexto de corrigir situação irregular, adotar

procedimento unilateral, desprezando os contornos próprios do “devido processo legal”. A preterição da oportunidade de defesa do interesse ameaçado da servidora afeta a validade do ato impugnado no writ e assegura procedência à segurança, sem prejuízo a que a Administração reabra o caso, com observância dos cuidados reclamados pelo princípio do devido processo legal.

Nos termos dos fundamentos supra, está clara a nulidade do processo administrativo que culminou na edição da Portaria 56/04, por não ter sido oportunizada a ampla defesa no âmbito da União, que simplesmente reconheceu o cancelamento de certidão previdenciária por parte do INSS e cassou diretamente o benefício, sem a prévia manifestação do interessado.

Neste sentido, é aplicável ao presente caso, de forma analógica, o entendimento esposado na Súmula 160/TFR:

A suspeita de fraude, na concessão de benefício previdenciário, não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo.

Quanto aos juros e correção monetária no pagamento dos valores em atraso, verifico que os mesmos não foram delimitados em 1ª Instância.

Os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês, a partir da citação, sendo que a correção monetária, nos termos da Lei n. 6.899/81, é devida a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ), de acordo com os índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Fica expressamente ressalvado o direito da Administração de promover novamente o processo administrativo para apreciar os fatos imputados ao autor, observando o devido processo legal e o contraditório.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo, e dou parcial provimento à remessa oficial tão somente para estabelecer os índices dos juros e da correção monetária, mantida a sentença em seus demais termos, tudo nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2008.01.99.003206-8/GO

Relator: O Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Relator: O Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado)
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Elena Lima
Advogado: Dr. Ciro Alexandre Soubhia
Publicação: e-DJF1 de 4/6/2009, p. 544

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte de possível companheiro falecido há mais de quarenta anos (14. 9.1966). Impossibilidade. Legislação vigente à época do óbito não permitia a concessão do benefício (óbito anterior a LC n. 11/71). Precedentes do STF. Autora titular de aposentadoria invalidez dib em 1-1-1979. Mesmo na vigência das Leis Complementares n°s 11/71 e 16/73, não se admitia a cumulação de aposentadoria-invalidez com qualquer pensão ruralícola. Precedentes do STJ.

I. Na concessão do benefício previdenciário, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, “a lei a ser observada é a vigente ao tempo do aperfeiçoamento do suporte fático que determinou a incidência, da qual decorreu a sua jurisdicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Precedentes da 3ª Seção. (STJ) REsp n. 359793/RN, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma unânime, in DJU de 01/02/2005, pág. 622).

II. É indevida a pensão a dependente de trabalhador rural falecido anteriormente a vigência da Lei Complementar n. 11/71. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e extinto Tribunal Federal de Recursos. (RE n. 101.044-4-MG, DJ de 24.08.84 e TFR – AC 0094349/SP, DJ 18.04.1985).

III. Na vigência das Leis Complementares 11/71 e 16/73, por força de proibição expressa (§2º, art. 6º), e em razão do caráter eminentemente assistencial da pensão rural, ela era inacumulável com a aposentadoria por invalidez. (REsp 202.102/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 02/05/2000 p. 160).

IV. Recurso de apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Segunda Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 6/5/2009.

Juiz Federal *Iran Velasco Nascimento*, relator convocado

Relatório

O Exmº Sr. Juiz Federal Iran Velasco do Nascimento: – O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe recurso de apelação por meio do qual intenta a reforma de r. sentença do Juízo de Direito da

Escrivania das Fazendas Públicas, Registro Públicos e 2ª Vara Cível da Comarca de São Miguel do Araguaia, Estado de Goiás, que, concedeu pensão por morte à Elena Lima, que em sede de ação ordinária postulou a concessão do benefício em razão do falecimento de seu amásio, restando assim a sentença (fls. 57):

(...) Julgo parcialmente procedente o pedido e, de conseqüência, declaro que restou comprovado o exercício da atividade rural pelo falecido e condeno o réu a conceder à parte autora o benefício de pensão por morte de seu ex-companheiro, no valor de 01 (um salário mínimo), a partir da data do óbito do segurado, respeitando a prescrição quinquenal, acrescido de juros de mora de 1%, a partir da citação, e correção monetária pelo índice aplicado pelo INSS, que deverá incidir a partir do vencimento de cada parcela. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 350,00, em atenção ao § 4º, artigo 20, do Código de Processo Civil. Deixo de condenar o INSS no pagamento das custas processuais, dada a isenção conferida à autarquia, e também a parte autora, que está litigando pela assistência judiciária. Apresente demanda não comporta reexame necessário, em atenção ao artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil. (...)

Sustenta o recorrente alegando, em síntese, que a autora é detentora de benefício de aposentadoria por invalidez, desde 1979 e que à época da concessão esse benefício era inacumulável com o de pensão por morte.

Sem contra-razões, conforme certidão às fls. 66.

É o relatório.

Voto*

O Exm. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento:
– O presente pedido de pensão por morte de trabalhador rural foi ajuizado em 29.12.2005, alegando a autora, Elena Lima, que viveu maritalmente com Hildebrando Rodrigues Siqueira, com o qual teve filhos, juntando certidão de casamento de Olendina Mesquita de Cirqueira, em cujo registro, consta que é filha de Hildebrando Rodrigues de Cirqueira e de Elena Lima Mesquita (fl. 11).

O óbito do falecido Hildebrando Rodrigues Siqueira está comprovado pela certidão de registro de fl. 12, consignando que este infausto ocorreu a 14.09.1966. Assim, pretende a autora, após quase quarenta (40) anos, buscar provimento jurisdicional que lhe assegure perceber pensão por morte de possível companheiro, trabalhador rural.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti, e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ivan Velasco Nascimento

Os benefícios previdenciários, como é cediço, são regidos pela legislação vigente à época em que se aperfeiçoam os requisitos a sua concessão (*tempus regit actum*):

Na concessão do benefício previdenciário, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, “a lei a ser observada é a vigente ao tempo do aperfeiçoamento do suporte fático que determinou a incidência, da qual decorreu a sua jurisdição e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Precedentes da 3ª Seção”. (REsp n. 359793/RN, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma unânime, in DJU de 01/02/2005, pág. 622). (TRF – 1ª Região, Segunda Turma AC 2002.01.99.038188-5/MG, DJ de 30/10/2008)

A par da fragilíssima prova da alegada vida em comum, ante o fato do nome do falecido e da autora não corresponderem, exatamente, aos nomes dos pais de Olendina Mesquita de Cirqueira e do único testemunho sobre essa convivência constante do depoimento de fl. 52, de uma testemunha que, à época do óbito de Hildebrando, tinha apenas 05 anos de idade, segue-se que a legislação previdenciária vigente naquela ocasião (1966), segundo o extinto Tribunal Federal de Recursos, não permitia a concessão da desejada pensão por morte de rurícola, nos termos do seguinte precedente:

Previdenciário. Funrural. Pensão por morte do rurícola. Óbito anterior à Lei Complementar n. 11/71.

1) É indevida a pensão a dependente de trabalhador rural falecido anteriormente a vigência da Lei Complementar n. 11/71.

2) Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE n. 101.044-4-MG, DJ de 24.08.84).”(TFR – AC 0094349/SP, DJ 18.04.1985)

Por outro lado, às fls. 25/26 dos autos, consta que a autora, Elena Lima, a partir de 01.01.1979, passou a receber benefício de aposentadoria por invalidez, como trabalhadora rural.

Assim, mesmo se fosse possível pela legislação vigente à época do óbito, a concessão de pensão por morte de trabalhador rural, defesa era a sua acumulação com outros benefícios, a teor do disposto no § 2º do artigo 6º, da Lei complementar n. 16/1973, vigente antes da Lei 8.213/91, que tem a seguinte dicção:

“Fica vedada a acumulação do benefício de pensão com o da aposentadoria por velhice ou por invalidez

de que tratam os arts. 4º e 5º, da LC/11, de 25.05.71, ressalvada ao novo chefe ou arrimo da unidade familiar o direito de optar pela aposentadoria quando a ela fizer jus, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.”

Por isso que a Jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos sempre orientou no sentido da impossibilidade da acumulação desses benefícios:

Previdência Social – Funrural – Pensão – Cumulação.

É vedada a cumulação da pensão com o da aposentadoria por velhice ou por invalidez (Par -2 do art. 6 da LC n. 16/73).” (TFR – AC 0104392/SP, DJ de 28.11.1985).

PrevidênciaSocial.Funrural.Pensão.Aposentadoria-invalidez. Acumulação. Descabimento.

Não é legítima a cumulação da aposentadoria-invalidez com o benefício da pensão do Funrural. “ (TFR – AC 0111928/SP, DJ de 19. 6.1986)

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando pedido de cumulação de pensão rural, regida pela Lei complementar 11/71 e Lei complementar 16/73, decorrente de óbito de marido rurícola, ocorrido em 14.01.1968, assim decidiu:

Previdenciário. Pensão rural e aposentadoria por invalidez. Inacumulação.

O caráter eminentemente assistencial da pensão rural torna-a inacumulável com a aposentadoria por invalidez, garantida a opção.

Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp 202.102/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 4/4/2000, DJ 02/05/2000 p. 160.)

Diante do exposto, dou provimento à Apelação do INSS para reformar a sentença recorrida e julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Condeno a autora ao pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 100,00 (cem reais), consoante o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, e atento aos critérios constantes no § 3º, alíneas “a”, “b”, e “c”, do mesmo dispositivo legal, ficando a presente condenação sobrestada, pelo prazo máximo de até cinco anos, para facultar que a parte vencedora comprove durante este interregno não mais subsistir o estado de pobreza da parte vencida (STJ 4ª Turma, RESP 8.751-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 11. 05.92, p. 6436 e art. 12 da Lei n. 1.060/50).

É como voto.

Apelação Cível

1999.33.00.015031-2/BA

Relatora: Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada)

Apelante: Osiraci Fontoura Carvalho

Advogado: Dr. Rui Patterson e outro

Apelante: Uniao Federal

Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas

Apelado: Os mesmos

Apelado: Iraci Fontoura Silva

Advogado: Dr. Sérgio Barbosa da Silva e outros

Publicação: *e-DJF1* de 25/6/2009, p. 14

Ementa

Administrativo. Pensão militar. Ex-companheira. Prescrição parcial. União estável e dependência econômica. Comprovação. Lei n. 5.774/71. Direito reconhecido.

I. A sentença proferida contra a União está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475 do CPC). Tenho, assim, a remessa como interposta, nos termos da Súmula 423/STF.

II. O art. 1º do Decreto n. 20.910/32 dispõe que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato da qual se originaram.

III. A prescrição não atinge o fundo de direito, mas as prestações vencidas a contar da negativa da Administração ao direito reclamado, na forma da Súmula 85/STJ, uma vez que a pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo. Precedentes do STJ.

IV. No caso dos autos, restou comprovada a união estável e a dependência econômica em justificação judicial, prova documental e testemunhal, sendo devida a metade da pensão à companheira, nos termos do art. 78 da Lei n. 5.774/71.

V. O recebimento de outro benefício previdenciário em valor mínimo não afasta a dependência econômica e a necessidade do recebimento da pensão para o seu sustento.

VI. A única beneficiária da pensão é a filha do casal, maior de idade, e a sua resistência à pretensão da genitora, mesmo após ter sido condenada ao pagamento de pensão alimentícia na Vara de Família, no valor correspondente à metade da pensão, não se justifica.

VII. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, não providas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa tida por interposta.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 20/5/2009.

Juíza Federal *Anamaria Reys Resende*, relatora convocada

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Anamaria Reys Resende*: – Cuida-se de recursos de apelação interpostos pela União Federal (fls. 194/200) e por *Osiraci Fontoura Carvalho* (fls. 188/192), contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que, em ação de rito ordinário, julgou procedente o pedido, para declarar o direito da autora, *Iraci Fontoura Silva*, de percepção de pensão militar de seu ex-companheiro, *Oziel Carvalho*, e condenar a *União* ao pagamento do benefício a partir de 20.10.94, observada a prescrição.

A beneficiária da pensão, filha do casal, apelou da sentença e alegou a prescrição do direito de ação, por já ter sido negado esse direito administrativamente em 19.04.91, e, no mérito, afirmou não ter a autora direito à pensão militar, por perceber pensão previdenciária em razão da morte de seu filho, não tendo direito sequer ao benefício de gratuidade de justiça.

A União, por sua vez, nas razões de sua apelação, alegou que a pensão é indevida, uma vez que não houve prévia designação de dependência perante o órgão militar, como exige o art. 78, § 1º, da Lei n. 5.774. Afirma não restar comprovada a dependência econômica em face dos documentos que comprovam que a autora percebe uma pensão alimentícia e outra previdenciária. Sustenta, ainda, que a pensão é devida apenas à filha do ex-militar, nos termos da Lei n. 3.765/60. Por fim, assevera que não se aplica a Súmula 85/STJ, no que tange à prescrição, por não ter sido o direito reconhecido administrativamente.

Contrarrazões de fls. 203/206 e 207/212.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende: –

Da Remessa

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, Iran Velasco Nascimento e a Exma. Juíza Federal Anamaria Reys Resende

De início, tenho a remessa como interposta, na forma da Súmula 423/STF, por se tratar de sentença proferida contra a UNIÃO (art. 475 do CPC).

Da Prescrição

O Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, estabelece o seguinte:

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

A prescrição, no caso, atinge apenas as parcelas devidas e, não, o próprio fundo de direito, e só tem início com a negativa do direito pela Administração, na forma da Súmula 85/STJ.

Nesse sentido, os seguintes arestos do colendo STJ:

Administrativo. Processual Civil. Ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil inexistência. Pensão militar. Companhia. habilitação. Prescrição do fundo de direito. Não-ocorrência. Requerimento a qualquer tempo. Previsão legal. Companhia. União estável. Acórdão recorrido. Fundamento constitucional. impossibilidade de discussão do mérito.

I. Não merece seguimento o recurso especial no tocante à alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois a Recorrente se limita a arguir de forma genérica a existência de omissão, sem apontar, contudo, de maneira precisa, quais os pontos pretensamente tidos como omissos. Referida situação atrai o óbice do enunciado n.º 284 da Súmula da Suprema Corte.

II. A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, consoante dispõe o art. 28 da Lei n.º 3.765/60, razão pela qual não cabe o argumento de contrariedade ao art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32.

III. O acórdão recorrido, ao confirmar a sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido de concessão de pensão à companheira de militar, assentou-se em fundamentos de ordem eminentemente constitucional, razão pela qual é incabível sua apreciação no âmbito do apelo nobre.

IV. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 705.984/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1)

Administrativo - Servidor público - Pensão especial - Prescrição quinquenal - Fundo de pensão - Art. 1º do DEC n. 20.910/32.

IA prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Dec. n. 20.910/32, só tem início com a negativa expressa do pedido pela Administração, considerando-se vencidas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu a propositura da ação, restando incólume o fundo do direito, consoante o disposto no enunciado da Súmula nº 85/STJ.

II. Recurso não conhecido.

(REsp 89.699/ES, Rel. Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 09/11/1998 p. 179)

No que tange ao direito à pensão, a Lei n. 5.774/71, que permanece válida, nos termos do art. 156 da Lei n. 6.880/80, assim prevê:

Art. 78. O militar viúvo, desquitado ou solteiro poderá destinar a pensão militar, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que viva sob sua dependência econômica no mínimo há 5 (cinco) anos e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

§ 1º Se o militar tiver filhos, somente poderá destinar à referida beneficiária metade da pensão militar.

§ 2º O militar que fôr desquitado somente poderá valer-se no disposto, neste artigo se não estiver compelido judicialmente a alimentar a ex-esposa.

Tem, portanto, a companheira, em princípio, direito ao benefício de pensão por morte militar.

No caso dos autos, restou comprovada a união estável da autora como o militar falecido e a sua dependência econômica, de acordo com os documentos de fls. 155/159 e com depoimentos das testemunhas às fls. 132/133 e 134/135, além da Justificação Judicial (fls. 24/24/25).

A ré, *Osiraci Fontoura Carvalho*, filha do casal, é atualmente a única beneficiária da pensão militar e se nega a dividir a pensão com sua genitora, alegando que, por perceber outros benefícios mínimos (pensão por

morte de um filho), não teria a autora direito à pensão militar.

Entendo não proceder a alegação da ré, uma vez que a percepção de pensão por morte previdenciária de valor mínimo não afasta a dependência econômica da autora.

Ademais, a própria ré afirma que foi vencida na Ação de Alimentos proposta pela autora, com o fim de receber o valor correspondente à metade da pensão militar a que faria jus (fls. 153/158), mostrando-se injustificável a sua resistência ao pedido da autora, de reconhecimento do direito à pensão militar, por ser sua mãe e atualmente ter mais de sessenta e cinco anos de idade.

Por outro lado, a Lei n. 3.765/60, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.215-10, de 31.08.2001, no art. 7º, *b*, assegura o direito da companheira que comprove união estável como entidade familiar em partes iguais com os demais beneficiários.

Por fim, no que tange ao benefício de gratuidade de justiça, não existindo nos autos comprovação de que tem a autora condições de pagar as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento e de sua família, já que o valor do benefício de pensão por morte percebido do INSS é ínfimo (doc. de fls. 162/169), mantenho o benefício.

Ante o exposto, *nego provimento* às apelações e à remessa oficial tida por interposta.

É como voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus

2008.01.00.068088-0/MG

Relator: Juiz Tourinho Neto
Impetrante: Luis Guilherme Vieira
Impetrante: Roberto Lopes Telhada
Impetrante: Beatriz Vargas
Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara - MG
Paciente: Emilio Gaston Tuneu Mohr
Publicação: e-DJF1 de 26/6/2009, p. 111

Ementa

Processo Penal. "Habeas corpus". Recebimento ou rejeição da denúncia. No procedimento. Lei 11.719/2008. Princípio da aplicação imediata. Situação não consumada. Reperguntas ao co-réu. Interrogatório meio de defesa.

I. No novo procedimento previsto pela Lei 11.719/2008, o juiz primeiramente examina se é caso de rejeição ou não da denúncia. Se não for, estando formalmente em ordem a peça acusatória, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, ordena que o denunciado seja citado para apresentar defesa por escrito. O intento do legislador foi oferecer a mais ampla defesa aos denunciados, permitindo-lhes que, logo de início, contradite a acusação.

II. A determinação para o denunciado ser citado e interrogado por carta rogatória, deu-se antes da vigência da Lei 11.719, de 20.06.2009, publicada três dias depois, dia 23, entrando em vigor, por força de seu art. 2º, sessenta dias depois da publicação, ou seja em 22 de agosto de 2008. De acordo com o art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob vigência da lei anterior". É o chamado *princípio do efeito imediato* ou *princípio da aplicação imediata* da lei processual penal, conseqüência do princípio *tempus regit actum*. Todavia, a carta rogatória ainda não foi cumprida. A situação, portanto, ainda não se consumou. Com a entrada em vigor a Lei 11.719, de 2008, os atos devem ser praticados – e, na hipótese, não foram – de acordo com o novo procedimento. Portanto, não tendo sido, ainda, concretizado o interrogatório, deverá ser citado o acusado, ora paciente, para apresentar a resposta prevista no art. 396, do CPP, com a redação determinada pela nova lei.

III. O co-réu tem direito (CF/88, LIV e LV) de formular reperguntas aos demais co-réus.

IV. O interrogatório é também meio de defesa. É, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (v. HC 94016/SP).

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de *Emilio Gaston Tuneu Mohr*, para determinar: a) o recolhimento da carta rogatória expedida para a República Oriental do Uruguai, a fim de que seja expedida outra, obedecendo-se o disposto no art. 396 do CPP, com a redação determinada pela Lei 11.719, de 2008; e b) o re-interrogatório dos co-réus (Maria Raquel de Oliveira Neves, Cláudia Alves Sol, Ana Maria Fernandes Peixoto, Viviane Angélica Ferreira Zica, Cláudio Henrique Caldeira, Zulma Soares da Silva Carvalho, Eduardo Leonardo de Siqueira, Pollyana Borges Lino, Jaqueline Lopes Pereira, Sônia Maria Campos Rios, Fábio Luís de Castro Vieira, Hélio Alves Pereira, João Pedro Campos Rios Júnior, Ronaldo Sales do Nascimento, Djalma

Leonardo Siqueira, Jairo Leonardo de Siqueira e Renata Veloso Antunes, a fim de permitir que a defesa do paciente, Emílio Gastón Tuneu Mohr, possa, querendo, formular perguntas; e julgar prejudicado o agravo retido.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 2/6/2009.

Juiz *Tourinho Neto*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz *Tourinho Neto*: – 1. Luiz *Guilherme Vieira*, *Roberto Lopes Telhada*, *Márcio Gesteira Palma* e *Beatriz Vargas*, advogados, inscritos, respectivamente, na OAB/RJ, 49.265; OAB/SP, 24.184; OAB/DF, 21.878; e OAB/DF, 26.483, o primeiro com endereço na Av. Treze de Maio, 33, Bloco A, Grupo 909, Cidade e Estado do Rio de Janeiro; o segundo, na Av. Brigadeiro Faria Lima, 1.656, 9º, Andar, Conjunto A/B, Cidade e Estado de São Paulo; e os dois últimos com endereço no SAS, Qd. 5, Bl. K, Grupo 512, Cidade de Brasília, Distrito Federal, *impetram ordem de habeas corpus* em favor de *Emílio Gaston Tuneu Mohr*, uruguaio, casado, consultor e corretor de bolsa, residente na Calle Juncal, 1.305, Piso 13, Cidade de Montevidéu, República Oriental do Uruguai, contra ato da MMª Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Rogéria Maria Castro Debelli, que dá prosseguimento ao processo sem obedecer os princípios do devido processo legal, do contraditório e da paridade de armas.

Alegam que a carta rogatória para citação do paciente foi expedida sem que fosse intimada a defesa, já com procuração nos autos, para apresentar perguntas, como intimada para esse fim a acusação.

Dizem mais: a carta rogatória de citação do paciente “não foi alcançada pelos ventos da reforma do Código de Processo Penal”, sustentando (fls. 12):

Evidente a nulidade apontada, pela substituição arbitrária, em relação ao paciente, das regras de procedimento então vigentes. A persistir esse estado de coisas, consumir-se-á o constrangimento apontado, em flagrante violação dos princípios da legalidade e da isonomia processual.

Afirmam que a defesa do paciente não foi intimada para acompanhar os interrogatórios dos co-réus, apesar da defesa ter o direito de participar dos

interrogatórios dos co-réus e formular perguntas, em face do que dispõe o art. 188 do CPP.

Pretendem os impetrantes a declaração de nulidade da ação penal n. 2008.38.00.003850-0/MG, sob o fundamento de que a defesa não foi intimada para o interrogatório do paciente. Pretendem, ainda, o recolhimento da “carta rogatória expedida para fins de citação, intimação, interrogatório, oferecimento de defesa prévia” do paciente.

Pediram que fosse concedida liminar para determinar o sobrestamento do trâmite do processo penal 2008.38.00.003850-0, e suspenso os “pedidos de cooperação internacional emanados do referido processo, estejam eles no Ministério da Justiça ou no das Relações Exteriores (ou, já tendo sido encaminhado à República Oriental do Uruguai, seja pela autoridade rogada comunicada a não realizar os atos que lhe foram pedidos), até o julgamento do presente *writ*” (fls. 16).

No mérito, requerem os impetrantes que “seja concedida a ordem postulada para o efeito de se declarar a nulidade do processo penal n. 2008.38.00.003850-0, da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte, Seção Judiciária de Minas Gerais, desde o primeiro interrogatório realizado sem a intimação válida do paciente ou de seus advogados, e, também, para o efeito de recolher a carta rogatória expedida em desconformidade com a lei processual em vigor” (fls. 18).

2. O feito foi distribuído, em 10.12.2008, à Juíza Assusete Magalhães (v. termo de fls. 265), que indeferiu a liminar, sob a seguinte argumentação (fls. 266/267):

In casu, as razões invocadas pelos impetrantes para requerer o trancamento da aludida ação penal versam, inclusive, sobre questões de cunho probatório, que demandam exame mais acurado, de maneira a recomendar o completo processamento da impetração.

Por outro lado, neste juízo primeiro e precário de cognição sumária, não se verifica, do exame dos autos, a iminente possibilidade de violência ou coação à liberdade ambulatorial do paciente,

a justificar o excepcional deferimento de liminar neste writ, sobretudo porque, consoante afirmam os impetrantes, a liberdade de locomoção do paciente encontra-se resguardada pela ordem de habeas corpus concedida nos autos do HC 2008.01.00.046463-3/MG, pela colenda 3ª Turma do TRF/1ª Região (fls. 04), inexistindo óbice em se aguardar o julgamento da impetração pelo Órgão Colegiado desta Corte”.

Dessa decisão, houve a interposição de agravo regimental por parte dos impetrantes (fls. 272/280), ainda não apreciado.

3. Foram prestadas informações pelo Juiz Alexandre Buck (fls. 287/290). Esclareceu Sua Excelência que (fls. 289/290):

Não obstante, ao tempo do recebimento da denúncia não existiam nos autos qualquer menção de localização dos denunciados, muito pelo contrário, restaram sem cumprir os mandados de busca de apreensão e de prisão temporária expedidos em desfavor destes. Frise, ainda, que embora houvesse um suposto endereço do denunciado “Emilio Gaston” na denúncia, o MPF destacou na peça exordial que o réu estava “foragido”.

Gize-se, outrossim, que o acusado manifestou-se nestes autos apenas em 12 de Fevereiro de 2008, oportunidade na qual juntou procuração, indicando seu endereço e consignou expressamente que “os poderes ali outorgados não concedem aos seus patronos poderes para receber citações ou intimações pessoais em nome do outorgante.” (fl. 3669)

Assim, em face do endereço declinado na procuração, o Ministério Público Federal apresentou em 07 de julho de 2008 o formulário de Solicitação de Assistência Judiciária em Matéria Penal, informando que o mesmo estava sendo traduzido para o espanhol e seria encaminhado, por meio do Ministério da Justiça, ao Uruguai visando a citação, interrogatório e recebimento da defesa prévia do denunciado “Emilio Gaston Tuneu Mohr”.

Esta medida, mesmo na vacatio legis da Lei n. 11.719/2008, revelou-se essencial tendo em vista que a citação do acusado no processo penal é indispensável e sua falta acarreta nulidade absoluta. Assim sendo, não poderia a secretaria desta vara aguardar a implementação do novo procedimento penal para só então buscar a citação do réu. Especialmente, quando os demais denunciados já haviam sido citados e estavam em vias de serem ouvidos em juízo.

Desse modo, verifica-se que não há qualquer ato abusivo por parte deste juízo tendo procedido

com base nas informações que constavam dos autos e de acordo com a lei processual penal.

4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, foi pela denegação da ordem impetrada (fls. 283/285). Argumentou o eminente Procurador (fls. 284/285):

A propósito, convém registrar que o interrogatório não é meio de prova, mas sim, fonte de prova, e dele o juiz pode extrair elementos, indicações úteis, analisar contradições, digressões, evasivas, que confrontará com as provas colhidas para a formação do seu convencimento.

Por outro lado, cumpre observar que não se declara a nulidade de um ato se dele não for demonstrado de plano o real prejuízo para a defesa ou não houver influido na apuração da verdade real ou na decisão da causa, aplicando-se, assim, o princípio pas de nullité sans grief.

No caso, a alegação de ocorrência de cerceamento de defesa, diante da ausência de intimação do defensor de um dos acusados ao interrogatório dos demais, reclama dilação e aprofundamento probatórios, circunstâncias totalmente incompatíveis com o rito célere e os pressupostos do remédio constitucional ora manejado.

.....
Ademais, prevê o Código de Processo Penal, em seu art. 191, que em caso de pluralidade de acusados, estes deverão ser ouvidos separadamente, sem que haja necessidade da presença dos co-réus e de seus patronos nas referidas audiências, verbis:

“Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.”

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado o entendimento de não residir nulidade no fato do defensor do co-réu não ser intimado para os interrogatórios dos demais acusados.

.....
Por fim, vale ressaltar que, conforme o princípio tempus regit actum, a determinação pela autoridade coatora de citação, intimação, interrogatório e apresentação de defesa prévia pelo paciente, por meio de solicitação de assistência jurídica à República Oriental do Uruguai, nos termos do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Decreto n° 3.468, de 17/05/2000) respeitou as regras

procedimentais do CPP vigentes à época, anteriores as modificações operadas pela Lei nº 11 719/08.

5. Em fls. 297, a relatora Juíza Assusete Magalhães proferiu o seguinte despacho (fls. 297):

Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado por Luis Guilherme Vieira e outros em favor de Emilio Gaston Tuneu Mohr, com a finalidade de "se declarar a nulidade do processo penal n. 2008.38.00.00850-0, da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte, Seção Judiciária de Minas Gerais, desde o primeiro interrogatório realizado sem a intimação válida do paciente ou de seus advogados, e, também, para o efeito de se recolher a carta rogatória expedida em desconformidade com a lei processual em vigor" (fl. 18).

Inicialmente, alegam os impetrantes que: "Na forma dos artigos 15 e 163 do Regimento Interno do TRF1, por força de writs anteriores, HC 2008.01.00.035940-6, HC 2008.01.00.035295-5 e HC 2008.01.00.046463-3, está preventa, para processamento e julgamento do feito, a 3ª Turma deste Tribunal Regional Federal e, nela, o Desembargador Federal Tourinho Neto, como relator para o acórdão de julgamento da primeira impetração (HC 2008.01.00.035940-6)" (fl. 3).

Conforme se vê das Consultas Processuais obtidas na página eletrônica deste Tribunal, que seguem em anexo, os acórdãos proferidos pela 3ª Turma deste Tribunal, nas três impetrações acima citadas, transitaram em julgado, sendo que, realmente, a primeira (HC 2008.01.00.035940-6), tem registrado, na informação processual respectiva, como processo originário, a Ação Penal 2008.38.00.003850-0/MG, que se pretende anular por meio desta impetração.

Considerando que o eminente Desembargador Federal Tourinho Neto proferiu o voto vencedor no julgamento da referida impetração (HC 2008.01.00.035940-6), ouça-se Sua Excelência sobre a alegada prevenção, na forma do art. 163, § 2º, do RITRF/1ª Região. Se de acordo, sejam-lhe os presentes autos redistribuídos.

6. Às fls. 339, admiti a prevenção com o seguinte despacho: "Admito a prevenção. Proceda-se à redistribuição".

7. Vieram-me, assim, em 19.05.2008, os autos redistribuídos.

8. Os impetrantes, via telefone, tiveram ciência através do meu Chefe de Gabinete, que o feito seria trazido hoje para ser julgado em mesa.

9. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Tourinho Neto: – 1. O paciente foi denunciado por infração aos arts. 288, 299 c/c o 71, 171, *caput*, e § 3º, c/c o 71, e 337-A c/c o 71, todos do Código Penal; arts. 1º, I, II e IV, e 12, I, da Lei 8.137/90, c/c o 71 do Código Penal; art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, c/c o 71 do Código Penal; e art. 1º, *caput*, VI e VII, § 1º, I e II, § 2º, II, e § 4º, da Lei 9.613/98, c/c o art. 71 do Código Penal, todos cumulados com os arts. 7º, I, b, 29 e 69 do Código Penal.

A denúncia foi recebida, em 25/01/2008, pelo Juiz Federal Substituto Alexandre Buck Medrado de Sampaio, em exercício da titularidade da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais (v. fls. 125/145).

Em 8 de maio de 2008, a Juíza Titular da Vara, Rogéria Maria Castro Debelli (fls. 149/153) determinou a realização da citação, intimação e interrogatório do denunciado, ora paciente, *Emílio Gastón Tuneu Mohr*, "mediante solicitação de assistência junto à República Oriental do Uruguai, nos termos do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Decreto 3.468, de 17.05.2000), que deverá ser encaminhado ao Ministério da Justiça, Setor de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional".

Determinou, também, nesse despacho, que fossem os autos com vista ao Ministério Público Federal "para apresentação do formulário de solicitação de assistência judiciária em matéria penal, bem como das perguntas a serem respondidas pelo acusado. As do juízo serão formuladas após o retorno dos autos do *Parquet* Federal".

Voltou a MMª Juíza a insistir nessa última determinação no dia 27 de junho de 2008, ao sanear o processo (v. fls. 242/243).

Em 07 de julho de 2008, o Ministério Público Federal, pelo Procurador da República Eduardo Morato Fonseca, formulou 11 (onze) perguntas – v. fls. 260.

Em 10 de setembro de 2008, o eminente Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio, atento à

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Assusete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Cintra Fonseca.

reforma introduzida pela Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, determinou aditamento à carta precatória expedida para citação dos denunciados Evandro Garcia Claudionor Queiroz da Silva e Roberto Alexandre, “para responderem à acusação *por escrito, no prazo de (10) dez dias*, podendo alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando for o caso, nos termos dos artigos 396 e 396-A, do CPP” (fls. 263/264).

Nada disse, no entanto, a respeito da expedição da carta rogatória para citação do paciente.

Em 12 de fevereiro de 2008, a defesa do paciente apresentara procuração por ele outorgada (v. o que consta das informações prestadas pela Juíza Rosilene Maria Clemente de Souza Ferreira, em exercício da titularidade da 4ª Vara/MG, à relatora do HC 2008.01.00.04643-3/MG, Assusete Magalhães) (fls. 155/157).

2. Exame do princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal.

Dispõe o art. 396 do Código de Processo Penal, com a redação ditada pela Lei 11.719, de 20.06.2008:

Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

E o art. 396-A estabelece que:

Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

No novo procedimento previsto pela Lei 11.719/2008, o juiz primeiramente examina se é caso de rejeição ou não da denúncia. Se não for, estando formalmente em ordem a peça acusatória, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, ordena que o denunciado seja citado para apresentar defesa por escrito.

O intento do legislador foi oferecer a mais ampla defesa aos denunciados, permitindo-lhes que, logo de início, contradite a acusação.

Certo.

A determinação para o denunciado ser citado e interrogado por carta rogatória, deu-se antes da vigência da Lei 11.719, de 20.06.2009, publicada três dias depois, dia 23, entrando em vigor, por força de seu art. 2º, sessenta dias depois da publicação, ou seja em 22 de agosto de 2008.

De acordo com o art. 2º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob vigência da lei anterior”. É o chamado *princípio do efeito imediato* ou *princípio da aplicação imediata* da lei processual penal, conseqüência do princípio *tempus regit actum*.

Todavia, a carta rogatória ainda não foi cumprida. A situação, portanto, ainda não se consumou. Com a entrada em vigor a Lei 11.719, de 2008, os atos devem ser praticados – e, na hipótese, não foram – de acordo com o novo procedimento. Portanto, não tendo sido, ainda, concretizado o interrogatório, deverá ser citado o acusado, ora paciente, para apresentar a resposta prevista no art. 396, do CPP, com a redação determinada pela nova lei.

Ademais, observe-se que o culto Juiz Federal Alexandre Buck, observando a reforma ditada pela Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, determinou aditamento à carta precatória expedida para citação dos denunciados Evandro Garcia Claudionor Queiroz da Silva e Roberto Alexandre, “para responderem à acusação *por escrito, no prazo de (10) dez dias*, podendo alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando for o caso, nos termos dos artigos 396 e 396-A, do CPP” (fls. 263/264).

Deve, deste modo, proceder-se em relação ao paciente. Tratamento igual deve ser observado para se ser justo.

Também, em face do princípio de paridade de armas, deve-se permitir à defesa formular perguntas ao interrogatório do paciente e dos demais co-réus, como foi dada oportunidade à acusação.

Assim, deverão os co-réus ser intimados para comparecerem em juízo para a complementação de seus interrogatórios, quando deverá ser dada à palavra ao defensor do paciente para formular perguntas.

2.1 O devido processo legal.

Julgando o HC 94016/SP, em sessão de 16.09.2008 (DJ 27.02.2009), relator o Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com proficiência, proclamou os direitos dos acusados:

A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria "persecutio criminis".

- O exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) *direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.*

O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos.

2.2 Reperguntas ao co-réu pela defesa.

Encontramos, também, nesse acórdão, a seguinte lição:

Possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do "due process of law", ver assegurado o seu direito de formular reperguntas aos co-réus, quando do respectivo interrogatório judicial.

- Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF.

2.3 O interrogatório judicial como meio de defesa do réu.

Diz o Ministério Público Federal, pelo eminente Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, que "o interrogatório não é meio de prova, mas sim, fonte de prova (...)".

Já se pensou assim. Hoje, porém, o interrogatório é também meio de defesa. É, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (v. HC 94016/SP). Observe-se o que a sua Segunda Turma, no HC 94016/SP, acima mencionado, disse:

"Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes."

3. *Ante o exposto, concedo a presente ordem de habeas corpus* impetrada em favor do paciente, *Emílio Gaston Tuneu Mohr*, para determinar: a) o recolhimento da carta rogatória expedida para a República Oriental do Uruguai, a fim de que seja expedida outra, obedecendo-se o disposto no art. 396, com a redação determinada pela Lei 11.719, de 2008; e b) o re-interrogatório dos co-réus (Maria Raquel de Oliveira Neves, Cláudia Alves Sol, Ana Maria Fernandes Peixoto, Viviane Angélica Ferreira Zica, Cláudio Henrique Caldeira, Zulma Soares da Silva Carvalho, Eduardo Leonardo de Siqueira, Pollyana Borges Lino, Jaqueline Lopes Pereira,

Sônia Maria Campos Rios, Fábio Luís de Castro Vieira, HÉlvio Alves Pereira, João Pedro Campos Rios Júnior, Ronaldo Sales do Nascimento, Djalma Leonardo Siqueira, Jairo Leonardo de Siqueira e Renata Veloso Antunes, a fim de permitir que a defesa do paciente, Emílio Gastón Tuneu Mohr, possa, querendo, formular perguntas.

4. O agravo retido fica, portanto, prejudicado.

5. É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2001.35.00.001130-3/GO

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Divino Donizette da Silva
Apelado: Gilnei Coelho Tavares
Advogado: Dr. Massilon Ferreira Pinto
Apelado: Roosevelt Bandeira
Advogado: Dr. Eladio Augusto Amorim Mesquita
Publicação: e-DJF1 de 4/5/2009, p. 270

Ementa

Penal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Lei 7.492/86, art. 16. Factoring. Lei 8.137/90, arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II. Suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional. Adesão ao Refis. Parcelas do parcelamento não pagas. Supressão de instância. Retorno dos autos à instância de origem.

I. A materialidade do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86 ficou demonstrada pelos documentos constantes às fls. 134/141 e pelos termos dos depoimentos de fls. 455/456 e 508/509.

II. Nos termos do art. 1º da Lei 7.492/86, é característica essencial das instituições financeiras ou das empresas a elas equiparadas a captação e gestão de recursos. Logo, a empresa de *factoring*, pela sua natureza de empresa mercantil mista, está habilitada apenas a comprar créditos de pessoas físicas ou jurídicas sem nenhuma garantia. Assim, à medida que a empresa de *factoring* em questão recebia notas promissórias como garantia dos valores repassados para seus clientes, estava praticando atos típicos de instituição financeira, sem a devida autorização do Banco Central, estando os seus gestores incurso nas penas do art. 16 da Lei 7.492/86.

III. A *factoring* é uma modalidade de empresa comercial que presta serviços e compra créditos de pessoas jurídicas e não físicas, não capta recursos nem empresta dinheiro, não faz adiantamentos. Logo, quem faz a empresa de *factoring* operar emprestando dinheiro e fazendo captação de recursos, agindo como instituição financeira, comete o crime contra o sistema financeiro nacional, tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal.

