

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Abril 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

Supervisora da Seção de Apoio ao Gabinete da Revista
Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista

Etiene Gomes de Carvalho
Maria Elizabeth Rangel Nunes
Leandro Arantes de Melo – estagiário
Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros
Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário
Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Colaboração

Emérita Regina Cossão Oliveira
Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Controle de Texto e Padronização

Denise Barbosa Mardini Lanzarini
Maria Elizabeth Rangel Nunes
Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Produção Editorial

Etiene Gomes de Carvalho
Leandro Arantes de Melo – estagiário

Capa

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço
Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço
Zilda Maria Regina Dutra

Degração de áudio

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de folios

Dupligráfica Editora Ltda

Apoio

Geraldo Martins Teixeira Júnior – DIEDI
Luciana Fernandes Menezes – 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) 3221-6700 – (61) 3221-6675 – 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).

Excepcionalmente a estatística relativa ao mês de março não será publicada nesta edição, devido a ajustes técnicos da Divisão de Estatística – DIEST. Na edição n. 05, Maio de 2009, serão publicadas as estatísticas referentes aos meses de março e abril.

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 *Carlos Fernando Mathias*

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 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 Souza*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *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 Souza*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
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 Assuete Magalhães
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves –
Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargador Federal José Amílcar Machado

2ª Turma

Desembargadora Federal Neuza Maira Alves da Silva – Presidente
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

3ª Turma

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

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
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

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 Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rogrigues
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Comissão de Jurisprudência

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

Comissão de Regimento

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

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues
Desembargadora Federal Neuza Alves – Suplente

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargadora Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti
Desembargador Federal Catão Alves

Revista do Tribunal

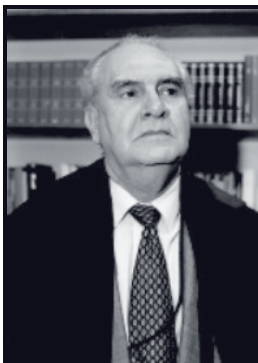
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

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

Seccionais

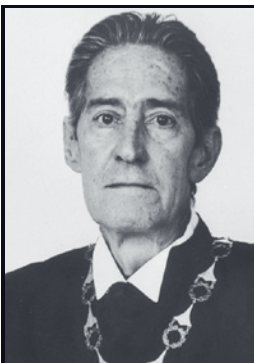
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção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



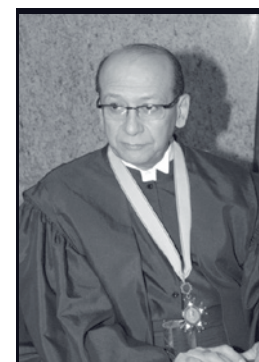
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



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 dos acadêmicos em Direito, 17

Em foco, 19

Julgamento da questão indígena da reserva “Raposa Serra do Sol”

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto

Atualidades: ponto de vista, 21

Súmulas Vinculantes e suas críticas

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa

Discurso, 27

Desembargador Federal Souza Prudente

Solenidade de posse no cargo de Vice-Presidente

Gastando o Latim, 33

Habeas Verbum: Língua do Direito, 35

Hifen é castigo de Deus

Dad Squarisi

Variedades, 37

A justiça como segunda fonte do honesto

De officiis – Cícero

Tradução de Maximiano Augusto Gonçalves

Artigos Doutrinários

Complementações de aposentadorias pagas por entidades de previdência privada – quanto tributar?, 39

João Celso Neto

Direito Internacional Humanitário e a Atuação da Cruz Vermelha na América Latina, 48

Alceu José Cicco Filho

Tópicos Jurídicos

A execução provisória da sentença penal condenatória e o princípio da não culpabilidade, 61

Franklin Silva Brandão Júnior

Exigência pecuniária de natureza não-tributária, 64

Renato Belo Vianna Velloso

Lei de Imprensa e mora do legislativo, 67

Oscar Valente Cardoso

Arguição de Inconstitucionalidade, 69

Contribuição para o PIS. Art. 33 do Decreto-lei 2303/1986. Pessoa jurídica sem fins lucrativos. Aplicação dos mesmos fundamentos utilizados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/1988. Impossibilidade de utilização de Decreto-lei para normatizar a matéria.