IV. No caso em exame, não deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, uma vez que um único foi o crime cometido. O crime previsto no art. 16 da Lei 7.492/86 importa em um ou vários atos, não havendo continuidade delitiva nesta hipótese, porque é um crime habitual, que exige reiteração de conduta, onde o conjunto é o que fundamenta o injusto penal. Logo, não há que se cogitar da aplicação do acréscimo da continuidade delitiva. Precedentes da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal.

V. Da análise dos termos do art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003, depreende-se que ficam suspensos apenas a pretensão punitiva do Estado e, conseqüentemente, o prazo prescricional desta. Assim, no presente caso, as questões relativas à materialidade e à autoria dos delitos tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, não foram examinadas pelo Juízo *a quo* e, apesar de constar no Ofício CG/SER 1462, às fls. 709/710, que os apelados deixaram de pagar parcelas do parcelamento, este Tribunal Regional Federal não pode adentrar nesses aspectos, sem violar o princípio constitucional que prevê o duplo grau de jurisdição e, por consequência, veda a supressão de instância.

VI. Nos termos da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, não é possível apreciar o pedido de suspensão da pretensão punitiva do Estado e a consequente suspensão do prazo prescricional se tal pedido não foi objeto de exame na instância a quo. Logo, a *contrario sensu*, não é possível proceder nesta esfera de jurisdição o julgamento dos apelados pela prática dos crimes tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/90, se na v. sentença recorrida o Juiz sentenciante apenas suspendeu a pretensão punitiva e o respectivo prazo prescricional, com fundamento no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003.

VII. Apelação provida para condenar os réus Gilnei Coêlho Tavares e Roosevelt Bandeira pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 27/4/2009.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, relatora convocada

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – Trata-se de apelação criminal interposta pelo d. Ministério Público Federal (fls. 671/676) contra a v. sentença de fls. 656/663, que, julgando improcedente o pedido contido na denúncia, absolveu os réus Gilnei Coêlho Tavares e Roosevelt Bandeira da imputação de prática do crime descrito no art. 16 da Lei 7.492/86 e suspendeu a pretensão punitiva e o prazo prescricional, com fundamento no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003, com relação à imputação de prática do delito tipificado nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29 do Código Penal.

O d. Ministério Público Federal, inconformado com a v. sentença apelada, alegou, em síntese, que:

1) Assentada em fundamentos que não coadunam com as provas dos autos e com o nosso ordenamento jurídico, a decisão monocrática deve ser reformada por esse egrégio Tribunal Regional Federal (fl. 673);

2) (...) a sentença sub examine carece de reparos, eis que os argumentos então suscitados não são suficientes para ensejar a absolvição dos apelados, uma vez que, no presente, caso, não falar em falta de provas, porquanto a documentação carreada aos autos, corroborada pela prova testemunhal, demonstram de forma incontestada a ação ilícita dos apelados.

O conjunto probatório demonstra que Gilnei Coêlho e Roosevelt Bandeira realizaram empréstimos e captação de recursos de pessoas físicas e jurídicas, operações financeiras ilegais, já

que a empresa Orbis tinha autorização do Bacen para operar como instituição financeira.

Conforme documento de fls. 134, o Banco Central constatou que a Orbis – Empresa Mercantil de Fomento Ltda. realizou operações típicas de Instituição Financeiras, sem a devida autorização legal, restando tais operações comprovadas por intermédio dos borderôs de operações que registram empréstimos realizados entre os apelados e pessoas físicas e jurídicas, nos quais constam os valores da operação, vencimento, taxa de juros, valor de despesas com captação de ativos, CPMF e demais encargos, tudo a demonstrar a atividade característica de instituição financeira (fls 135/141); e

3) (...) as provas constantes dos autos atestam, sem dúvidas, a autoria e materialidade do delito perpetrado pelos apelados, razão pela qual impõe-se a condenação de Gilnei Coelho Tavares e Roosevelt Bandeira nas penas do art. 16 da Lei 7.492/86, c/c art. 29 do Código Penal.

Ao final, postulou, *verbis*:

(...) o Ministério Público Federal requer o provimento do presente apelo, com a consequente reforma da r. sentença para condenar os acusados nas penas do art. 16 da Lei 7.492/86 (fl. 676).

Contra-razões às fls. 683/686 e 692/694.

No parecer de fls. 700/705, o d. Ministério Público Federal, na condição de custos legis, opinou “(...) pelo provimento do recurso no que concerne ao crime financeiro, e na conversão do feito em diligência, no que tange ao parcelamento da dívida relacionada aos crimes tributários. Após o cumprimento da diligência, requer

retorno dos autos, bem como seja concedida prioridade ao julgamento do caso, em face da possibilidade de prescrição em 02/05/2009, quanto ao crime financeiro” (fl. 704).

Às fls. 709/710, consta o Ofício CG/SER/ 1462 informando a situação do parcelamento da dívida efetuado junto à Receita Federal.

Aberta vista dos autos ao d. Ministério Público Federal, este manifestou-se às fls. 715/722, “(...) *pelo julgamento imediato do feito, pelo provimento do recurso no que concerne ao crime financeiro, pela condenação dos réus pelos crimes do inc. I do art. 1º e do inc. II do art. 2º, ambos da Lei 8.137/90 – levando-se em conta as considerações feitas acerca do cálculo das penas –, eis que a suspensão do feito, nesse tópico, não mais subsiste, bem como seja conferida prioridade ao julgamento do caso, em face da possibilidade de prescrição em 02/05/2009 do delito financeiro, bem como há que se atentar que voltou a correr o prazo prescricional quanto aos crimes tributários remanescentes” (fl. 722).*

Processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 10/09/2008.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: –Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conheço do recurso de apelação interposto.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu os réus da prática do delito tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86 e determinou a suspensão da pretensão punitiva do Estado e do respectivo prazo prescricional, com fundamento no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003, com relação ao crimes previstos nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29 do Código Penal.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Federal Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho.

O ponto central dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, ora apelante, nas suas razões de apelação, consiste na alegação de que há provas nos autos de que a empresa de *factoring* em questão realizou operações ilegais, típicas de instituição financeira, sem a devida autorização do Banco Central.

Do crime previsto no art. 16 da Lei 7.492/86

O Ministério Público Federal postula pela reforma da v. sentença recorrida para que seja imposta aos apelados condenação pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86, sob o argumento de que, nos termos dos documentos de fls. 134/141 e dos depoimentos de fls. 455/456 e 508/509, a empresa de *factoring* de propriedade de um dos apelados e gerenciada pelo outro praticou atividade típica de instituição financeira, sem a devida autorização do Banco Central.

Da materialidade do delito do art. 16 da Lei 9.492/86

Com relação à materialidade do delito em exame, asseverou o Ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, Procurador Regional da República, no parecer de fls. 700/704 e 715/722, *verbis*:

O magistrado a quo considerou que o crime do art. 16 da Lei 7.492/86, apenas se caracteriza, no que toca a empresa de *factoring*, diante da comprovação da captação e do empréstimo de recursos de terceiros. Registrou que o empréstimo, por si só, configura apenas, em tese, o crime de usura - art. 4º da Lei 1.521/51, que é de competência da Justiça Estadual. Seguindo esse raciocínio, asseverou que não há provas contra os réus no que concerne ao crime financeiro, sendo que a única testemunha que assumiu ter emprestado dinheiro, o fez diretamente ao acusado, enquanto pessoa física, em razão de amizade e sem o recebimento de juros.

Pois bem, há que se ver que a sentença ignorou prova documental. O Banco Central do Brasil - Bacen, atesta que detectou três operações típicas de instituições financeiras, realizadas pela *factoring* dos recorridos, sem autorização para tanto - ver fl. 134. A documentação examinada pelo Bacen - fls. 135/141, consiste em borderôs de operações, que registram empréstimos entre a Orbis Empresa Mercantil de Fomento Ltda. e pessoas físicas e jurídicas. Os documentos trazem:

valor das operações, vencimento, taxa de juros; valor das despesas com captação de ativos, com CPMF e demais encargos. Cheque lançado por participante dos empréstimos sedimenta os registros dos borderôs: à fl. 139, há ordem bancária emitida por Dalton S. Ferreira - pessoa física, em favor da factoring dos recorridos, no valor de mil, cento e noventa e seis reais, que vem a ser o mesmo valor da operação registrada à fl. 141.

E a prova documental é corroborada pelos testemunhos das fls. 455/456 e 508/509, que são no sentido de que a empresa dos apelados emprestava dinheiro a terceiros mediante a garantia de duplicatas e que também recebia cheques que eram descontados pela factoring aos interessados, sendo cobrados juros.

Em face dos elementos de prova acima analisados, há que se ponderar que "(...) é vedado às empresas factoring, empresa mercantil mista atípica, atuarem fora de seus limites legais: arts. 17 e 18 da Lei 4.595, de 1964; e 1º e 16 da Lei 7.492, de 1986. (...) A empresa de factoring presta serviços e compra créditos e não recebe nenhuma garantia. Não faz adiantamentos ou empréstimos. Na hipótese, a empresa de Factoring fazia, também, empréstimos, recebendo cheques como garantia da dívida, fazia adiantamentos, recebendo cheques pré-datados. Em operação factoring só se pode transacionar com pessoa jurídica. (...) - do voto condutor do acórdão da ACR 2003.36.00.008505-4/MT - TRF1, 3ª T., rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJU II 18/08/2006, p. 31.

Não há que se falar em crime de usura - art. 4º da Lei 1.421/511⁵, na hipótese vertente. Esse delito ocorre, p.ex., quando pessoa física faz empréstimos a terceiros, cobrando juros. Se empresa, autorizada apenas a efetuar operações de *factoring* - que somente podem ser oferecidas a pessoas jurídicas, passa a trabalhar com empréstimos a pessoas físicas, tomando cheques por garantia e cobrando juros, essa conduta não se constitui em simples usura. Ao extravasarem os limites do regramento legal destinado às operações de sua empresa, os réus

incorreram na conduta do art. 16 da Lei 7.492/86 (fls. 701/702 e 717/718).

De fato, a materialidade do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86 está comprovada pelos documentos constantes às fls. 134/141 e pelos termos dos depoimentos de fls. 455/456 e 508/509, que demonstram a prática pela empresa dos apelados, de operações típicas de instituições financeiras.

O art. 16 da Lei 7.492/86 tipifica como crime a prática de atos e atividades típicas de instituição financeira sem a devida autorização do Banco Central, estabelecendo, *verbis*:

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por sua vez, o art. 1º da referida Lei 7.492/86 define que é instituição financeira, *verbis*:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Da leitura do art. 1º da Lei 7.492/86 acima transcrito depreende-se que é característica essencial das instituições financeiras ou das empresas a elas equiparadas a captação e gestão de recursos. Logo, a empresa de *factoring*, pela sua natureza de empresa mercantil mista, está habilitada apenas a comprar créditos de pessoas físicas ou jurídicas sem nenhuma garantia. Assim, à medida que a empresa de factoring em questão recebia notas promissórias como garantias dos valores repassados para seus clientes, estava praticando atos típicos de instituição financeira, sem a

¹⁵ "Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros."

devida autorização do Banco Central, estando o seus proprietário e administrador, ora apelados, incursos nas penas do art. 16 da Lei 7.492/86.

Ao contrário dos fundamentos expostos na sentença recorrida, há, no conjunto probatório constante nos autos, provas suficientes para demonstrar que a empresa de *factoring* em questão praticava atos típicos de instituição financeira sem estar devidamente autorizada pelo Banco Central.

Às fls. 134/141, constam ofício do Banco Central e documentos que atestam que a empresa Orbis Empresa de Fomento Ltda. praticou pelo menos três operações atípicas de uma empresa de *factoring* e típicas de instituição financeira. Consta, também, no documento de fl. 134 que a referida empresa não estava autorizada a funcionar pelo Banco Central.

Corroboram com as referidas provas documentais os depoimentos de Divino Arantes Barcelos, fls. 455/456, e de Anésia Rodrigues Machado Lopes, fls. 508/509, *verbis*:

(...) Testemunha devidamente advertida, declarou que o Depoente teve contato com o Acusado Gilney através do seu filho Sandro Arantes Ribeiro, que era sócio da Formi-Line Empresa do ramo de confeccionamento de armários; que o filho do Depoente descontava cheques do Depoente junto à Empresa Orbis, de propriedade do Acusado Gilney; que o Depoente exemplifica as operações que praticava com a Orbis da seguinte forma: “dava um cheque de R\$1.000,00 (mil reais) para a Orbis, assinava um nota promissória em branco, sendo que esse cheque era para ser resgatado num prazo de 28 (vinte e oito) a 30 (trinta) dias, e a Orbis cobrava na faixa de 24% a 26% de juros e entregava um cheque do Banco Itaú ao Depoente, já deduzido os juros; que Depoente nas diversas operações que fez com a Orbis não recebeu de volta as notas promissórias que assinava em branco”; que essas operações eram feitas tanto com cheques do Depoente como de terceiros, estes últimos clientes do depoente, todavia o Depoente afirma que a maioria dos cheques eram seus mesmo; que o Depoente deu para o Acusado Gilney, através da Orbis, em torno de R\$78.000,00 (setenta e oito mil reais); que não havia coação sobre o Depoente para que ele fizesse empréstimos junto à Orbis, o que havia era que o Acusado Bandeira ameaçava executar judicialmente alguma dívida (fls. 455/456 – depoimento de Divino Arantes Barcelos).

(...) Testemunha devidamente compromissada e advertida, declarou que a Depoente trabalhava de auxiliar administrativo na Empresa Orbis,

do Denunciado Gilney; que o Acusado Roosevelt Bandeira também trabalhava junto na administração da Empresa; que a Depoente fazia serviços de escritório além de outros, mas se, recorda de que trabalhava com duplicatas emitidas por empresas que tomavam empréstimo junto à Empresa Orbis onde trabalhava a Depoente; que a Depoente se recorda de levar algumas duplicatas junto ao banco para cobrança; que a Empresa emprestava dinheiro mediante a garantia de duplicatas; que a Depoente não sabe informar direito se a duplicata era emitida em razão do empréstimo ou se a Orbis comprava duplicatas já existentes; que sempre acompanhava a duplicata a respectiva nota fiscal. Concedida a palavra à ilustre Defesa do Acusado Gilney, nada requereu. Concedida a palavra à ilustre Defesa do Acusado Roosevelt, respondeu que na ausência de Gilney o Acusado Roosevelt era quem mandava e tomava as decisões, mas quando Gilney estava presente era este quem mandava pois era o dono; que ambos (Gilney e Roosevelt) possuíam uma relação amistosa de amizade; que na ausência de Gilney, Roosevelt emitia cheque em nome da Empresa; que a Depoente acha que o Sr. Roosevelt assinava por procuração, tendo em vista que ele não constava do contrato social da Empresa (fl. 508 – depoimento de Anésia Rodrigues Machado Lopes).

Faz-se necessário destacar que nessa mesma esteira é a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, acompanhada por este Tribunal Regional Federal, cujo posicionamento é no sentido de que a *factoring* é uma modalidade de empresa comercial que presta serviços e compra créditos de pessoas jurídicas e não físicas, não capta recursos nem empresta dinheiro, não faz adiantamentos. Logo, quem faz a empresa de *factoring* operar emprestando dinheiro e fazendo captação de recursos, agindo como instituição financeira, comete o crime do sistema financeiro nacional, tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86.

Confirmam-se, nesse sentido as ementas a seguir transcritas:

“Habeas Corpus”. Crime societário. Falta de justa causa e inépcia da denúncia. Atividades privativas de instituição financeira. “factoring”. Individualização da conduta.

I – “Factoring” não se confunde com Instituição Financeira, sendo vedada à empresa de ‘factoring’ a prática de qualquer operação com as características privativas das instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central.

(...)

“Writ” indeferido.

(STJ – HC 7.463/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 13/10/1998, publicado no DJ de 22/02/1999, p. 112)

Processo penal. Penal. Competência da justiça federal. Crimes conexos de competência da justiça federal e da estadual. Prevalência da justiça federal. Inexistência de prerrogativa de função. Competência do juízo do primeiro grau. Investigação realizada pelo Ministério Público. Requisição de inquérito pelo juiz. Denúncia. A-technia. Número de testemunhas. Litispendência e crime de quadrilha. Documentos em língua estrangeira. Manutenção do réu preso após a sentença. Crime contra o sistema financeiro nacional. Factorings. Evasão de divisas. Patrimônio a descoberto. Lavagem de dinheiro. O princípio da consunção. Organização criminosa. Crime de quadrilha. Dosimetria da pena. Delação (traição) premiada. Pena de perdimento.

(...)

10. *Factoring* é empresa comercial que presta serviços e compra créditos de pessoas jurídicas e não físicas, não capta recursos nem empresta dinheiro, não faz adiantamentos. Aquele que faz a empresa factoring operar emprestando dinheiro e fazendo captação de recursos, agindo como instituição financeira, comete o crime do sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86, art. 16).

(...)

(TRF – 1ª Região, ACR 2003.36.00.008505-4/MT, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 25/07/2006, publicado no DJ de 18/08/2006, p.31).

Da autoria

Com relação à autoria do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86, ora em exame, como bem asseverou o Ilustre representante do Ministério Público Federal, “(...) do contrato social e da alteração posterior, consta que Gilnei Coelho Tavares era o sócio responsável pela administração da empresa, a qual exerceu em conjunto com Roosevelt Bandeira de 1994 a 1998, a quem outorgou poderes de gestão por meio de procuração, o que é confirmado quando do interrogatório dos réus às fls. 333/335 e 407/409. A isso some-se os testemunhos das fls. 455/456 e 508/509, já mencionados” (fls. 702 e 718).

Confirmam-se trechos dos depoimentos de Gilnei Coelho Tavares (fls. 407/409) e de Roosevelt Bandeira (fls. 333/335) hábeis para demonstrar a autoria do delito em exame pelos acusados, ora apelados, *verbis*:

(...) que em 1994 o Interrogando criou a Empresa Orbis Mercantil De Fomento Ltda., em sociedade com a sua exposa Derci de Moura Saraiva, sendo administrada pelo Interrogando e por Roosevelt Bandeira; que o objeto da Empresa era a aquisição de direitos creditórios, o que se dava em face tanto de pessoas jurídicas como físicas, quanto a estas nas hipóteses de profissionais liberais, tais como, advogados, decoradores, etc.; que em 1997, época em que a Orbis vinha sofrendo grandes prejuízos em decorrência da inadimplência dos contratantes, surgiu uma oportunidade de representar em Goiânia a Empresa Americana Las Palmas Resort; que para conseguir o numerário suficiente para o negócio, o Interrogando tomou empréstimos, em nome próprio, junto a alguns amigos, entre eles Jorival José Brandão, Darci de Oliveira E Luzia; que o valor do empréstimo foi em torno de R\$ 60.000,00 ou R\$ 70.000,00, aproximadamente; que embora o empréstimo tenha sido tomado em nome próprio, o contrato de representação foi firmado com a Orbis, que nessa época teve o seu objeto social alterado para também incluir atividades no ramo de turismo; que não se recorda se a alteração do contrato social da Orbis ocorreu anteriormente à assinatura do contrato de representação com a Las Palmas Resort; que nunca houve por parte da Orbis operações de captação de recursos ou empréstimos junto a clientes, seja pessoa física ou jurídica; que já ocorreu da pessoa apresentar um cheque para a Empresa, alegando se tratar de uma operação mercantil ou prestação de serviços, quando na verdade era um título obtido junto a um amigo para legitimar a faturização; que diante da inadimplência o emitente era procurado para pagamento, sendo que o responsável pela operação, a fim de evitar constrangimento para essa pessoa, procurava a Orbis para trocar o título, emitindo um cheque em nome próprio; que a Empresa era administrada quase totalmente pelo Roosevelt Bandeira, haja vista que o mesmo é administrador de empresas e o Interrogando possuía pouco conhecimento quanto ao ramo de factoring; que na maioria das vezes o próprio Roosevelt decidia quanto a realização das operações, sendo que vez ou outra o Interrogando dava alguma sugestão, principalmente quando se tratava de operação com elevado valor; no que concerne a imputação de omissão de receitas e falta de recolhimento de tributo, o Interrogando esclarece que de fato a Empresa foi autuada pela Receita Federal, o que resultou na imposição de multa na ordem de R\$310.000,00; que não sabe precisar se a autuação decorreu de todos os itens elencados no item 09 da denúncia, porém, esclarece que para quitação do débito optou pelo programa Refis, sendo que encontra-se adimplente com as respectivas parcelas; que atualmente a Empresa Orbis possui denominação de Goodline Technology Ltda, cujo

objeto, é a importação e distribuição no mercado de produtos eletro-eletrônicos; que o Roosevelt não é mais empregado do Interrogando (fls. 408/409).

(...) declarou que no período descrito na inicial o interrogando era administrador da Empresa Orbis – Empresa Mercantil De Fomento Ltda; que somente não conhece a Testemunha Pedro Sousa Bispo, nada tendo a alegar contra as demais; que conhece as provas contra si apuradas; que não reconhece como verdadeiras as imputações que lhe são feitas; que o interrogando era empregado da Empresa Orbis, contratado para administrar a parte operacional da mesma; que todas as orientações e condições de funcionamento eram ditadas pelo Acusado Gilnei, proprietário da empresa juntamente com a sua esposa; que inicialmente os negócios da empresa eram submetidos ao interrogando, o qual os repassava para chancela final do Acusado Gilnei; que a atividade da empresa consistia na compra de ativos creditórios; que após a aquisição do título algumas vezes era constatada a inadimplência do emitente; em algumas oportunidades o emitente procurava a Empresa Orbis solicitando a prorrogação do pagamento ou, como ocorria na maioria dos casos, procediam ao resgate do débito; que não é do conhecimento do interrogando que a empresa fizesse empréstimos para clientes; que numa época a Orbis firmou contrato com uma empresa americana para representá-lo nesta Capital, sendo que referida empresa exigia a existência de um capital mínimo; diante do fato da Orbis não possuir tal capital, o Acusado Gilnei obteve junto a alguns amigos seus, de nomes Darci, Jorival Brandão e Luzia, esta conhecida do interrogando que a apresentou ao Gilnei, o aporte do capital necessário, que foi posteriormente pago com acréscimo de juros que o interrogando não sabe precisar; esclarece o interrogando que tal aporte somente ocorreu em virtude de existir norma do Banco Central, ou de outro organismo federal, não sabendo precisar, que proíbe que as empresas de factoring obtenham recursos junto a instituições financeiras; que não é do seu conhecimento a existência de outros fatos que importem em captação de recursos pela factoring; que em outubro de 1998 a Orbis procedeu a uma alteração contratual, passando a se chamar Goodline Technology; que após a mudança da razão social o depoente continuou ligado ao Gilnei prestando serviços, inicialmente em tempo integral e depois de algum tempo três vezes por semana; que todos os pagamentos que deveriam ser feitos pela empresa eram de responsabilidade do Acusado Gilnei, aí incluídos os tributos devidos e os valores relativos às operações; que em decorrência do

rompimento do vínculo trabalhista com a Orbis, e o não reconhecimento dessa situação pelo Gilnei, o interrogando ajuizou reclamação trabalhista em desfavor deste, sendo que o período reclamado como relação empregatícia foi acolhido pelo julgador que, porém, considerou a existência de prescrição tendo em vista a data em que a reclamatória foi ajuizada; que nunca foi preso nem processado (fls. 333/335).

Da reforma da sentença recorrida

Dessa forma, dou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para reformar a v. sentença recorrida e condenar os apelados Gilnei Coêlho Tavares e Roosevelt Bandeira pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86.

Da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal)

O Ministério Público Federal asseverou que “E certo é que a inicial não alude ao art. 71 do Código Penal, mas há que se ponderar que existe na denúncia descrição de continuidade delitiva quanto ao delito do art. 16 da Lei 7.492/86. À fl. 03 consta que as operações financeiras ilegais ocorreram de janeiro de 1994 a outubro de 1997, ou seja, durante mais de quatro anos. E o Banco Central do Brasil – Bacen, atesta que detectou três operações típicas de instituição financeiras, realizadas pela factoring dos recorridos, sem autorização para tanto – ver fl. 134. Assim, esse Tribunal pode aplicar o aumento da pena decorrente da ficção jurídica da continuidade delitiva, com base nos arts. 383, 569 e 617, todos do Código de Processo Penal², vez que não se trata de recurso exclusivo da defesa” (fl. 719).

Todavia, no caso em exame não é aplicável a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, uma vez que um único foi o crime cometido. O crime previsto no art. 16 da Lei 4.972/86 importa em um ou vários atos, não havendo continuidade delitiva nesta hipótese, porque é um crime habitual, que

² Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (...) Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final. (...) Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

exige reiteração de conduta, onde o conjunto é o que fundamenta o injusto penal, não há que se cogitar da aplicação do acréscimo da continuidade delitiva.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Quarta Turma, como exemplifica a ementa a seguir transcrita, *verbis*:

Penal e processual penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Administração de consórcio. Equiparação à instituição financeira. Lei 7.492/86, art. 1º, inciso I. Captação de poupança popular sem a devida autorização. Artigos 5º e 16 da lei 7.492/86. Concurso material. Art. 69. Continuidade delitiva. Art. 71. Não configurada. Crime habitual.

1. No crime habitual, que exige reiteração de conduta, onde o conjunto é que fundamenta o injusto penal, não há que se cogitar da aplicação do acréscimo da continuidade delitiva.

(...)

7. Negado provimento às apelações dos sentenciados e do Ministério Público.

(TRF – 1ª Região, ACR 2000.38.03.004560-7/MG, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 13/02/2007, publicado no DJ de 05/03/2007, p.79)

Da dosimetria da Pena

Passo à dosimetria da pena pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que o referido art. 16 da Lei 7.492/86 comina ao crime nele tipificado pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Gilnei Coêlho Tavares

A conduta do réu Gilnei Coêlho Tavares é reprovável, pois, na condição de proprietário de empresa de *factoring*, cuja natureza autoriza apenas a compra de créditos sem o equivalente recebimento de garantia, emprestava dinheiro a seus clientes exigindo em troca notas promissórias ou duplicatas, posteriormente enviadas a uma instituição bancária para a cobrança. Agindo dessa forma o referido réu desvirtuou a atividade de sua empresa de *factoring*, praticando ato típico de instituição financeira, ou de empresas a elas equiparadas pelo art. 1º da Lei 7.492/86, incorrendo na prática do crime tipificado no art. 16 da referida lei, mas nada há além do fato típico a ser sopesado em sua conduta.

Os motivos que conduziram à prática do ilícito em exame são aquelas inerentes à natureza do tipo, ou seja, beneficiar-se financeiramente de empréstimos efetuados sem a devida autorização do Banco Central e, portanto, sem nenhuma fiscalização ou observância da legislação que disciplina tais operações, com o intuito de obter lucro fácil.

Nada há a desabonar a conduta social, os antecedentes ou a indicar personalidade voltada para o crime.

As circunstâncias e conseqüências são graves, em razão da própria natureza dos crimes contra o sistema financeiro nacional que terminam sempre por lesar toda a sociedade, à medida que esta modalidade de delito abala a sua estrutura econômica.

Ante exposto, fixo a pena-base pouco acima no mínimo legal, 1 (um) ano de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo vigente à época do fato.

À mingua de quaisquer circunstâncias atenuantes e agravantes, bem assim de causas de diminuição e aumento de pena, torno-a definitiva em dois anos, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Nesse caso, presentes os requisitos legais, faz-se mister a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos, porquanto presentes os requisitos dos incisos I, II, e III, do art. 44, do Código Penal, nada havendo nos autos a indicar que essa substituição seria desaconselhável.

Assim, com fundamento no art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, quais sejam uma prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos a ser revertida em prol de uma entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução e prestação de serviços a entidade pública que também deverá ser definida pelo Juízo da Execução.

Roosevelt Bandeira

A conduta do réu Roosevelt Bandeira é reprovável, na condição de gerente de empresa de *factoring*, cuja natureza autoriza apenas a compra de créditos sem o equivalente recebimento de garantia, emprestava dinheiro a seus clientes exigindo em troca notas promissórias ou duplicatas, posteriormente

enviadas a uma instituição bancária para a cobrança. Agindo dessa forma o referido réu desvirtuou a atividade de sua empresa de *factoring*, praticando ato típico de instituição financeira, ou de empresas a elas equiparadas pelo art. 1º da Lei 7.492/86, incorrendo na prática do crime tipificado no art. 16 da referida lei.

Os motivos que conduziram à prática do ilícito em exame são aquelas inerentes à natureza do tipo, ou seja, beneficiar-se financeiramente de empréstimos efetuados sem a devida autorização do Banco Central e, portanto, sem nenhuma fiscalização ou observância da legislação que disciplina tais operações com intuito de obter lucro fácil.

Nada há a desabonar a conduta social, os antecedentes ou a indicar personalidade voltada para o crime.

As circunstâncias e conseqüências são graves, em razão da própria natureza dos crimes contra o sistema financeiro nacional que terminam sempre por lesar toda a sociedade, porque abala a sua estrutura econômica.

Ante exposto, fixo a pena-base pouco acima no mínimo legal, 1 (um) ano de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo vigente à época do fato.

À mingua de quaisquer circunstâncias atenuantes e agravantes, bem assim de causas de diminuição e aumento de pena, torno-a definitiva em dois anos, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Nesse caso, presentes os requisitos legais, faz-se mister a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos, porquanto presentes os requisitos dos incisos I, II, e III, do art. 44, do Código Penal, nada havendo nos autos a indicar que essa substituição seria desaconselhável.

Assim, com fundamento no art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, quais sejam uma prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos a ser revertida em prol de uma entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução e prestação de serviços a entidade pública a ser definida pelo Juízo da Execução.

Dos crimes tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, incisos II, da Lei 8.137/90

Da suspensão condicional do processo (art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003)

No parecer de fls. 715/722, o d. Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, opinou “(...) *pelo julgamento imediato do feito, pelo provimento do recurso no que concerne ao crime financeiro, pela condenação dos réus pelos crimes do inc. I do art. 1º e do inc. II do art. 2º, ambos da Lei 8.137/90 – levando-se em conta as considerações feitas acerca do cálculo das penas – , eis que a suspensão do feito, nesse tópico, não mais subsiste, bem como seja conferida prioridade ao julgamento do caso, em face da possibilidade de prescrição em 02/05/2009 do delito financeiro, bem como há que se atentar que voltou a correr o prazo prescricional quanto aos crimes tributários remanescentes*” (fl. 722).

Na sentença recorrida, fls. 656/663, o Juiz *a quo* julgou improcedente a pretensão punitiva veiculada na denúncia para absolver os réus, ora apelados, da prática do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86 e determinou “(...) *com fulcro no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003, a suspensão da pretensão punitiva e do respectivo prazo prescricional*” (fl. 662), quanto ao delito tipificado no art. 1º, I, da Lei 8.137/90 em razão da empresa ter optado pelo parcelamento dos débitos junto à Delegacia da Receita Federal em Goiânia.

Conforme consta na denúncia de fls. 02/07, os apelados foram denunciados pela prática de crime contra ordem tributária, tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/90, *verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Como consta nos autos que os réus, ora apelados, aderiram ao Refis, o Juiz sentenciante com fundamento no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003, suspendeu “(...) a

pretensão punitiva e do respectivo prazo prescricional” (fl. 662).

O referido dispositivo legal estabelece, *verbis*:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Da análise dos dispositivos legais acima transcritos, depreende-se que ficaram suspensos apenas a pretensão punitiva do Estado e, conseqüentemente, o prazo prescricional desta. Assim, no presente caso, as questões relativas à materialidade e à autoria dos delitos tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, não foram examinadas pelo Juízo *a quo* e, apesar de constar no Ofício CG/SER 1462, às fls. 709/710, que os apelados deixaram de pagar parcelas do parcelamento, este Tribunal Regional Federal não pode adentrar nesses aspectos, sem violar o princípio constitucional que prevê o duplo grau de jurisdição e, por consequência, veda a supressão de instância.

Nos termos da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, não é possível apreciar o pedido de suspensão da pretensão punitiva do Estado e a consequente suspensão do prazo prescricional se tal pedido não foi objeto de exame na instância *a quo*. Logo, com maior razão, não é possível proceder nesta esfera de jurisdição o julgamento dos apelados pela prática dos crimes tipificados nos arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/90, se na v. sentença recorrida o Juiz sentenciante suspendeu a pretensão punitiva e o respectivo prazo prescricional, com fundamento no art. 9º, §1º, da Lei 10.684/2003.

Confirmam-se, nesse sentido:

Recurso ordinário em habeas corpus – crime contra a ordem tributária – requisição de inquérito policial feita pelo membro do parquet – necessidade de motivação – questão não levada ao conhecimento do tribunal a quo – supressão de instância – prescrição pela pena em abstrato – eventual delito ainda pendente de capitulação jurídica – precária capitulação feita pelos recorrentes – impossibilidade – possibilidade de tipificação de delito mais gravoso – prescrição pela pena em

perspectiva – ausência de previsão legal – violação aos princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade – trancamento de inquérito policial – pendência do processo tributário administrativo – inexistência de lançamento definitivo do tributo devido – recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – trancamento – suspensão do curso do prazo prescricional – recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

É vedado a esta Corte apreciar questão não debatida pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, apenas para trancar o inquérito policial instaurado contra os recorrentes com o fim de averiguar a ocorrência de possível crime contra a ordem tributária, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

(STJ, RHC 21.961/SP, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, julgado por unanimidade em 08/11/2007, publicado no DJ de 26/11/2007, p. 219)

Penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Crime de apropriação indebita de contribuição previdenciária. Art. 168-a do código penal. Suspensão da pretensão punitiva. Adesão ao programa Refis. Matérias não debatidas no tribunal de origem. Supressão de instância. Pedidos não conhecidos. Abolitio criminis. Lei 9.930/00.

Não-ocorrência. Inexigibilidade do crédito. Pendência de recurso administrativo e judicial. Débito inscrito na dívida ativa. Impossibilidade. Pagamento integral. Ausência de prova inequívoca. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

1. As questões referentes à suspensão da pretensão punitiva por conta de adesão da pessoa jurídica ao programa Refis, bem como à inépcia da denúncia, não podem ser conhecidas, porquanto não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância.

(...)

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(STJ, HC 85.926/GO, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 15/05/2008, publicado no DJ de 23/06/2008, p. 1)

Habeas Corpus. Crime contra a Ordem Tributária. Pedido de Suspensão da pretensão punitiva. Art. 9º da Lei 10.684/2003. Matéria não examinada

pelo tribunal a quo. Supressão de instância. Não conhecimento.

1. É defeso a este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, a apreciação da matéria referente à eventual aplicabilidade do art. 9º da Lei 10.684/03, na medida em que não foi objeto de exame por parte do Tribunal a quo.

2. Writ não conhecido, com a cassação da liminar anteriormente deferida, devendo a matéria ser submetida à apreciação do juízo competente para a execução provisória do julgado, a quem cabe resolver, ordinariamente, a questão acerca da aplicabilidade da *novatio legis in melius*, com ampla possibilidade de exame dos documentos probatórios do alegado.

(STJ, HC 35.567/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 19/10/2004, publicado no DJ de 29/11/2004, p. 360)

Criminal. HC. Crime contra a ordem tributária. Pleito de suspensão da pretensão punitiva. Art. 9º da lei 10.684/03. Matéria não discutida pelo tribunal a quo. Supressão de instância. Não conhecimento.

I - Não se conhece da pretensão de suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 9º da Lei 10.684/03, se a matéria não foi objeto de análise e deliberação por parte do Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância.

II - Writ não conhecido.

(STJ, HC 32.262/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 23/06/2004, publicado no DJ 02/08/2004, p. 446)

Criminal. HC. Crime de quadrilha ou bando. Crime contra a ordem tributária. Efeito suspensivo dos recursos. Julgamento da apelação. Determinação de imediata execução provisória da pena. Legalidade. Impropriedade do writ. Incidência do art. 15 da lei 9.964/00.

Suspensão da pretensão punitiva do estado. Impossibilidade. Pessoa jurídica inscrita no Refis após o recebimento da denúncia. Incidência da lei 10.684/03. Matéria não discutida pelo tribunal a quo. Supressão de instância. Não conhecimento. Inaplicabilidade da causa de agravamento de pena do inc. I, do art. 12 da lei 8.137/90. Necessidade de revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Impropriedade do writ. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

(...)

Não se conhece de pretensão que visa discutir a incidência da Lei 10.684/03, ao caso, se a matéria não foi objeto de análise e deliberação por parte do Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para aferição da não ocorrência de “grave dano à

coletividade” - que ensejou a incidência da agravante prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90 – em face de necessária e inviável análise do conjunto fático-probatório.

Ordem denegada.

(STJ, HC 28.850/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 19/02/2004, publicado no DJ de 15/03/2004, p. 289)

Dessa forma, em razão do Ofício CG/SER/ 1462, faz-se necessário que sejam feitas cópias dos autos para serem remetidas à instância de origem para o exame dos crimes tipificados nos arts. 1º, I, e 2º, II, ambos da Lei 8.137/90, em razão da prescrição próxima.

Diante do exposto, *dou provimento* à apelação interposta pelo Ministério Público Federal para reformar a v. sentença recorrida e condenar os apelados Gilnei Coêlho Tavares e Roosevelt Bandeira pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei 7.492/86.

Após o trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos réus no rol de culpados.

Custas pelos réus.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás.

Secretaria para extrair cópia dos autos remetendo a cópia à instância de origem para o julgamento dos crimes tipificados nos arts. 1º, I, e 2º, II, da Lei 8.137/90.

É o voto.

Voto-revisor

O Ministério Público Federal interpôs Recurso de Apelação (cf. fls. 671/676) contra a Sentença que absolveu Gilnei Coêlho Tavares e Roosevelt Bandeira da prática do delito descrito no artigo 16, da Lei 7.492/1986, e suspendeu, com base no artigo 9º, § 1º, da Lei 10.684/2003 (parcelamento do débito), a pretensão punitiva relativamente ao crime do artigo 1º, inciso I e artigo 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/1990.

Requer o Apelante a condenação dos Apelados nas penas do artigo 16 da Lei 7.492/1986, ao argumento de que o conjunto probatório demonstra a realização de empréstimos e a captação de recursos de pessoas físicas e jurídicas sem a devida autorização do Banco Central do Brasil.

Contra-razões às fls. 683/686 e 692/694.

O representante do *Parquet* federal com ofício perante esta Corte opinou pelo provimento do recurso e pela conversão do feito em diligência “no que tange ao parcelamento da dívida relacionada aos crimes tributários” (cf. fl. 704).

Convertido o julgamento em diligência, veio aos autos o Ofício 1462 do Comitê Gestor do Refis, datado de 30 de junho de 2008, informando que “a empresa *Goodline Technology Ltda.*, CNPJ 74.050.659/0001-99, teve seu pedido validado em 25/08/2003 e continua em parcelamento”, mas que, no entanto, “não constam os pagamentos das parcelas desde junho de 2006 até a presente data” (cf. fl. 709), e que, além disso, o parcelamento feito por essa empresa por meio do Refis, que incluiu “apenas débitos referentes a tributos administrados pela RFB” (cf. fl. 710) foi encerrado por liquidação integral do débito.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal pugnou pela condenação dos Réus nas penas do artigo 1º, inciso I, e artigo 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/1990.

À fl. 725, consta Ofício 1857/2008 da Delegacia da Receita Federal em Goiânia/GO, informando que a empresa *Goodline* foi excluída do “*Parcelamento Paes através do Ato Declaratório Executivo 33 de 14/07/2008, publicado no DOU de 28/07/2008*”.

Vejamos.

1. Crime financeiro (Lei 7.492/1986)

Os Réus foram condenados pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/1986, em razão de, na qualidade de gestores da empresa *Orbis Empresa Mercantil e Fomento Ltda.*, cujo nome foi modificado para *Goodline Technology Ltda.* (cf. 5º Alteração Contratual – fl. 205), terem praticado atos típicos de instituição financeira sem, no entanto, possuírem autorização do Banco Central do Brasil.

O artigo 16 em referência está assim redigido:

“Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Pois bem, ao discorrer sobre as atividades de *factoring*, assim leciona Arnaldo Rizzardo:

“Sabe-se que o *factoring* se realiza sobretudo na aquisição de créditos do faturizado. Por conseguinte, as características dizem com a tipicidade ou a especialidade do negócio.

A operação envolve grandes riscos para o faturizador, posto que não fica reservado o direito de se voltar contra o cliente, ou o titular do crédito transferido. (...)

Em primeiro lugar, assim, cuida-se de um contrato aleatório. Não fica o factor com segurança no recebimento do valor constante no título. É que, no factoring, por não se considerar um contrato bancário, impede-se o estabelecimento de garantias reais. Não se admite o direito de regresso contra o endossante, ou o transferente do título, a menos que tenha vícios o título, o que ser observado adiante. O faturizador assume a responsabilidade pela solvabilidade do devedor.

(...) *Um dos destaques de maior relevância é a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido. Não recai nele qualquer obrigação de reembolsar, pelo valor recebido, o título que transferiu.*” (in “*Factoring*” – Revista dos Tribunais – 2ª Ed. – págs. 41/43 - grifei)

E mais adiante, ao distinguir o *factoring* do desconto bancário, explicita:

“b) Desconto bancário

Também com esta figura há estreito relacionamento do factoring. (...) Mas, a grande e fundamental diferença reside na inexistência do direito de regresso no factoring, enquanto consagra esta faculdade o desconto bancário. (...)” (ob. cit. pág. 59 - grifei)

Vale destacar, também, que Luiz Lemos Leite – na qualidade de presidente da Anfac – Associação Nacional de *Factoring*, “(...) sociedade civil, de âmbito nacional, sem fins lucrativos, criada há mais de 16 anos e que congrega como associadas cerca de 720 empresas, que se dedicam à prática de operações de fomento mercantil (*factoring*)” (in “*Factoring no Brasil*” – Atlas – 11ª Ed. – 2007 - pág. 98) – esclarece que assumiu pessoalmente compromisso perante o Banco Central do Brasil no sentido “de que as empresas filiadas à ANFAC praticariam efetivamente o *factoring*, obedecidos os preceitos legais reservados a instituições financeiras: 1º não intermediar recursos de terceiros no mercado; 2º comprar créditos mercantis oriundos de legítimas transações comerciais; 3º só operar com pessoas jurídicas.” (ob. cit. pág. 24 - grifei), além de destacar que “A ótica das sociedades de *factoring* difere substancialmente da dos bancos. (...) Na verdade, os

bancos e as empresas de factoring operam em planos deferentes do sistema financeiro, que não se cruzam. O banco empresta dinheiro. A Factoring compra direitos.” (ob. cit. pág. 215 - grifei).

Pois bem, no presente caso, à vista desses esclarecimentos, verifico que, de fato, os Réus praticaram atos privativos de instituições financeiras, emprestando dinheiro, transacionando com pessoas físicas e exigindo de seus clientes garantias para a compra de direitos.

Com efeito, ainda na fase do inquérito, a autoridade policial expediu dois ofícios ao Delegado Regional do Banco Central do Brasil (cf. fls. 32/33), encaminhando documentos apreendidos na empresa dos Réus, relativos a operações realizadas pela aludida empresa, com o objetivo de obter “manifestação dessa Delegacia, mormente se os atos realizados pela aludida empresa caracterizam ações inerentes de Instituição Financeira, que para tanto, mister se faz credenciamento junto ao Bacen” (cf. fl. 33).

Em resposta a esses expedientes, informou o Banco Central do Brasil que não autorizou o funcionamento da empresa dos Réus, e que, “nos documentos enviados a esta Delegacia constatou-se a existência de três operações típicas de Instituições Financeiras que, para funcionar, dependem de autorização deste Banco Central” (cf. fl. 134 - grifei).

Além dessa prova documental, ainda consta dos autos os seguintes depoimentos de testemunhas em juízo, cujos termos destaco:

Depoimento de Divino Arantes Barcelos, empresário

“(…) o Depoente teve contato com o Acusado Gilnei através de seu filho Sandro Arantes Ribeiro, que era sócia da Formi-Line Empresa do ramo de confeccionamento de armários; que o filho do Depoente descontava cheques do Depoente junto à empresa Orbis, de propriedade do Acusado Gilnei; que o Depoente exemplifica as operações que praticava com a Orbis da seguinte forma: dava um cheque de R\$ 1.000,00 (mil reais) para a Orbis, assinava uma nota promissória em branco, sendo que esse cheque era para ser resgatado num prazo de 28 (vinte e oito) a 30 (trinta) dias, e a Orbis cobrava na faixa de 24% a 26% de juros e entregava um cheque do Banco Itaú ao Depoente, já deduzido os juros; que o Depoente nas diversas operações que fez com

a Orbis não recebeu de volta as promissórias que assinava em branco; que essas operações eram feitas tanto com cheques do Depoente como de terceiros, estes últimos clientes do Depoente, todavia o Depoente afirma que a maioria dos cheques eram seus mesmos; que o Depoente deu para o Acusado Gilnei, através da Orbis, em torno de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais); que não havia coação sobre o Depoente para que ele fizesse empréstimos junto à Orbis, o que havia era que o Acusado Bandeira ameaçava executar judicialmente alguma dívida. (...) não sabe dizer se o cheque pertencia a Pessoa Jurídica Orbis, a pessoa Física do Acusado Gilnei ou a Pessoa Física do Acusado Roosevelt Bandeira, todavia informa que quem assinava os cheques era o Acusado Gilnei; que os cheques emitidos pelo Acusado Gilnei via Banco ITAÚ não eram nominais ao Depoente e nem à Empresa Formi-Line, mas sim ao portador; que a Formi-Line só aparece no início para que os seus documentos fosse arquivados junto à Orbis e que a maioria dos cheques eram de titularidade do próprio Depoente, sendo que a Formi-Line não tinha nada a ver com o negócio; que o Depoente alega que não assinou nenhuma declaração de responsabilidade pelas declarações que fazia perante a Orbis em algum borderô e que se alguém fez pode ter sido o seu filho.” (cf. fls. 455/456 - grifei)

Depoimento de Anésia Rodrigues Machado Lopes, ex-Secretária da empresa Orbis

“(…) a Depoente trabalhava de auxiliar administrativo na Empresa Orbis, do Denunciado Gilney; que o Acusado Roosevelt Bandeira também trabalhava junto na administração da Empresa; que a Depoente fazia serviços de escritório além de outros, mas se recorda de que trabalhava com duplicatas emitidas por empresas que tomavam empréstimo junto à Empresa Orbis onde trabalhava a Depoente; que a Depoente se recorda de levar algumas duplicatas junto ao banco para cobrança; que a Empresa emprestava dinheiro mediante a garantia de duplicatas; (...) que na ausência de Gilney o Acusado Roosevelt era quem mandava e tomava as decisões, mas quando Gilney estava presente era este quem mandava pois era o dono; que ambos (Gilney e Roosevelt) possuíam uma relação amistosa de amizade; que na ausência de Gilney, Roosevelt emitia cheque em nome da empresa; que a Depoente acha que o Sr. Roosevelt assinava

por procuração, tendo em vista que ele não constava do contrato social da Empresa. (...) que além de duplicatas a Empresa também recebia cheques que eram descontados pela própria Empresa aos interessados, não sabendo a Depoente informar se eram pessoas físicas ou jurídicas; que o desconto destes cheques existia juros embutidos não sabendo a Depoente o percentual; que da relação contida às fls. 4 da denúncia a Depoente se recorda que Stilus Comunicação E Marketing (item 8) e Boulevard Itália Indústria e Comércio (item 13) mantinham transações com a Empresa Orbis, consistente no desconto de títulos; (...) que a Depoente trabalhou na Empresa Orbis de 1996 até início de 2000.” (cf. fls. 508/509 - grifei)

Os seguintes depoimentos prestados na fase policial também corroboram a imputação relativa ao crime financeiro, por convergirem com as provas retro destacadas:

Depoimento de Samy Gonçalves de Mello

“o declarante é proprietário da empresa SGM – Indústria de Móveis Ltda., desde 1994; QUE em 13.10.94, em virtude do Capital de Giro, o declarante procurou a ORBIS – Empresa Mercantil de Fomento Ltda., com o fito de realizar venda dos cheques dos seus clientes, ou seja, faturização; QUE a princípio a operação realizada junto a empresa consistia em apenas faturização, todavia diante de dificuldades econômicas financeiras, o declarante viu-se na necessidade de solicitar empréstimo, tendo em vista que já transacionava com a Orbis há aproximadamente oito (08) meses, resolveu pleitear empréstimo junto a referida empresa; que a Orbis exigia do declarante para realizar o empréstimo que deixasse junto a empresa cheques de pessoas ligadas ao declarante quando não parentes, perfazendo o total do valor a ser emprestado, bem como exigia também assinatura em nota promissória em branco, só contendo a inscrição numérica manual do valor; (...)” (cf. fl. 64 - grifei)

Depoimento de Carlos Braga dos Santos

“Que, o declarante é proprietário da empresa acima citada [CB Santos Serviços] desde sua fundação, em meados de 1984; que, em face da necessidade de realização de capital de giro e problemas econômicos da empresa, o declarante recorreu aos serviços da Orbis – Empresa Mercantil de Fomento

Ltda; Que, no âmbito da Orbis, o declarante realizou, a princípio, operação de faturização, transacionando cheques de clientes da empresa, todavia diante da necessidade de recursos, o declarante pleiteou perante a aludida empresa empréstimos; que, no tocante a estes últimos, a Orbis, além de exigir cheques da CB Santos, também requiritava a assinatura do declarante em notas promissórias, no valor do empréstimo, acrescida de diversas taxas; que, o declarante esclarece que, quando ocorria inadimplência de seus clientes, na data avençada para o pagamento, por vezes, eram devolvidos cheques sem provisão de fundos, ou o cliente devedor solicitava prazo, fatos estes que levavam o declarante a pedir prorrogação do pagamento dos documentos dados a Orbis, concernentes a tais clientes, razão porque aparece no extrato de cliente por vencimento cobrança, valores repetidos, visto que nesses casos, era substituído o título e pagavam-se os juros e rolava-se a importância principal; que, em consequência dessas prorrogações, o valor total perfaz em aproximadamente r\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais); que, esclarece que as últimas operações efetuadas junto à Orbis, referem-se às descritas nos borderôs s 03511 e 03514, sendo que a primeira refere-se a importância obtida devido a operação de faturização e a segunda a empréstimo direto para a CB Santos, documentos estes que o declarante apresenta fotocópias para serem juntadas aos autos, bem como de outros borderôs, perfazendo um total de 10 (dez) borderôs; que, atualmente, o declarante encontra-se devedor da Orbis no montante de R\$ 16.500,00, em decorrência dos motivos elencados; que, reconhece que todas as transações realizadas com a Orbis, constam do extrato de cliente por vencimento cobrança, em nome da CB Santos Serviços.” (cf. fl. 73 - grifei)

Diante disso, dou provimento ao recurso para condenar os Réus pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/1986.

Inicialmente, destaco que, embora tenha o representante do *Parquet* federal com ofício perante esta Corte opinado pela aplicação da continuidade delitiva na espécie (cf. fl. 714), verifico que, no caso, não é cabível tal regra.

É que, consoante já decidiu esta Quarta Turma em julgamento de processo por crime previsto no artigo em referência, “No crime habitual, que

exige reiteração de conduta, onde o conjunto é que fundamenta o injusto penal, não há que se cogitar da aplicação do acréscimo da continuidade delitiva” (cf. ACR 2000.38.03.004560-7/MG, rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJ 05/03/2007, p. 79).

Passo à análise da dosimetria da pena em conjunto.

Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que nada há que justifique o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

Inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, e bem assim, causas de aumento ou diminuição a considerar, fixo a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. O valor de cada dia-multa será de 01 (um) salário mínimo vigente à data do fato, considerada a condição econômica dos Réus (empresários).

O regime de cumprimento de pena será o inicial aberto, conforme artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Presentes os requisitos legais do artigo 44, § 2º, do Código Penal, promovo a substituição das penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos a ser paga a entidade a ser definida pelo Juízo da Execução.

2. Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990)

Os Apelados também foram denunciados pela prática dos crimes previstos no artigo 1º, inciso I, e no artigo 2º, inciso II, ambos da Lei 8.137/1990, tendo o MM. Juiz singular determinado, por ocasião do sentenciamento do feito, a suspensão da pretensão punitiva e do respectivo prazo prescricional, com base no artigo 9º, § 1º, da lei 10.684/2003, em razão de ter a empresa dos Réus parcelado seus débitos para com a Receita Federal do Brasil (cf. fl. 662).

Após a prolação da sentença veio aos autos informação da Receita Federal do Brasil de que a empresa foi excluída do parcelamento (cf. fl. 725).

Diante disso, pugnou o Ministério Público Federal com ofício perante esta Corte pelo “julgamento imediato do feito, pelo provimento do recurso no que concerne ao crime financeiro, pela condenação dos réus pelos crimes do inc. I do art. 1º e do inc. II do art. 2º, ambos da Lei 8.137/90 (...)” (cf. fl. 722).

Pois bem, no presente caso, não tendo havido qualquer apreciação pelo MM. Juiz singular sobre a materialidade e autoria dos delitos previstos na Lei 8.137/1990, não cabe a esta Corte, neste momento, sob pena de supressão de instância, analisar tal questão, não assistindo, razão, pois ao Ministério Público Federal, no particular.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, *dou provimento* ao Recurso de Apelação para condenar os Réus pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei 7.492/1986, e determino a remessa de cópia dos autos ao MM. Juiz de 1º grau para o julgamento dos crimes previstos na Lei 8.137/1990.

Custas pelos Réus.

Com o trânsito em julgado, lancem-se seus nomes no rol dos culpados.

É como voto.

Habeas Corpus

2009.01.00.019590-1/PA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
Impetrante: Ana Carla Cunha da Cunha
Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara – PA
Paciente: Alessandra Cristina Mota Rodrigues (réu preso)
Paciente: Maria da Conceição Mota (réu preso)
Paciente: Cybelle Andrade Ruas (réu preso)
Publicação: e-DJF1 de 26/6/2009, p. 141

Ementa

Penal. Processual penal. “Habeas Corpus”. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante delito. Internacionalidade. Lei n. 11.343/2006, artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso I e artigo 35. Justiça Federal. Competência. Interceptações telefônicas. Legalidade. Nulidade inexistente. Ampla defesa e contraditório. Perícia. Arrolamento de testemunhas. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Inexistência.

I. A existência de claros indícios de procedência internacional justifica a competência da Justiça Federal.

II. Inexiste a alegada nulidade das interceptações telefônicas ao argumento de serem prova emprestada, uma vez que as prisões das Pacientes foram apenas o desdobramento das investigações realizadas pela Polícia Federal a partir das escutas devidamente autorizadas por outro Juízo Federal. Legalidade das provas configuradas.

III. O indeferimento de diligências requeridas pela defesa, no caso, perícia de voz de um dos co-réus, não constitui constrangimento ilegal passível de *habeas corpus*, quando essas se apresentam protelatórias, sendo desnecessárias ao julgamento da ação penal.

IV. 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).

V. 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 n. 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 n. 38.377/RJ, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 09.02.2005, p. 211).

VI. 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 23.02.2007; HC 89.183/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.08.2006 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 n. 86.569/60, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 05.11. 2007, p. 339).

VII. O inciso XLIII, do art. 5º, da CF/88, 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.

VIII. A *Terceira Seção* do Superior Tribunal de Justiça, “na assentada de 27.06.2007, por ocasião do julgamento do HC n. 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 8.072/90 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 n. 22.165/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 07.02.2008).

IX. Excesso de Prazo justificado, uma vez que a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

X. Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 9/6/2009.

Juiz Federal *Klaus Kuschel*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: – Ana Carla Cunha da Cunha, advogada, impetra *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de *Alessandra Cristina Mota Rodrigues, Maria da Conceição Mota e Cybelle Andrade Ruas*, contra ato do MM. Juiz Federal da Vara 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, visando a expedição de Alvará de Soltura em favor das Pacientes, presas em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I e artigo 35, todos da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta a Impetrante, inicialmente, a nulidade absoluta do processo ao argumento de ilicitude das interceptações telefônicas “feitas nos autos do Inquérito Policial e que subsidia a Denúncia”, uma vez que “foi determinada pela Seção Judiciária de Marabá, nos autos do processo n. 2008.39.01.001192-6, sendo usada de maneira oblíqua para investigar os acusados”; que não consta qualquer pedido, bem assim de decisão autorizadora dessas interceptações telefônicas, “o que compromete ainda mais, a validade e eficiência do processo”.

Ainda em preliminar, sustenta a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal,

uma vez que “não há qualquer prova inequívoca de que as pacientes foram responsáveis pela internação da droga em nosso País; nem mesmo há referências da internacionalidade e das condutas, tendo, o Exmo. Juiz Federal de 1ª Instância, deixado de apreciar a Exceção de Incompetência suscitada”.

E, ainda, “aliado ao fato de que todos os pedidos defensivos se fizerem indeferidos pelo Juízo “a quo”, indeferimentos esses que ferem aos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, como por exemplo: indeferimento do pedido de perícia de voz solicitado pelo advogado de Rivadavia, Sr. Eduardo Peres; pedido de arrolamento de testemunha, solicitado por esta subscrevente, indeferido quando do recebimento da denúncia; demonstram claro e cristalino, o pré-julgamento e condenação sumária de todos os denunciados indistintamente”, com a tendência nítida do órgão ministerial “em buscar a qualquer custo a condenação das rés e sua vinculação à ‘Marcos Rua’ como traficantes”.

Por fim, sustenta o excesso de prazo na manutenção da prisão preventiva das Pacientes e, bem assim, a “falta dos requisitos necessários à fundamentar a medida extrema, (...), por serem primárias e não possuírem antecedentes criminais”.

O pedido de liminar foi indeferido pelo eminente Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, por decisão de fls. 101/105, após prestadas as informações pela Autoridade Impetrada (fls. 22/98).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, ao argumento de que excedeu o prazo da manutenção das prisões; que as pacientes não oferecem qualquer ameaça à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou risco de fuga; por falta de fundamentação do decreto prisional e que a gravidade do delito, por si só, não justifica a prisão cautelar (fls. 108/120).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: – Busca-se com o presente “*Habeas Corpus*” a expedição de Alvará de Soltura às Pacientes, *Alessandra Cristina Mota Rodrigues, Maria da Conceição Mota e Cybelle Andrade Ruas*, presas em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 33, c/c o artigo 35 e 40, incisos I e V, da Lei n. 11.343/2006, por suspeita de “*envolvimento no tráfico internacional de entorpecentes, compreendendo o transporte de 5,00Kg (cinco quilogramas) de substância semelhante à pasta de cocaína, cujo exame posteriormente realizado confirmou tratar-se mesmo de referida droga*”.

Em 03.11.2008, o MM. Juiz *a quo* indeferiu os pedidos de relaxamento da prisão em flagrante e de liberdade provisória das Pacientes, nos seguintes termos:

“Trata-se de pedido de *relaxamento de prisão em flagrante* formulado por *Maria da Conceição Mota, Alessandra Cristina Mota Rodrigues e Cybelle Andrade Dias*, com pedido, alternativo, de *liberdade provisória*.

Narra a inicial, que as Requerentes foram presas em flagrante, porque estariam com a posse de pacotes de pasta de cocaína, praticando, em tese, o crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Aduz, ainda, que as Requerentes têm interesse em colaborar com eventual coleta de

prova, não ameaçando a garantia da ordem pública, caso postas em liberdade provisória. Suscitou, ainda, a incompetência da polícia federal por não se tratar de tráfico internacional de entorpecentes.

As fls. 72/74, o MPF opinou pelo indeferimento do pedido, haja vista que constam indícios de que havia interesse em revender a substância entorpecente, demonstrando, preliminarmente, o envolvimento das Requerentes na empreitada criminosa. Quanto à competência administrativa da Polícia Federal, aduziu que o artigo 144, § 1º, inciso II, da Constituição Federal/88, outorga àquele departamento de polícia competência para prevenir e reprimir tanto o tráfico interno, quanto o tráfico internacional de entorpecentes. Além do que, haveria indícios da procedência estrangeira da cocaína apreendida.

Decido.

A defesa confundiu-se, ao alegar a incompetência da Polícia Federal para efetuar as prisões, pois a CF/88, em seu artigo 144, § 1º, inciso II, atribui ao órgão policial federal competência para prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, sem prejuízo da ação de outros órgãos públicos.

Na verdade, pelo visto, a defesa almeja afastar a competência da Justiça Federal, para o processamento do feito, tanto que ampara suas alegações na Súmula n. 522/STF e no artigo 70 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, na espécie em exame, a princípio, *a Justiça Federal mostra-se competente para o processamento do IPL, uma vez que existem indícios de que a droga transportada é oriunda do estrangeiro, eis que os pacotes que embalavam a cocaína possuíam a inscrição ‘Gracias por su compra’.*

Quanto às prisões em si, *data vênia* das alegações das Requerentes, não vislumbro, na espécie, qualquer ilegalidade que possa macular o auto de prisão em flagrante, eis que praticadas por policiais federais, em situação de flagrância delitiva, conforme se extrai da leitura dos autos.

Com efeito, a requerente *Maria da Conceição Mota*, ao que tudo indica, ajudou a presa *Cybelle Andrade Ruas* a jogar dois (2) pacotes da droga para o quintal do vizinho. No interrogatório policial, *Cybelle Andrade Ruas* atribuiu a demora em abrir a porta da residência de *Maria da Conceição Mota*, ao fato de estarem com medo.

Existem, portanto, indícios veementes de autoria delitiva em desfavor da requerente *Maria da*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais *Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes* e o Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*.

Conceição Mota que é mãe de Alessandra Cristina Mota Rodrigues (vulgarmente conhecida como Nicole) e *companheira de Jair Nunes Costa, pessoa a quem se atribui encomenda da droga transportada por Cybelle Ruas e Nerzira dos Santos Monteiro.*

Os indícios apontam, a princípio, no mínimo, a participação de *Maria da Conceição Mota*, que, aliás, no interrogatório policial (fl. 19), *já confessou ter sido presa por 17 (dezesete) dias em virtude de mandado de prisão temporária expedido pelo Juízo de Marituba/PA.* É difícil imaginar que, não houvesse a participação da requerente *Maria da Conceição Mota* nos fatos, Cybelle Andrade Ruas houvesse procurado justamente o endereço da ora requerente *Maria da Conceição Mota* com parte da droga que levava consigo.

Quanto a *Alessandra Cristina Mota Rodrigues* (vulgarmente conhecida como Nicole), os indícios de autoria são também veementes, afinal *Alessandra foi a pessoa que, juntamente com seu padrasto Jair Nunes Costa – que confessou haver encomendado a droga para revenda a traficantes locais – deslocou-se ao terminal rodoviário de Belém/PA para recepcionar as transportadoras da cocaína: Cybelle Andrade Ruas e Nerzira dos Santos Monteiro.*

Deve-se destacar, ainda, que *Alessandra Cristina Mota Rodrigues é namorada de Marco Antonio Ruas, traficante de drogas preso no Centro de Recuperação Americano II, e que é irmão de Cybelle Andrade Ruas.* Ademais, na posse da ora Requerente foi *apreendida uma pasta com o estatuto da facção criminosa paulista PCC – Primeiro Comando da Capital*, que a Requerente alegou possuir por mera curiosidade. Veementes, pois, os indícios de autoria em desfavor da requerente *Alessandra Cristina Mota Rodrigues.*

Quanto à *Cybelle Andrade Ruas*, a mesma, segundo o auto de prisão em flagrante, *foi a pessoa que veio trazendo a droga, juntamente com Nerzira dos Santos Monteiro, desde Goiânia/GO.* Ademais, desvincilhou-se da Polícia Federal na abordagem feita no terminal rodoviário de Belém/PA, empreendendo fuga em um taxi com parte da droga (2 Kg), dirigindo-se justamente para a residência do confesso comprador da droga Jair Nunes Costa, *onde tentou, com o auxílio da companheira deste último Maria da Conceição, desvincilhar-se da cocaína, jogando-a no quintal do vizinho.*

Ademais, na posse de *Cybelle Andrade* e *Maria da Conceição* *foi apreendida a quantia de quase R\$ 20.000,00 em espécie, dinheiro, que alegam, sem convencer, ser fruto do trabalho da*

venda de roupas das filhas desta última (Alessandra e Girlane).

Portanto, *havendo prova de materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria contra as Requerentes, não há como falar em relaxamento da prisão em flagrante* (Precedentes do STF).

Quanto ao *pedido de liberdade provisória, não vejo como também prosperar, eis que o crime imputado às Requerentes, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes* (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), não admite liberdade provisória, por expressa vedação legal (art. 44 da Lei n. 11.343/2006):

(...)

O STF vem reiteradamente sufragando o rigor legal, ao afirmar a impossibilidade de concessão de liberdade provisória para os acusados de tráfico ilícito de entorpecentes:

‘Direito Processual Penal. Liberdade provisória. Inadmissibilidade. Crime de tráfico de droga. “Habeas Corpus”. Denegação.

(...)

2. O STF tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n. 11.343/06), o que é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória (norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP).

3. Nem a redação conferida ao art. 2, II, da Lei n. 8.072/90, pela Lei n. 11.464/07, prepondera sobre o disposto no art. 44, da Lei n. 11.343/06, eis que esta se refere explicitamente à proibição da concessão de liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente.

(...)

(STF, HC 92495/PE, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ E-107 Divulg 12.06.2008 Public 13-06-2008 Ement Vol-02323-04 PP-00692)

Não bastasse a proibição da lei especial (Lei n. 11.343/2006), a impossibilita a liberdade provisória das Requerentes, entendo que o pedido merece ser indeferido também por se encontrarem presentes pelo menos dois dos motivos que autorizam a

prisão preventiva: a necessidade de *garantir ordem pública* e assegurar a futura *aplicação da lei penal*.

No entender do Juízo, *é concreta* a possibilidade de as Requerentes *voltarem a delinquir*, caso postas em liberdade, *pois são pessoas ligadas a outros traficantes*, em verdadeira *teia criminosa*. Deveras, *Cybelles Ruas é irmã do traficante Marco Antônio Ruas* – atualmente preso – o qual *namora Alessandra Cristina, filha de Maria da Conceição e enteada de Jair Nunes*, comprador e revendedor de droga; Nerzira Monteiro, por sua vez, segundo Jair Nunes, fl. 23, *seria ligada a traficante de nome Antonio, sediado em Goiânia/GO*. Portanto, a princípio, tudo indica que o crime pode não ser um incidente isolado na vida destas Requerentes. Não bastasse isso, os altos valores movimentados pelo tráfico de drogas são sempre um incentivo a mais para novas empreitadas criminosas.

Assim, estou convencido de que a soltura das Requerentes seria verdadeiro estímulo à prática de novas condutas, abalando a *ordem pública*.

Outrossim, existe o risco da *possibilidade de fuga*, pois o crime a si imputado tem pena gravíssima. Uma das Requerentes (*Cybelles Ruas*) nem sequer reside no distrito da culpa, e sim em Goiânia/GO, de onde poderá ter todas as facilidades para empreender fuga para destino ignorado, de modo que, sob a perspectiva da *aplicação da lei penal*, seria, igualmente, de completa temeridade conceder-lhes a liberdade provisória.

Nem as próprias Requerentes acreditariam na seriedade da lei e da Justiça caso viessem a ser soltas, depois de uma prisão em flagrante tão contundente, onde se verificou, inclusive, tentativa de fuga e ocultação da prova do crime.

Posto isto, e nos termos ainda do parecer do MPF de fls. 72/74, que também adoto como razão de decidir, indefiro os pedidos de relaxamento da prisão em flagrante e de liberdade provisória formulados por Maria da Conceição Mota, Alessandra Cristina Mota Rodrigues e Cybelle Andrade Ruas” (grifei – fls. 31/35).

Pois bem, verifico que à fl. 25, diante da cópia de Memorando do Núcleo de Inteligência Policial no Pará onde consta que: *“A embalagem utilizada para o acondicionamento da droga foi fabricada pela empresa Indústrias Belen SRL, instalada no endereço: Parque Industrial PI-6 – Santa Cruz – Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, telefones (591)(33)3468726, (591)(33)3464867, (591)(33)3461029, (591)(33)3464863. A matéria-prima utilizada na confecção da embalagem é um*

polietileno de alta densidade (PEAD), um termoplástico derivado do eteno, cuja maior aplicação encontra-se nas embalagens. Por isso a inscrição ‘bolsas de PEAD’ no rótulo da embalagem”, demonstra claramente a origem do entorpecente apreendido, “Santa Cruz de La Sierra – Bolívia”, o que permite fixar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal a qual respondem as Pacientes.

Quanto ao indeferimento do pedido de *relaxamento de prisão em flagrante ou de liberdade provisória*, ao contrário do que alegado pela Impetrante, está devidamente fundamentado, portanto, não vejo, *data vênia*, presente, na espécie, a existência de constrangimento ilegal de modo a justificar a expedição de alvará de soltura do Paciente.

No caso, a presença desse fundamento em relação às pacientes ressalta evidente na decisão que lhe indeferiu a liberdade provisória, na medida em que, além de presentes indícios suficientes de materialidade e autoria, consta dos autos ainda de Maria da Conceição Mota já ter sido presa por suspeita de envolvimento com o tráfico de entorpecente, é ela companheira de Jair Nunes, que admitiu que havia encomendado o entorpecente trazido por Nerzira e, por sinal é mãe de Alessandra Cristina que, por sua vez, é namorada do traficante Marco Antonio Ruas – possuindo esta uma pasta contendo o Estatuto do Primeiro Comando da Capital – PCC, organização criminosa paulista – e, finalmente, Marco Ruas é irmão de Cybelle Ruas, com que foi encontrada parte da pasta base de cocaína apreendida.

E, ainda, com a edição da Lei n. 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas), o artigo 44, *caput*, coibe, expressamente, a concessão de liberdade provisória em caso de cometimento de crime de tráfico de drogas, qualquer que seja a modalidade que se apresente.

Ressalto aqui que não vislumbro qualquer inconstitucionalidade nesse dispositivo legal que encontra respaldo no inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que, 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.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

“Penal. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Prisão em flagrante. Tráfico internacional de entorpecentes. Argruão de flagrante preparado. Liberdade provisória. Inconsistência do pleito.

1. A Lei n. 11.464/07, citada pelos Impetrantes, apenas suprimiu a palavra ‘liberdade provisória’ do texto da lei que trata genericamente dos crimes hediondos, nada alterando, portanto, o artigo 44 da Lei n. 11.343/06, que expressamente veda a concessão do benefício aos investigados por tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas’ (do opinativo ministerial).

(...)

3. Constrangimento ilegal inócurre. Ordem denegada.”

(HC n. 2007.01.00.032981-1-4/RO, rel. Desembargador Federal HILTON QUEIRÓZ, 4ª Turma, DJ 05.10.2007)

Também nessa linha de orientação está firmada a exegese do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Habeas Corpus’. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Desclassificação para o mero uso. Exame probatório. Inviabilidade. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Crime equiparado a hediondo. Vedação constitucional. Ordem denegada.

(...)

2. A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no artigo 5º, LXVI da CF, 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 23.02.2007; HC 89.183/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.08.2006 e HC 86.118/DF, rel. Min. Cesar Peluzo, DJ 14.10.2005).

3. 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 n. 86.569/GO, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 05.11.2007)

Cabe frisar, a propósito, que a 3ª Seção daquele Tribunal, recentemente sufragou esse posicionamento, conforme registra o eminente Min. Arnaldo Esteves Lima, relator do RHC n. 22.165/GO:

“O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável, razão por que não é possível a concessão de liberdade provisória com fiança, menos ainda sem fiança.

Cumprir consignar, ainda, que, para aquele que responde pela prática do delito em comento, a legislação infraconstitucional, inicialmente por meio do art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 e depois em virtude do disposto no art. 44 da Lei 11.343/06, também veda expressamente a concessão de liberdade provisória.

Nessa esteira, a Terceira Seção desta Corte, na assentada de 27/6/07, 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 8.072/90 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.

(...)

(5ª Turma, DJ 07.02.2008 - grifei)

Quanto às alegadas condições favoráveis das Paciente, releva observar, por derradeiro, que “nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa, são motivos a obstar a decretação da excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto” (RSTJ 73/84), como ocorre na hipótese vertente.

É o que se deduz, também, do seguinte acórdão da excelsa Suprema Corte:

“A primariedade, os bons antecedentes e a existência de emprego não impedem seja decretada a prisão preventiva, porquanto os objetivos a que este visa (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos. O que é necessário é que o despacho – como ocorre no caso – demonstre, com base em fatos, que há possibilidade de qualquer dessas finalidades não ser alcançada se o réu permanecer solto”.

(RHC n. 64.997/PB, rel. Ministro Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 05.06.1987 - grifei)

Por fim, no tocante as alegações de excesso de prazo na manutenção da prisão cautelar das Pacientes e de nulidade das interceptações telefônicas, verifica-se que também não tem razão a Impetrante, conforme informa o MM. Juiz a quo, que destaco:

“Em 06.02.2009, proferi decisão recebendo a denúncia, e determinando providências atinentes à instrução processual, assim como decidindo sobre as alegações postadas em sede de defesa preliminar. Os termos da decisão são os transcritos abaixo:

‘Desentranhe-se a petição de fls. 586/588 e devolva-se ao subscritor LEOPOLDO HENRIQUE COSTA, defensor dativo nomeado à fl. 459, que ora destituiu, vez que o réu Jair Nunes Costa apresentou defesa preliminar (fls. 550/561) por meio de advogada constituída (fl. 562).

Recebo a denúncia, vez que preenchidos os requisitos do art. 41/CPP.

À Distribuição para o cumprimento do art. 151, § 1º, do Provimento n. 3, de 26.03.2002.

Designo para o dia 09.03.2009, às 09:00 horas, a audiência de instrução e julgamento (interrogatórios) e para o dia 11.03.2009, às 09:00 horas (inquirição das testemunhas arroladas pelo MPF).

Citem-se os réus NERZIRA DOS SANTOS MONTEIRO, Cybelle Andrade Ruas, Alessandra Cristina Mota Rodrigues, Jair Nunes Costa, Maria da Conceição Mota e Marco Antônio Andrade Ruas cientificando-os, também, de que deverão apresentar certidão criminal para fins jurídicos, das justiças estadual e federal, na data do interrogatório.

Intimem-se as testemunhas arroladas pelo MPF.

Oficiem-se às Penitenciárias onde os Réus se encontram custodiados solicitando suas apresentações, neste Juízo, na data acima.

Oficie-se ao DPF: a) comunicando o recebimento da denúncia, para as anotações de estilo, em especial para alimentação do sistema INFOSEG; b) solicitando a apresentação das testemunhas arroladas pelo MPF, bem como a apresentação dos presos na data designada no item 4.

Indefiro, no momento, o pedido de perícia de voz formulado pela defesa do acusado Rivadavia Sande de Andrade Júnior (fls. 481/486) por desnecessária. No entanto, quando da ocasião da audiência de instrução e julgamento, este juízo ouvirá as gravações e, então, analisará a necessidade da perícia, vez que cabe ao Juízo, velar para o rápido julgamento da lide, podendo o mesmo indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias. No caso em questão, provavelmente a perícia de voz pleiteada nenhum interesse ou utilidade terá para o julgamento do feito, só se prestando para retardar a prestação jurisdicional, haja vista que se trata de processo com réu preso, inclusive o Requerente. O art. 130 do CPC, perfeitamente aplicável ao processo penal por força da regra prevista no art. 3º do CPP, dispõe: ‘Caberá ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias’. O STJ atento ao comando legal já decidiu que: ‘Não constitui constrangimento ilegal o indeferimento de diligências requeridas, quando as mesmas se apresentam meramente protelatórias, por desnecessárias ao julgamento da ação penal. (JSTF 1/293), de modo que carece de amparo qualquer possível alegação de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da diligência em comento.

Extraíam-se cópias das defesas dos acusados Nerzira dos Santos Monteiro, Cybelle Andrade Ruas e Jair Nunes Costa (FLS. 401/413, 423/435 E 550/560), para autuá-las como exceção de incompetência.

Indefiro o prazo para arrolar testemunhas, requerido pela defesa dos acusados Nerzira dos Santos Monteiro, Alessandra Cristina Mota Rodrigues, Maria da Conceição Mota e Jair Nunes Costa, por falta de previsão legal, eis que momento para fazê-lo está previsto no art. 55, 1º, da Lei 11.343/2006.

Preliminar de ilicitude da escuta telefônica usada como prova emprestada alegada pelas defesas dos acusados Nerzira dos Santos Monteiro, Cybelle Andrade Ruas, Alessandra Cristina Mota Rodrigues, Maria da Conceição Mota, Jair Nunes Costa e Marco Antônio Andrade Ruas. Não há falar em ilicitude ou ilegitimidade da prova, pois as prisões realizadas foram apenas o desdobramento das investigações

realizadas pela polícia federal a partir das escutas telefônicas judicialmente autorizadas pelo Juízo Federal de Marabá-PA. A polícia federal é uma só, e, se durante escutas visando a apurar a atuação de um bando baseado em um território, descobre que outro grupo pretende traficar em outra região, tem por dever legal e funcional realizar as diligências necessárias à prevenção e repressão ao crime. Não pode o órgão policial ficar inerte, tapando os ouvidos e cruzando os braços assistindo ao tráfico grassar, sob o singelo argumento de que um crime que está para ser cometido em outro local não tem, a princípio, conexão com os fatos investigados. Fernando Capez, em seu Curso de Processo Penal (15ª edição, pág. 306) leciona que a ordem da quebra do sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. De modo que, se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita, e, como tal, captou licitamente toda a conversa, não havendo, pois, nenhum problema. No mesmo sentido, é atualíssimo entendimento do Colendo STJ: 'É válida a prova advinda de interceptação telefônica autorizada contra o agente por Juízo diverso buscando apurar outro crime, de idêntica natureza, caso sejam eventualmente colhidos indícios de autoria do delito em apuração na ação penal ora vergastada, notadamente quando lícita a prova originariamente colhida.' (HC 93521/SP). Não vislumbro, pois, qualquer ilicitude ou ilegitimidade na atuação policial, e muito menos na prova emprestada (escutas telefônicas judicialmente autorizadas pelo Juízo de Marabá/PA), com base nas quais desencadearam-se as investigações que resultaram nas prisões dos acusados. Rejeito a preliminar.

Extraíam-se cópias das defesas dos acusados Nerzira dos Santos Monteiro, Cybelle Andrade Ruas e Jair Nunes Costa para autuá-las como exceção de incompetência.