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Arguição de Inconstitucionalidade 2001.34.00.024492-5/DF

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Suspensão de segurança. Procuradores da Fazenda Nacional. Indenização de ajuda de custo e transporte, 75

Rel. p/ acórdão: Desembargador Federal Tourinho Neto

Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 2008.01.00.043409-6/DF

1ª Seção – 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, 79

Rel. p/ acórdão: Desembargador Federal Carlos Olavo

Ação Rescisória 2004.01.00.009836-5/BA

2ª Seção – Extinção da pretensão executória do Estado. Irregularidades nas intimações do requerente e do defensor dativo. Sentença transitada em julgado para a acusação. Prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto, 85

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

Revisão Criminal 2005.01.00.027087-8/DF

3ª Seção – Retirada de posseiros de área destinada a projeto de assentamento rural. Prevenção não caracterizada. Súmula 235 do STJ, 89

Rel.: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Conflito de Competência 2008.01.00.054037-0/RO

4ª Seção – Ajuizamento de uma única ação rescisória a objetivar a rescisão de mais de um julgado. Art. 495 do CPC. Decadência. Coisa julgada inconstitucional. Contribuições para o programa de integração social (PIS) e para o financiamento da seguridade social (Cofins). Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/1998, 92

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Ação Rescisória 2006.01.00.043195-3/MG

1ª Turma – Aposentadoria proporcional. EC 20/1998. Artigo 3º. Direito adquirido, 104

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado)

Apelação Cível 2000.33.00.032743-1/BA

2ª Turma – Pensão por morte. Viúva. Matrimônio não foi dissolvido até o óbito do cônjuge. Concubina. Inexistência de união estável. Impossibilidade, 108

Rel.p/acórdão: Juíza Federal Adverci Rates (convocada)

Apelação Cível 1999.01.00.028116-2/MG

3ª Turma – Ação de improbidade administrativa. Aplicabilidade a agentes políticos. Ex-prefeito. Lei 8.429/92 e art. 1º do Decreto-Lei 201/67. Natureza jurídica das infrações tipificadas no art. 1º do Decreto-Lei 201/67: crimes comuns, julgados pelo poder judiciário. Inaplicabilidade, a prefeitos e vereadores (Decreto-Lei 201/67),

do entendimento adotado no julgamento da reclamação 2.138-6/DF-STF, 110

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Apelação Cível 2006.37.00.000080-8/MA

4ª Turma – Improbidade administrativa. Lei nº 8.429/92. Reclamação nº 2.138/DF. Aplicabilidade aos ex-ocupantes de cargos ou funções políticas. Pet. 3923, 124

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

Agravo de Instrumento 2008.01.00.047388-6/RR

5ª Turma – Ação Civil Pública aforada pelo MPF, pleiteando a anulação de cláusulas de edital de concurso público que versam sobre a reserva de vagas para deficientes e sobre a ordem de sua nomeação, 139

Rel.: Desembargador Federal Fagundes de Deus

Apelação Cível 2007.36.00.004612-9/MT

6ª Turma – Responsabilidade civil. Obra pública. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (infraero). Responsabilidade solidária com a empresa contratada para a execução da obra. Acidente ocorrido em razão da deficiente prestação do serviço (falta de sinalização adequada). Dever de indenizar pelos danos materiais, morais e lucros cessantes, 144

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 2000.33.00.002516-5/BA

6ª Turma – Apreensão de madeira. Poder de polícia administrativa do Ibama. Tutela processual-cautelar do meio ambiente (CF, art. 225, caput). Legalidade e constitucionalidade. Princípio da precaução, 156

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Apelação no Mandado de Segurança 2007.36.00.017470-6/MT

7ª Turma – Entidade beneficente de assistência social. Importação de equipamento hospitalar destinado ao ativo fixo. Imunidade. II, IPI, Cofins-Importação e PIS-Importação. Arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º, CF, 161

Rel.: Juiz Federal Renato Codevila Pinheiro Filho (Convocado)

Apelação Cível 2004.38.00.049088-0/MG

8ª Turma – Prescrição. Fundaf. Ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos de uso público. Natureza jurídica de taxa. Atividade típica estatal, compulsoriedade, poder de polícia alfandegária. Decreto-Lei 1.455/1976. Revogação. Art. 25 do ADCT, 164

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2005.34.00.010654-4/DF

Decisões Monocráticas

Suspensão da exigibilidade de cobrança da contribuição ao Incra. Sebrae. Imunidade tributária. Art. 195, § 7º da CF/1988, 173

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2008.01.00.064017-3/PI

Recurso administrativo. Efeito suspensivo. Presença dos requisitos autorizadores, 176

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravo de Instrumento 2008.01.00.070715-4/DF

Hidrelétrica. Área inundada. Cálculo da compensação financeira. Critério de remanso, 179

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravo de Instrumento 2009.01.00.07028-1/DF

Constitucional e Civil. Contrato de empréstimo direto ao consumidor. CEF. Autorização expressa de amortização e liquidação por desconto em conta corrente do contraente. Inocorrência de cláusula abusiva. Livre pactuação pelo correntista. Irrelevância da procedência dos créditos existentes na conta. Recurso desprovido, 183

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista

Processo 2004.40.00.700680-5/PI

PIS/Pasep. Levantamento. Três anos fora do mercado formal de trabalho. Aplicação analógica da Lei 8.036/1990. Impossibilidade, 186

Rel.: Juiz Federal Carlos Augusto Tôres Nobre

Processo 2006.35.00.909140-0/GO

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Ausência de similitude fático-jurídica entre os julgados em confronto. Artigo 14 da Lei 10.259/2001. Não caracterizado. Reexame de prova. Incabível, 187

Rel.: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe

Processo 2006.43.00.901561-2/TO

Administrativo. Abono variável. Leis 9.655/1998 e 10.474/2002. Incidência sobre ajuda de custo paga a magistrado. Impossibilidade. Natureza indenizatória. Resolução 245 do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. Sentença reformada, 189

Rel.: Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos

Processo 2006.34.00.914759-5/DF

Responsabilidade Civil. Protesto indevido. Dano moral configurado. Indenização. Razoabilidade. Sentença mantida. Recurso improvido, 192

Rel.: Juiz Federal Carlos Augusto Tôres Nobre

Processo 2007.35.00.900187-1/GO

Previdenciário. Benefício de amparo assistencial. Lei 8.742/1993. Art. 203 da Constituição Federal. Falecimento da autora após o trânsito em julgado. Habilitação dos herdeiros. Recurso provido, 193

Rel.: Carlos Augusto Tôres Nobre

Processo 2008.35.00.702556-6/GO

Breviário, 195

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

Remoção de servidor por motivo de saúde. Junta médica. Laudo pela não remoção.

Suspensão liminar da execução da pena. Inconsistência.

Art. 334, *caput*, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial da contagem. Coisa julgada.

Ensino superior. Comportamento abusivo de aluno veterano, atentatório à dignidade da pessoa humana, infligido a calouros da UFU. Reprobabilidade da conduta. Aplicação de penalidade disciplinar de suspensão pela Universidade.

SFH. Ação de Revisão do Contrato. Término do prazo contratual, com o pagamento de todas as prestações. Existência de saldo devedor residual. Refinanciamento. Valor excessivo da nova prestação. Recálculo. Observância do contrato. Valor da última prestação.

Medicamento. Solução parenteral de grande volume (SPVD). Produção em sistema fechado. Atendimento das exi-

gências da Resolução 45/2003 da Anvisa. Fixação de preço. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Execução fiscal. Anistia geral anterior à decisão de primeira instância. Cancelamento da dívida ativa.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 199

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 201

O ecos de março ainda ressoam, evocando os acontecimentos marcantes do mês para a história do Tribunal. Em março, assumiu-lhe a vice-presidência o Desembargador Federal Antônio Souza Prudente. Em março, comemorou-se o vigésimo aniversário do órgão. Assim sequenciadas, tais efemérides foram registradas em notáveis discursos que, por sua importância, a Revista irá reproduzir, um de cada vez, nesta e na seguinte edição, para conservar a memória desses fatos.