Vista ao MPF sobre o pedido de revogação de fls. 568/569, bem como os documentos de fls. 488/539 e 541/548.

Após, venham-me os autos conclusos para decisão, inclusive sobre o pedido de fls. 461/472, cujo parecer do MPF consta às fls. 475/479.

Tendo em vista que o acusado Rivadávia Sande de Andrade Junior se encontra preso no município de Aparecida de Goiânia/GO (fl. 592), para não tumultuar o feito, deixo para solicitar seu interrogatório no item 4, quando então serão encaminhados os termos de inquirição da referida audiência. Intime-se o MPF.

Publique-se com efeito de intimação para as defesas.

Belém, 06 de fevereiro de 2009.'

No dia 09.03.2009, a instrução processual teve seguimento com a realização dos interrogatórios das ora Pacientes, e dos denunciados Jair Nunes Costa e Nerzira dos Santos Monteiro. Na oportunidade, chamei o processo à ordem, e adiei *sine die*, a audiência marcada para o dia 11.03.2009 (oitava das testemunhas de acusação), por haver precatórias pendentes de cumprimento referente aos interrogatórios deprecados dos denunciados Rivadávia Sande Andrade Junior e Marco Antonio Andrade Ruas.

Feitos esses esclarecimentos, atenho-me especificamente aos argumentos enfocados pela defesa das Rés, ora Pacientes, refutando-os, uma vez que, tal qual afirmei no item 12 (doze) da decisão encimada transcrita, as interceptações telefônicas, que deram azo a esta ação penal, verdade seja dita, não estão eivadas de ilicitudes, e ao contrário do que tenta fazer crer a defesa, decorreram de ordem judicial emanada da lavra do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Marabá/PA. Logo, no ponto, não há lugar para ter juridicamente, referidas interceptações telefônicas como ilícitas ou ilegítimas.

Com a instauração da ação penal e o início da colheita de provas na instrução criminal, confirmou-se ainda mais minha convicção a respeito de ser a Justiça Federal o foro competente para o prosseguimento e julgamento desta ação penal. Por isso, reafirmo os argumentos da decisão acima transcrita, para informar a V. Exa, que, neste ponto, também não há base fático-jurídica que sustente os argumentos da defesa.

Quanto ao objeto principal desse HC, a defesa das Rés, ora pacientes reiteradamente veio a juízo requerer liberdade provisória, oportunidade em que mantive minha convicção esposada em decisões anteriores

quanto a necessidade de manutenção da prisão das Pacientes. Referida decisão segue transcrita abaixo:

Embora as Requerentes sejam primárias e de bons antecedentes e tenham endereço fixo, esses elementos não devem sobrepor-se à vedação legal de liberdade provisória nos crimes em questão (art. 44 da Lei n. 11.343/2006). (...). Na situação posta em exame, não se faz necessário valorar as circunstâncias objetivas da suposta prática criminosa e tampouco os aspectos subjetivos atinentes ao suposto autor, tal qual seria imperativo se o delito fosse outro, para aferir se caberia ou não liberdade provisória com fundamento no parágrafo único do art. 310/CPP. Isso porque, no crime em questão, a liberdade provisória é vedada independentemente de restar caracterizado este ou aquele pressuposto determinante da custódia preventiva (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal). Em outras palavras é dizer, dada a natureza do delito, a lei expressamente vedou a liberdade provisória, que não poderá ser deferida neste caso, ainda que inexistentes circunstâncias que atendessem às exigências da prisão preventiva.

O STF e o STJ firmaram entendimento, ao qual me filio, de que essa proibição, por si só, constitui fundamento suficiente para indeferimento de liberdade provisória, sendo desinfluyente perquirir sobre as hipóteses que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 310): (...).

.....

Com efeito, a questão foi muito bem delineada no parecer do douto Procurador da República (fl. 769), com argumentos juridicamente pertinentes e relevantes, os quais também adota para indeferir a pretensão das Requerentes. No tocante ao alegado excesso de prazo na conclusão da instrução criminal, tenho que com o advento da Lei 11.343/2006 os prazos para a conclusão da instrução processual passaram a ser os mais diversos possíveis, razão pela qual é oportuno um sucinto comentário a respeito da nova lei para uma melhor compreensão da dimensão processual da matéria. O prazo para o término do inquérito policial, em se tratando de réu preso, é de 30 (trinta) dias, podendo ser duplicado (art. 51, parágrafo único). Depois de concluído o inquérito policial, o Ministério Público tem o prazo de 10 (dez) dias para oferecer denúncia (art. 54). Após a denúncia, o acusado terá o prazo de 10 (dez) dias para apresentar defesa prévia (art. 55). Apresentada a defesa, o Juiz decidirá em 5 (cinco) dias (art. 55, § 4º). Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento (art. 56). Em que pese o argumento da defesa, o excesso de

prazo para o término da instrução processual não se configura, pois as Requerentes foram presas em 15.10.2008, o IPL foi relatado em 14.11.2008, a denúncia oferecida pelo MPF em 21.11.2008, os Réus foram notificados em diversas datas, 26.11.2008, 05.12.2008 e 13.01.2009 (fls. 373/379 e 659) e apresentaram defesas preliminares nas seguintes datas, 09.12.2008, 19.12.2008, 07.01.2009, 21.01.2009, 22.01.2009 e 02.02.2009 (fls. 460, 483, 508, 547, 616 e 648). A denúncia foi recebida em 06.02.2009 (fl. 660). A audiência de instrução e julgamento foi realizada em 09.03.2009. Assim, com renovadas vênias aos argumentos da defesa, nada recomenda a liberdade provisória das Rés, pois a alegada demora para o término processual só pode ser atribuída à própria defesa e não ao Judiciário. Ad argumentandum, ainda que houvesse excesso de prazo que não pudesse ser atribuído às Requerentes, este se justificaria diante do elevado número de acusados, da complexidade da causa e da necessidade de expedição de precatória para notificação em defesa preliminar, nos termos do art. 55, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. Somem-se a isso inúmeros pedidos de prisão preventiva, quebra de sigilo bancário, bloqueio pelo Bacenjud, exceções de incompetência, pedidos de revogação de prisão preventiva e de liberdade provisória. No mesmo sentido, manifestou-se o órgão ministerial (fl. 25): (...). Tenho que não está configurada desídia na condução do processo, na medida em que a complexidade do caso justifica plenamente a demora na tramitação.

Posto isto, adotando os precedentes jurisprudenciais e a manifestação do MPF, indefiro os pedidos de liberdade provisória formulados por Cybelle Andrade Ruas, Maria da Conceição Mota e Alessandra Cristina Mota Rodrigues. Publique-se. Intimem-se. Belém (PA), 17 de março de 2009.'

Diante dos fundamentos que adotei para determinar a permanência da segregação processual das Pacientes, tenho por oportuno enfatizar que, na situação em comento, inexistem vícios de qualquer natureza, de excesso de prazo, inclusive, que caracterizem constrangimento ilegal. (...)"

Com vistas nas informações prestadas pela digna Autoridade Impetrada, não verifico o excesso de prazo alegado pela Impetrante.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2000.38.00.039262-5/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: União Federal
Procurador: Dr^a Helia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Fernando Dias de Souza
Advogado: Dr. Agnaldo José de Aquino Gomes
Remetente: Juízo Federal da 19^a Vara – MG
Publicação: e-DJF1 de 8/5/2009, p. 82

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Acidente de trânsito envolvendo viatura do exército. Conjunto probatório. Dúvida sobre alegada falta do condutor. Ausência de fundamentos para a ação de regresso. Apelação e remessa oficial não providas.

I. Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença em que foi desacolhida pretensão de ressarcimento de despesas com o pagamento de indenizações, decorrentes de acidente de trânsito envolvendo viatura do Exército.

II. Conforme bem lançado na sentença, o conjunto probatório lança dúvida sobre dolo ou culpa do réu, motorista da viatura, no episódio do acidente.

III. É afastada também possível inobservância do dever de cautela, porquanto o superior hierárquico confirmou em seu depoimento (fls. 49-50) que fora alertado pelo réu sobre o possível problema nos freios e, ainda assim, como chefe da viatura, determinou que se prosseguisse com o transporte, assumindo, por isso, a responsabilidade pelo desfecho.

IV. Não se vislumbra fundamento para ação de regresso contra o réu.

V. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

5^a Turma do TRF 1^a Região – 22/4/2009.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – Na inicial, é narrado que o réu, ex-soldado do Exército, conduzindo uma viatura do Ministério do Exército, em serviço, envolveu-se em acidente com outros dois veículos, conduzidos por particulares.

Aduziu-se que, instaurado inquérito policial militar, com observância dos “princípios constitucionais

do contraditório e da ampla defesa, com a inquirição de testemunhas, depoimento pessoal do ora réu, inquérito técnico e laudo pericial, (...) ao final, foi ao mesmo imputada a responsabilidade pelos danos causados a todos os veículos envolvidos no acidente”.

Os particulares foram ressarcidos dos danos causados aos seus veículos e foi determinado “o desconto, na forma da lei, em parcelas mensais na

remuneração do réu, a fim de ressarcir a União dos valores despendidos”.

Sustentou-se que somente três parcelas foram descontadas da remuneração do réu, tendo em vista seu licenciamento.

Pediu-se a condenação do réu “a ressarcir à autora R\$ 3.515,07, valor atualizado dos danos, (...) acrescido de juros e correção monetária em consequência dos prejuízos sofridos pela União em razão do acidente (...)”.

Na contestação (fls. 136-140), alegou-se que o inquérito policial militar e as provas nele produzidas não poderiam dar ensejo à condenação, porquanto não oportunizada ampla defesa. Não foram provadas conduta dolosa ou culposa, razão pela qual não haveria se falar em dever de ressarcimento.

Na sentença (fls. 145-151), o pedido foi julgado improcedente, aos seguintes fundamentos: a) diante do quadro fático-processual, “conclui o Juízo não estar devidamente demonstrada a culpa do réu, em qualquer de suas modalidades, pelo acidente mencionado na inicial”; b) “a prova testemunhal (...), apesar de evidenciar algumas contradições, demonstra sem sombra de dúvidas – pelos depoimentos das pessoas que estavam na viatura no momento do acidente – que o agente dirigia de forma cautelosa, em velocidade compatível com o local, tendo lançado mão de todos os recursos ao seu alcance para evitar o sinistro. Ou seja, tudo indica ter atuado o agente com diligência, prudência e perícia necessárias à solução do problema detectado, inclusive anteriormente à concretização do acidente, quando alertou seus superiores da iminência de algum fato não desejado, considerando-se as condições do veículo”; c) “a prova pericial, conquanto não tenha externado qualquer conclusão quanto à causa do acidente, traz informações preciosas para o feito. A primeira delas diz respeito às condições do veículo, que se encontrava com os pneus carecas (...). Outra constatação importante, também extraída do laudo, diz respeito à ausência de marcas de frenagem no local do acidente (...). Se não foi deixada qualquer marca de frenagem no solo, isso evidencia, com grande probabilidade, que efetivamente o sistema de freios da viatura não funcionou, ou funcionou minimamente, a ponto de não provocar qualquer marca no terreno”; d) “culpa (...) não se presume jamais. Caberia à autora demonstrar, com eficiência, clareza, de forma

irretorquível, a culpa do agente pelos danos causados aos terceiros envolvidos no sinistro, pois daí deriva o fato constitutivo de seu direito”.

Apela a União (fls. 162-166), alegando que o Juiz transcreveu apenas parte dos depoimentos das testemunhas, alterando o conjunto probatório. Protesta que, “quando o próprio apelado afirmou que poderia dirigir a viatura até o quartel, assim como nos testes efetivados na viatura, verificou-se que a mesma não apresentava quaisquer problemas no sistema de freios, temos que restou completamente provado que a responsabilidade pelo sinistro foi do apelado, não podendo prevalecer a fundamentação da r. sentença (...) Se realmente fosse o apelado diligente e prudente, no momento em que sentiu algum problema, conforme narrou, deveria estacionar a viatura, comunicar o fato aos seus superiores e aguardar as providências cabíveis, e não continuar o trajeto, que culminou com o sinistro por culpa e responsabilidade exclusiva do réu”.

Não foram oferecidas contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – A pretensão de ressarcimento não foi acolhida ao fundamento de que a União não se desincumbiu do ônus de provar conduta culposa do réu.

A União insiste em que o conjunto probatório é suficiente para demonstrar a responsabilidade exclusiva do militar pelo acidente.

O réu contrapõe que o veículo “desgovernou” no momento em que, percebendo o sinal vermelho no cruzamento, tentou frear, sem êxito, apontando a falha no sistema de freios como causa do acidente.

Os mecânicos responsáveis pela manutenção afirmaram em seus depoimentos (fls. 65-69) que o veículo não apresentava defeito nos freios, antes ou depois do acidente.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal convocado Pedro Francisco da Silva.

No mesmo sentido, concluiu-se no laudo técnico (fls. 81-86) que “não havia nenhum problema com os freios”.

Ocorre que os passageiros ocupantes do veículo afirmaram em seus depoimentos (fls. 49-52) ter percebido, durante o trajeto, que a viatura “balançava” quando o motorista usava os freios.

Afirmaram que, por isso, o réu cuidou de imprimir uma velocidade de cerca de 60 Km/h, compatível, segundo os depoentes, com as condições do veículo e do trânsito.

Asseguraram também que, instantes antes da colisão, o condutor tentou frear o veículo, não obtendo sucesso, e que, por isso, buscou auxílio no freio-motor, manobra que, porém, não impediu o abalroamento.

Tais afirmações, aliadas ao fato de que o veículo era velho (ano de fabricação 1963), dão sustentação à versão do réu e, pelo menos, lançam dúvida quanto a sua responsabilidade pelo evento danoso.

O réu afirmou em seu depoimento (fls. 53-56) que já havia percebido ou sido alertado, antes de iniciar o trajeto, que “parecia que o freio estava ‘pegando’ apenas de um lado da viatura”.

Poder-se-ia, por isso, ser responsabilizado pelo acidente, porquanto bastava-lhe observar o dever de cautela e “estacionar a viatura, comunicar o fato aos seus superiores e aguardar as providências cabíveis”, como protesta a União.

Ocorre que o soldado estava sob o comando do Cabo Marcelo Laia da Silva, designado como chefe da viatura, nos termos do relatório do inquérito policial militar (fls. 15-20).

O superior hierárquico confirmou em seu depoimento (fls. 49-50) que fora alertado pelo réu sobre o possível problema nos freios e, ainda assim, como chefe da viatura, determinou que se prosseguisse com o transporte, assumindo, por isso, a responsabilidade pelo desfecho.

Não se vislumbra, pois, fundamento para a ação de regresso contra o réu.

Nego, por isso, provimento à apelação e à remessa oficial.

Apelação Cível

2002.34.00.010346-2/DF

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Apelante: Joao Aguiar Barbosa
Advogado: Dr. Eliacy Correa Albino da Silva e outros
Apelado: Uniao Federal
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: e-DJF1 de 19/12/2008, p. 459

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Impetração contra o indeferimento de matrícula em curso de formação. Decadência afastada. Sentença anulada. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Pretensão negada administrativamente por falta de diploma de graduação. Apresentação de certificado de término de curso seqüencial. Equivalência com curso superior. Segurança concedida.

I. “O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado” (Lei 1.533/51, art. 18).

II. Decadência que não ocorre no caso em que a impetração, ajuizada em abril/2002, dirige-se contra o ato administrativo que indeferiu sua matrícula no Curso de Formação de Oficiais Especialistas, exarado em 07/02/2002. Com efeito, somente com a negativa de matrícula do candidato operaram-se efeitos individuais e concretos com relação a ele, a ensejar-lhe o interesse na tutela jurisdicional de sua pretensão. Precedentes do STJ e desta Corte.

III. Estando o processo regularmente instruído, e sendo a matéria exclusivamente de direito, incide na espécie o princípio da economia processual, para propiciar, desde logo, o julgamento da lide, aplicando-se o art. 515, § 3º, do CPC.

IV. A Portaria Depens 40/DE-2, de 05/04/2001, emitida pelo Diretor-Geral do Depens, que exige apresentação de “diploma de curso superior, em nível de graduação” para a matrícula no Curso de Formação de Oficiais Especialistas (CFOE), extrapolou os limites regulamentares a ela inerentes, uma vez que a Portaria 3/GM3, de 06/01/98, expedida pelo Ministro da Aeronáutica, autoridade competente e hierarquicamente superior, estabelece como condição para a matrícula no CFOE a apresentação de documento comprobatório de conclusão de curso superior reconhecido pelo MEC — orientação que foi seguida pela norma do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica – CIAAR —, nos termos do Decreto 1.145, de 20/05/94, o qual estatui que a inclusão nos Quadros de Oficiais Especialistas em Aviões será regulamentada pelo Ministro da Aeronáutica.

V. Assim, o diploma do Impetrante (Curso Superior em Formação Específica em Executivos para Instituições Financeiras), classificado como Curso Seqüencial de Formação específica, na modalidade de curso superior universitário, e reconhecido pelo MEC (Lei 9.394/96, art. 44, I), atende ao requisito necessário para a matrícula no CFOE.

VI. Caso em que também devem ser ponderadas as demais circunstâncias peculiares à causa, consubstanciadas no fato de o Impetrante, por força de medida judicial concedida no *writ*, já haver concluído o referido curso de formação com aproveitamento e ter sido nomeado desde dezembro/2002, havendo ainda prova de que ele já participou de diversas atividades no âmbito da Aeronáutica.

VII. Apelação do Impetrante provida, a fim de desconstituir a sentença de primeiro grau e, a teor do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança, para tornar definitiva sua matrícula no CFOE/2002.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região - 24/9/2008.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Fagundes de Deus*: – Trata-se de mandado de segurança impetrado por João Aguiar Barbosa, objetivando a efetivação de sua matrícula no Curso de Formação de Oficiais Especialistas em Aviões, visto que a ordem para tanto foi cancelada ao argumento de não ter ele apresentado diploma de conclusão de curso superior em nível de graduação.

O pedido de liminar foi deferido, a fim de afastar “a exigência da letra ‘d’ do sub-item 13.1 da Portaria n. 40, de 05/04/2001, do Departamento de Ensino da Aeronáutica, para determinar a matrícula do Impetrante no curso preparatório para Formação de Oficiais Especialistas” (fls. 72).

Interposto agravo de instrumento pela União contra tal *decisum* (AG 2003.01.00.003559-7/DF), antes da apreciação do pedido de efeito suspensivo, foi ele julgado prejudicado, à vista da superveniente sentença na ação mandamental.

Ao acolher a preliminar de decadência do direito de impetração, declarou o Juiz *a quo* extinto o processo, com resolução do mérito, com amparo no art. 269, IV, do CPC. Fundamentou-se o Magistrado na assertiva de que, “apesar de constar do pedido que este Juízo conceda a ordem para que o Impetrante seja matriculado no CAFOE/2002, o que na verdade pretende é ver reconhecido que a Portaria Depens nº 40/DE-2 não tem legitimidade para exigir a apresentação do diploma de conclusão de curso superior, em nível de graduação (bacharelado ou licenciatura) para o concurso de admissão de oficiais especialistas em aviações” (fls. 209). Concluiu pela intempestividade da impetração, uma vez que a portaria data de 05/04/2001, ao passo que a ação foi proposta em 12/04/2002, isto é, após o prazo decadencial de 120 dias.

Inconformado, apela o Impetrante.

Em seguida, trouxe ele aos autos certificado de conclusão do curso de formação em comento (fls.

217 e 235-236). Depois, aduziu documentação que comprova sua nomeação (fls. 232) e exercício (fls. 318-355).

Foram apresentadas as contra-razões.

Por força do AG 2003.01.00.003559-7/DF, o referido recurso foi recebido também no efeito suspensivo (fls. 282 e 292).

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o *meritum causae*, por entender que a matéria em comento não envolve direito público indisponível individual ou coletivo.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Fagundes de Deus*: – Tenho que assiste razão ao Impetrante.

Com efeito, entendo que não se operou a decadência na espécie.

Segundo o art. 18 da Lei 1.533/51, “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Conquanto a petição inicial faça alusão à imposição contida na Portaria Depens 40/DE-2, de 05 de abril de 2001, é evidente que o ato administrativo por ele impugnado (apontado como coator) é o que indeferiu sua matrícula no Curso de Formação de Oficiais Especialistas (CFOE/2002), exarado em 07/02/2002 (fls. 38), surgindo, a partir da publicação de tal ato, o direito de buscar a tutela jurisdicional para o alcance da sua pretensão.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. *Fagundes de Deus*, João Batista Moreira e Tourinho Neto.

Ora, não é contra a mencionada Portaria em si que ele se insurge, mas, sim, contra a negativa de matrícula no curso de formação em comento, nascendo, então, daí, seu interesse em se socorrer do Judiciário, visto que, nesse momento, surgiu o ato individual que operou efeitos concretos com relação ao candidato impetrante.

Assim, verifico ser oportuna e tempestiva a impetração proposta em 17/04/2002 (fls. 02).

Nessa linha de raciocínio, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso público. Decadência que se afasta. Ato individual de efeitos concretos. Ausência de convocação.

O prazo decadencial do mandado de segurança tem início com o ato individual de efeitos concretos. In casu, com a ausência de convocação.

Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 940.463/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/02/2008, DJ de 07/04/2008, p. 1.)

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. (...) Concurso público. Candidata considerada inapta em avaliação psicotécnica. Mandado de Segurança. Prazo decadencial. Termo a quo. Data da publicação do ato de exclusão do certame. Art. 18 da lei nº 1.533/51. Precedentes.

1. A data da publicação do ato de exclusão do candidato, impedindo-o de participar das etapas subsequentes do concurso público, deve ser considerada como termo a quo para a contagem do prazo decadencial, nos termos do artigo 18 da Lei nº 1.533/51. Precedentes.

(...).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 721.929/PE, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 30/08/2007, DJ de 17/09/2007, p. 366.)

Administrativo. Concurso público. Auditor fiscal do Tesouro Nacional. Edital nº 60/98. Mandado de Segurança. Prazo de decadência. Marco inicial.

1. Dispõe o art. 18 da Lei nº 1.533/51 que “o direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

2. O marco inicial para contagem do prazo de decadência para impetrar mandado de segurança contra reprovação em concurso é a publicação do respectivo resultado.

(...).

(AMS 2003.34.00.018763-5/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 13/06/2005, p. 67.)

Apelação em Mandado de Segurança. Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Prova de capacidade física.

1. O prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança conta-se da data da ciência pelo impetrante de sua reprovação no teste que reputa ilegal, e não da data de publicação do edital no qual prevista a realização da referida prova.

2. Apelação a que se dá provimento.

(AMS 2004.34.00.007581-3/DF, Rel.ª Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ de 23/05/2005, p. 134.)

Constitucional, administrativo e processual civil. Mandado de Segurança. (...). Decadência. Inocorrência. Exame de seleção ao curso de formação de cabos da aeronáutica. Inaptidão em inspeção de saúde. (...)

(...).

II - O prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandado de segurança tem por termo inicial a data em que o interessado tem conhecimento oficial do ato a ser impugnado, devendo ser considerado como marco inicial, no caso, a ciência do resultado da Inspeção de Saúde, contra o qual se insurge o candidato no *mandamus*. Decadência afastada, na espécie.

(...).

(AMS 2006.33.00.018249-8/BA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 03/12/2007, p. 184.)

Afasto, de conseguinte, a preliminar de decadência, desconstituo a sentença e aplico a norma do § 3º do art. 515 do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, para julgar desde logo a lide, em razão do princípio da economia processual.

Passo, pois, a apreciar a pretensão deduzida nos autos.

Cinge-se a controvérsia substancial da causa na legitimidade ou não do ato administrativo de fls. 30, que, com amparo na Portaria Depens 40/DE-2, de 05 de abril de 2001 — do Departamento de Ensino da Aeronáutica, a qual estabelece Instruções Específicas para o Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Oficiais Especialista IEC/CFOE —, negou a matrícula do Impetrante no curso de formação, por

não ter ele apresentado diploma de conclusão de curso de graduação, considerando insuficiente o documento aduzido pelo candidato: certificado de término de Curso Superior em Formação Específica em Executivos Para Instituições Financeiras (fls. 22).

A aludida Portaria Depens 40/DE-2, de 05/04/2001, emitida pelo Diretor-Geral do Depens, preconiza, no item 13.1, que estará habilitado para a matrícula no CFOE o candidato que apresentar, na “Concentração Final”, “diploma de curso superior, em nível de graduação (bacharelado ou licenciatura), devidamente registrado” (fls. 62).

Ocorre, porém, que o Decreto 1.145, de 20/05/94, o qual dispõe sobre os Quadros do Corpo de Oficiais da Ativa da Aeronáutica, estatui que a inclusão nos Quadros de Oficiais Especialistas em Aviões, será realizada na forma de regulamentação específica expedida pelo Ministro da Aeronáutica (fls. 42).

Por sua vez, a Portaria 3/GM3, de 06/01/98, do Ministro da Aeronáutica, que baixa a *Instrução Regulamentadora dos Quadros de Oficiais Especialistas em Aviões*, estabelece como condição para o recrutamento, seleção e matrícula, a apresentação de documento comprobatório de conclusão de curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação e Desporto (fls. 46, item VIII do capítulo II).

Tal orientação é seguida pela norma de fls. 26, do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica – CIAAR, a qual estabelece como documento indispensável à sua inclusão no CFOE-2002 e no corpo de alunos do CIAAR, entre outros documentos, o original do diploma de conclusão do curso superior, reconhecido pelo MEC (subitem III, 7).

O curso concluído pelo Impetrante é classificado como Curso Sequencial de Formação específica, na modalidade de curso superior universitário, e é reconhecido pelo MEC (declaração de fls. 36 e documento de fls. 205).

De fato, o art. 44 da Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional estabelece o seguinte:

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

I - cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos

pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente; (Redação dada pela Lei nº 11.632, de 2007).

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

Por tudo o que foi exposto, a meu ver, a Portaria Depens 40/DE-2, de 05 de abril de 2001, emitida pelo Diretor-Geral do Depens, extrapolou os limites regulamentadores a ela inerentes, restringindo direitos sem legitimidade para tanto, uma vez que já havia norma anterior, hierarquicamente superior, pois expedida por autoridade competente (também hierarquicamente superior) dispoendo sobre o tema (Portaria 3/GM3 c/c Decreto 1.145/94).

Nesse sentido, é esclarecedora a decisão liminar de primeiro grau, a cujos fundamentos ora me reporto (fls. 71):

A matrícula do Impetrante foi indeferida com base na letra “d” do sub-item 13.1 da Portaria n. 40, de 05/04/2001, do Departamento de Ensino da Aeronáutica, que exige apresentação de diploma de conclusão de curso superior, em nível de graduação (bacharelado ou licenciatura).

No entanto, referida portaria é ato normativo inferior à Portaria n. 3, de 06/01/98, do Ministro da Aeronáutica, a qual, em regulamentação ao Decreto 1.145, de 20/05/94, exige somente “documento comprobatório de conclusão de cursos superior reconhecido pelo Ministério da Educação e Desporto, de acordo com a legislação em vigor”. (Art. 3º, VIII).

Assim, comprovando o Impetrante ser portador de diploma de curso superior de formação específica em Executivos para Instituições Financeiras (doc. de fl. 22), tem ele por preenchido o requisito da Portaria n. 03, de 06/01/98, do Ministro da Aeronáutica.

É que a LDB (Lei 9.394/96) também considera como curso superior, além dos cursos de graduação (inc. II do art. 44), os chamados “cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência” (art. 44, II).

Desse modo, afigura-se exorbitante a restrição contida na letra “d” do subitem 13.1 da Portaria n. 40, de 05/04/2001, do Departamento de Ensino da Aeronáutica, na medida em que cria requisito não contemplado pela regra que lhe é superior. Na verdade, se a Aeronáutica deseja restringir o acesso ao posto de oficial somente aos portadores de curso superior em nível de graduação (art. 44, II, da LDB), o que parece legítimo, deve ser revisto o art. 3º,

VIII, da Portaria n. 03, de 06/01/98, que atualmente consagra requisitos menos rígidos, entre os quais se permite enquadrar a hipótese do in. I do art. 44 da LDB. Porém, enquanto assim não se faz, não pode prevalecer a portaria assinada por autoridade militar inferior.

No caso, também devem ser ponderadas as demais circunstâncias peculiares à causa, consubstanciadas no fato de o Impetrante, por força de medida judicial concedida no *writ*, já haver concluído o referido curso de formação com aproveitamento, desde dezembro de 2002 (fls. 217), bem como ter sido nomeado também desde 12/2002 (fls. 232), havendo, ainda, nos autos, provas de que ele já participou de diversas atividades no âmbito da Aeronáutica, pelo que se observa dos certificados de fls. 349-355.

Pelo exposto, *dou provimento* à apelação do Impetrante, a fim de desconstituir a sentença de primeiro grau e, a teor do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança para tornar definitiva sua matrícula no CFOE/2002.

É o meu voto.

Apelação em Mandado de Segurança 2007.34.00.043129-2/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: Petrobrás Distribuidora S/A
Advogado: Dra. Cristiane Romano e outros
Apelado: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Publicação: e-DJF1 de 6/6/2008, p. 338

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Indeferimento da inicial com fundamento na Súmula 269 do STF. Objeto do Mandado de Segurança: afastamento de ato administrativo. Autoridades impetradas. Legitimidade. Apelação provida. Sentença anulada.

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato(s) praticado(s) pelo Diretor-Geral da ANEEL e pelo Diretor-Geral da Eletrobrás.

II. O Juiz indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem resolução de mérito ao fundamento de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança – Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal.

III. Pretende-se afastamento de óbice imposto pela Eletrobrás ao reembolso, a concessionária, de créditos da Conta de Consumo de Combustíveis, ato que, no entender da impetrante, fere seu direito líquido e certo de receber pelo fornecimento de combustíveis à referida concessionária.

IV. “No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em conseqüência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido” (STJ. 6ª Turma. REsp 54181/DF. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do Julgamento: 13.9.1994. DJ 28.11.1994, p. 32.651).

V. A legitimidade da ANEEL para a lide está na Lei n. 9.427/96 e Decreto n. 774/93.

VI. Cabe à Eletrobrás recolher as quotas destinadas à CCC-Isol e efetuar o repasse dos créditos às concessionárias, desempenhando, por delegação da ANEEL, verdadeira função de administração da conta, conforme arts. 24 e 25 do Decreto n. 774/93.

VII. É mister que a Companhia de Eletricidade do Amapá- CEA seja citada para integrar a lide, na condição de litisconsorte passiva necessária (Lei n. 1.533/51, art. 19, c/c art. 47 do Código de Processo Civil), o que deverá ser exigido pelo Juiz, nos termos do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, antes de apreciar o pedido de liminar.

VIII. Apelação a que se dá provimento, anulando a sentença, para que seja processado o mandado de segurança.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação, anulando a sentença, para que seja processado o mandado de segurança, nos termos do voto do relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 28/5/2008.

Desembargador Federal João Batista Moreira, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: Na sentença, de fls. 2.498/2.503, a inicial foi indeferida e o mandado de segurança extinto sem resolução de mérito.

Considerou o MM. Juiz *inadequação da via eleita, uma vez que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança, como, há muito, estatui o enunciado n. 269 da súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.*

A Petrobrás Distribuidora S/A apela (fls. 2.506/2.623), alegando que: a) a ANEEL é “quem possui o verdadeiro poder de mando. Até por sua competência institucional e legal, incumbe à Agência Reguladora avaliar o Plano anual e fixar a quota de rateio. A Eletrobrás, portanto, atua como agente da ANEEL, sob suas ordens e diretrizes, pagando ou, como no caso em tela, deixando de pagar”; b) “não há dúvida de que a Eletrobrás age por delegação da União, inserindo-se de forma decisiva na mecânica atinente ao sistema interligado de energia elétrica, serviço público federal de competência privativa da União”; c) “a Eletrobrás afirmou que não efetuará o reembolso exclusivamente em virtude dos débitos da CEA, o que é justamente combatido no mandado de segurança, razão mais do que suficiente para figurar no pólo passivo da impetração, na qualidade de agente delegada do Poder Público”; d) “inequívoca a legitimidade passiva do Diretor-Geral da ANEEL, que, por seus atos e omissões, impôs (...) o ônus de manter em funcionamento e sustentar economicamente o sistema elétrico que deveria gerir”; e) “não há dúvida de que o fornecimento de combustível não pode ser interrompido, porém, respeitadas as diretrizes que regem o serviço público em questão, devem ser atingidos patamares equilibrados para todas as partes, devendo (...) receber a remuneração a que tem direito, até porque, mais uma vez, não é ela, como pessoa jurídica, que está obrigada a garantir a continuidade do serviço público em questão”; f) “o que se pleiteia é o cumprimento exatamente da finalidade almejada para os recursos disponíveis na CCC-Isol: o repasse dos valores relativos ao combustível fornecido (...), nos limites em que estipulado no ‘Plano Anual de Combustíveis do Sistema Integrado e dos Sistemas Isolados’, encaminhado (...) pela Eletrobrás, que viabilizou a geração energética necessária para atender

aos consumidores do Estado do Amapá”; g) “pode ser equiparada ao beneficiário de uma apólice de seguro, que, apesar de não participar da relação jurídica da qual decorre o surgimento de seu direito, tem a faculdade de pleitear sua observância em juízo. Não há como negar (...) que é a (...) verdadeira destinatária de parcela específica dos recursos atualmente disponíveis na CCC-Isol, conforme expressamente manifestado na contra-notificação extrajudicial encaminhada pela Eletrobrás. Esses valores foram arrecadados dos consumidores justamente para o ressarcimento (...) pelo fornecimento de combustível fóssil empregado pela CEA na geração de energia elétrica, mas não estão sendo aplicados em seu objetivo”; h) “privilegiando-se os princípios da livre iniciativa, da proporcionalidade, da razoabilidade, da boa-fé, ordem econômica e da segurança jurídica, além da continuidade da prestação do serviço público, merece ser assegurado o direito (...) de receber os valores devidos em decorrência do combustível por ela fornecido para a manutenção das atividades da CEA e da prestação de serviço público, valores estes, reitere-se, que estão disponíveis exatamente para esta finalidade, na conta CCC-Isol”; i) “claro está que não se trata de mero pedido de pagamento, mas de liberação de valores de reembolso indevidamente retidos, em atos e omissões ilegítimas, que se prestam” para onerá-la, “impondo-lhe um ônus de manutenção do setor elétrico que certamente não lhe compete. A Eletrobrás é mera depositária dos valores que nunca lhe pertenceram”; j) “há (...) retenção indevida dos valores administrados pela Eletrobrás por delegação de função pública da União, em relação aos quais”, não se discute direito seu, “mas sim a ilegalidade da sua não-liberação em face de seu dever de administrar a CCC, dando-lhe a destinação legal, a qual não pode ser evitada por motivos a que (...) não concorreu”; l) os precedentes que originaram a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal “traduzem (...) uma relação direta credor/devedor entre os impetrantes dos mandados de segurança e a administração”; m) no caso, “não há relação de comércio ou prestação de serviços entre” si, “(...) O que há entre essas três pessoas jurídicas (Petrobrás, ANEEL e Eletrobrás) é uma relação de direito público, agravada pela injusta retenção de valores que, apesar de incontroversamente disponíveis na conta da Eletrobrás, estão inacessíveis em decorrência do notado inadimplemento da CEA, em face do que se omite a União”.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento da apelação (fls. 2.633-2.639).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato(s) praticado(s) pelo Diretor-Geral da ANEEL e pelo Diretor-Geral da Eletrobrás, com pedido de liminar “para que, afastando os atos coatores caracterizados, assegurar à Impetrante o recebimento direto do reembolso dos valores atrelados ao fornecimento de combustíveis fósseis indispensáveis à manutenção das atividades da CEA, nos termos em que previstos pela legislação regente da CCC-Isol – respeitando-se, inclusive, os limites do ‘Plano Anual de Combustíveis do Sistema Integrado e dos Sistemas Isolados’ e das mensais ‘Tabelas de Geração e Autorizações de Compras de Óleo para fins de Cálculo de Custos da Energia Hidráulica Equivalente e do Rateio da CC-Isol’ dos ‘Programas Mensais de Operações dos Sistemas Isolados’ elaborados pela Eletrobrás, afastando-se o inadimplemento da CEA como óbice para assim proceder”.

No mérito, “requer seja definitivamente concedida a segurança pleiteada, em conformação à medida liminar pleiteada, garantindo-se, em definitivo, seu direito líquido e certo ao recebimento do reembolso dos valores atrelados ao fornecimento de combustíveis fósseis à CEA, nos termos em que previstos pela legislação regente da CCC-Isol, repudiando-se o inadimplemento da CEA como óbice para assim proceder”.

Alega a impetrante-apelante que: a) é fornecedora da Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA, concessionária de energia pertencente ao Sistema Isolado, “que tem a geração de energia baseada na queima de combustíveis fósseis (óleo diesel, carvão mineral, gás natural etc)”; b) o Decreto n. 774/93, regulamentando a Lei n. 8.631/93, assegura à CEA reembolso de “custos de combustíveis da geração

térmica constantes dos Planos de Operação dos sistemas isolados”, nos termos do art. 22, alínea “c”; c) nos termos do Decreto n. 774/93, os créditos da Conta de Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados – CCC-Isol somente podem ser utilizados para pagamento do fornecimento de combustíveis fósseis; d) vinha recebendo o reembolso “até setembro de 2004, quando a Eletrobrás, sob a alegação de que a CEA estaria inadimplente, suspendeu o reembolso dos valores da CCC em relação aos combustíveis (...)”, invocando o art. 10 da Lei n. 8.631/93; e) “o referido dispositivo” não pode ser oposto à fornecedora de combustíveis, que, “no regular exercício de suas atividades comerciais, faz jus ao recebimento do pagamento pelo fornecimento efetuado, não lhe cumprindo suportar quaisquer ônus para a manutenção do setor elétrico, o qual, conforme disposição constitucional, compete exclusivamente à União”; f) “a Eletrobrás afirma que há valores disponíveis em caixa para pagamento do combustível fornecido à CEA (...) em valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)”; g) “os prejuízos arcados já remontam valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), sendo que, a cada mês, estima-se que esse valor seja majorado em aproximadamente R\$ 3.000.000,00 (três milhões)”.

A Petrobrás não está cobrando pagamento de combustível fornecido à Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA, que é sua devedora. O que a Petrobrás pleiteia é o afastamento do óbice imposto pela Eletrobrás ao reembolso, à CEA, de créditos da Conta de Consumo de Combustíveis, ato que, no seu entender, fere seu direito líquido e certo de receber pelo fornecimento de combustíveis à referida concessionária. O objeto do mandado de segurança é, na verdade, subtrair à Eletrobrás a invocação de inadimplemento da Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA para obstar repasse de créditos da Conta de Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados. Eventual recebimento de créditos pela Petrobrás é desdobramento do afastamento do ato tido por abusivo.

Não se vislumbra, pois, incidência da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

*Resp - Constitucional - Processual Civil
- Mandado de Segurança - Ação de cobrança -
Pagamento.*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus e a Exma. Sra. Juíza Federal Maria Maura Martins Moraes Tayer (convocada).

O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança.

Toda ação repousa na - causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento.

A Lei n. 5.021/66 veda, no mandamus, pedir “vencimentos e vantagens pecuniárias”. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada.

No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em consequência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido.