Abril, porém, está a fluir, trazendo em seu curso novidades na atuação da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região.

Concretizando o funcionamento de seu corpo docente, nossa Escola promoveu a Jornada Jurídica comemorativa do 20º aniversário do Tribunal, tendo como conferencistas os Desembargadores Federais Antônio Souza Prudente e João Batista Gomes Moreira, membros natos do corpo permanente de professores da Esmaf, além dos Juizes Federais Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros e Vallisney de Souza Oliveira, do corpo temporário de seus professores.

Os temas por eles tratados são atuais e momentosos: “Tutela Processual do Meio Ambiente” pelo Desembargador Federal Antônio Souza Prudente; “Responsabilidade Civil da Administração”, pelo Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira; “Direito, Constituição e Desenvolvimento”, pela Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros, “Provas Ilícitas no Processo”, pelo Juiz Vallisney de Souza Oliveira.

Além disso, no dia 06 de abril, o TRF/1 e a Esmaf promoveram, no salão nobre do Tribunal, a diplomação do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso como integrante, na qualidade de emérito, do corpo permanente de professores da Escola, tendo o homenageado recebido o diploma de n. 01 e a respectiva placa comemorativa, proferindo, em seguida, conferência sobre o tema “Neoconstitucionalismo e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, transmitida, em tempo real, pela intranet, para as 14 unidades federadas que integram a 1ª Região.

Todas essas conferências, gravadas em meio eletrônico, ficarão disponíveis para os usuários da rede de comunicação interna do Tribunal.

Atenta à dinâmica do Tribunal, cabe à Revista divulgar os eventos que o mobilizam, fazendo coro aos aplausos para os que o engrandecem.

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”.

Julgamento da questão indígena da reserva “Raposa Serra do Sol”

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto*

Ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do polêmico processo que decidiu pela manutenção da demarcação de reserva indígena, que destina a cinco etnias indígenas uma área de mais de 1,7 milhão de hectares no Estado de Roraima.



Beto Monteiro/Ascom

Revista: O julgamento do STF sobre a demarcação de terras indígenas teve impacto no mundo jurídico, especialmente por se tratar de questão inserida em nosso texto constitucional. Contudo, ao se decidir, no dia 19 de março, pela manutenção da demarcação da reserva indígena “raposa serra do sol”, os aspectos macroeconômicos foram considerados?

Carlos Ayres Britto: (...) estabeleceu um divisor de águas, a nossa Constituição, porque afastou, de uma vez por todas, o olhar do colonizador português sobre a realidade indígena, que é um olhar preconceituoso, que é um olhar elitista, que é um olhar escravista, etnocida, cruel. Então, a Constituição é humanista, no tema, ela confirma o seu tônus, a sua feição fraternal e assentou a ideia-força de que não há saber maior nem saber menor, há saberes diferentes, na linha do que dizia Paulo Freire. A cultura indígena não é para ser absorvida e aniquilada pela cultura do branco; é para se somar à cultura do branco, por constituir uma estrada de mão dupla. Tanto os brancos experimentam um up grade cultural, espiritual, experiencial, no convívio com os índios, quanto os índios experimentam também um salto quântico no convívio com os não-índios. Vale dizer, a aculturação é um processo lento de convivência de culturas diferentes, não de adaptação de uma cultura a outra, tida como superior,

para que prevaleça apenas essa tida como superior e a outra seja destruída. Não. A Constituição, magnificamente, consagrou essa ideia-força de que os índios brasileiros são um componente ativo, qualificado da nossa formação histórica.

Quanto à questão econômica, é preciso entender que não há desenvolvimento senão com a participação dos índios, com a preservação do modo, também econômico, de produzir dos índios. O modo econômico de produzir dos índios não é predatório, por exemplo, ao meio ambiente e é valiosíssimo em termos de experiências multimilenares. O modo que o índio tem de produzir, embora tecnologicamente seja tido como inferior ao modo de produzir do branco, mas é preciso valorizar também esse modo de produzir dos índios de respeito à terra, de respeito ao meio ambiente.

Revista: A visão atual do STF acerca da demarcação de terras indígenas reflete a compreensão da sociedade civil sobre a questão indígena?

Carlos Ayres Britto: Talvez a Constituição esteja adiante da própria sociedade civil. A solução não é a Constituição regredir para se adaptar à sociedade civil, é a sociedade civil se adaptar, avançar para, então, adaptar-se à Constituição.

Revista: A reserva “raposa serra do sol” foi doada à época do Império e motivo de muitos litígios, por último, com a invasão de garimpeiros e fazendeiros, que

* Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral

ora desocupam a área monitorados pelo DPF, MPF e o próprio TRF da 1ª Região. Qual a importância das organizações não-governamentais e de organismos internacionais nas reservas indígenas, consideradas a biodiversidade e os demais recursos minerais?

Carlos Ayres Britto: A Constituição fez uma opção clara, diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são dos índios, no plano do usufruto das riquezas do solo, dos rios e da terra. Os recursos minerais estão no subsolo, pertencem à União. As próprias terras indígenas pertencem à União; a União é que é a titular dessas terras. O patrimônio é público, o bem é público, mas os índios têm o usufruto perpétuo, têm a posse definitiva. Os direitos deles sobre as terras tradicionalmente ocupadas são imprescritíveis, e a União, embora seja a proprietária das terras, não pode dispor sobre elas, as terras são indisponíveis até mesmo para a União e são inalienáveis, a União não pode vender, não pode tomar, não pode trocar, porque a posse do indígena é do Direito Constitucional, não é do Direito Civil. E a Constituição reconheceu aos índios os direitos imprescritíveis sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Quando a Constituição diz “ficam reconhecidos aos índios”, diz que esse direito, reconhecido por ela, não passava a existir depois da Constituição, não, aí seria a lógica da outorga, a lógica da concessão, a lógica do deferimento. Se a Constituição diz “ficam outorgados os direitos”, essa outorga só valeria dali para frente, obedeceria à lógica do doravante. Mas, como a Constituição diz “ficam reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”, a Constituição seguiu a lógica do “desde sempre”, essas terras são dos índios desde sempre, a lógica aí é diferente. Então, quando surge um estado, como Roraima, por efeito da transformação de um território federal em estado, o estado fica com as terras que sobram dos índios, e não os índios ficam com as terras que sobram do estado. A parte remanescente dos índios é que fica com o estado, e não o inverso. Então, são direitos originários dos índios, e nada é aquém do originário, nada é anterior ao originário, o originário é o início de tudo, e não existe nada aquém do início, aquém do início não existe nada. Então, os índios têm direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Revista: Há necessidade de manutenção das atuais demarcações ou o governo brasileiro deve reavaliar a necessidade indígena, consideradas as populações indígenas atuais?

Carlos Ayres Britto: O Supremo decidiu que as demarcações, uma vez ultimadas, não seriam reabertas. Foi o que foi decidido.

Súmulas Vinculantes e suas críticas

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa*

A Súmula Vinculante passou a integrar o universo jurídico com especial objetivo de aumentar a segurança jurídica e, tornar mais ágil a prestação jurisdicional. Até o momento foram editadas 14 súmulas vinculantes. Diversas críticas foram feitas ao instituto e opiniões contrárias à sua adoção chegaram para conhecimento e análise dos Poderes do Estado. Nesta entrevista, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, Procuradora do Município de Belo Horizonte, aborda as editadas súmulas vinculantes.