(STJ. 6ª Turma. REsp 54181/DF. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do Julgamento: 13.9.1994. DJ 28.11.1994, p. 32.651).

Administrativo. Mandado de Segurança. Serviços prestados. Pagamento. Bloqueio. Exigência de comprovação de regularidade fiscal. Ilegalidade.

(...)

2. Já decidi este Tribunal que “o mandado de segurança, na espécie, não está sendo utilizado como substituto de ação de cobrança, o que encontra óbice na Súmula 269 do STF, mas como meio processual adequado a discutir a legalidade ou ilegalidade do ato administrativo que determinou a suspensão dos pagamentos pelos serviços efetivamente prestados, o que a impetrante considera ser seu direito líquido e certo” (AMS 2002.34.00.007691-0/DF. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ de 24.5.2004, p. 105).

(...)

4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF-1ª Região. 5ª Turma. MAS 2003.34.00.007413-6/DF. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Data do Julgamento: 29.8.2007. DJ 21.9.2007, p. 77).

A propósito, “O mandado de segurança é garantia de dignidade constitucional, não podendo o seu curso em Juízo ser obstaculizado por meras exigências de forma, desprovidas de relevância e essencialidade” (TRF-1ª Região. 3ª Turma. AMS 93.01.30808-8/DF. Relator: Juiz Vicente Leal. Data do Julgamento: 6.12.1993. DJ 17.3.1994, p. 10.186).

A ANEEL “tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal” (Lei n. 9.427/96, art. 2º).

O reembolso de créditos às concessionárias do sistema isolado, na dicção da legislação de regência, interfere diretamente na distribuição de energia elétrica às comunidades atendidas por aquelas concessionárias.

Além disso, nos termos do art. 23 do Decreto n. 774/93, cumpre ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (sucedido pela ANEEL – Lei n. 9.427/96, art. 31) homologar as “quotas anuais de rateio da (...) CCC-ISOL, definidas nos Planos Anuais de Combustíveis”. À ANEEL incumbe, ainda, definir “o nível da tarifa de energia elétrica que deverá valorizar a Energia Hidráulica Equivalente para cada concessionário dos sistemas isolados, a ser usado para definir o montante que será descontado das despesas com combustíveis a serem rateadas pela CCC-ISOL” (§1º).

Esquadrinhada, assim, a legitimidade da ANEEL para figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

Quanto à Eletrobrás, cabe-lhe recolher as quotas destinadas à CCC-Isol e efetuar o repasse dos créditos às concessionárias, desempenhando, por delegação da ANEEL, verdadeira função de administração da conta, conforme os arts. 24 e 25 do Decreto n. 774/93.

Por último, é de se frisar que, mesmo estando os saldos da CCC-Isol vinculados ao pagamento de combustíveis (Decreto n. 774/93, art. 22, alínea “c”), o direito ao reembolso é da concessionária (Lei n. 8.631/93, art. 8º, c/c Decreto n. 774/93, art. 25).

É mister que a Companhia de Eletricidade do Amapá - CEA seja citada para integrar a lide, na condição de litisconsorte passiva necessária (Lei n. 1.533/51, art. 19, c/c art. 47 do Código de Processo Civil), o que deverá ser exigido pelo Juiz, nos termos do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, antes de apreciar o pedido de liminar.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, anulando a sentença, para que seja processado o mandado de segurança.

Sexta Turma

Apelação Cível

1999.41.00.001442-5/RO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oiveira Bettero
Apelado: Antonio Lucio da Ssilva e cônjuge
Advogado: Dr. Ricardo Douglas de Souza Gentil e outro
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara - RO
Publicação: e-DJF1 de 20/4/2009, p. 257

Ementa

Civil. Ação indenizatória. Ato ilícito do poder público. Naufrágio de embarcação. Responsabilidade objetiva do estado. Omissão específica. Morte. Danos morais. Cabimento.

I. A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes, devendo apenas ser demonstrados o dano e o nexo causal que justifica a obrigação do Estado indenizar.

II. No caso, a responsabilidade da ré é resultante da omissão de seu dever de fiscalizar (omissão específica), encontrando-se comprovado, nos autos, que a embarcação foi liberada por agente da Capitania dos Portos, não obstante se encontrar com excesso de carga e de passageiros, conforme demonstram a prova testemunhal e o laudo de exame pericial indireto.

III. Inexistência de culpa concorrente, visto que as vítimas não contribuíram para o acidente, configurando o nexo de causalidade que justifica o dever da União de indenizar aos parentes os danos morais sofridos.

IV. O termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por dano moral, é a data em que foi fixado o valor da condenação, que, no caso, é a partir da sentença.

V. Os juros moratórios fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, incidem a partir da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando passam a ser calculados pela taxa Selic, a qual engloba juros e correção monetária, não incidindo, a partir daí, qualquer outra atualização.

VI. Apelação desprovida.

VII. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 2/2/2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – Cuida-se de apelação interposta pela União da sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, que, nos autos da ação ordinária movida por Antônio Lúcio da Silva e Ivonete Melo da Silva, objetivando indenização por danos morais, em face do falecimento de Luciléia Melo da Silva, Thais Lane Silva de França e Francisco Veridiano Sousa de França, respectivamente, filha, neta e genro dos autores, em razão do naufrágio da embarcação N/M Ana Maria VIII, na data de 10 de fevereiro de 1999, julgou procedente o pedido, para condenar a União ao pagamento do valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de danos morais, “corrigidos monetariamente pela UFIR até dezembro/99 e pelo IPCA-e (IBGE) a partir de janeiro/2000, a contar da ocorrência do fato ilícito, acrescido de juros de 0,5% ao mês a partir da propositura da ação”, além dos honorários advocatícios, que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fl. 173).

Alega a apelante que não foi comprovado, nos autos, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, visto que os autores não lograram demonstrar “que a conduta do Agente da Capitania dos Portos foi, efetivamente, a causa determinante do dano” (fl. 180), acrescentando que a sentença se fundamenta nos depoimentos das testemunhas Luiz Lumertz Maggi e José Maria de Araújo, as quais ajuizaram ação similar (processo n. 2002.41.000040-4, em trâmite na 3ª Vara da mesma Seção Judiciária), tendo, assim, interesse no litígio, o que caracteriza a suspeição prevista no art. 405, § 3º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Afirma, por outro lado, que se encontra demonstrado que a embarcação foi devidamente fiscalizada, conforme prova documental (fl. 27) e testemunhal (fl. 151). Ademais, acrescenta, se culpa existe, deve ser ela atribuída ao proprietário da embarcação que, “após a liberação, passou a receber passageiros e carga dos ‘beiradões’” (fl. 183), enfatizando que, no momento da fiscalização e liberação, não havia sido constatada nenhuma irregularidade.

Sustenta, em outra vertente, que a sentença, sem levar em consideração as circunstâncias em que ocorreu o fato, assim como o grau de culpa do ofensor,

arbitrou a indenização em valor elevado, o qual deve ser reduzido, em caso de manutenção da condenação.

Requer, ao final, que os juros e a correção monetária incidam a partir da fixação do valor da condenação, pela sentença.

Contrarrazões, às fls. 204-213.

Houve remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: – Busca a União a modificação da sentença que, nos autos da ação promovida por Antônio Lúcio da Silva e Ivonete Melo da Silva, objetivando indenização por danos morais em face do falecimento de suas filhas e neta, ocorrido em razão do naufrágio da embarcação N/M Ana Maria VIII, em 10.02.1999, julgou procedente o pedido para (fl. 173), *in verbis*:

a) *Condenar a União a pagar, a título de danos morais, o montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), corrigidos monetariamente pela UFIR até dezembro/99 e pelo IPCA-e (IBGE) a partir de janeiro/2000, a contar da ocorrência do fato ilícito, acrescido de juros de 0,5% ao mês a partir da propositura da ação;*

b) *Condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.*

O ilustre magistrado sentenciante considerou que, no caso, a responsabilidade é subjetiva, decorrente da omissão estatal, em que se faz necessária a demonstração da falta do serviço, do dano sofrido, da culpa, em uma de suas modalidades, ou então do dolo, deixando asseverado em suas razões de decidir (fls. 172-173):

Portanto, para que haja obrigação de indenizar é necessária a presença dos seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente, culpa, nexo causal e dano, os quais passo a examinar.

* Participaram do julgamento o Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, os Exmos. Srs. Juizes Federais David Wilson de Abreu Pardo e Carlos Eduardo Castro Martins, convocados nos termos do art. 8º, da Resolução nº 600-010, de 22 de novembro de 2006.

Esclareço, por oportuno, não haver, seja na doutrina ou jurisprudência pátrias, qualquer discussão quanto à viabilidade da indenização por danos morais, até porque a Constituição Federal expressamente a contempla.

Da mesma forma, firmou-se o entendimento segundo o qual o prejuízo na indenização por dano moral decorrente de morte não precisa ser provado, eis que é presumido, sendo suficiente para justificar a indenização o simples sofrimento causado pela perda de descendentes ou ascendentes.

O nexo causal também se encontra configurado, visto que o falecimento de Lucicléia Melo da Silva e Thaís Lane Silva de França decorreu do naufrágio da embarcação N/M Ana Maria VIII, conforme documento de fls. 74/77.

A responsabilidade da ré resulta da omissão (negligência) de seu dever de fiscalizar, encontrando-se comprovado nos autos que a aludida embarcação foi liberada por agente da Capitania dos Portos, não obstante encontrar-se com excesso de carga e de passageiros.

As testemunhas ouvidas nos autos foram unânimes ao afirmar quanto a super lotação da embarcação, conforme depoimentos abaixo transcritos:

...eu contei aqui da saída de Porto Velho, cento e noventa e oito passageiros, fora tripulante que já seria dezessete. Em Humaitá, embarcou mais quatorze. Daqui saiu um carro com duas motos e, em Humaitá, nós ajudamos a embarcar mais um GOL (...) o excesso de carga ...ele tava super lotado...já saiu daqui atolado na água e tanto o excesso de carga como o de passageiro.” (Luiz Lumert Maggi – fls. 131 e 136).

“Quantas pessoas se encontravam no barco aqui no início da viagem? Ai eu não posso precisar. Aproximadamente, umas 180 pessoas a 200 pessoas aqui de Porto Velho. (...) no meu ponto de vista foi uma série de fatores, né, excesso de carga e pode ser imperícia também do prato. No caso, já que...com excesso de carga, ele já estaria com excesso de carga (José Maria de Araújo – fls. 143 e 146)

Também, o Laudo de Exame Pericial Indireto realizado pela Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental é conclusivo que a causa determinante do acidente foi o excesso de carga e de passageiros existentes a bordo da embarcação Ana Maria VIII (fls. 74/75 e 102). Ressaltando ainda, como fator

contribuinte, “o fato da embarcação ter tido sua superestrutura alterada acrescentando-se 5m (cinco metros) em seu comprimento e mais dois camarotes à sua superestrutura, não tendo realizado as vistorias necessárias para emissão de novo Certificado de Borda Livre...”

Acresça-se que constitui fato notório a circunstância de inúmeras embarcações saírem diariamente do porto de Porto Velho com número de passageiros além do limite legalmente permitido.

Por outro lado, não considero evidenciada a culpa concorrente, uma vez que o acidente não resultou de ato provocado por Lucicléia Melo da Silva e Thaís Lane Silva de França e o simples fato de haverem embarcado não induz à conclusão de terem contribuído para o acidente. Diga-se, que o ilícito ocorreu em razão de excesso de pessoas e cargas, o que descaracteriza a ocorrência de caso fortuito.

Assim, é indeclinável a obrigação da ré de indenizar, porquanto a causa do evento decorreu de omissão de sua própria função, qual seja a fiscalização e providências de segurança necessárias no transporte de passageiros.

Dirijo do ilustre juiz sentenciante, tão-somente no que considera inaplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, pois entendo que esse dispositivo engloba tanto a conduta comissiva do Estado quanto a omissiva, ou seja, o agente pode causar dano quando, por omissão deixa de fazer o que lhe competia, ou por ação, quando faz o que não devia fazer.

É preciso, ainda, fazer distinção entre a omissão genérica do Estado, aí, sim, com análise da questão pelo ângulo subjetivo, e a específica, em que se aplica a responsabilidade objetiva.

Confira-se, sobre a questão em debate, a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, na obra Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., Editora Atlas, 2007, p. 231, *verbis*:

(...) Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato

de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

No caso, a responsabilidade da ré é resultante da omissão de seu dever de fiscalizar (omissão específica), encontrando-se comprovado, nos autos, que a aludida embarcação foi liberada por agente da Capitania dos Portos, não obstante se encontrar com excesso de carga e de passageiros, conforme demonstra a prova testemunhal (fls. 116-156) e o laudo de exame pericial indireto (fls. 92-106), que ora se transcreve, *verbis* (fls. 99-100):

Analisando-se os depoimentos, apurou-se o seguinte:

Cálculo do peso da carga que estava sendo transportada:

- 1) Verduras, frutas, legumes e cereais:90.000 Kg
 - 2) Dois carros modelo Corsa: 3.000 Kg
 - 3) 14 barris de 200 Litros de óleo diesel:..... 2.800 L
 - 4) Uma mudança completa:2.500 Kg
 - 5) Alimentação de bordo..... 300Kg
 - 6) 01 motocicleta e 01 bicicleta:150Kg
- Desaparecidos, mortos e sobreviventes: 184 pessoas;
Tripulantes:.....: -05 pessoas;
Linhas-de-fora:.....: -07 pessoas
Crianças até 1 ano de idade:.....: -04 crianças
Total de passageiros:.....: 168 x 100Kg = 16.800Kg
Total:115.500 Kg.

De acordo com o documento emitido pelo Engenheiro Naval, Dr. Aluizio Gomes da Fonseca (fls. 146), a embarcação estava autorizada a transportar 11 toneladas de carga no convés principal e 35 passageiros no convés superior. A nota de arqueação (Fls. 156), especifica o porte bruto (PB) da embarcação “Ana Maria VIII” ent. 60.69t. O que caracteriza um excesso de carga e passageiros conforme abaixo especificado:

Passageiros: 35 x 100 = 3,5t

Carga no convés principal: = 11.t

Demais cargas: = 46.19t

Total:..... = 60.69t

Analisando-se os totais acima, pode-se afirmar o seguinte:

168 passageiros existentes – 35 autorizados = 133 passageiros em excesso.

115.55t de carga existente – 60.69t autorizada = 54.86t em excesso.

Transformando o excesso em toneladas temos:

133 passageiros x 100Kg = 13.30t
+ 54.86t

Total de carga em excesso: 68.16t

Os passageiros, em sua maioria, afirmaram que a embarcação navegava com bandas, e a água constantemente invadia o convés principal, entrando por um bordo e saindo pelo outro. Parte dessa água penetrava no porão através da entrada da sala de máquinas, havendo uma bomba de esgoto operando próximo ao motor de luz (doc. de fls. 55), que provavelmente não deu vazão a quantidade de água recebida no porão, provocando um aumento substancial de peso aliado a carga que estava sendo transportada em excesso. Os depoimentos afirmam ainda, que o Ana Maria VIII levantou a proa, emborcou e submergiu de popa, reforçando a tese de que houve alagamento em sua praça de máquinas.

Verifica-se, assim, que o acidente decorreu, inegavelmente, do excesso de carga e de passageiros, situação que competia à fiscalização da ré coibir, configurando o nexo de causalidade que justifica o dever da União de indenizar aos parentes os danos morais experimentados, cabendo enfatizar que as vítimas não contribuíram para o evento danoso.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

Civil. Ação Indenizatória. Ato ilícito do poder público. Naufrágio de embarcação de propriedade municipal. Culpa “in vigilando da capitania dos portos. Responsabilidade objetiva do estado. Legitimidade passiva ad causam da união federal. Morte de menor impúbere. Danos morais e materiais. Cumulação. Cabimento. Critérios de fixação.

I - Nos termos do Regulamento para o Tráfego Marítimo, aprovado pelo Decreto nº 87.648/82, vigente na época dos fatos questionados nos autos, é da competência da União Federal, por intermédio da Capitania dos Portos, a fiscalização e a execução das atividades de sinalização náutica (artigos 6º, incisos II e IV, 121, § 1º, alínea c, 269 e respectivo parágrafo único, e 32 do aludido Decreto), revelando, assim, a sua responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, por ação ou omissão, venham a causar a terceiros, como no caso.

II - Caracterizado o nexo de causalidade entre a omissão apontada e o evento danoso, a que se refere o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, impõe-se à União Federal o dever de indenizar o dano causado ao demandante, no contexto normativo da responsabilidade civil objetiva do Estado.

III - Nas famílias de baixa renda, há presunção de que os filhos contribuirão, direta ou indiretamente, para a formação do orçamento familiar, afigurando-se devida, por isso, a indenização por danos materiais, por força de naufrágio com resultado morte de filho menor impúbere, ainda que este não exercesse atividade remunerada ao tempo do óbito.

IV - Seguindo a linha do entendimento jurisprudencial já pacificado em nossos tribunais, é legítima a fixação do quantum indenizatório, por danos materiais, em valor correspondente a 2/3 (dois terços) do valor do salário mínimo, a partir dos 14 (quatorze) anos de idade, desde a data do evento danoso até quando a de cujus completaria 25 (vinte e cinco anos), reduzindo-se, a partir daí, para 1/3 (um terço), até o limite etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou até a morte do titular da pensão, devendo o quantum respectivo ser apurado em regular execução de sentença.

V - O *quantum* fixado para indenização, não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como também, não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, afigurando-se correta a fixação do seu valor em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por se encontrar em sintonia com o princípio da razoabilidade, como forma compensatória do dano moral que daí resulte, em plexo de sofrimento, dor, mágoa e tristeza injustamente imposta ao demandante, com repercussão familiar e social.

(TRF da 1ª Região: AC n. 2002.01.00.033556-0/PA – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – DJ de 29/05/2006)

Responsabilidade civil. Naufrágio de embarcação. Cinquenta e duas mortes. Laudo de exame pericial e inquérito administrativo. Reconhecida a negligência da autoridade fiscalizadora. Embarcação em más condições de uso com excesso de passageiros e carga. Danos morais devidos. Danos materiais comprovados. Redução. Honorários advocatícios. Excessivos. Aplicação do parágrafo 4º do artigo 20, do cpc. Apelação da união e remessa parcialmente providas.

1 - A Constituição da República de 1988, adotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes.

2 - Para a responsabilização da Administração, o lesado deve demonstrar o dano e o nexo causal que justifica a obrigação do Estado indenizar.

3 - No caso examinado, o laudo pericial elaborado pela Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental e o inquérito administrativo concluíram que o acidente ocorreu em razão da conduta negligente do inspetor da Delegacia Fluvial de Porto Velho que, na ocasião, autorizou a saída da embarcação com 105 (cento e cinco) passageiros, mesmo estando ciente de que o limite era de 35 (trinta e cinco) em caso de carregamento no convés principal e excesso de carga, inclusive veículos.

4 - A causa determinante do naufrágio foi o excesso de cargas e passageiros a bordo, agravado pela entrada de água no convés principal, onde parte da mesma e alojava no porão, provocando sua desestabilização e afundamento.

5 - Não tendo as vítimas contribuído para o acidente, está presente o nexo de causalidade que justifica a necessidade da União indenizar os prejuízos morais e materiais sofridos.

6 - Devida à indenização por danos morais, ante a dor sofrida pelos pais em decorrência da perda dos filhos.

7 - Cabível o deferimento de indenização por danos morais em favor dos irmãos da vítima, quando demonstrado que vieram a sofrer intimamente com o trágico acontecimento, presumindo-se esse dano quando se tratar de menores de tenra idade, que viviam sob o mesmo teto. Precedentes do STJ.

8 - A despeito do sofrimento e abalo que se abatem sobre os que restam vivos, a finalidade do instituto do dano moral é reconfortar de certa forma a perda decorrente de uma violação, nunca estimar o valor da vida. Em tal perspectiva, merece ser mantidos os valores arbitrados a título de danos morais de R\$ 60.000,00 em favor dos pais e de R\$ 40.080,00 em prol dos três irmãos da vítima menor de idade.

9 - Comprovado nos autos que o falecido, mesmo tendo constituído família e estar residindo em outra localidade, contribuía para o sustento de seus genitores, devida à indenização por danos material, com a concessão de pensão equivalente a ¼ (um quarto) dos rendimentos auferidos pela vítima, retroativa a data do sinistro, até quando ele atingiria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

10 - “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, Súmula 491 do STF.

11. É devida a indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. O termo inicial do

pagamento da pensão é a data em que a vítima completaria 14 (quatorze anos) de idade, uma vez que é a partir desta idade que o direito laboral admite o contrato de trabalho. Precedentes do STJ.

12. Comprovado nos autos que os autores foram obrigados a se deslocar de Porto Velho-RO até as cidades de Borba-AM e Manicoré-AM para reconhecimento e resgate do corpo de sua filha, é devido o ressarcimento dos valores despendidos com passagens, que totaliza R\$ 190 (cento e noventa reais).

13 - Vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados mediante apreciação eqüitativa do juiz, considerando as premissas do art. 20, § 3º, do CPC, o que impõe, no caso, a redução do percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

14 - Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

(TRF da 1ª Região: AC n. 2002.41.00.000040-4/RO – Relatora Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida – DJ de 16.12.2005)

Tenho, pois, por correta a sentença, inclusive quanto à fixação do valor da indenização pelo dano moral, que, embora seja questão tormentosa, ante a inexistência de parâmetros objetivos, é certo que não deve ser arbitrada em valores elevados, causando o enriquecimento sem causa, não podendo, porém, ser fixada em valores irrisórios, incapazes de prevenir a prática de condutas similares.

Na hipótese, o ilustre juiz ponderou que o valor da indenização deve “ser suficiente para amenizar o sofrimento dos requerentes, sem, contudo, ocasionar qualquer enriquecimento indevido” (fl. 173), arbitrando-o em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por morte ocasionada, considerando apenas a filha e a neta dos autores, consoante consta do relatório da sentença.

À míngua de apelação dos autores, tal valor não pode ser aumentado, não se justificando, contudo, sua redução, como pretendido pela ré, apelante.

Confirmo, pois, a sentença.

O termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por dano moral, é a data em que foi fixado o valor da condenação, que, no caso, é a partir da sentença.

Os juros moratórios devem incidir, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando

passam a ser calculados pela taxa Selic, a qual engloba juros e correção monetária, não incidindo, assim, qualquer outra atualização, consoante a mais recente orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para adequar a sentença, nos termos expostos, quanto à correção monetária e juros.

É o meu voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

2005.34.00.037186-5/DF

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Apelante: Salvador Seguros Administradora e Corretora de Seguros Ltda.
Advogado: Dra. Analice Cabral Costa Andrade Gonçalves
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Apelado: os mesmos
Publicação: *e-DJF1* de 8/5/2009, p. 306

Ementa

Tributário. Refis. Exclusão a Pedido. Desistência da desistência. Lei 9.784/99: Aplicabilidade. Publicação via internet. Contraditório e ampla defesa. Recurso administrativo. – Efeito suspensivo.

I. A exclusão do Refis a pedido produz os mesmos efeitos da exclusão de ofício e acarreta, a partir da data do pedido de desligamento, a imediata exigibilidade do crédito tributário (art. 5º, §, 1º, da Lei 9.964/00 c/c Resolução CG/REFIS n. 06, de 18 de agosto de 2000, art. 6º), não havendo possibilidade nem previsão legal de se desistir do pedido de desligamento, pois implicaria numa nova “inclusão”.

II. Não se aplica a Lei n. 9.784/99 ao Refis, pois possui regramento específico próprio (precedentes do STJ).

III. A adesão ao Refis importa em confissão dos débitos consolidados e na aceitação de todas as condições. Tendo o contribuinte requerido o desligamento, a exclusão do Programa é medida que se impõe.

IV. Súmula 355/STJ: “É válida a notificação do ato de exclusão do Programa de Recuperação Fiscal (Refis) pelo Diário Oficial ou pela internet”.

V. A manifestação administrativa contra o ato que exclui a optante do Refis não possui efeito suspensivo (Resolução CG/Refis n. 09, de 12 de janeiro de 2001, com redação dada pela Resolução CG/Refis n. 20, de 27 de setembro de 2001 dispõe, em seu art. 5º, § 3º).

VI. Apelações do particular e da FN não providas.

VII. Peças liberadas pelo Relator, em 27/04/2009, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação do particular e da FN por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região - 27/4/2009.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Por petição protocolizada em 16 DEZ 2005, Salvador Seguros Administradora e Corretora de Seguros Ltda. ajuizou AO, com antecipação de tutela, contra a FN, objetivando manter-se no Refis, de que excluída a pedido (pela Portaria Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal nº 1120, de 10 NOV 2005).

Aduziu que fora erroneamente orientada de que antes da sua pretensa adesão ao Paes, teria de requerer a exclusão do Refis; afirmou ser inconstitucional a exclusão do Refis via *internet*, por violar o contraditório e ampla defesa; pugnou pela aplicação da Lei n. 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); por fim, asseverou que o art. 151, III, CTN, atribui efeito suspensivo aos recursos administrativos.

VC = 18.050,00.

Antecipação de tutela indeferida (f. 230/31); negado provimento ao AG nº 2006.01.00.046973-8 (12 ABR 2007), com trânsito em julgado.

Em contestação (f. 239/56) a FN sustentou não aplicável a Lei 9.784/99, pois o Refis possui regramento específico, bem com que não há lei que atribua efeito suspensivo à inconformidade administrativa.

Com réplica (f. 260/273), sem fatos novos.

Por sentença (f. 279/83) datada de 31 JAN 2006, a Juíza Federal Mônica Sifuentes, da 3ª Vara/DF, julgou *improcedente* o pedido, com custas *ex lege* e condenando a autora em verba honorária de R\$ 1.000,00.

A autora apela (f. 294/318), repisando os argumentos da inicial.

Contrarrazões da FN (f. 334/45) pela manutenção da sentença.

A FN apela (f. 322/324), requerendo a majoração da condenação em honorários advocatícios para 20% do valor da causa.

Contrarrazões da autora (f. 330/2) pela manutenção dos honorários fixados em sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal prevê em seu art. 69, que suas normas somente se aplicam subsidiariamente, nos procedimentos regulados por normas específicas. A legislação do Programa de Recuperação Fiscal - Refis, 'regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais' (Lei 9.964/00, art. 2º), ao qual o contribuinte adere mediante 'aceitação plena e irretroatável de todas as condições' (art. 3º, IV), prevê a notificação da exclusão do devedor por meio do Diário Oficial e da Internet (Lei 9.964/00, art. 9º, III, c/c art. 5º da Resolução 20/2001 do Comitê Gestor) (STJ/AgRg no REsp 1043164/DF, T1, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 18/08/2008; STJ/AgRg no REsp 752.090/DF, T2, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01/10/2007 p. 259).

Dispõe a Resolução CG/Refis n. 06, de 18 de agosto de 2000 (grifo):

Art. 6º Mediante solicitação dirigida ao Comitê Gestor, a pessoa jurídica optante poderá ser desligada do Refis.

Parágrafo único. A desistência de que trata este artigo produz os mesmos efeitos da exclusão de ofício, previstos no art. 15 e 16 do Decreto nº 3.431/00, e será considerada a partir da data do pedido de exclusão.

Se a desistência "*produz os mesmos efeitos da exclusão*", o desligamento acarreta, conseqüentemente, a aplicação do disposto no art. 5º, §, 1º, da Lei 9.964/00, implicando em imediata exigibilidade do crédito tributário (grifo):

§ 1º A exclusão da pessoa jurídica do Refis implicará exigibilidade imediata da totalidade do crédito confessado e ainda não pago e automática execução da garantia prestada, restabelecendo-se, em relação ao montante não pago, os acréscimos legais na forma da legislação aplicável à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Não há previsão legal para "desistência da desistência"; após o pedido e homologação do

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Luciano Tolentino Amaral, Catão Alves e Reynaldo Soares da Fonseca.

desligamento, retornar ao regime de parcelamento implicaria em uma nova “inclusão”, não em manutenção no programa, como pretende a autora/apelante (TRF1/AMS 2002.34.00.000057-4/DF, T7, Rel. Juíza Federal Mônica Sifuentes [conv.], DJ p.82 de 30/09/2005).

Ademais, não há nenhum documento que comprove que a autora tenha requerido a “desistência da desistência” anteriormente à publicação (10 NOV 2005) do ato exclusão a pedido. Ao contrário, assenta, em sua petição inicial, que seu inconformismo surgiu posteriormente à publicação (f. 05).

A Lei nº 9.964/99 estabelece as regras e condições para a adesão ao programa Refis (“favor legal”), que importa em confissão dos débitos consolidados e na aceitação de todas as condições. O requerimento de adesão é o início do procedimento administrativo próprio. A pré-ciência dessas “cláusulas legais” afasta qualquer elemento surpreendente a justificar “*novo procedimento*”, reclamado por visão distorcida do “*devido processo legal*” ou “*do amplo direito de defesa*”.

Se, em vez de solver algum equívoco na própria esfera administrativa, o interessado vem a juízo questionar o ato administrativo, que goza da presunção de legitimidade, veracidade e legalidade, é dele o ônus de, para elidir tal presunção, provar a não ocorrência do fato ensejador da sua exclusão. Nesse ponto, e só nesse ponto, poderá demonstrar a relevância dos fundamentos do seu pedido de segurança ou a verossimilhança da alegação. No concreto, a autora/apelante requereu a sua exclusão do Refis, aduzindo que fora erroneamente induzida a tanto. Não há nos autos, contudo, qualquer elemento que demonstre haver vício de vontade no ato; quem deu causa à exclusão foi a própria autora. Não lhe cabe, portanto, tentar anular um ato administrativo a que deu causa, pois vedado o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Parcelamento (favor fiscal opcional) é o previsto em lei (regido e adstrito às regras que o conformam), não aquele que a parte pretende usufruir, consoante o perfil econômico-financeiro que entender conveniente ou sem as limitações (de prazo e modo) que reputar desconfortáveis, sendo vedado ao Judiciário, ademais, legislar sobre o tema que, atinente a benefício tributário, reclama (art. 108 e 111 do CTN) interpretação restrita.

A recente *Súmula n. 355 do STJ* dirime qualquer pretensão de que o ato de exclusão (processo sumário e/

ou virtual) do parcelamento tenha malferido qualquer preceito legal ou princípio jurídico (entendimento subjacente):

É válida a notificação do ato de exclusão do Programa de Recuperação Fiscal (Refis) pelo Diário Oficial ou pela internet.” (Referências: Lei n. 9964/2000, Resolução n. 20/2001 do Comitê Gestor, RESP 778.003/DF, RESP 976.509/SC, RESP 638.425/DF e RESP 761.128/RS.)

Nesse contexto, não há espaço para as divagações sobre não observância de contraditório, não oportunidade de ampla defesa, falta de publicidade ou de motivação, em que se perde a apelante, que, talvez servindo-se da oportunidade do benefício para prosseguir no “calote” da dívida tributária, não demonstra argumentos suficientes à caracterização de qualquer ilegalidade/inconstitucionalidade do ato de exclusão.

A exclusão do programa não é pena ou sanção, senão exclusivamente a “perda” do benefício/favor fiscal pelo não adimplemento de condição essencial como tal prevista, que pode (deve) ser declarada de ofício pela administração fiscal, na forma autorizada pelo art. 155 do CTN, sem oitiva prévia do contribuinte, não havendo qualquer mácula no procedimento (violação do contraditório, ampla defesa, publicidade ou falta de motivação).

O art. 151, III, do CTN assenta que reclamações e recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário “*nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*”. A Resolução CG/Refis nº 09, de 12 de janeiro de 2001, com redação dada pela Resolução CG/Refis n. 20, de 27 de setembro de 2001 dispõe, contrariamente à pretensão da apelada, em seu art. 5º, § 3º, que a manifestação contra o ato que exclui a optante do Refis não possui efeito suspensivo. Ademais, a autora/apelante não comprovou a interposição de qualquer recurso contra o ato de exclusão.

Quanto ao apelo da FN, os honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, estão em pleno acordo com o art. 20, § 4º, do CPC (“*Nas causas (...) em que não houver condenação (...) os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz*”), não merecendo qualquer majoração ou redução.

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação do particular e à apelação da FN.

É como voto.

Agravo Interno no Agravo de Instrumento

2008.01.00.045434-8/GO

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Agravado: Indústria e Comércio Tupinambá Ltda.
Advogado: Dr. Lúcio Roberto Vieira
Publicação: e-DJF1 de 12/6/2009, p. 266

Ementa

Tributário e Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Transcurso de prazo quinquenal contado da data da constituição definitiva do crédito até o ajuizamento da EF. Parcelamento de crédito já prescrito. Agravo interno não provido.

I. O STJ (REsp 812.669/RS): Parcelamento acordado após a consumação do prazo prescricional não atua como causa retroativa de interrupção do curso do prazo prescricional.

II. A Fazenda Pública está jungida ao princípio da legalidade estrita, sendo-lhe vedada a cobrança por meio de Refis, Paes ou qualquer outro programa de parcelamento débitos fiscais já prescritos.

III. Agravo interno não provido.

IV. Peças liberadas pelo Relator, em 02/06/2009, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma *negar provimento* ao agravo interno por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região - 2/6/2009.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: Por agravo protocolizado em 11 SET 2008 a agravante pediu, com efeito suspensivo, a reforma do acolhimento, em parte, da exceção de pré-executividade da ora agravada (declarou extintos os créditos vencidos até 06 OUT 1996, prosseguindo a execução apenas em relação aos créditos vencidos em 08 NOV 1996 e 14 NOV 1996), datado de 24 JAN 2008 (f. 10/2), pelo MM. Juiz de Direito Leonardo Aprígio Chaves, da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Goiatuba/GO, nos autos das EF's n. 2003.02.826674 e nº 2003.02.827700 (reunidas), ajuizadas em 25 ABR 2003 contra a agravada, para cobrança de PIS-Faturamento, período 1993,1994 e 1996 (no valor de

R\$ 9.258,82), e Cofins, período 1993 a 1996 (no valor de R\$ 14.365,00),.

Em sua exceção de pré-executividade, a agravada argüiu prescrição pois, entre a constituição definitiva do crédito e a propositura da execução fiscal, passaram-se mais de cinco anos.

Sua Exa. entendeu: "(...) *adota-se como termo inicial a data do vencimento da obrigação tributária, pois, no caso dos autos, trata-se de hipótese de autolancamento, ficando constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada pelo contribuinte. (...) na data do pedido administrativo de parcelamento, tais créditos já estavam prescritos, por força do disposto no art. 156, V, do CTN, não havendo que se falar em interrupção do prazo prescricional.*"

A agravante alega a inocorrência da prescrição, apoiada na Súmula 248/TFR: “O prazo da prescrição interrompida pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixar de cumprir o acordo celebrado”.

Por decisão datada de 26 set 2009 (f. 66 – e-DJF1 09 out 2008), neguei seguimento ao agravo pela sua manifesta improcedência.

Por petição protocolizada em 20 out 2008 (f. 72/78), a agravante (FN) toma agravo interno, alegando a ocorrência de renúncia tácita da prescrição da pretensão executória com o ato de adesão ao programa de parcelamento pela empresa executada.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: A decisão que negou seguimento ao agravo restou assim fundamentada:

“5- Ao que se vê dos autos, os créditos tributários cobrados e declarados tiveram seus vencimentos entre 20/08/1993 e 14/11/1996. Não pagos, foram inscritos em Dívida Ativa em 04/10/2001 (f. 17). A agravada parcelou esses débitos em 06 OUT 2001 (f. 63) e dele foi excluída em 06/04/2002 (f. 63) por falta de pagamento.

6- Desse modo, quando do pedido administrativo de parcelamento, tais créditos já se encontravam prescritos, não havendo falar em interrupção do inexistente prazo prescricional. A data de concessão do parcelamento, portanto, não pode ser considerada como novo termo “a quo” do prazo prescricional pois o que estava prescrito não “revive” – extintos pela prescrição, não é lícito à FN cobrá-los:

“Tributário. Violação do 535. Não ocorrência. Execução fiscal . Prescrição.

.....

4. Parcelamento acordado após a consumação do prazo prescricional não atua como causa retroativa de interrupção do curso do prazo prescricional.”

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

(STJ, T1, REsp 812669/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 18/09/2006, p. 286)”.
Inaplicável, na hipótese, o preceito privado de renúncia tácita da prescrição executória (art. 191 do Código Civil), tendo em vista que a Fazenda Pública está jungida ao princípio da legalidade estrita (ao contrário dos particulares, aos quais é facultado fazer tudo o que a lei não proíbe!), sendo-lhe vedada a cobrança por meio de Refis, Paes ou qualquer outro programa de parcelamento de valores não mais exigíveis do particular, sob pena de restar caracterizado ato de arbitrariedade e até confisco.

Mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação Cível

2002.41.00.002129-5/RO

Relator: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil - OAB
Advogado: Dr. Ney Luiz de Freitas Leal
Apelado: Antonio Paulo dos Santos Filho e outros
Advogado: Dra. Maria Raquel dos Santos Rocha
Remetente: Juízo federal da 2ª Vara - RO
Publicação: e-DJF1 de 22/5/2009, p. 568

Ementa

Processual Civil. Mandado de Segurança. Ordem dos Advogados do Brasil. Função de conciliador em Juizado Especial Cível. Exercício da advocacia. Compatibilidade.

I. Os conciliadores apenas viabilizam a conciliação entre as partes. Uma vez que são voluntários, não dirigem a instrução do feito nem proferem decisões.

II. O exercício da função de Conciliador Especial Cível não é incompatível com o exercício da advocacia, por não se enquadrar na hipótese prevista no art. 28, IV, da Lei 8.906/1994.

III. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região - 12/5/2009.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora

Relatório

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – Este mandado de segurança foi impetrado por Antônio Paulo dos Santos Filho e outros contra ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado de Rondônia, que considerou incompatível a atividade de Conciliador do Juizado Especial Cível com o exercício da advocacia. Na sentença, o Juízo *a quo* confirmou a liminar deferida e concedeu a segurança, para declarar a compatibilidade entre a função de Conciliador do Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e o exercício da Advocacia, exceto perante os Juizados

Especiais Estadual e Federal, art. 7º da Lei 9.099/1995 (fls. 190/194).

Da decisão que deferiu a liminar, foi interposto pela OAB/RR o Agravo de Instrumento 2002.01.00.027134-4, ao qual foi negado o efeito suspensivo requerido, fl. 169, e, posteriormente, tendo decorrido o decurso de prazo para recurso, em 26/02/2003, teve baixa definitiva em 28/02/2003.

Em suas razões de apelação, fls. 198/204, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado de Rondônia sustenta que *a incompatibilidade declarada pelo impetrado nada mais é do que o resultado da correta exegese do disposto pelo art. 28, IV, combinado com o art. 12, II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.*

Aduz que a argumentação dos impetrantes no sentido de que são prestadores de serviço não pode servir de suporte para a concessão da segurança, uma vez que a incompatibilidade alcança os ocupantes de funções vinculadas direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Apresentadas contrarrazões (fls. 210/222).

O Ministério Público, em parecer, não se manifestou acerca do mérito, fls. 227/229.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso: – O mandado de segurança foi impetrado com o objetivo de ver assegurado o direito dos impetrantes ao exercício da advocacia, concomitantemente, à função de Conciliador do Juizado Especial Cível do Estado de Rondônia. Alega a recorrente que a incompatibilidade decorre da correta exegese do disposto no art. 28, IV, combinado com o art. 12, II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A irresignação não merece ser acolhida, segundo se infere dos dispositivos de lei que regem a matéria.