Beto Monteiro/Ascom

Revista: Criado pela Emenda Constitucional 45 (de 2004) e regulamentado pela Lei 11.417 (de 2006), o instituto da súmula vinculante tem o objetivo de pacificar a discussão de questões examinadas pelo STF, evitando que processos com a mesma demanda cheguem ao Tribunal e tumultuem o andamento dos demais feitos. Com as edições das 14 Súmulas, pode-se afirmar que a atuação do STF foi positiva?

Carolina Lisboa: Em primeiro lugar é preciso afirmar que o instituto da súmula vinculante não tem o simples objetivo de pacificar questões para que os feitos não cheguem ao STF, tumultuando a atuação da Corte. Esse talvez seja o efeito secundário e eu diria menos importante. O efeito mais relevante é o relativo à celeridade da prestação jurisdicional.

É necessário lembrar que a súmula vinculante veio no bojo da Reforma do Judiciário efetuada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem vários institutos que buscam ensejar a efetiva e breve prestação jurisdicional, concretizando o direito fundamental inscrito

no novo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nessa perspectiva, o objetivo primordial das súmulas vinculantes é solucionar, no nascedouro, milhares de controvérsias de conteúdo idêntico que levariam anos para, no nosso complexo sistema recursal, chegar a um termo. A súmula vinculante possibilita maior segurança jurídica e permite que a parte encontre de pronto, a resposta definitiva para sua demanda, num movimento de pacificação social que vai ao encontro dos fins do ordenamento jurídico.

O que estou afirmando pode ser comprovado pela simples análise de um caso específico, qual seja o que gerou a edição da Súmula Vinculante n. 7: “a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar”. Tal entendimento foi assentado na ADI n. 4, Rel. Min. Sydney Sanches, cuja medida cautelar afirmando o caráter de norma de eficácia limitada do dispositivo em questão foi apreciada já no dia 19 de outubro de 1988, duas semanas após a promulgação da Constituição; julgamento esse que veio a ser confirmado na apreciação do mérito em 1991. Entretanto, apesar de o STF ter definido esse entendimento logo após a promulgação do texto constitucional, os juízes e tribunais continuaram a considerar a norma do § 3º do art. 192 como de eficácia

* Advogada e Procuradora do Município de Belo Horizonte, em Brasília. Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos, de Belo Horizonte (1995). Especialização e Mestrado em Ciências jurídicas Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, em Portugal (2000). Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Constitucional no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Atuou como advogada em instituições financeiras e como Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

plena, limitando efetivamente os juros a 12% ao ano. O exemplo mais conhecido dessa “recalcitrância” – para utilizar uma expressão do Professor Roger Stiefelmann Leal, do UniCEUB e da USP, em seu livro *O efeito vinculante na jurisdição constitucional* – é o protagonizado pelos juízes gaúchos e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que até o advento da Súmula 7 continuavam a contrariar a jurisprudência de quase duas décadas do Supremo.

Essa situação de “recalcitrância” gerava inúmeros recursos, gastos das partes e do Estado com o prolongamento da lide, perda de tempo incalculável, tudo isso para o feito chegar ao STF e o relator; com uma decisão monocrática baseada no art. 557 do CPC, alterar tudo o que as instâncias anteriores tinham feito de modo contrário a sua jurisprudência. A súmula vinculante evita que situações como essa se repitam, gerando a efetiva prestação jurisdicional, célere e precisa, dando a bom tempo a cada um o que é seu.

Revista: A Súmula Vinculante n. 5 cujo enunciado dispõe que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” causou polêmica no meio jurídico. Alguns argumentaram que tal dispositivo contraria a súmula 343 do STJ, que trata da obrigatória presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, entendendo que a súmula vinculante n.º 5 ofende de forma contundente, direitos fundamentais do cidadão num processo punitivo, notadamente o artigo 5º, LV, da Constituição, que garante ampla defesa aos acusados em geral. Qual a sua opinião a respeito dessas críticas?

Carolina Lisboa: A Súmula Vinculante n.º 5 foi, na verdade, uma contundente resposta do STF ao verbete número 343 do Superior Tribunal de Justiça. Quem assistiu ao julgamento sabe que os termos utilizados pelos Ministros do Supremo foram especialmente escolhidos para que não restassem dúvidas de que a súmula do STJ fora superada. Assim, a Súmula Vinculante n.º 5 não contraria a Súmula 343 do STJ, ela a revoga, ela a desconstitui.