Dispõe o art. 7º da Lei 9.099/1995, que instituiu os juizados especiais, que:

Art. 7º. Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

O art. 28 do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), por sua vez, estabelece o seguinte:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e conselhos de contas, dos Juizados Especiais, da justiça de paz, Juízes classistas, bem como de todos que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta;

[...]

III - omissis

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro.

Portanto, o bacharel em Direito que atua como Conciliador do Juizado Especial, e não ocupa cargo efetivo ou em comissão, não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no artigo citado, uma vez que não existe vínculo com a Administração na qualidade de servidor público.

A proibição refere-se, exclusivamente, ao patrocínio de ações propostas no âmbito do Juizado Especial, o que não ocorre no presente caso.

O exercício da função de Conciliador não se incompatibiliza com a advocacia, a menos que haja integração nos quadros do Judiciário, como cargo remunerado.

Transcrevo, a seguir, jurisprudência do STJ sobre o tema:

Recurso Especial - Alínea "a" - Mandado de Segurança - Bacharel em Direito - nomeação para a função de conciliador no Juizado Especial Cível - inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil - Possibilidade - Impedimento relativo (art. 28 do Estatuto da Advocacia e da OAB - Lei n. 8.906/94).

1. Não se conforma a Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul com o decisum da Corte de origem que autorizou a inscrição da impetrante, bacharel em Direito, no mencionado órgão de classe, nada obstante exerça a função de conciliadora do Juizado Especial Cível.

2. O bacharel em Direito que atua como conciliador e não ocupa cargo efetivo ou em comissão no Judiciário, não se subsume às hipóteses de incompatibilidade previstas no art. 28 do Estatuto dos advogados e da OAB (Lei n. 8.906/94).

3. A vedação, como não poderia deixar de ser, existe tão-somente para o patrocínio de ações propostas no próprio Juizado Especial. Esse impedimento, de caráter relativo, prevalece para diversos cargos em que é autorizado o exercício da advocacia, a

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juízes Federais Osmane Antônio dos Santos e Cleber José Rocha.

exemplo dos procuradores do Distrito Federal, para os quais é defeso atuar nas causas em que for ré a pessoa jurídica que os remunera.

4. Hodiernamente, a questão não enseja maiores digressões, visto que a controvérsia já restou superada até mesmo no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp380176/RSRecursoEspecial2001/0155442-0, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, Julgamento 13/05/2003, Publicação DJ 23/06/2003 p.311 RDDP vol. 6 p. 230, RSTJ vol. 172 p. 302).

A Constituição Federal assegura a todos, no art. 5º, XIII, o livre exercício profissional, como garantia de sustento próprio e da família, logo, não poderia a legislação nela pautada impor a suspensão da inscrição do advogado por considerar a atividade de conciliador incompatível com a advocacia.

Os conciliadores apenas viabilizam a conciliação entre as partes. Uma vez que são voluntários, não dirigem a instrução do feito nem proferem decisões.

Assim, os conciliadores, por não exercerem função jurisdicional, não estão impedidos ou incompatibilizados com o exercício da advocacia.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Apelação Cível

2005.33.00.017460-0/BA

Relator: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Apelante: Sindhosba - Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia e outro
Advogado: Dr. Jose Rilton Tenorio Moura e outro
Apelado: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Publicação: e-DJF1 5/6/2009, p. 563

Ementa

Tributário. Pis e Cofins. Tributação monofásica. Aquisição de medicamentos. Hospital.

I. A Lei n. 10.147/2000 majorou a alíquota tributária dos contribuintes que industrializam e importam os produtos farmacêuticos que indica no inciso I, "a", do seu art. 1º, atribuindo, em compensação, alíquota zero às pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador, excetuando apenas as pessoas jurídicas optantes pelo Simples (art. 2º parágrafo único). Adota-se com esse procedimento o sistema de tributação monofásico, com alíquotas majoradas nas primeiras etapas da cadeia produtiva e alíquotas reduzidas à zero na etapa final de comercialização.

II. O ato administrativo está adstrito aos termos da lei, não podendo inovar no mundo jurídico, sob pena de ilegalidade.

III. A única restrição imposta pela Lei n. 10.147/2000 à aplicação de alíquota zero ao PIS e à Cofins, na forma acima exposta, foi quanto às pessoas jurídicas optantes pelo Simples, sendo, portanto, ilegal a vedação imposta pelo Ato Declaratório Incidental n. 26, da SRF, aos hospitais, prontos socorros, clínicas médicas, odontológicas, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratórios de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas, *a segregação, na receita bruta, do valor correspondente aos produtos relacionados no art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, utilizados como insumos na prestação de seus serviços.*

IV. Hospital que destaca nas notas as receitas decorrentes da venda de medicamentos da prestação de serviços, não recolhe o PIS e a Cofins sobre a receita do fornecimento desses medicamentos, viabilizando-se, ainda, a compensação dos valores recolhidos indevidamente, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/96, observado o disposto no art. 170-A do CTN.

V. Apelação provida para anular a sentença que indeferiu a petição inicial e, no mérito, julgado por força do art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança nos termos em que requerido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação para anular a sentença e, por força do art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/5/2009.

Juiz Federal *Osmane Antônio dos Santos*, relator convocado

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: – Trata-se de apelação (Fls. 163/172) interposta pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia – Sindhosba contra sentença (fl. 153/156) que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança, que objetivava garantir o direito à suspensão da exigibilidade do recolhimento do PIS e da Cofins sobre a receita proveniente da venda de medicamentos; bem como a compensação das parcelas indevidamente recolhidas a partir da edição da Lei n. 10.147/2000, por considerar o MM. Juiz *a quo* que inexistia nos autos prova pré-constituída necessária ao processamento do *mandamus*.

Sustenta o apelante que, com o advento da Lei n. 10.147/2000, de 21.12.2000, muitos medicamentos passaram a ser tributados de forma antecipada e única, no ato da industrialização ou importação. Dessa forma, todas as operações seguintes, conforme expressa previsão legal (art. 2º da Lei n. 10.147/2000), passaram a ser tributadas com alíquota zero.

Alega que, muitos de seus filiados, precavidos que são, consultaram a receita federal a respeito da

possibilidade da exclusão de incidência da contribuição para o PIS e da Cofins sobre as receitas de medicamentos listados na Lei n. 10.147/2000 e receberam a seguinte resposta:

“Apesar da evidente ineficácia da consulta, adverte-se que, caso a consulente não esteja enquadrada na condição de industrial ou de importador, somente poderá usufruir o benefício da Lei n. 10.147, de 2000, alterada pela Lei n. 10.548, de 2002, se, nas notas fiscais emitidas em sua contabilidade, as receitas decorrentes da prestação de serviços e da venda de medicamentos alcançados por aquela lei estiverem sendo apuradas separadamente, para que seja possível identificar claramente o que seja faturamento da prestação de serviços e o que seja relativo aos medicamentos, de acordo com a Instrução Normativa SRF n. 40, de 2001, art. 10, abaixo transcrito: ‘Art. 10. As pessoas jurídicas que praticarem as operações sujeitas à incidência das contribuições na forma do art. 3º desta Instrução Normativa deverão informar tal fato na documentação fiscal de venda e totalizar, em separado, tais operações nos livros fiscais’ (fls. 165/166).

Diante disso, como suas afiliadas possuem planilhas de cálculo separadas da receita da prestação de serviços hospitalares e da receita da utilização dos medicamentos listados na citada lei, alguns passaram a não mais recolher a contribuição para o PIS e a Cofins sobre a receita decorrente da utilização dos referidos medicamentos.

Aduz, por fim, que, com a publicação do Ato Declaratório Interpretativo n. 26, de 16.12.2004, foi vedada às suas filiadas “a segregação, na receita bruta, do valor correspondente aos produtos relacionados no art. 1º da Lei n. 10.147, de 21 de dezembro de 2000, utilizados como insumos na prestação de seus serviços”; assim como “a aplicação de alíquotas zero das referidas contribuições sobre parcelas da receita bruta relativa aos produtos referidos no inciso anterior”.

Assim, considera que a única restrição imposta aos hospitais pela própria Secretaria da Receita Federal foi a da separação, nas suas contabilidades, das receitas decorrentes da prestação de serviços e da venda de medicamentos alcançadas pela Lei n. 10.147/2000, não podendo, mais tarde, expedir ato interpretativo em sentido contrário.

Em contrarrazões (fls. 185/192), a Fazenda Nacional alega, preliminarmente, a falta de documento

¹Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º (*) pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

(*) Art. 1º A contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46 e 3303.00 a 33.07, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 4.070, de 28 de dezembro de 2001, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

I – incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de:

a) produtos farmacêuticos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00: 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento) e 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento);
b) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 33.03 a 33.07 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00: 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento)

indispensável à propositura da ação, pois não foi juntada aos autos a ata da assembleia da entidade de classe que aprovou a impetração do *writ*, acompanhada da relação nominal dos filiados com os respectivos endereços. No mérito, defende a legalidade do ADI n. 26/2004 da SRF.

O representante do Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito, por entender que não há interesse público, nos moldes do art. 127 da CF, que o legitime a se pronunciar nos presentes autos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: – Discute-se nos presentes autos a possibilidade de os estabelecimentos de serviços de saúde não recolherem a contribuição do PIS e da Cofins sobre a receita proveniente da venda de medicamentos; bem como a compensação das parcelas indevidamente recolhidas a partir da edição da Lei 10.147/2000.

Dos documentos indispensáveis à propositura da ação.

Entende a Fazenda Nacional que a falta de ata da assembleia da entidade de classe que tenha aprovado a impetração do *writ* faz com que seja irregular a substituição processual nos presentes autos.

Sobre a questão já se manifestou o Tribunal Pleno da Corte Suprema, no RE n. 193.503, por acórdão relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, divulgado no DJe-087 de 23.08.2007 e publicado no dia seguinte, no sentido de que “o artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos”.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos e Cleberson José Rocha.

Dessa forma, rejeito tal preliminar.

Do indeferimento da petição inicial

Pretende o autor que não seja exigido de seus afiliados o recolhimento da contribuição para o PIS e a COFINS sobre a receita proveniente da venda de medicamentos, receitados a seus pacientes, que já sofreram tal tributação, na forma da Lei n. 10.147/2000.

Requer, ainda, a compensação dos valores indevidamente recolhidos por seus afiliados, desde a edição de tal lei.

Acompanharam a petição inicial várias atas de assembleias e o estatuto do Sindicato-Autor e Juiz *a quo*, não obstante, entendeu por indeferir a ao entendimento de faltar “documento fiscal capaz de comprovar que as entidades associadas ao impetrante procederam na separação fiscal de que trata o art. 91² da Instrução Normativa da SRF n. 247/2002”.

É de ver-se que dois são os objetos da ação, quais sejam, a não exigência das contribuições em comento e a compensação daquelas que já foram recolhidas.

Quanto à compensação, a questão já se encontra sumulada pelo STJ (enunciado n. 213) no sentido de que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

²Art. 91. As pessoas jurídicas que realizam vendas sujeitas à incidência das contribuições, na forma do inciso IV do art. 59 (*), devem informar esta condição na documentação fiscal e totalizar, em separado, tais operações nos livros fiscais.

§ 1º As pessoas jurídicas de que trata este artigo devem ainda emitir notas fiscais distintas para:

I - a venda dos produtos sujeitos à alíquota prevista no inciso IV do art. 59; e

II - as demais vendas.

§ 2º O disposto no § 1º não se aplica ao comerciante varejista.

(*)Art. 59. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins estão reduzidas a zero quando aplicáveis sobre a receita bruta decorrente: IV - da venda dos produtos sujeitos à incidência na forma do inciso I do art. 55 (**), pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador;

(**)Art. 55. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins fixadas para pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 3004, exceto no código 3004.90.46, e 3303.00 a 3307, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tipi, são, respectivamente, de:

I - 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente da venda dos produtos mencionados no caput; e



Assim, “sendo a compensação o encontro de contas que se opera sob o crivo da Administração Pública, apenas posteriormente, quando de sua eventual concretização, não faz sentido se debater sobre a liquidez e certeza dos créditos na demanda que objetiva assegurá-la” (AMS 2003.33.00.031888-7/BA, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, 7ªT, e-DJF1 de 20/06/2008)

Dessa forma, independentemente da juntada dos comprovantes de recolhimento, é possível se declarar a inexigibilidade da exação e o direito de a impetrante em compensar os respectivos créditos, cuja certeza e liquidez deverá ser averiguada pela Administração Pública, no momento do encontro de contas.

Ademais, trata-se de ação coletiva proposta por sindicato na condição de substituto processual, no qual “o comando da sentença de conhecimento, por vezes, não exaure a cognição dos fatos e sujeitos envolvidos, restando à execução, nesses casos, a demonstração da extensão subjetiva e objetiva da condenação, onde se mostrará, por exemplo, a titularidade dos beneficiários do julgado”. (EDcl no AgRg no REsp 668.153/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T, julgado em 02/06/2005, DJ 01/08/2005 p. 531).

Já no que se refere à declaração pretendida pelo impetrante de não recolhimento da exação em questão, nota-se que se trata de matéria de direito que independe de prova.

Por tal razão, reconhecida a regularidade do *mandamus*, incide na espécie a norma constante do art. 515, § 3º, do CPC, motivo pelo qual passo ao julgamento do mérito.

Do Mérito

A Lei n. 10.147/2000 majorou a alíquota tributária dos contribuintes que industrializam e importam diversos produtos, dentre eles, os produtos farmacêuticos que indica no seu inciso I, “a”, do art. 1º, atribuindo, em compensação, alíquota zero às pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador, excetuando apenas as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES (art. 2º parágrafo único³).

³Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º,

A legislação tributária, na hipótese em análise, migrou de um sistema de tributação plurifásico para um sistema de tributação monofásico, com alíquotas majoradas nas primeiras etapas da cadeia produtiva e alíquotas reduzidas à zero na etapa final de comercialização.

Mais tarde foi editada a Instrução Normativa n. 247, de 2002, que tratou de diversos assuntos relacionados ao recolhimento da contribuição para o PIS e da Cofins, dos quais considero importante citar alguns:

Art. 19. Não integram a base de cálculo do PIS/Pasep não-cumulativo, apurado na forma do art. 60, as receitas:

I – isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

(...)

IV – de venda dos produtos de que tratam as Leis nº 9.990, de 2000, nº 10.147, de 2000; alterada pela Lei nº 10.548, de 2002; e nº 10.485, de 2002, ou quaisquer outras receitas submetidas à incidência monofásica da contribuição para o PIS/Pasep.

(...)

Art. 59. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins estão reduzidas a zero quando aplicáveis sobre a receita bruta decorrente:

(...)

IV - da venda dos produtos sujeitos à incidência na forma do inciso I⁴ do art. 55, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador;

pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às pessoas jurídicas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.

⁴Art. 55. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins fixadas para pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 3004, exceto no código 3004.90.46, e 3303.00 a 3307, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tipi, são, respectivamente, de:

I – 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente da venda dos produtos mencionados no caput; e



(...)

Art. 60. A alíquota do PIS/Pasep não-cumulativo incidente sobre a receita auferida pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, tributadas com base no lucro real, será de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento), a partir de 1º de dezembro de 2002.

§ 1º O disposto no caput não se aplica:

(...)

VI - a receitas de venda dos produtos de que trata a Lei nº 9.990, de 2000, a Lei nº 10.147, de 2000, alterada pela Lei nº 10.548, de 2002, e a Lei nº 10.485, de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição para o PIS/Pasep;

(...)

Art. 100. Na hipótese de a pessoa jurídica sujeitar-se à incidência não-cumulativa do PIS/Pasep de que trata o art. 60, em relação apenas a parte de suas receitas, o crédito será apurado, exclusivamente, em relação aos custos, despesas e encargos vinculados a essas receitas.

No mais, verifica-se que a lei e a norma administrativa não fizeram distinção entre empresas prestadoras de serviços e empresas mercantis, ressaltando-se, apenas, as optantes pelo Simples. Assim, é contribuinte dos tributos em questão apenas aquelas que se enquadram na condição de industriais ou importadoras, o que não é o caso das afiliadas do impetrante, que distribuem, onerosamente, os medicamentos a seus pacientes

É de ver-se que a própria IN da SRF prevê casos de incidência não-cumulativa em apenas parte da receita (art. 100), que é o que ocorre no caso dos autos.

Por outro lado, no Ato Declaratório Incidental n. 26, também da SRF, veda aos hospitais, prontos socorros, clínicas médicas, odontológicas, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratórios de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas, “a segregação, na receita bruta, do valor correspondente aos produtos relacionados no art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, utilizados como insumos na prestação de seus serviços”.

Ocorre, porém, que não é isso que consta na lei, e não pode um ato administrativo, ainda que só

interpretativo, dizer o que não está escrito na lei. Quando a Lei n. 10.147/2000 quis excluir o benefício da alíquota zero o fez expressamente em relação às empresas optantes do Simples.

Daí por que considero possível a não inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins das filiadas do impetrante relativamente aos medicamentos de que trata o art. 1º da Lei n. 10.147/2000 embutidos, separadamente, em suas notas fiscais de serviços.

Sobre a questão, definiu o Superior Tribunal de Justiça que, *a partir de 1º de maio de 2001, ao surgirem novos fatos geradores, passaria a ter eficácia o ditame dos arts. 1º e 2º da Lei 10.147/2000, ou seja, aumento de alíquota para os industriais e importadores e, em contrapartida, alíquota zero para os comerciantes varejistas e distribuidores* (REsp 701.283/PR, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 19/12/2005, p. 239).

Nessa linha de orientação, destaco, também, o seguinte julgado:

Tributário. Pis/Cofins. Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Medicamentos. Hospitais. Alíquota zero.

1. A modalidade de recolhimento do PIS e da Cofins estipulada pela Lei 10.147/2000 para os medicamentos onera o primeiro estágio da cadeia (industrialização e importação), desonerando as demais etapas pela tributação em alíquota zero, para evitar o bis in idem (art. 2º). Hipótese de tributação monofásica.

2. Embora a prestação de serviços médico-hospitalares não esteja expressamente prevista no art. 2º da Lei 10.147/2000, os hospitais são beneficiados pela alíquota zero das contribuições, uma vez que não são pessoas jurídicas que possam ser enquadradas na condição de industriais ou de importadores. A redução da alíquota a zero para venda de medicamento pelos hospitais se coaduna com os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade.

3. Suspensa a exigibilidade da inclusão dos valores dos medicamentos utilizados na prestação de serviços dos filiados à agravante na base de cálculo do PIS e da Cofins, até o julgamento final do mandado de segurança.

4. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AG 2005.01.00.067419-0/DF, Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 de 23/05/2008, p. 229)

Da compensação

A compensação deve se dá com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/96, observado o disposto no art. 170-A do CTN.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para anular a sentença que indeferiu a petição inicial e, no mérito, analisado por força do art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança nos termos em que requerido.

É como voto.

Agravo de Instrumento

2009.01.00.009765-6/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho
Agravante: Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravado: Alessandro Augusto Trevizani de Oliveira
Advogada: Dra. Rebecca Campos Cardoso e outros
Publicação: e-DJF1 de 22/5/2009, p. 39

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela *Universidade Federal de Minas Gerais* contra decisão do MM. Juiz Federal da Substituto que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e determinou a imediata implantação da pensão temporária por morte em favor do neto do ex-servidor Benedito Aparecido Trevizani.

A questão dos autos se cinge em verificar se há relação de dependência econômica apta a propiciar a fruição de benefício de pensão temporária pelo agravado, em virtude de falecimento de seu avô.

Não subsiste o argumento da Universidade de que a falta de designação expressa, em vida, constitui óbice intransponível à concessão do benefício da pensão temporária na hipótese, já que é viável referido deferimento por meio da utilização de outros mecanismos de prova, em razão da interpretação sistêmica das normas estampadas no dispositivo aludido no item 15, c/c o art. 226 da Constituição Federal.

Nesse sentido, transcrevo:

Administrativo. Companheira de servidor. Dependência econômica e vida em comum. Comprovação. Designação. Elemento subsidiário.

1. Orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a designação prevista no artigo 217 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tem por escopo apenas o de facilitar, junto à pública administração, a vontade do instituidor em eleger o dependente como seu beneficiário à pensão por morte, não implicando, sua ausência, óbice à aquisição do benefício, se comprovado, inequivocamente, por outros meios, o cumprimento aos requisitos estabelecidos pelo legislador.

2. Comprovação, nos autos, da condição da autora de companheira do falecido, bem como de sua dependência econômica, fazendo ela jus ao benefício vindicado.

3. Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 1999.01.00.031744-7/GO; 2ª Turma; Des. Carlos Moreira Alves; DJ.: 30/08/2001, p.90)

Pensão - Pessoa designada - Filha. Havendo a dependência econômica, a pessoa designada ainda que informalmente, tem direito a pensão, seja ou não parente do segurado. recurso improvido.

(REsp 19339 / SP; T1; Ministro Garcia Vieira; DJ 01/06/1992 p. 8029)

Destarte, como bem salientou o MM. Juiz processante, restou comprovada a relação de dependência econômica entre o autor Alessandro Trevizani de Oliveira e seu avô Benedito Aparecido Trevizani, não merecendo guarida a alegação da Fundação de que a designação do beneficiário pelo servidor, em vida, seria imprescindível à concessão da pensão temporária, uma vez que se deve privilegiar, no caso em tela, as normas constitucionais protetivas da família, da criança e do adolescente (art. 226 da Constituição Federal).

Assim sendo, *nego seguimento ao agravo*, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se

Não havendo recurso, remetam-se os autos à Vara de origem.

Brasília, 6 de maio de 2009.

Agravo de Instrumento

2009.01.00.019128-4/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Agravante: Sindicato dos Trabalhadores Federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social no Estado da Bahia
Advogados: Dr. Luis Fernando Silva e outros
Agravada: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Agravada: Geap – Fundação de Seguridade Social
Publicação: *e-DJF1* de 5/5/2009, p. 136

Decisão

Trata-se de *agravo de instrumento*, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto contra decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Ordinária n. 2009.34.00.009071-1, *indeferiu* a antecipação dos efeitos da tutela ali requerida pelo Sindicato/agravante, a qual objetivava a interrupção imediata do desconto nas remunerações, proventos ou pensões dos substituídos inscritos regularmente no Plano *GeapSaúde*, a título de contribuição para o financiamento do referido Plano, delimitado pela Resolução/Geap/Condel n. 418/2008, mantendo-se, por conseguinte, a forma contributiva operada até o mês de dezembro de 2008, com a mesma cobertura de assistência à saúde até então vigente.

A controvérsia está centrada no novo modelo de cálculo para as contribuições dos servidores federais para seu plano de saúde, trazido pela Resolução/Geap/Condel n. 418, de 13 de novembro de 2008, nos seguintes termos, *verbis*:

Resolução n. 418, de 13 de novembro de 2008

Aprova alteração regulamentar e define custeio dos planos *GeapSaúde*, *GeapSaúde II*, *GeapClássico*, *GeapEssencial* e *Geap-Referência*.

O Conselho Deliberativo da Geap - Fundação de Seguridade Social, no uso de suas atribuições previstas no Estatuto da Fundação aprovado pela Portaria SPC n. 232, de 02 de setembro de 2005, publicada no D.O.U. de 05 de setembro de 2005, reunido em Sessão Plenária ocorrida no dia 13 de novembro de 2008, e

Considerando a legislação que rege as Operadoras de Plano de Saúde quanto à garantia do equilíbrio econômico, atuarial e financeiro dos planos;

Considerando os estudos atuariais promovidos com relação à matéria, e as diversas hipóteses de formas de custeio propostas pelos Conselheiros desta Entidade, apresentadas em plenário;

Considerando os anseios dos beneficiários quanto à manutenção de beneficiários no plano *GeapSaúde* e *GeapSaúde II*;

Considerando o disposto nas Notas Técnicas/Geap/DIREX/N. 060 e 061/2008, que tratam dos estudos atuariais dos planos *GeapSaúde*, *GeapSaúde II*, *GeapClássico*, *GeapEssencial* e *Geap-Referência*, Exercício 2009;

Considerando, por fim, a ampla discussão mantida e a deliberação sobre a matéria pelo plenário; resolve:

1. Os artigos 32 e 37 do Regulamento dos Planos de Previdência Complementar, Saúde e Assistência Social - *GeapSaúde*, passam a ter a seguinte redação:

“Art. 32. A contribuição dos Participantes Titulares e das Patrocinadoras para o Fundo de Assistência Patronal - *Fap* será mensal e poderá corresponder a um percentual da remuneração bruta de cada Participante inscrito ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano, acrescido ao per capita de responsabilidade da Patrocinadora, que serão fixados, anualmente, com base em estudos atuariais, de modo a garantir a cobertura dos Planos de Saúde e de Assistência Social, o equilíbrio econômico-financeiro e a liquidez da Fundação.

Parágrafo único. A especificação das fontes de custeio, bem como a contribuição dos Participantes Titulares e das Patrocinadoras e outras taxas, deverão estar expressos nos Convênios de Adesão e respectivos Termos Aditivos, pactuados entre as Patrocinadoras e a Fundação.”

(...)

“Art. 37. São Beneficiários do Plano de Saúde e do Plano de Assistência Social - GeapSaúde:

I - Os Participantes Titulares:

- a) O empregado ou servidor ativo;
- b) o servidor inativo;
- c) o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, nos limites definidos na legislação;
- d) o ex-empregado ou ex-servidor, nos limites definidos na legislação;
- e) os ocupantes de cargo comissionado ou de natureza especial; e
- f) os empregados de contrato temporário, na forma da Lei n. 8.745, de 09 de dezembro de 1993.

II - Os dependentes dos Participantes Titulares:

- a) o cônjuge, o companheiro ou companheira de união estável;
- b) o companheiro ou companheira de união homo-afetiva, comprovada a co-habitação por período igual ou superior a dois anos;
- c) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- d) os filhos e enteados, solteiros, até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
- e) os filhos e enteados, entre 21 (vinte e um) e 24 (vinte e quatro) anos de idade, dependentes economicamente do servidor e estudantes de curso superior regular reconhecido pelo Ministério da Educação;
- f) a mãe ou madrasta, desde que seja dependente econômica do titular e esteja inscrito nesta condição no órgão de recursos humanos da patrocinadora;
- g) o pai ou padrasto, desde que seja dependente econômico do titular e esteja inscrito nesta condição no órgão de recursos humanos da patrocinadora;
- h) o menor sob guarda ou tutela concedida por decisão judicial, observado o disposto nas alíneas “d” e “e”.

III - Os pensionistas do Poder Executivo Civil Federal, vinculados ao Sipec.

§ 1º A perda de qualidade de Participante Titular acontece quando cessam as condições exigidas para sua inscrição ou por sua vontade expressa, ou, ainda, por outros motivos dispostos nos regulamentos e normas dos respectivos Planos e Programas.

§ 2º Não será facultado ao Titular inscrever qualquer outro tipo de dependente senão os constantes nas alíneas “a” a “h” do inciso II.

§ 4º - A existência de dependente constante nas alíneas “a” ou “b” do Inciso II inibe a possibilidade de inscrição do dependente constante da alínea “c” de mesmo inciso.

§ 5º - É vedada a inscrição de dependentes de pensionistas previstos no Inciso III.

§ 6º - O Titular do Plano poderá inscrever Beneficiários-Familiares no plano GeapFamília (Registro ANS 434.233/00-0), desde que previstos no rol de beneficiários de referido plano.”

2. O § 3º do artigo 4º e o artigo 18 do Regulamento do Plano GeapSaúde II, passam a ter a seguinte redação:

“Art. 4º

(...)

§ 3º - Poderão ser inscritos como Dependentes do Titular no Plano GeapSaúde II:

- I - o cônjuge, o companheiro ou companheira de união estável;
- II - companheiro ou companheira de união homo-afetiva, comprovada a co-habitação por período igual ou superior a dois anos;
- III - a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- IV - os filhos e enteados, solteiros, até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
- V - os filhos e enteados, entre 21 (vinte e um) e 24 (vinte e quatro) anos de idade, dependentes economicamente do servidor e estudantes de curso superior regular reconhecido pelo Ministério da Educação;
- VI - a mãe ou madrasta, desde que seja dependente econômica do titular e esteja inscrito nesta condição no órgão de recursos humanos da patrocinadora;

VII - o pai ou padrasto, desde que seja dependente econômico do titular e esteja inscrito nesta condição no órgão de recursos humanos da patrocinadora;

VIII - o menor sob guarda ou tutela concedida por decisão judicial, observado o disposto nos incisos “IV” e “V”.

(...)

Art. 18 - O Plano GeapSaúde II terá como fontes de Custeio:

I - contribuição mensal em percentual calculada sobre o valor da soma da remuneração bruta do Titular, para si e para seus dependentes, relacionados no § 3º do artigo 4º deste Regulamento, ou do pensionista na forma do § 5º do mesmo dispositivo, ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano, observando-se o disposto no artigo 17 e seus parágrafos;

II - contribuição per capita de responsabilidade da patrocinadora, observando-se o disposto no artigo 17 e seus parágrafos;

III - receitas de participações nos custos dos procedimentos realizados no atendimento ambulatorial, hospitalar e odontológico dos Beneficiários, na forma estabelecida no Anexo I deste Regulamento;

IV - receitas de aplicação dos recursos do Plano GeapSaúde II no mercado financeiro;

V - outras receitas, dotações, doações e legados destinados ao Plano GeapSaúde II.”

3. O artigo 17 do Regulamento do Plano GeapClássico, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 17 - O Plano GeapClássico terá como fontes de Custeio:

I - contribuição mensal em percentual calculada sobre o valor da soma da remuneração bruta do Titular, para si e para seus dependentes, relacionados no § 2º do artigo 4º deste Regulamento, ou do pensionista na forma do § 4º do mesmo dispositivo, ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

II - contribuição per capita de responsabilidade da patrocinadora, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

III - contribuição individual, por faixa etária, de acordo com a tabela constante do Anexo 1 deste Regulamento, que define a contribuição para os beneficiários Agregados constantes do § 5º do artigo 4º deste Regulamento, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

IV - receitas de participações nos custos dos procedimentos realizados no atendimento ambulatorial, hospitalar e odontológico dos Beneficiários, na forma estabelecida no Anexo 2 deste Regulamento;

V - receitas de aplicação dos recursos do Plano GeapClássico no mercado financeiro;

VI - outras receitas, dotações, doações e legados destinados ao Plano GeapClássico.”

4. O artigo 17 do Regulamento do Plano GeapEssencial, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 17 - O Plano GeapEssencial terá como fontes de Custeio:

I - contribuição mensal em percentual calculada sobre o valor da soma da remuneração bruta do Titular, para si e para seus dependentes, relacionados no § 2º do artigo 4º deste Regulamento, ou do pensionista na forma do § 4º do mesmo dispositivo, ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

II - contribuição per capita de responsabilidade da patrocinadora, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

III - contribuição individual, por faixa etária, de acordo com a tabela constante do Anexo 1 deste Regulamento, que define a contribuição para os beneficiários Agregados constantes do § 5º do artigo 4º deste Regulamento, observando-se o disposto no artigo 16 e seus parágrafos;

IV - receitas de participações nos custos dos procedimentos realizados no atendimento ambulatorial, hospitalar e odontológico dos Beneficiários, na forma estabelecida no Anexo 2 deste Regulamento;

V - receitas de aplicação dos recursos do Plano GeapEssencial no mercado financeiro;

VI - outras receitas, dotações, doações e legados destinados ao Plano GeapEssencial.”

5. O artigo 12 do Regulamento do Plano Geap-Referência, passa a ter a seguinte redação:

Art. 12 - O Plano Geap-Referência terá como fontes de Custeio:

I - contribuição mensal em percentual calculada sobre o valor da soma da remuneração bruta do Titular, para si e para seus dependentes, relacionados no § 3º do artigo 5º deste Regulamento, ou do pensionista na forma do § 5º do mesmo dispositivo, ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano, observando-se o disposto no artigo 11 e seus parágrafos;

II - contribuição per capita de responsabilidade da patrocinadora, observando-se o disposto no artigo 11 e seus parágrafos;

III - contribuição individual, por faixa etária, de acordo com a tabela constante do Anexo 1 deste Regulamento, que define a contribuição para os beneficiários Agregados constantes do § 6º do artigo 4º deste Regulamento, observando-se o disposto no artigo 11 e seus parágrafos;

IV - receitas de participações nos custos dos procedimentos realizados no atendimento ambulatorial e hospitalar dos Beneficiários, na forma estabelecida no Anexo 2 deste Regulamento;

V - receitas de aplicação dos recursos do Plano GeapReferência no mercado financeiro;

VI - outras receitas, dotações, doações e legados destinados ao Plano Geap-Referência.”

6. A contribuição per capita mensal de responsabilidade das patrocinadoras para os planos GeapSaúde, GeapSaúde II, GeapClássico, GeapEssencial e Geap-Referência para o exercício 2009 será de:

I - R\$ 60,00 (sessenta reais) por beneficiário inscrito no plano, no período de janeiro a junho/2009; e

II - R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais) por beneficiário inscrito no plano, no período de julho a dezembro/2009.

6.1. Considera-se beneficiário para fins dos incisos constantes do caput o pensionista, o Titular e seus Dependentes regularmente inscritos nos planos.

7. A contribuição para os planos GeapSaúde, GeapSaúde II, GeapClássico, GeapEssencial e Geap-Referência, de responsabilidade do Titular, para si e para seus dependentes, e do pensionista, para o exercício 2009, será um valor fixo por beneficiário inscrito em quaisquer dos planos, e corresponderá a:

I - Plano GeapSaúde - R\$ 115,19 (cento e quinze reais e dezenove centavos) por beneficiário inscrito no plano;

II - Plano GeapSaúde II - R\$ 115,19 (cento e quinze reais e dezenove centavos) por beneficiário inscrito no plano;

III - Plano GeapClássico - R\$ 80,47 (oitenta reais e quarenta e sete centavos) por beneficiário inscrito no plano;

IV - Plano GeapEssencial - R\$ 68,01 (sessenta e oito reais e um centavo) por beneficiário inscrito no plano; e

V - Plano Geap-Referência - R\$ 54,50 (cinquenta e quatro reais e cinquenta centavos) por beneficiário inscrito no plano.

7.1. Considera-se beneficiário para fins dos incisos constantes do caput o pensionista, o Titular e seus Dependentes regularmente inscritos nos planos.

8. A partir do dia 1º de janeiro de 2009 a Tabela de contribuição dos beneficiários na condição de Agregados dos planos GeapClássico, GeapEssencial e Geap-Referência será reajustada em 5,48% (cinco virgula quarenta e oito por cento).

9. O registro da participação pelos serviços utilizados obedecerão aos percentuais e valores constantes do Anexo I da Resolução/Geap/Condel/N. 035, de 21 de novembro de 2002 para o plano GeapSaúde e às tabelas previstas em Regulamento para os demais planos.

9.1. A cobrança mensal de participações pelos serviços utilizados corresponderá ao percentual de 10% (dez por cento) da remuneração do pensionista e do titular, sejam co-patrocinados ou autopatrocinados.

10. Os pensionistas e titulares autopatrocinados contribuirão com o custeio na forma definida nos itens precedentes desta Resolução.

11. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, com efeitos financeiros a partir da competência janeiro/2009, revoga a Resolução/Geap/Condel N. 289, de 15 de junho de 2007 e demais disposições contrárias.

Dentre os argumentos apresentados pelo Sindicato/agravante, considero que pelo menos dois deles justificam a concessão do feito suspensivo/ativo requerido.

Em primeiro lugar, verifico que segundo o art. 6º do Estatuto da Geap, os planos de saúde suplementar por ela mantidos, administrados e executados terão natureza solidária, na forma da lei.

Nesse contexto, não considero, em princípio, razoável, o desvirtuamento implementado sobre o conceito técnico/jurídico da expressão “solidariedade” como forma de se possibilitar a alteração do regime de custeio mensal a cargos dos respectivos participantes. Nesse sentido, bem assinala o Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello¹ que “sendo o Direito uma ciência, há de emprestar-se sentido técnico a institutos, expressões e vocábulos.”

¹ (HC 83439, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 07-11-2003 PP-00093 EMENT VOL-02131-03 PP-00570)



Por essa mesma razão é que o princípio da solidariedade, que encontra assento constitucional no disciplinamento implementado pelo Livro Regra à seguridade social, se traduz, levando-se em conta o microsistema jurídico compreendido na espécie, na necessidade de união de todo um grupo de pessoas na busca da proteção da coletividade que o integra.

Em outras palavras, em se tratando de planos de saúde solidários, temos que as contribuições vertidas pelos respectivos integrantes, individualizadamente, têm por finalidade o sustento do plano como um todo, a fim de garantir a toda a coletividade que o compõe a possibilidade de usufruir dos benefícios previstos em contrato.

Noutro enfoque, levando-se em conta que a finalidade desse respectivo plano, de caráter solidário, é possibilitar que todos aqueles que o integram possam de fato ser beneficiados, tenho por forçosa a conclusão de que a *capacidade contributiva* destes deve ser levada em consideração para fins de sustentação do equilíbrio financeiro e atuarial, porque pensar diferente seria impor, aos de menor capacidade, a obrigação de contribuir com montante incompatível com a manutenção de seu sustento e de seus familiares ou, lado outro, a sua exclusão do plano em face da incapacidade de adimplir com as prestações que lhes são impostas.

Para que isso não ocorra, temos por necessária a premissa de que os integrantes do grupo verterão em favor deste contribuições que variem de acordo com a capacidade contributiva de cada um, ainda que os benefícios potencialmente oferecidos sejam *iguais* para todos os participantes.

Observe-se, por importante, que o princípio da solidariedade é considerado o postulado fundamental da seguridade social, recebendo, pois, esse status, do próprio legislador constituinte, consoante se infere do quanto disposto no art. 195 do Livro Regra. Dimensionando bem a questão, Ivan Kertzman² pontua que “através dele, tem-se em vista não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade”.

Em brilhante artigo publicado na Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região³, o Juiz do Trabalho Rodrigo Garcia Schwarz traz, em reforço ao entendimento que ora apresento, as seguintes ponderações:

... o sistema de seguridade social brasileiro, tal como concebido no ordenamento jurídico imposto pela Constituição de 1988, pauta-se em uma idéia de solidariedade – socialidade – que é inerente ao “Estado Providência” e à social-democracia,(2) e que – ao contrário do que faz supor o senso comum – se fundamenta no reconhecimento da desigualdade entre os homens e na “decisão socialista”, na medida em que parte do pressuposto de que alguns deles, privilegiados em relação aos outros, têm o dever – dever que é jurídico e que, assim, não necessariamente corresponde a um dever puramente moral – de repartir os frutos da sua atividade com os demais...

(sem os destaques, no original)

Por fim, os documentos trazidos neste instrumento demonstraram de forma incontestada a magnitude do aumento implementado nas contribuições mensais a cargo dos participantes, comprometendo, sem dúvida alguma, o orçamento mensal das respectivas famílias.

As razões acima apresentadas, portanto, realçam a plausibilidade jurídica da pretensão recursal da parte autora/agravante pelo que, repito, pelo menos em princípio, não considero compatível com a natureza solidária dos planos de saúde que são administrados pela Geap a fixação de contribuições mensais em valor fixo e idêntico para todos os participantes, de sorte que, o equilíbrio atuarial que efetivamente pode e deve permitir a reestruturação da forma de custeio dos respectivos planos, inclusive com o estabelecimento de acréscimos ou co-participações em razão da inclusão de dependentes, *mas nunca sem perder de vista o caráter solidário do plano, inviabilizando, por via oblíqua, a inclusão de tais dependentes*, principalmente em relação àqueles participantes que, auferindo remuneração inferior, teriam boa parte de sua renda comprometida, ou toda ela, apenas para o pagamento das contribuições mensais vertidas ao plano de seguridade.

² Curso Prático de Direito Previdenciário, p. 24, Edições Podivm

³ Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região, Edição 25. <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>



O *periculum in mora*, de outro eito, apresenta-se manifesto diante de que a postergação da prestação jurisdicional tem o potencial efeito de colocar os servidores que participam do plano de saúde sob duas perspectivas igualmente angustiantes: ou retirar seus beneficiários (cônjuges, companheiros, filhos, pais, dentre outros) do alcance protetivo do plano que integram; ou verem comprometida parte considerável de sua renda como forma de não sacrificar um direito fundamental, o da saúde, isto em flagrante risco ao exercício de outros direitos igualmente essenciais, como educação, moradia, lazer etc.

Por esses motivos, defiro a antecipação dos efeitos da tutela recursal para, *em relação aos associados do Sindicato Agravante*, suspender os efeitos da Resolução Condel/Geap n. 418/2008 no que se refere ao seu item n. 1, obstando assim a aplicação da expressão “*ou valor fixo por beneficiário inscrito no plano*” e, por consequente, do seu item n. 7, que estabeleceu valores fixos para as contribuições mensais dos planos por ela administrados.

Por fim, reitero que este provimento não impede a Geap de buscar novas formas de adequação dos planos que administra ao equilíbrio atuarial que há de possibilitar, inclusive, a sua manutenção, devendo a referida Fundação, contudo, e até pelo menos que seja proferida decisão desta Corte em sentido contrário, promover a sobredita adequação sem vulnerar a natureza solidária dos referidos planos, em flagrante prejuízo para os participantes de menor poder aquisitivo.

Dê-se ciência ao ilustre Juízo *a quo*, que poderá prestar informações se as entender ainda necessárias, por acréscimo, no prazo legal (CPC, art. 527, IV).

Intime-se a parte agravada para que cumpra o presente comando e para oferecimento de resposta (CPC, art. 527, V).

Após, à Procuradoria Regional da República para parecer.

P. e I.

Brasília, 17 de abril de 2009.



Pedido de Uniformização de Jurisprudência

2005.34.00.903011-9/DF

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo

Recorrente: União Federal

Procuradora: Dr^a Nadja Adriano de Santana Azeituno

Recorrida: Edineide Pedreira Ramos

Publicação: e-DJF1 de 15/5/2009, p. 919

Ementa

Administrativo. Servidores públicos. Auxílio-alimentação. Verba indenizatória. Efetivo exercício. Devido em afastamentos legais. Férias e licenças. Art. 97 C/C 102 da Lei n. 8.112/90. Precedentes do STJ e da TRU.

I - Consoante a disciplina contida no art. 22, da Lei n. 8.460/92, com redação alterada pela Lei n. 9.527/97, o benefício de auxílio-alimentação é devido ao servidor por dia trabalhado no efetivo exercício do cargo ou função, não discriminando o legislador entre jornada normal e outros tipos de afastamentos temporários, como férias, licenças, missões oficiais e outros.

II - Em relação a nuance legal, encontram-se assentadas nos arts. 97 e 102, da Lei n. 8.112/90, as hipóteses de afastamentos do serviço público, sendo consideradas como de efetivo exercício do serviço, sem prejuízo, frise-se, da remuneração que cabe ao servidor.

III - No terreno jurisprudencial, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, diante dos reiterados pronunciamentos no sentido de que é devido o auxílio-alimentação durante os períodos de afastamento de que fala a Lei n. 8.112/90, não havendo mais espaço para dúvidas e divergências.

IV - Pacífico, portanto, o entendimento jurisprudencial no sentido de que o auxílio-alimentação é considerado devido por dia trabalhado no efetivo exercício do cargo público, não fazendo a legislação em vigor qualquer exclusão quanto ao período de férias ou de licenças, nos termos delimitados pelo art. 102 da Lei n. 8.112/90.

V - Honorários advocatícios indevidos (parte sem representação processual).

VI - Pedido de uniformização regional de jurisprudência conhecido e não provido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Juizes da Egrégia Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, à unanimidade, negar provimento ao pedido de uniformização.

Manaus, 7/11/2008.

Juíza Federal *Clemência Maria Almada Lima de Ângelo*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: – A União Federal interpõe pedido de uniformização de jurisprudência entre Turmas Recursais da Primeira Região, contra acórdão prolatado pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que manteve a sentença de 1.º grau

que entendera ser devido à Recorrida o pagamento de auxílio-alimentação durante os períodos em que esteve no gozo de férias e de licença, uma vez que são afastamentos legais considerados como de efetivo exercício do cargo pelo servidor em atividade, com chancela ditada pelo art. 102 da Lei n. 8.112/90, excluídas as parcelas que antecederam o quinquênio anterior à propositura da ação.

Em suas razões, sustenta a Recorrente a existência de divergência entre o acórdão impugnado e o julgado proferido pela Turma Recursal da Bahia, segundo o qual o auxílio-alimentação não é devido ao servidor em períodos fictos (férias e licenças), uma vez evidenciada a sua natureza indenizatória.

Não foram apresentadas contra-razões, sendo admitido o pedido de uniformização de jurisprudência, nos termos da decisão proferida pela Juíza Presidente da Turma Recursal do Distrito Federal, que procedeu ao devido encaminhamento dos presentes autos à Coordenação dos Juizados Especiais Federais da 1.ª Região - COJEF.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo:— Ab initio, ante a demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos do art. 14, § 1.º, da Lei n. 10.259/2001, e preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 2.º, § 1.º, da Resolução/Presi n. 600-008, de 05/07/2004, do TRF - 1.ª Região, tenho por satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido o incidente de uniformização de jurisprudência. No que toca ao mérito, entretanto, não merece provimento.

Consoante a disciplina contida no art. 22, da Lei n. 8.460/92, com redação alterada pela Lei n. 9.527/97, o benefício de auxílio-alimentação é devido ao servidor por dia trabalhado no efetivo exercício do cargo ou função, não discriminando o legislador entre jornada normal e outros tipos de afastamentos temporários, como férias, licenças, missões oficiais e outros.

Desta forma, a interpretação deve ficar subsumida ao texto examinado, não cabendo ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, não podendo, portanto, ser excluído do limite de incidência da norma legal aquilo que o legislador não cogitou de excepcionar.

Com efeito, em relação a nuance legal, encontram-se assentadas nos arts. 97 e 102, da Lei n. 8.112/90, as hipóteses de afastamentos do serviço público, sendo consideradas como de efetivo exercício do serviço, sem prejuízo, frise-se, da remuneração que cabe ao servidor. À espécie, calha destacar a disposição contida no art. 102 da referida legislação, em especial nos incisos I e VIII, *ipsis litteris*:

“Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I - férias;

II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído, ou em programa de pós-graduação *stricto sensu* no país, conforme dispuser o regulamento;

V - desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento;

VIII - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo;

c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção por merecimento;

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento;

f) por convocação para o serviço militar;

IX - deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;

X - participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais Clemência Maria Almada Lima de Ângelo, Edison Moreira Grillo Junior, Carmen Elizângela Dias Moreira de Resende, Atanair Nasser Ribeiro Lopes, Regis de Souza Araujo, Sonia Diniz Viana, Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, João Carlos Mayer Soares, Vanila Cardoso Andre de Moraes, Jaiza Maria Pinto Fraxe, Carlos Augusto Tôres Nobre e Jose Pires da Cunha

desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

XI - afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere.

Assim, tem-se que os afastamentos decorrentes de férias e de licença constituem um direito, sem prejuízo da remuneração habitual do servidor, dentro de um determinado período, reputado pela lei como de efetivo exercício do servidor na atividade desempenhada no cargo público por ele ocupado.

Como conseqüência lógica, não se pode pagar o benefício durante o período laboral e abstrai-lo nas férias, vez que, a rigor, não há qualquer suspensão do vínculo estatutário entre a Administração Pública e o servidor, que é devidamente remunerado durante as férias regulamentares, período este que também precisa de alimento.

No terreno jurisprudencial, o entendimento aqui esposado tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, diante dos reiterados pronunciamentos no sentido de que é devido o auxílio-alimentação durante os períodos de afastamento de que fala a Lei n. 8.112/90, não havendo mais espaço para dúvidas e divergências, conforme registram os seguintes julgados:

Administrativo. Servidor público federal. Licença. Curso de aperfeiçoamento. Auxílio-alimentação devido. Art. 102 da lei 8.112/90. Recurso especial conhecido e improvido.

É devido o pagamento do auxílio-alimentação e vale-transporte durante os afastamentos previstos no art. 102 da Lei 8.112/90. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ. RESP - Recurso Especial - 614433. Quinta turma. DJ data 07/05/2007, P. 351)

Agravo regimental em recurso especial. Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Incidência sobre as férias e licenças. Honorários advocatícios. Reexame de prova. Enunciado n° 7 da súmula do STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que o auxílio-alimentação é devido por dia de trabalho no efetivo desempenho do cargo, assim incluindo as férias e licenças, tal como resulta da letra do artigo 102 da Lei n° 8.112/90. Precedentes.

2. A alteração do quantum fixado em sede de honorários advocatícios, à luz do parágrafo 4° do artigo 20 do Código de Processo Civil, requisita que o juiz analise o grau de zelo do profissional, o lugar de

prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, implicando o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pela letra do enunciado n° 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ), Enunciado n° 7).

4. Agravos regimentais improvidos. (REsp 742257/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 19/05/2008).

Em casos assim, tenho que se mostra mais razoável o acolhimento da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, posto ser órgão ostentador da prerrogativa de guardião do ordenamento jurídico federal, razão pela qual não se mostra adequado ao Juízo de primeira instância, bem como às Turmas Recursais, sob pena de ser mutilado o princípio da segurança jurídica, firmar posição em sentido avesso aos seus julgados.

Nesse sentido, convém mencionar o pronunciamento já manifestado por esta Turma Regional de Uniformização da Primeira Região, consoante se extrai do seguinte julgado:

Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Artigo 22 da lei n° 8.460/92, alterada pela lei n° 9.527/97. Incidência nas férias e demais afastamentos do servidor considerados como de efetivo exercício nos termos do artigo 102 da lei n° 8.112/90.

1. Nos termos do artigo 102 da Lei n° 8.112/90, as férias, licenças e outros tipos de afastamentos legalmente autorizados, são reputados como de efetivo exercício, devendo incidir, em tais períodos, o auxílio-alimentação instituído pela Lei n° 8.460/92, alterada pela Lei n° 9.527/97.

2. A própria Administração Pública reconheceu o direito dos servidores à percepção do auxílio-alimentação durante as férias, ao editar, em 2003, o OF/CIRC/SRH/MP n° 3/2003, amparado no Parecer MP/CONJUR/IC/N° 0138-2-9/2001, orientando os órgãos do SIPEC a não mais efetuarem o desconto do benefício.

3. Como os direitos estatutários que estabelecem vantagens ou prestações pecuniárias nascem exclusivamente da lei, não poderia a Administração conferir efeitos retroativos à orientação normativa a partir do ano de 2001, ano em que veio a lume o mencionado parecer, pela simples razão de ter aquele ato administrativo o condão de apenas declarar o que já existia no ordenamento jurídico.

4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5. Pedido de Uniformização improvido. Acórdão mantido. (TRU - Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 2005.37.00.751208-9. Juiz Federal Carlos D'ávila Teixeira. DJU 25/05/2007)

Deste modo, sendo pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o auxílio-alimentação é considerado devido por dia trabalhado no efetivo exercício do cargo público, não fazendo a legislação em vigor qualquer exclusão quanto ao período de férias ou de licenças, nos termos delimitados pelo art. 102 da Lei n. 8.112/90, não merece prosperar a irresignação manifestada no presente incidente de uniformização.

Firme nessas considerações, conheço do pedido de uniformização de jurisprudência, porque próprio e tempestivo, e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo o acórdão prolatado pela Turma Recursal do Distrito Federal, em todos os seus termos.

Honorários advocatícios indevidos, eis que se trata de parte sem representação processual (Lei n. 9.099/95, art. 55).

É como voto.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2008.36.00.700014-2/MT

Relator: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto
Recorrente: Nelson Olimpio
Advogado: Dr. Wilson Roberta Alves e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Dr. Rodrigo Pereira Zulato e outros
Publicação: e-DJF1 de 15/5/2009, p. 920

Ementa

Pedido de uniformização. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais. Art. 201, § 7º, inc. I, da CF/88.

I. Para ser concedida a aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais não é necessário o implemento do requisito etário, tendo em vista que a regra de transição prevista no art. 9º, incs. I e II, alíneas “a” e “b” da Emenda Constitucional nº 20/98 é inaplicável pela ausência de aplicabilidade prática, já que confronta com regra permanente do texto constitucional (art. 201, § 7º, inc. I, da CF/88). Precedente da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência ((Processo nº 2004.51.51.023555-7, Relator Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, republicado, no DJ de 15.5.2008).

II. Incidente de uniformização conhecido e provido.

Acórdão

Decide a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, à unanimidade, conhecer do presente pedido de uniformização de interpretação de lei federal e dar-lhe provimento.

Brasília, 20/3/2009.

Juiz Federal *Itagiba Catta Preta Neto*, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto: – O presente pedido de uniformização de jurisprudência foi apresentado pelo autor (fls. 193/240) em face de acórdão da *Turma Recursal do Estado de Mato Grosso* (fls. 184/191), que deu provimento ao recurso interposto pelo INSS.

A ementa do acórdão recorrido encontra-se assim redigida:

Direito previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Aposentadoria por tempo de contribuição. Motorista, Armador, Servente e Assistente de produção. Decreto 83.080/79, anexos do Decreto 53831/64 e Decreto 217/97. Documentos extemporâneos. Conversão tempo especial em comum. Emenda Constitucional nº 20/98. Requisito etário não implementado. Impossibilidade.

I. O segurado comprovou ter exercido atividades em condições especiais de forma permanente, não ocasional, nem intermitente, que prejudicam a saúde e a integridade física, conforme Decretos nº 53831/64, 83.080/79, formulários e laudos acostados aos autos.

II. Embora tenha contado com mais de 30 anos de serviço até 16/12/1998 (edição da Emenda Constitucional nº 20/98), e mais de 35 anos após essa data, não possui a idade mínima para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou de contribuição.

3. Recurso provido.

O requerente apresentou como acórdãos paradigmas os recursos: 2004.37.00.714327-5/MA, Relator Juiz Federal José Magno Linhares Moraes; 2006.35.00.724288-9/GO, Relator Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida, pub. no DJ-GO de 12-1-2007; 2007.35.00.700684-3/GO, Relator Juiz Federal

Jesus Crisóstomo de Almeida, pub. no DJ-GO de 14-3-2007; 2006.35.00.726507-0/GO, Relator Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida, DJ-GO de 14-3-2007; 2006.35.00726459-0, Relator Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida, DJ-GO de 28-3-2007.

Contra-razões não apresentadas.

O pedido de uniformização de interpretação de lei federal foi admitido às fls. 243.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto: – De início, verifico a tempestividade do presente incidente e a existência da suscitada divergência, como será demonstrado a seguir.

O acórdão recorrido considerou que o autor, ora requerente, não possui a idade mínima para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, apesar de contar com mais de 30 anos de serviço até 16/12/1998 (edição da EC n° 20/98), e mais de 35 anos após essa data.

Enquanto os processos apontados como paradigmas 2006.35.00.724288-9, 2007.35.00.700684-3 e 2006.35.00.726507-0 adotam entendimento oposto de que na aposentadoria por tempo de contribuição o requisito etário não é aplicado, por não ser exigência da regra atual.

Segundo o art. 201, § 7°, inc. I, da CF/88, é garantida aposentadoria no regime geral de previdência social ao segurado que implementar 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher.

A Emenda Constitucional n. 20/98, em seu art. 9°, estabeleceu outras condições para o deferimento da aposentadoria para os filiados ao regime geral de previdência social, até o dia 16-12-1998 (data da publicação da EC n. 20/98), a idade mínima e o pedágio, bem como assegurou o recebimento de aposentadoria proporcional, *in verbis*:

“Art. 9° - Observado o disposto no art. 4° desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1° - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4° desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.”

Porém, as exigências de requisito etário e do pedágio impostas pelo art. 9° da Emenda Constitucional n° 20/98 (regra de transição) para fins de aposentadoria integral não têm eficácia, pois confronta com o disposto no art. 201, § 7°, inc. I, da CF/88 (regra permanente) que impõe apenas o tempo de contribuição.

Aliás, o próprio INSS em sua Instrução Normativa INSS/PRESI n° 20/2007, nos artigos 109 e 110¹, dispôs

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais Itagiba Catta Preta Neto, Cesar Augusto Bearsi, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Jaiza Maria Pinto Fraxe, Carlos Augusto Tôrres Nobre, Gláucio Maciel Gonçalves, Jair Araujo Facundes, Cleberon Jose Rocha, Herculano Martins Nacif, Regis de Souza Araujo, Pedro Braga Filho, Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, Rubens Rollo D'Oliveira e João Carlos Mayer Soares.

¹ Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o

que na aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos integrais, deve ser cumprido apenas o seguinte requisito: 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher, tanto para os segurados inscritos no RGPS antes da edição da EC nº 20/98 (16-12-1998) como para os segurados inscritos a partir de 17-12-1998.

A respeito do tema, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência recentemente decidiu pela desnecessidade de implemento concomitante de requisito etário na aposentadoria com proventos integrais. Confira-se:

“Pedido de uniformização. Aposentadoria com proventos integrais. Regime geral da previdência social. Art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal. Regras permanentes. Desnecessidade de implemento concomitante de requisito etário. Exigência adstrita às regras de transição previstas no art. 9º da Emenda Constitucional 20/98. Provimento do pedido de uniformização. Retorno dos autos à Turma Recursal a fim de apreciar o recurso inominado do autor quanto ao valor limite da requisição de pagamento.” (Processo nº 2004.51.51.023555-7, Relator Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, republicado. no DJ de 15.5.2008)

O colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região também adotou o mesmo entendimento no julgamento abaixo transcrito:

Previdenciário - Aposentadoria por tempo de

contido no § 2º, do art. 38 desta Instrução Normativa, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações: I – aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:

- a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
 - b) trinta anos de contribuição, se mulher.
- II – aposentadoria por tempo de contribuição com renda mensal proporcional, desde que cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:
- a) idade: 53 (cinquenta e três) anos para o homem; 48 (quarenta e oito) anos para a mulher;
 - b) tempo de contribuição: trinta anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher;
 - c) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, em 16 de dezembro de 1998, faltava para atingir o tempo de contribuição estabelecido na alínea “b” deste inciso.

Art. 110. Os segurados inscritos no RGPS a partir de 17 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição desde que comprovem: I - 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; II - trinta anos de contribuição, se mulher.” (grifamos)

contribuição - Tempo de serviço especial - Direito adquirido à forma de contagem - Agentes nocivos: tensão elétrica (250 volts), umidade, microrganismos, fungos e bactérias - Decretos nº 53.831/64 e 2.172/97 - Conversão - Proventos integrais - Sentença mantida.

(...)

5. O inciso I do §7º do art. 201, da CF/88, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Como a exigência da idade mínima não foi aprovada quando da promulgação da Emenda 20, a regra de transição para a aposentadoria integral (art. 9º, incisos I e II da EC 20) restou sem efeito, já que, no texto permanente (art. 201, §7º, Inciso I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição, sem exigência de idade ou “pedágio”. Precedentes: TRF 3ª Região, AG 216632/SP, Rel. Juíza Marisa Santos, Nona Turma, unânime, DJ de 22/03/2005, p. 448; TRF 4ª Região, AC 628276/RS, Rel. Juiz Celso Kipper, Quinta Turma, unânime, DJ 09/03/2005, p. 511 e TRF 4ª Região, AC 363694/RS, Rel. Juiz Luiz Carlos Cervi, Quinta Turma, unânime, DJ 07/05/2003, p. 740.

6. As exigências de idade mínima e período adicional, para a aposentadoria integral, antes previstas no art. 188 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), foram suprimidas pelo Decreto 4.729, de 09/06/2003, que deu nova redação ao art. 188. E a Instrução Normativa nº 118 do INSS, de 14/04/2005 (art. 109), em consonância com o Regulamento, disciplinou a concessão da aposentadoria integral sem as exigências do art. 9º, incisos I e II da EC/20.

(...)

(AC 96.01.44863-2/MG; D.J. de 20/09/2001, e, AC 1997.01.00.025648-6/MG; D.J. de 25/09/200).

Dessa forma, adoto o posicionamento de que não se exige para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais a implementação de requisito etário concomitante com o tempo de contribuição.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e provimento do pedido de uniformização, para assegurar ao autor, ora requerente, aposentadoria com proventos integrais ao tempo de contribuição, nos termos da sentença de fls. 137/139.

É como voto.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.38.00.733676-4/MG

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves
Recorrente: Universidade Federal do Triângulo Mineiro – UFTM
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini
Recorrida: Rosa Emilia da Silva Rangel
Publicação: e-DJF1 de 28/5/2009, p. 124

Ementa

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Art. 75 e 102, I e VIII, b), da lei 8.112/90. Servidor público. Adicional noturno. Incidência sobre férias e licença para tratamento de saúde. Habitualidade. Incidente desprovido.

I.É devido o adicional noturno durante férias e licença para tratamento de saúde do servidor público que habitualmente o recebe. Aplicação do art. 102, I e VIII, b), da Lei 8.112/90.

II.Incidente desprovido.

Acórdão

Decide a Turma Regional, por unanimidade, negar provimento ao pedido de uniformização, nos termos do voto do Juiz relator.

Cuiabá, 20/3/2009.

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 2ª Turma Recursal de Minas Gerais, apontando a requerente, UFTM, divergência na interpretação da norma contida no art. 75 da Lei 8.112/90 pela 1ª Turma Recursal de Minas Gerais.

A Turma de origem entendeu que o art. 102, I, da Lei 8.112/90 considera como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de férias e licenças, motivo pelo qual o adicional noturno deve ser pago normalmente aos servidores nesses períodos. O acórdão paradigma, por sua vez, concluiu que o adicional noturno, nos termos do art. 75 da Lei 8.112/90, é devido em decorrência da efetiva prestação do serviço.

É o relatório, em síntese.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves:
– Conheço do presente pedido de uniformização, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, notadamente a demonstração da divergência, mediante indicação dos pontos decididos de forma distinta no acórdão recorrido e no acórdão paradigma.

O art. 75 da Lei 8.112/90 dispõe sobre o adicional noturno, que deve ser pago com acréscimo de 25% do valor-hora recebido pelo servidor. A norma não faz nenhuma exclusão quanto a hipóteses em que o servidor deixa de perceber o adicional, de modo que é

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais Gláucio Maciel Gonçalves, Jair Araujo Facundes, Cleberon José Rocha, Herculano Martins Nacif, Regis de Souza Araújo, Pedro Braga Filho, Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, Rubens Rollo D'Oliveira, João Carlos Mayer Soares, Itagiba Catta Preta Neto, Cesar Augusto Bearsi, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Jaiza Maria Pinto Fraxe e Carlos Augusto Torres Nobre.

perfeitamente possível aplicar o conteúdo do art. 102 da Lei 8.112/90, ou seja, considera-se como de efetivo serviço as férias e a licença para tratamento de saúde.

No regime estatutário, de direito público, o recebimento durante algum tempo de parcela supostamente incorporada à sua remuneração não impede, em regra, futura alteração do valor que recebe por seu trabalho. Diferentemente do serviço privado, regido por normas específicas, protetivas do trabalhador que percebe determinada parcela durante muito tempo, impedindo o corte, no serviço público a vantagem ilicitamente incorporada pode ser retirada pela Administração. A teor do enunciado n. 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal, pode a Administração anular os atos por ela praticados, se estiverem eivados de ilegalidade.

Contudo, a natureza da atividade da autora permite a interpretação sistemática feita pela 2ª Turma Recursal de Minas Gerais, produtora do acórdão recorrido.

A UFTM oferece o curso de Medicina e é dotada de respeitável hospital universitário. A autora é auxiliar de enfermagem, trabalhando no período noturno. O serviço que desempenha é imprescindível para o regular funcionamento do hospital, que, aliás, não pode parar à noite. Se a servidora normalmente trabalha no período noturno, percebendo sua remuneração acrescida de 25%, é legítimo o recebimento do adicional quando adoece e quando está em férias regulamentares.

Embora a natureza da gratificação seja *propter laborem*, ou seja, devida em razão do trabalho efetivo, a lei determinou, corretamente, que diversos afastamentos do servidor fossem considerados como se estivesse em serviço.

Em face do exposto, *nego provimento* ao incidente de uniformização para, nos termos do art. 102, I e VIII, b), da Lei 8.112/90, considerar devido o pagamento do adicional noturno durante férias e licenças para tratamento de saúde da servidora.

É como voto.

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2006.33.00.717960-0/BA

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dra. Liana Brandão Moraes Pinto e outros
Recorrido: Joely Batista da Silva
Publicação: e-DJF1 de 28/5/2009, p. 124

Ementa

Previdenciário. Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Correção monetária a incidir a partir da data do parto. Súmula nº 19 do TRF/1ª Região. Art. 41, §6º da lei 8.213/91 não afasta a correção. Recurso improvido.

I. O salário maternidade é um direito assegurado pelas normas do art. 7º, inciso XVIII e do art. 201, II, ambas da Constituição Federal. O art. 71 da Lei 8.213/91.

II. É certo que o direito ao benefício de salário-maternidade, neste caso, foi reconhecido pela autarquia e que a correção monetária é devida quando surge uma dívida líquida e certa. Não se trata de um acréscimo, mas mero ajuste do valor nominal da moeda para que acompanhe seu real valor. Portanto, não se trata de uma sanção decorrente da demora de um pagamento, sendo devida independente de quem deu razão à mora. Assim, é devida a correção mesmo que a autarquia tenha pago o benefício dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, previsto no art. 41, § 6º da Lei 8.213/91, conforme alegado.

III. “O pagamento de benefícios previdenciários, vencimentos, salários, proventos, soldos e pensões feitos administrativamente e com atraso, estão sujeitos a correção monetária desde o momento em que se tornou devido”. Súmula 19, TRF 1ª Região.

IV. O salário-maternidade tem o valor de um salário mínimo (art. 39, lei 8.213/91), é pago durante quatro meses à mulher que tem o filho (art. 71, art. 8.213/91) e, quando solicitado tardiamente, o dinheiro é liberado com base no salário mínimo vigente na época do nascimento do bebê.

V. Incidente de Uniformização conhecido e improvido para firmar o entendimento que é dever do INSS pagar as diferenças do salário- maternidade, com base no salário mínimo vigente na data do parto, corrigidos monetariamente os valores de cada parcela a partir do momento em que ela se tornou devida.

Acórdão

Decide esta Turma Regional de Uniformização, por unanimidade, conhecer do *incidente de uniformização* e negar-lhe provimento para manter o acórdão proferido pela Turma Recursal do Estado da Bahia/BA.

Cuiabá, 20/3/2009.

Juiz Federal *Cesar Augusto Bearsi*, Presidente

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi: – Trata-se de Pedido Regional de Uniformização para a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais apresentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão da Turma Recursal da Bahia/BA que afirmou ser devido correção monetária sobre os benefícios de salário-maternidade

concedidos a trabalhadora-rural a partir da data do parto.

Sustenta a recorrente divergência em face da Turma Recursal da Seção Judiciária do Piauí que afirmou ser indevida a correção monetária dos valores pagos a título de salário-maternidade quando o requerimento administrativo ocorreu após o período fixado no art. 71 da Lei 8.213/91. O acórdão fundamenta a inexistência

de mora por parte da autarquia previdenciária, o que afastaria a obrigação de corrigir monetariamente os valores pagos.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi: – O salário maternidade é um direito assegurado pelas normas do art. 7º, inciso XVIII e do art. 201, II, ambas da Constituição Federal. O art. 71 da Lei 8.213/91 assim estabelece:

“Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”.

Assim, entende-se que o salário-maternidade é um benefício para as seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, domésticas, individuais, facultativas e especiais.

No presente caso, trata-se de lide que envolve trabalhadora rural e a discussão aqui está na obrigação ou não da autarquia previdenciária corrigir monetariamente os valores pagos à autora, fora do tempo previsto em lei.

É certo que o direito ao benefício de salário-maternidade, neste caso, foi reconhecido pela autarquia e que a correção monetária é devida quando surge uma dívida líquida e certa. Não se trata de um acréscimo, mas mero ajuste do valor nominal da moeda para que acompanhe seu real valor. Portanto, não se trata de uma sanção decorrente da demora de um pagamento, sendo devida independente de quem deu razão à mora.

Assim, é devida a correção mesmo que a autarquia tenha pago o benefício dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, previsto no art. 41, § 6º da Lei 8.213/91, conforme alegado.

A Súmula nº 19 do TRF/1ª Região assim dispõe:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais César Augusto Bearsi, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe, Carlos Augusto Tórres Nobre, Gláucio Maciel Gonçalves, Jair Araujo Facundes, Cleberson Jose Rocha, Herculano Martins Nacif, Regis de Souza Araujo, Pedro Braga Filho, Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, Rubens Rollo D’Oliveira, João Carlos Mayer Soares e Itagiba Catta Preta Neto.

“O pagamento de benefícios previdenciários, vencimentos, salários, proventos, soldos e pensões feitos administrativamente e com atraso, estão sujeitos a correção monetária desde o momento em que se tornou devido”.

Nesse sentido:

Previdenciário. Salário-maternidade. Atualização monetária do valor devido. TRF-1ª Região, Súmula 19.

1. Sendo certo que o objeto da lide não diz com a concessão de salário-maternidade, mas com atualização monetária de valores recebidos, a tal título, no âmbito administrativo, não se há de cogitar de decadência do direito ao próprio benefício, que foi reconhecido como devido pela própria administração previdenciária, ao concedê-lo às beneficiárias.

2. “O pagamento de benefícios previdenciários, vencimentos, salários, proventos, soldos e pensões, feito, administrativamente, com atraso, está sujeito a correção monetária desde o momento em que se tornou devido (TRF-1ª Região, súmula 19)”.

3. Recurso de apelação não provido.

(AC 2006.40.01.000605-9/PI, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, e-DJF1 p.90 de 23/06/2008)

Como o art. 71, Lei 8.213/91 estabelece que “o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste”, entende-se que o termo temporal que determina o valor do benefício é a data do parto.

Logo, o salário-maternidade tem o valor de um salário mínimo (art. 39, lei 8.213/91), é pago durante quatro meses à mulher que tem o filho (art. 71, Lei 8.213/91) e, quando solicitado tardiamente, o dinheiro é liberado com base no salário mínimo vigente na época do nascimento do bebê.

Portanto, é dever do INSS pagar as diferenças do salário-maternidade concedido à autora, com base no salário mínimo vigente na data do parto, corrigidos monetariamente os valores de cada parcela a partir do momento em que ela se tornou devida.

Diante do exposto, *conheço do recurso e nego provimento* ao incidente de uniformização para manter o acórdão proferido pela Turma Recursal do Estado da Bahia/BA.

Recurso

2006.38.00.742803-2/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)

Recorrido: Daniel Henrique da Costa

Publicação: e-DJF1 de 29/4/2009

Ementa

Civil. Indenização por danos morais e materiais. Correios. Mercadoria avariada. Ressarcimento devido ao remetente. Pagamento efetivado. Impossibilidade de novo reembolso ao destinatário. Legislação específica. Recurso provido.

I. A Lei 6.538/1978 regula os direitos e obrigações relativos ao serviço postal, com previsão expressa (art. 11) de que os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito. Trata-se de norma específica que se aplica em caso de o destinatário não receber a mercadoria por estar avariada. A ECT procurou o remetente para indenizá-lo e consultar sobre a sub-rogação de seus direitos ao destinatário. Não ocorrendo cessão de direitos, o pagamento da indenização pelos danos materiais é devido ao remetente.

II. A ECT, como qualquer sujeito de direito, pode vir a se encontrar na situação de causadora de prejuízo, resultando daí a obrigação de reparar danos patrimoniais oriundos de ação ou omissão lesivas praticadas por seus prepostos. Consoante dispõe o § 6º do art. 37 da Constituição, a responsabilidade civil no caso é objetiva, respondendo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros.

III. Para que se reconheça o dever de indenizar, é necessária a prova do fato e do dano, bem como o nexo de causalidade entre eles. No caso, houve dano decorrente da irregularidade da conduta dos Correios, mas este só foi suportado pelo remetente, devidamente recompensado pelo prejuízo material. Se o recorrido não se sub-roga nos direitos do remetente quanto ao recebimento dos danos morais, tampouco faz jus à reparação pelos danos imateriais, pois a causa da demanda é uma só: o contrato de postagem firmado pelo remetente com os Correios.

IV. Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, *acordam* os Juizes da 2ª Turma Recursal de Minas Gerais, à unanimidade, *dar provimento* ao recurso, na conformidade do voto do relator.

Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves: Sr^a. Presidenta, tratam os autos de recurso interposto contra sentença que julgou procedente a demanda, para condenar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) a ressarcir e a indenizar o recorrido por valores referentes a mercadoria transportada por meio do SEDEX 10, que chegou avariada ao destino.

A recorrente alegou preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, em razão de lei federal que determina pertencerao remetente os objetos postais até sua entrega

a quem de direito, sendo o recorrido parte ilegítima para pleitear indenização, por se tratar de destinatário que recusou o recebimento da correspondência. Informou ter pago ao remetente o seguro relativo à mercadoria avariada. Quanto ao mérito, defendeu que não seriam devidos danos materiais e morais.

As contrarrazões foram apresentadas por defensor dativo, uma vez que o recorrido não foi localizado para intimação do inteiro teor da sentença, bem como para tomar conhecimento do recurso. Disse que a indenização seria devida, pois foi ele quem suportou o ônus dos danos causados pela má prestação do serviço,

com respaldo do Código de Defesa do Consumidor. Insurgiu-se quanto ao valor do seguro que considerou descabido frente ao prejuízo causado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves:
Em 12/7/2004, o recorrido compareceu a uma agência dos Correios para receber um monitor de vídeo de 20 polegadas, marca Gradiente, tendo se recusado a retirar a mercadoria porque ela se encontrava avariada.

Indiscutivelmente, a ECT, concessionária de serviço público, deve zelar pela eficiência de seus serviços, devendo indenizar seus usuários pelos danos causados por mercadorias avariadas. A relação jurídica entre os Correios e os consumidores não se vincula à relação comercial existente entre o vendedor e o comprador da mercadoria que é encaminhada via postal. Assim, o fato de o recorrido ter demonstrado por nota fiscal que pagou pelo monitor de vídeo não influi na obrigação que os Correios têm com aqueles que contratam seus serviços. É que no caso há norma específica, consubstanciada na Lei 6.538/1978, que regula os direitos e as obrigações relativas ao serviço postal, na qual há previsão expressa (art. 11) de que os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito.

Como o recorrido não recebeu a mercadoria, por estar avariada, a ECT procurou o remetente para indenizá-lo e consultar sobre a sub-rogação de seus direitos ao destinatário. Não tendo o remetente autorizado a cessão de direitos, houve pagamento da indenização a ele e não ao recorrido. Havendo norma específica para regular o serviço postal, afasta-se a regra geral do art. 494 do Código Civil.

Restou devidamente comprovado que os Correios efetuaram o pagamento de R\$ 544,20 a título de ressarcimento pelo envio do Sedex 10 e pelo seguro relativo à mercadoria danificada (f. 50/54). A interpretação que se dá ao § 2º do art. 33 da Lei 6.538/1978 é a de que a indenização por danos materiais

devida pelos Correios em caso de avaria é proporcional ao valor declarado dos objetos postais. Isso leva à conclusão, *a contrario sensu*, de que, se não houve valor declarado na correspondência, a indenização está limitada ao valor básico para a operação, no caso o Sedex, valor este oferecido ao remetente.

Portanto, não tem o recorrido legitimidade para pleitear a indenização por danos materiais, já que esta cabia ao remetente e foi devidamente paga. O remetente com certeza era o fornecedor do monitor de vídeo avariado e reembolsou o recorrido pelo valor que havia pago ou encaminhou outro monitor em substituição.

Nesse compasso, tampouco é devida indenização por danos morais.

A ECT, como qualquer sujeito de direito, pode vir a se encontrar na situação de causadora de prejuízo, resultando daí a obrigação de reparar danos patrimoniais oriundos de ação ou omissão lesivas praticadas por seus prepostos. Consoante dispõe o § 6º do art. 37 da Constituição, a responsabilidade civil no caso é objetiva, respondendo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros.

Entretanto, para que se reconheça o dever de indenizar, é necessária a prova do fato e do dano, bem como o nexo de causalidade entre eles. No caso, houve dano decorrente da irregularidade da conduta dos Correios, mas este só foi suportado pelo remetente, que, como dito, foi devidamente recompensado pelo prejuízo material.

É certo que o recorrido tinha a expectativa de receber o monitor de vídeo, o que pode mesmo ter lhe ocasionado aborrecimentos com os clientes da empresa de segurança que possui. Todavia, se o recorrido não se sub-roga nos direitos do remetente quanto ao recebimento dos danos morais, tampouco faz jus à reparação pelos danos imateriais, pois a causa da demanda é uma só: o contrato de postagem firmado pelo remetente com os Correios.

Em face do exposto, *dou provimento ao recurso* para julgar improcedente a demanda. Sem honorários, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995, por ter sido a recorrente vencedora no seu recurso.

É o voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Vânia Cardoso André de Moraes e Cláudio José Coelho Costa. Se ausentou o Exmo. Sr. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo.

Recurso

2006.38.00.751351-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves

Recorrente: Claiton Péricles de Souza

Recorrida: Caixa Econômica Federal

Publicação: e-DJF1 de 29/4/2009

Ementa

Civil. Dano moral. Caixa Econômica Federal. Responsabilidade pela falha de serviços. Transferência de valores não realizada. Dano moral. Indenização devida. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

I. De acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem, independentemente de culpa, pelos atos causados por seus prepostos. Assim, a responsabilidade civil somente seria ilidida pela demonstração de culpa exclusiva da parte, o que não se deu no presente caso. Não obstante a responsabilidade objetiva, está presente, ainda, a culpa da Caixa, que não realizou a contento a transferência de valores operada pelo recorrente. A responsabilidade civil, no caso, é subjetiva, sendo evidente a culpa da instituição financeira decorrente da falha de serviço.

II. Inegável o dano sofrido pelo correntista cujo dinheiro por ele transferido saiu de uma conta mas não entrou em outra, gerando-lhe incerteza desnecessária e um desassossego facilmente evitável, caso a Caixa fosse mais diligente em suas operações.

III. Demonstrados o ato ilícito, os danos e o nexo de causalidade entre eles, *exsurge* o dever de indenizar, cuja quantificação deverá pautar-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como no caráter justo, compensatório e punitivo da indenização.