Quanto ao fato de a Súmula Vinculante n. 5 ferir direitos fundamentais, como a ampla defesa, não creio que se possa afirmar isso. O problema deve ser examinado numa perspectiva ampla, de interpretação sistemática das normas constitucionais. Como diria o Ministro Eros Grau, “não se interpreta a Constituição em tiras.” A

lógica dessa crítica é a seguinte: permitir que o acusado em processo administrativo disciplinar se defenda sem o auxílio de um advogado viola a ampla defesa; logo, a ampla defesa em processos administrativos e judiciais, tal como consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, implica sempre a assistência por profissional da advocacia.

Trata-se de premissa equivocada e que é desmentida pela Constituição. É o texto constitucional – é verdade – que afirma, no seu art. 133, ser o advogado indispensável para a administração da justiça, mas ao mesmo tempo se permite à parte – segundo seu critério – a formalização de demandas sem o acompanhamento de advogado, como na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis. Desse modo, o sistema comporta exceções e esta do processo administrativo disciplinar é mais uma delas.

O voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 434.059, cujo julgamento ensejou a edição da súmula vinculante, deixa claro que a norma do art. 133 da Constituição não é absoluta e que a ampla defesa não pode ser resumida à presença de advogado nos atos processuais. Assim, no meu entendimento, não se trata de situação violadora da ampla defesa, respeitadas as opiniões contrárias, em especial aquelas que levaram à edição da Súmula 343 do STJ.

Revista: O § 1º do art. 2º da Lei 11.417, que possui redação idêntica à do art. 103-A da Constituição Federal, dispõe que o enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. O artigo 199 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) dispõe que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Nunca foi editado decreto regulamentando a questão. Assim, o STF não estaria inovando o ordenamento jurídico invadindo a esfera do Poder Legislativo? No caso da Súmula Vinculante n. 11 qual foi a regra escolhida pelo STF para a constitucional interpretação?

Carolina Lisboa: Essa questão é interessante por várias razões. A primeira delas diz com os limites da jurisdição constitucional. Karl Loewenstein ensinava que um dos problemas da jurisdição constitucional, tal como posta nos principais ordenamentos jurídicos, é que seus limites são fixados por ela mesma, ou seja, tudo depende do que os norte-americanos chamam de *self-restraint*. Nessa linha de pensamento e levando em conta que o STF é o guarda precípua da Constituição,

responsável por estabelecer os parâmetros normativos de nossa ordem fundamental, é possível dizer, do ponto de vista formal pelo menos, que atuou dentro dos limites constitucionais. Afinal, o STF, melhor do que ninguém sabe os limites de sua atuação.

É óbvio que do ponto de vista acadêmico é possível questionar o acerto ou desacerto de suas decisões, mas é difícil afirmar, numa perspectiva lógico-formal, que o STF não agiu dentro de suas competências. A primeira crítica que se poderia fazer é a relativa à necessidade dessa súmula vinculante. Isso porque se pode questionar se havia, ou não, controvérsia substancial a ser dirimida com a edição do verbete; bem como se a matéria poderia, ou não, ser regulada por meio de uma súmula, que acaba por fazer as vezes de um ato normativo geral e abstrato, materialmente legal portanto. No primeiro ponto, o art. 103-A exige reiteradas decisões da Corte em matéria constitucional para a edição da súmula. No caso, não havia reiteradas decisões! Há o HC 91.952. Rel. Min. Marco Aurélio, no qual a súmula foi proposta e mais outros poucos julgados. Tanto que a página do STF na *internet* cita somente quatro precedentes para a edição dessa súmula vinculante: este *habeas corpus* e outros três julgados, sendo que um deles de 1978.