IV. Recurso parcialmente procedente. Indenização fixada em R\$ 2.000,00.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, *acordam* os Juizes da 2ª Turma Recursal com sede na Seção Judiciária de Minas Gerais, à unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso, na conformidade do voto do relator.

Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves, relator

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves: Sr.ª Presidenta, tratam os autos de recurso interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, por ausência de demonstração do abalo ao patrimônio imaterial do recorrente.

Salientou o recorrente que, embora houvesse sido reconhecida a falha no serviço da Caixa, a falta de condenação à reparação pleiteada implicaria violação às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A recorrida apresentou contra-razões às f. 39/43, pleiteando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves: A questão cinge-se à configuração de danos morais em hipótese na qual o juiz sentenciante, embora reconhecendo o erro da Caixa na prestação de serviço, deixa de condená-la à reparação, por ausência de provas.

Para que nasça o dever de responder pela reparação de direito comum, é imprescindível que

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Vânia Cardoso André de Moraes e Cláudio José Coelho Costa. Se ausentou o Exmo. Sr. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo.

reste comprovado que o agente tenha concorrido com culpa para o evento danoso. A responsabilidade deste, ou de seus prepostos, capaz de ensejar o pagamento de indenização àquele que sofreu a lesão, só se verifica ao se constatar a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* para a ocorrência do fato.

De acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem, independentemente de culpa, pelos atos causados por seus prepostos. Assim, a responsabilidade civil somente seria ilidida pela demonstração de culpa exclusiva da parte, o que não se deu no presente caso.

O dano moral, indenizável independentemente da lesão patrimonial, é a ofensa a um bem jurídico contido nos direitos da personalidade, tal como o direito à honra e a tranquilidade. Para que reste configurado, é preciso que se avalie a gravidade objetiva de dano, o vexame causado, a situação social e profissional da vítima, sua personalidade, o seu sofrimento, bem como a situação econômica do ofensor. É necessário, também, que fique comprovado o nexo de causalidade entre o constrangimento provocado e o erro praticado por seu agente.

No caso, quanto à matéria fática, não há controvérsias. O recorrente não conseguiu realizar a transferência de valores entre duas agências, por falha interna da Caixa. A instrução probatória é relativamente fraca, mas há nos autos a prova de que foi tentada a transferência de valores (f. 7), em 11/1/2005, e de que, até 17/1/2005, esse valor não estava creditado na conta do recorrente (f. 8). Ressalte-se que o documento de f. 7 encontra-se devidamente rubricado, o que permite concluir que a transferência passou por um rito procedimental que incluía a chancela de um agente da Caixa. Por conseguinte, o correntista em nada errou e, se houve erro, ele deve ser atribuído exclusivamente ao banco. A corroborar tal entendimento, o fato de que o preposto da Caixa, ouvido em audiência, confirmou a irregularidade na transação efetuada (f. 27).

Não obstante a responsabilidade objetiva, no caso está presente, ainda, a culpa da Caixa, que não realizou a contento a transferência de valores nos termos pretendidos pelo recorrente. Constata-se, dessa forma, que a responsabilidade civil no caso dos autos é subjetiva, sendo evidente a culpa da instituição financeira decorrente da falha de serviço.

O dano, por sua vez, também é indiscutível. O recorrente alega que o abalo imaterial foi decorrente do fato de ter ele sido obrigado a vender um televisor para saldar compromissos anteriormente assumidos. É verdade que não há prova de tal venda, mas não se pode negar o impacto que uma transferência de valores entre duas contas, caso não concretizada, tem sobre uma pessoa de média renda que, até prova em contrário, sempre foi cumpridora de seus deveres. Para todos os efeitos, até que se esclarecesse o ocorrido, o dinheiro do recorrente deveria ter saído de uma conta, mas não entrou em outra, o que lhe gerou incerteza quanto ao destino do valor e um desassossego facilmente evitável, caso a Caixa fosse mais diligente em suas operações.

Demonstrados o ato ilícito, os danos e o nexo de causalidade entre eles, exsurge o dever de indenizar. Resta, portanto, tratar da quantificação do dano moral, ressaltando, de início, que foi excessiva a quantia de R\$9.000,00 pedida na inicial e no recurso.

A fixação dessa espécie de indenização, à falta de parâmetros legais, deve pautar-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A doutrina e a jurisprudência erigiram como premissas as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante e a condição do lesado, atentando-se para o fato de que a indenização deve inibir a repetição da prática abusiva.

Assim, considerando a situação específica dos autos, acredito que o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) representa o caráter justo, compensatório e punitivo da indenização por danos morais, o qual deverá servir de estímulo para evitar a ocorrência de eventos dessa natureza, recompondo, na justa medida, o recorrente pela irregularidade cometida pela Caixa.

Em face do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para condenar a Caixa ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais). A correção monetária deverá incidir a partir deste julgamento e os juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso – solicitação da transferência não-efetivada –, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Não haverá condenação em honorários advocatícios, uma vez que o recorrente foi vencedor no recurso, ainda que em parte.

É o voto.



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

Afastamento de Prefeito. Pedido de suspensão de liminar. Legitimidade ativa do prefeito afastado. Possibilidade. Ato concreto, do prefeito, capaz de impedir a produção de provas.

Não bastam apenas considerações genéricas vinculadas à possibilidade de que, se permanecer no cargo, o agente político venha a atrapalhar a investigação. É preciso que algum ato concreto no sentido de impedir a produção de provas tenha sido detectado, para que se sustente a decisão provisória que afasta cautelarmente o agente político do cargo para o qual foi eleito.

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 2008.01.00.026529-8/BA

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Corte Especial

Publicação: *e-DJFI* de 11/5/2009, p.14

Sequestro de bens. Nomeação de depositário e administrador. Afronta ao princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade. Sequestro. Medida que por si só assegura o interesse público de promover eventual reparação do dano ao final do processo. Impetrantes que deverão ser nomeados fiéis depositários dos bens sequestrados.

Mostra-se ilegal e abusiva a nomeação de administrador judicial para garantir a conservação dos bens sequestrados que não servem à moradia dos impetrantes ou de sua família. Deve-se respeitar a presunção de inocência.

Mandado de Segurança 2007.01.00.057835-6/GO

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 19/5/2009, p. 7

Reingresso de estrangeiro expulso. Art. 338 do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Pena. Fixação no mínimo legal. Cumprimento. Regime aberto. Incompatibilidade com a condição de estrangeiro em situação irregular e caráter provisório. Reformatio in pejus. Vedação. Suspensão do processo. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Indeferimento. Recurso cabível. Recurso em sentido estrito. Incompatibilidade da suspensão processual com o processo referente ao crime em comento.

A fixação de regime aberto para o cumprimento da pena é incompatível com a condição de estrangeiro em situação irregular e caráter transitório, no país, prevalecendo, contudo, tendo em vista que a alteração, diante da inexistência de recurso da acusação contra a sentença que assim estabeleceu a reprimenda, importaria *reformatio in pejus*, repudiada pelo ordenamento jurídico. A suspensão do processo é absolutamente incompatível com o crime de reingresso de estrangeiro expulso, previsto no art. 338 do Código Penal, para o qual é prevista pena de reclusão, de *um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena*.

Apelação Criminal 2003.39.00.010228-3/PA

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 8/5/2009, p. 34

Crime contra a honra de menor praticado via internet. Art. 109, V, da CF/1988. Art. 16 da Convenção sobre os direitos da criança. Competência da Justiça Federal.

Tendo em vista existir convenção internacional, da qual o Brasil é signatário, que trata de crime praticado contra a honra de menor cujo resultado tenha se dado no estrangeiro, a competência para julgar o presente feito é da Justiça Federal.

Recurso em Sentido Estrito 2009.43.00.000910-9/TO
Rel.: Juiz Federal César Jatahy Fonseca (convocado) – 3ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 22/5/2009, p. 82

Lei 9.800/1999. Interposição virtual do recurso. Possibilidade. Originais (art. 2º): [a] não apresentados: petição apócrifa, recurso inexistente, [b] apresentados após o quinquídio: intempestividade.

Interpondo o recurso de forma *virtual* (Lei 9.800/1999) no prazo ordinário usual cabível (CPC), tem a recorrente 5 dias (art. 2º) após o encerramento do prazo respectivo para, atendendo encargo processual exclusivo seu, juntar aos autos os originais assinados: [a] se o faz fora do quinquídio, o recurso se tem por intempestivo; [b] se optar por simplesmente quedar-se inerte, tem-se o recurso por *inexistente*, mera petição apócrifa (sem forma nem figura de juízo).

Agravo Interno no Agravo de Instrumento 2008.01.00.046377-9/BA
Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 8/5/2009, p. 326

Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Crefito. Exercício ilegal. Auxiliar sem registro profissional.

A exigência de inscrição de profissionais em Conselho só pode ser feita em relação à sua atividade básica, nos termos do art. 1º da Lei 6.839/1980.

Reexame Necessário 2003.34.00.013090-5/DF
Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 22/5/2009, p. 570

Administrativo. Ação de improbidade ajuizada contra ex-prefeito. Processo extinto com julgamento do mérito. Prescrição. Início da contagem do prazo que se inicia quando do término do mandato. Reeleição.

Embora o § 5º do art. 37 da Constituição afaste a prescrição quanto às ações que visem ao ressarcimento de prejuízos ao erário, há divergências na jurisprudência do STJ quanto à possibilidade de utilização da ação de improbidade para tais fins. Nas hipóteses de reeleição, o prazo prescricional quanto aos supostos atos ímprobos praticados durante a vigência do primeiro mandato, iniciam-se quando esse termina e não ao final do segundo mandato, como defendem alguns doutrinadores.

Apelação Cível 2006.37.00.003448-6/MA
Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 26/06/2009, p. 138

Processo Penal. Penal. Estelionato. Formação de quadrilha. Art. 171, caput, c/c artigo 71, caput, do Código Penal. Configuração. Identificação dos demais integrantes. Desnecessidade. Associação de mais de três pessoas para o crime comprovada.

O col. Supremo Tribunal Federal asseverou que ... *a doutrina entende que, mesmo não sendo possível a identificação de um ou alguns dos quatro integrantes, ainda assim, o delito não deixa de existir* (RTJ 112/1.064). Portanto, comprovado que o bando era integrado por quatro ou mais pessoas, desnecessário para a configuração do delito de quadrilha que todos os integrantes tenham sido identificados.

Apelação Criminal 2005.43.00.000863-7/TO
Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 5/6/2009, p.144

Penal. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A, do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas somente quanto ao corrêu. Coautoria. Meros indícios. Contrato social. Responsabilidade objetiva. Condenação. Impossibilidade. Ações penais em curso. Maus antecedentes. Não violação ao princípio da presunção de inocência.

Conforme disciplina dada pelo § 1º do art. 110 do Código Penal, não tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, não é possível o reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, pela pena fixada em concreto. Ademais, convém acrescentar que a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal estabelece que *a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação*. Portanto, a *contrario sensu*, pendente recurso da acusação, como na hipótese dos autos, não há que se cogitar em prescrição pela pena concretizada.

Ao contrário do âmbito civil, onde se admite a responsabilização objetiva, no Direito Penal, o simples fato de uma pessoa figurar no estatuto ou no contrato social de uma empresa como sócio-gerente (circunstância objetiva) não tem o condão, por si só, de ensejar uma condenação, se não comprovado que efetivamente exercia a gerência e que o não recolhimento e repasse das contribuições previdenciárias deram-se por interferência ou conivência sua.

O Supremo Tribunal Federal, em recente jurisprudência, (...) *firmou entendimento de que os inquéritos policiais e as ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não culpabilidade*. (excerto do voto do Sr. Ministro Ricardo Levandowski, relator do AG. REG. no Agravo de Instrumento 604.041-7/RS).

Apelação Criminal 1999.38.01.003567-4/MG

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/6/2009, p. 244

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Plano de seguridade social (PSS) do servidor público: contribuição (MP 1.415/1996) sobre aposentadoria. Isenção superveniente (Lei 9.630/1998). Restituição devida. Jurisprudência uniforme do TRF1.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 9.630/1998 isentou o inativo do serviço público federal da contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público, independentemente da data de sua aposentadoria, estendendo o benefício àqueles que não tiveram descontadas as contribuições em época própria. O STF proclamou que o art. 195 e incisos da CF/1988 não preveem contribuição social para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público a ser paga por servidor inativo

Apelação Cível 1997.38.00.051253-0/MG

Rel.: Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada) – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/06/2009, p. 372



Estatística

MAIO/2009

PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários admitidos (Asret)	16
Recursos Especiais admitidos (Asret)	71
Recursos Extraordinários inadmitidos (Asret)	82
Recursos Especiais inadmitidos (Asret)	349
Despachos diversos (Asret)	52
Decisões diversas (Asret)	24
Decisões em plantão (Asret)	2
Suspensão de liminares deferidas (Asret)	2
Suspensões de Segurança deferidas (Asret)	5
Suspensões de Segurança indeferidas (Asret)	8
Agravos Regimentais não providos (Asret)	2
Embargos de Declaração rejeitados (Asret)	2
Recursos Extraordinários eletrônicos encaminhados para STF – Via Corec (Asret)	4
Recursos Especiais sobrestados na Corec (Asret)	96
Recursos Extraordinários sobrestados na Corec (Asret)	24
Memorandos expedidos (Asret)	5
Ofício expedido (Asret)	1
Informações em processos administrativos (Secre)	68
Apostilas (Secre)	2
Atos (Secre)	50
Portarias (Secre)	29
Ofícios (Secre)	177
TOTAL	1.071

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

ATOS JURISDICIONAIS DO PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

Decisões Interlocutórias em Suspensão de Segurança	3
--	---

ATOS JURISDICIONAIS DO DES. FEDERAL SOUZA PRUDENTE – RELATOR

Despachos	2
Decisões Interlocutórias	3

ATOS JURISDICIONAIS DO VICE-PRESIDENTE

Decisões Interlocutórias em Recursos Especiais admitidos	98
Decisões Interlocutórias em Recursos Especiais inadmitidos	419
Decisões Interlocutórias em Recursos Extraordinários admitidos	20
Decisões Interlocutórias em Recursos Extraordinários inadmitidos	156
Decisões Interlocutórias em Recursos Especiais sobrestados/suspensos	69
Decisões Interlocutórias em Recursos Extraordinários sobrestados/suspensos	25
Despachos do Vice-Presidente	209
Ofícios	3

ATOS JURISDICIONAIS DO JUIZ FEDERAL EM AUXÍLIO À VICE-PRESIDÊNCIA

DR. CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS

Despachos	140
Decisão	1
Ofícios	3

Dados fornecidos pela assessoria da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções	839
Remetidos à Asvip	1.257
Remetidos à Asret	1.373
Remetidos ao STF	353
Processos devolvidos pelo STJ digitalizados	285
Recursos Extraordinários eletrônicos recebidos do STF	14
Remetidos ao STJ	439
Recebidos do STJ	647
Recebidos do STF	235
Remetidos por baixa definitiva	1.153
Remetidos ao Arquivo Judicial	821
Sobrestados na Corec	2.655
Agravos processados	401
TOTAL	10.472

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Recursos admitidos	81
Recursos inadmitidos	203
Recursos sobrestados/suspensos	16
Despachos diversos	32
TOTAL	332

Dados fornecidos pela Corec

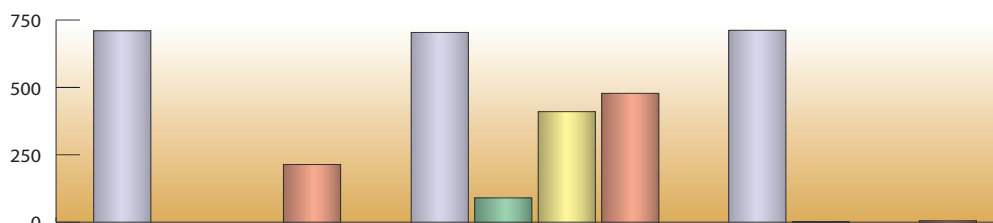
PUBLICAÇÕES DO VICE-PRESIDENTE

Recursos admitidos	118
Recursos inadmitidos	575
Recursos sobrestados e suspensos	94
Despachos diversos	209
TOTAL	996

Dados fornecidos pela Corec

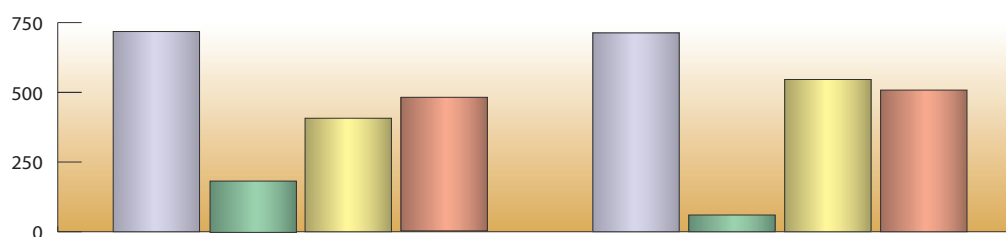
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – MAIO/2009

1ª Turma



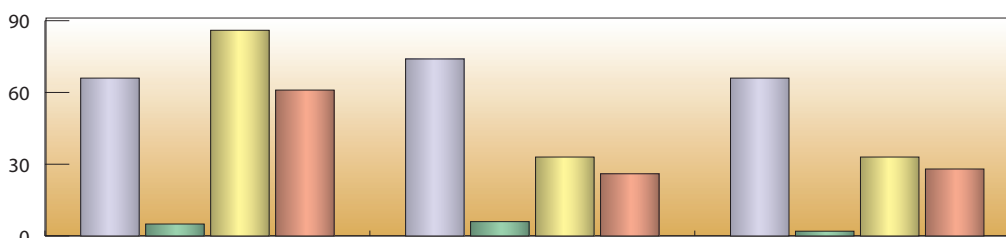
	António Sávio de Oliveira Chaves	Carlos Olavo	José Amílcar Machado
Distribuídos	710	704	712
Desp. term. publicados		90	1
Julgados		410	
Acórdãos publicados	214	478	5

2ª Turma



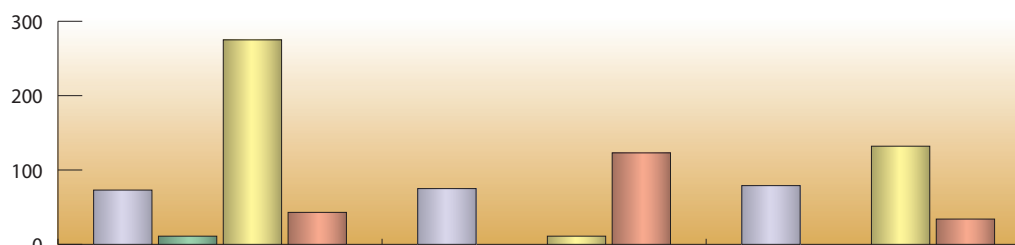
	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	718	713
Desp. term. publicados	184	60
Julgados	407	546
Acórdãos publicados	479	508

3ª Turma



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Cândido Ribeiro
Distribuídos	66	74	66
Desp. term. publicados	5	6	2
Julgados	86	33	33
Acórdãos publicados	61	26	28

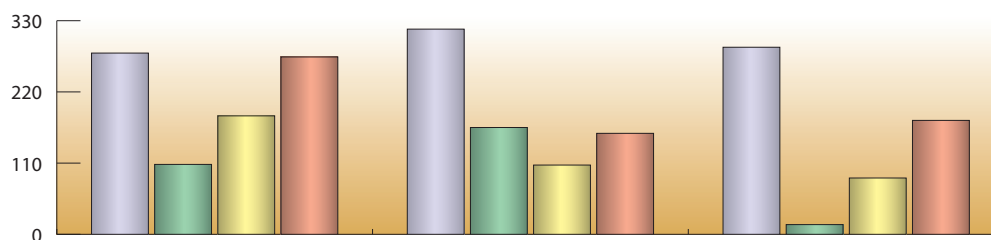
4ª Turma



	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	73	75	79
Desp. term. publicados	11		
Julgados	275	11	132
Acórdãos publicados	43	123	34

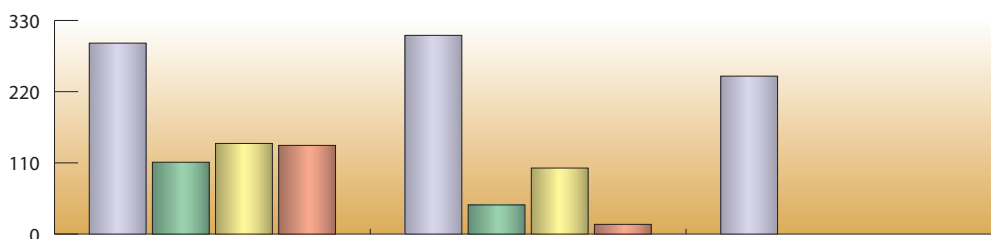
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – MAIO/2009

5ª Turma



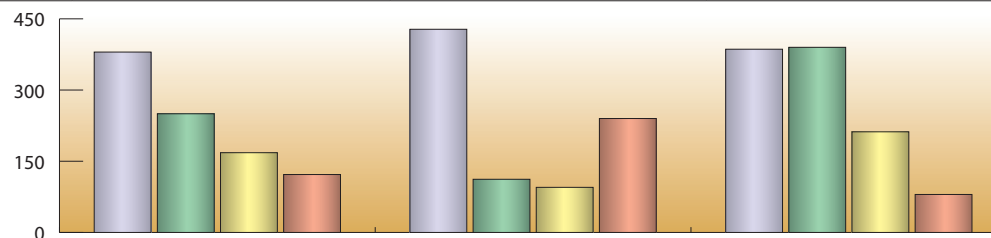
	João Batista Moreira	Selene de Almeida	Fagundes de Deus
Distribuídos	280	317	289
Desp. term. publicados	108	165	15
Julgados	183	107	87
Acórdãos publicados	274	156	176

6ª Turma



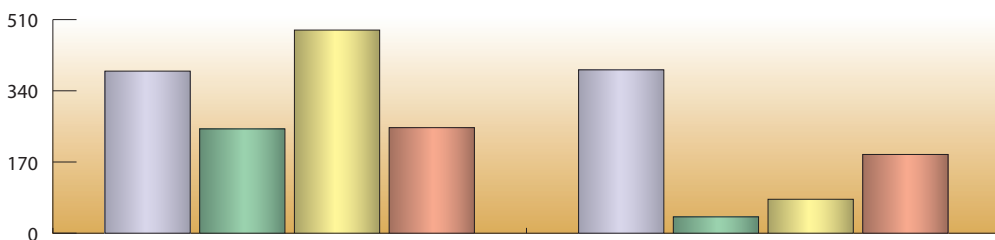
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	295	307	244
Desp. term. publicados	111	45	
Julgados	140	102	
Acórdãos publicados	137	15	

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Reynaldo Soares da Fonseca
Distribuídos	380	428	386
Desp. term. publicados	250	112	390
Julgados	168	95	212
Acórdãos publicados	122	240	80

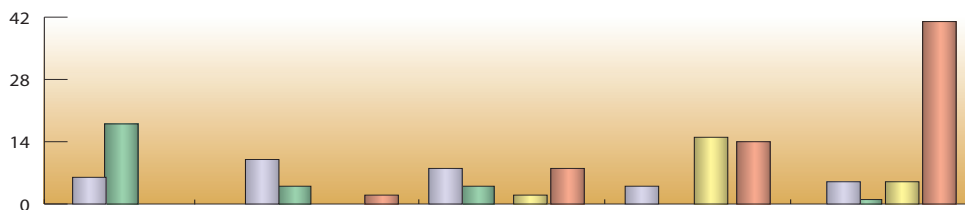
8ª Turma



	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Barros Amorim de Sousa
Distribuídos	387	390
Desp. term. publicados	249	39
Julgados	485	81
Acórdãos publicados	252	188

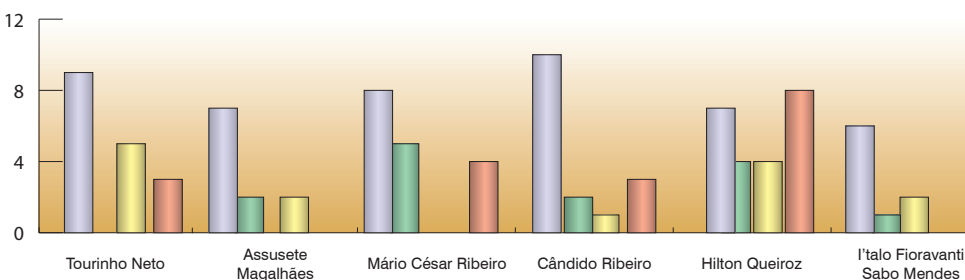
DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – MAIO/2009

1ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



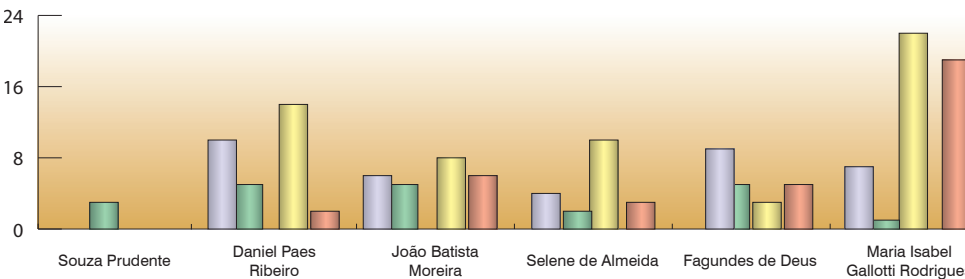
	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuz Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti	Carlos Olavo
Distribuídos	16	10	8	4	5
Desp. term. publicados	18	4	4		1
Julgados			2	15	5
Acórdãos publicados		2	8	14	41

2ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



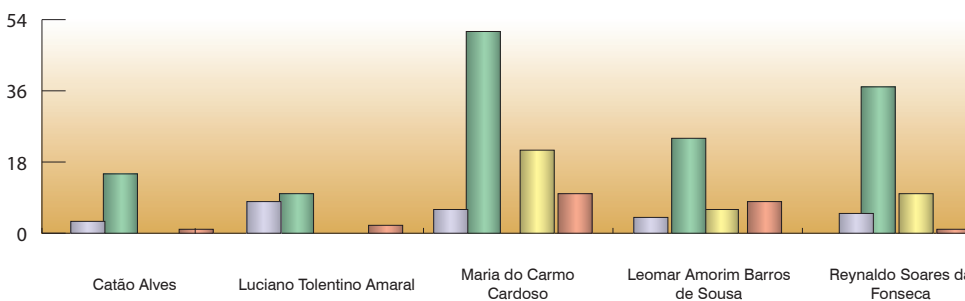
	Tourinho Neto	Assuete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	9	7	8	10	7	6
Desp. term. publicados		2	5	2	4	1
Julgados	5	2		1	4	2
Acórdãos publicados	3		4	3	8	

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
Distribuídos		10	6	4	9	7
Desp. term. publicados	3	5	5	2	5	1
Julgados		14	8	10	3	22
Acórdãos publicados		2	6	3	5	19

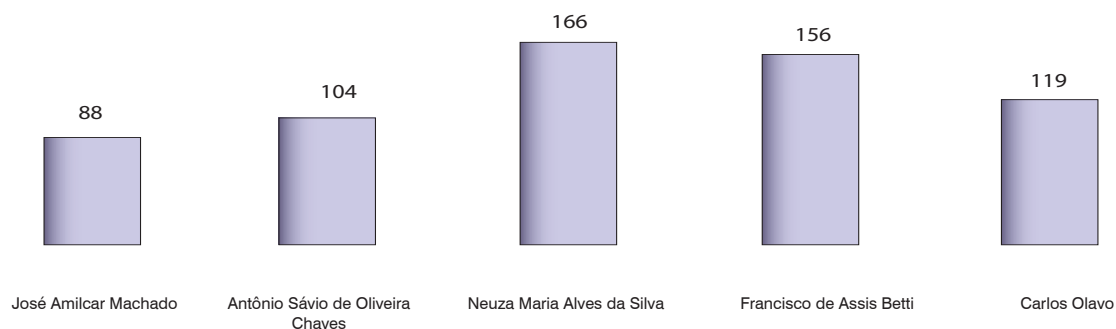
4ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



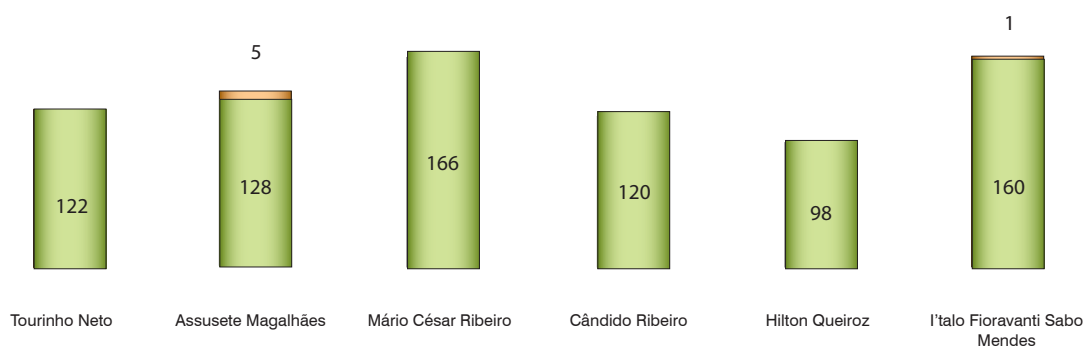
	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim Barros de Sousa	Reynaldo Soares da Fonseca
Distribuídos	3	8	6	4	5
Desp. term. publicados	15	10	51	24	37
Julgados			21	6	10
Acórdãos publicados	1	2	10	8	1

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – MAIO/2009

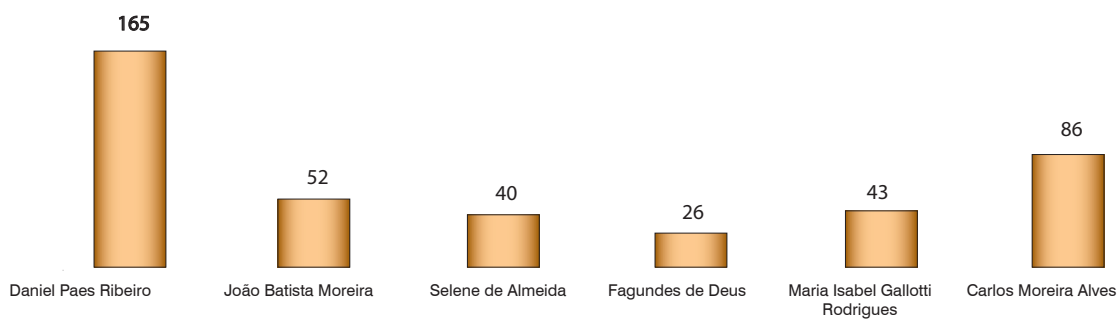
1ª Seção



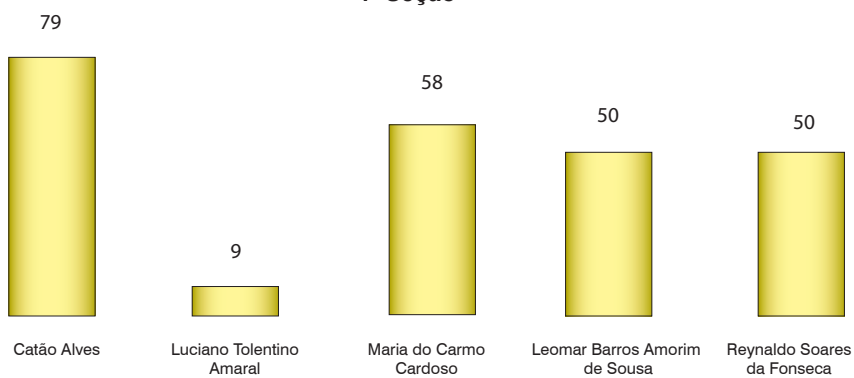
2ª Seção



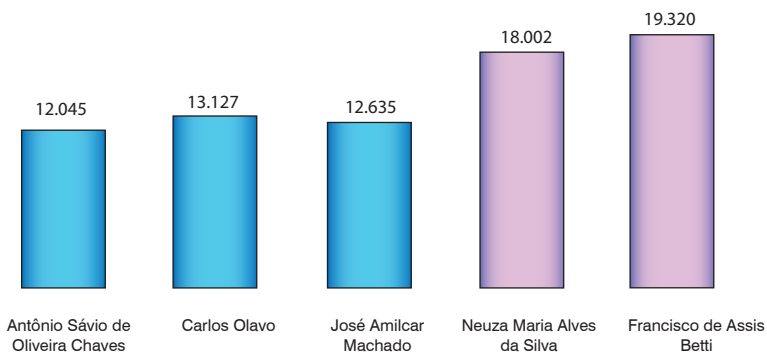
3ª Seção



4ª Seção



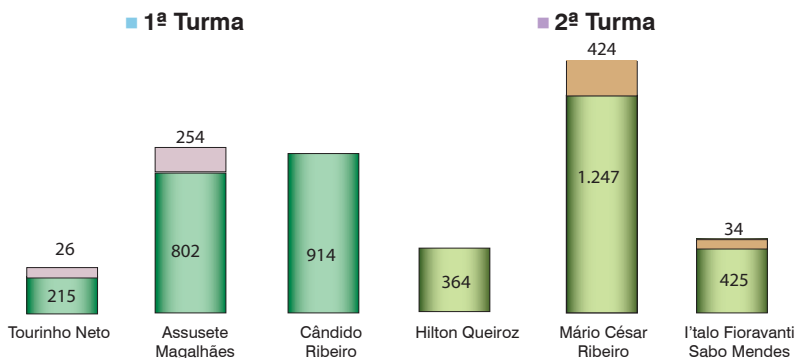
PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – MAIO/2009



COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

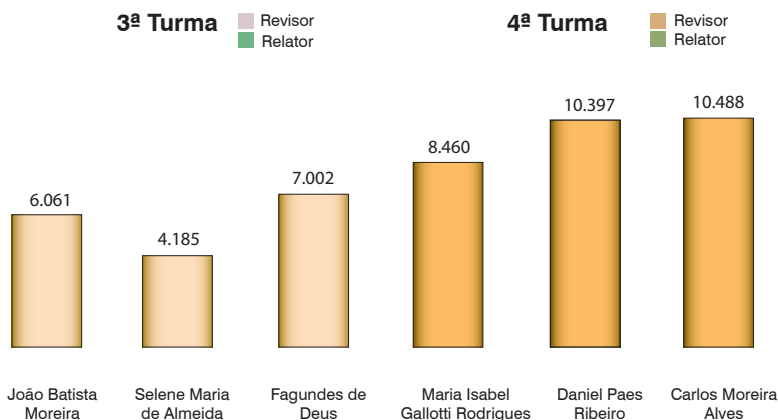
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- 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.



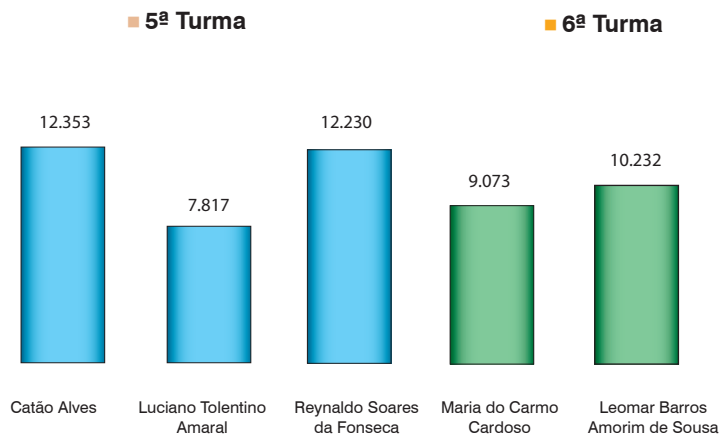
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- 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 MAIO / 2009	Órgão julgador	Despachos terminativos publicados	Julgados	Acórdãos publicados
Adverci Rates Mendes de Abreu	1ª Seção			2
	2ª Turma			20
Anamaria Reys Resende	1ª Seção	5	3	
	2ª Turma	19	128	
	3ª Seção	1	12	13
	6ª Turma	81	22	122
	7ª Turma			1
Antonio Francisco do Nascimento	1ª Turma	48	273	
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	1		15
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma	190	19	13
Carlos Eduardo Castro Martins	1ª Seção	2		
	2ª Seção	1		
	6ª Turma			1
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			1
	5ª Turma			2
César Cintra Fonseca	3ª Turma		32	29
Cleberon José Rocha	4ª Seção		7	
	8ª Turma	60	194	56
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma			11
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Seção		8	7
	1ª Turma	90	272	201
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção			3
	7ª Turma	96	104	125
Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas	7ª Turma	1	60	18
Guilherme Mendonça Doehler	1ª Turma		303	54
	7ª Turma			1
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	9	63	222
	6ª Turma	27		
Itelmar Raydan Evangelista	4ª Seção	1		10
	7ª Turma	6		30
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		21	30

Klaus Kuschel	2ª Seção	3	1	
	4ª Turma	4	38	19
Leão Aparecido Alves	8ª Turma		2	
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	8	105	111
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		57	130
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	143	91	89
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma			1
	5ª Turma		103	
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma			1
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção	35	14	18
	8ª Turma	107	81	318
Pedro Francisco da Silva	3ª Seção		7	4
	5ª Turma	97	114	83
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma			7
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		1	
	7ª Turma	136	213	182
Roberto Carlos de Oliveira	8ª Turma		5	
Rodrigo Navarro de Oliveira	6ª Turma		52	30
Rogéria Maria Castro Debelli	2ª Turma		28	34
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	4ª Turma	10	55	34
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		3	

Foram distribuídos para a juíza Anamaria Reys Resende: 10 processos na 1ª Seção e 590 na 2ª Turma.

Foram distribuídos para a juíza Anamaria Reys Resende: 38 processos na 6ª Turma.

Foram distribuídos para o juiz Osmane Antonio dos Santos: 6 processos na 4ª Seção e 372 na 8ª Turma.

Foram distribuídos para a juíza Gilda Carneiro Sigmaringa Seixas: 4 processos na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS MAIO / 2009	Órgão julgador	Despachos terminativos publicados	Julgados	Acórdãos publicados
Jirair Aram Megueriam	2ª Turma			1
	2ª Seção	5		
Sousa Prudente	6ª Turma	38	7	130
Tourinho Neto	2ª Turma			1
	5ª Turma			1
	4ª Seção	1		
Assusete Magalhães	2ª Turma			9
Mário César Ribeiro	3ª Seção	1		

Carlos Moreira Alves	1ª Seção	9		
	2ª Turma	23		184
Carlos Olavo	7ª Turma			1
José Amilcar Machado	2ª Seção	2		
Fagundes de Deus	2ª Seção	1		
Antonio Sávio de Oliveira Chaves	3ª Seção	1		
Maria Isabel Gallotti Rodrigues	5ª Turma			1
Carlos Fernando Mathias	4ª Seção	1		
	8ª Turma		2	1
Foram distribuídos para o Des. Federal Carlos Moreira Alves: 1 processo na 1ª Seção e 128 na 2ª Turma.				



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 de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A Revista do TRF 1ª Região tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados nas seções “Artigos doutrinários” e “Tópicos jurídicos” e de entrevistas nas seções “Em foco” ou “Ponto de vista”, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais de submissão e encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Estes 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 a 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 (trinta) 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 a serem enviados para o endereço identificado na folha de rosto.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelo telefone 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.gov.br.