Entretanto, isso foi superado sem maiores problemas pela Corte. Afinal, como disse antes, o STF é o juiz de seus limites. Esse aspecto fora discutido, antes da Súmula Vinculante n. 11, no julgamento em que se fixou a Súmula Vinculante n. 5. Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio perguntou se não faltavam as reiteradas decisões para que se abrisse ao Supremo a possibilidade de edição da súmula vinculante, ao que o Ministro Cezar Peluso argumentou que se estava diante de uma situação excepcional a ensejar uma medida direta do Tribunal, afastando a aplicação literal do texto constitucional.

Já o segundo aspecto, se houve ou não invasão de competências que não são próprias do STF, em especial aquelas da seara legislativa, deve ser analisado sob a fundamentação do mencionado *habeas corpus* no qual a súmula foi editada. Nos votos então proferidos resta claro que se estava diante de uma afirmação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados diante de abusos cometidos pelo poder público, em especial pela força policial e pela administração da Justiça. Nada mais comum dentro das históricas competências que têm sido exercidas pelo STF em nossa vida repu-

blicana. O problema se põe, para espanto de muitos, quando a questão ganha os traços de generalidade e abstração que são próprios das súmulas vinculantes. O que o STF há muito faz em inúmeros feitos que lhes sejam apresentados, fez ele para todos os casos ao editar a súmula vinculante. Nada mais, nada menos.

Essa nova competência, oriunda da EC 45/2004, passou a integrar o regime de divisão de poderes típico da Constituição brasileira, de modo que não se pode afirmar que a edição de uma súmula vinculante, com suas características de legislação material, seja contrária a tal princípio de organização constitucional do Estado brasileiro. Mesmo porque, tal como afirma o STF, a separação de poderes é aquela definida no texto constitucional vigente.

Revista: Diante da Proposta de Súmula Vinculante n. 13 (Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Cíveis – Cobrapol), será possível a revisão da Súmula Vinculante n. 11?

Carolina Lisboa: Certamente que sim, tendo em vista o que dispõe o § 2º do art. 103-A da Constituição Federal: “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”. Se o STF considerar que a Cobrapol tem legitimidade para tanto e se seus argumentos forem suficientemente idôneos para ensejar uma revisão da súmula, será sim possível a revisão do verbete vinculante número 11.

Revista: Com a edição da Súmula Vinculante n. 13, em 20/03/2009, surgiram críticas à vedação do nepotismo, inclusive o “nepotismo cruzado”, sem alcançar aquele praticado pelos agentes políticos. É possível que o Supremo possa esclarecer a precisa compreensão da súmula, a fim de evitar possíveis lacunas ou descumprimentos?

Carolina Lisboa: A verdade é que o STF já vem fazendo esclarecimentos acerca da aplicação da súmula em questão por meio do julgamento de reclamações que têm sido ajuizadas em face de aplicações concretas de seu enunciado.

Foi inclusive numa dessas reclamações que se definiu a questão dos agentes políticos e seus limites. Foi nesse quadro, também, que o STF assentou, liminarmente, que a nomeação do irmão do Governador do Estado do Paraná para o Tribunal de Contas estadual feria o

disposto na Súmula Vinculante nº 13. Ou seja, a atuação do STF para evitar lacunas e descumprimentos já é perceptível, por meio do instituto processual da reclamação.

Revista: Em fevereiro deste ano, por nove votos favoráveis e dois contra, os ministros do Supremo Tribunal Federal aprovaram o enunciado de súmula vinculante n. 14, que permite o acesso dos advogados aos autos dos inquéritos policiais sigilosos que envolvam seus clientes. Também foi alvo de críticas, sobretudo pelo Ministério Público. Quais as razões levaram a votação contrária pelos Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa?

Carolina Lisboa: A Ministra Ellen Gracie, apesar de ressaltar sua posição – não simplesmente favorável, mas de verdadeira entusiasta – quanto ao instituto da súmula vinculante em geral, observou que a função primordial dessa novidade é o estabelecimento da segurança jurídica. Segurança que deve se apresentar a partir da homogeneidade necessária de interpretação, por parte dos juízes e tribunais, sobre uma determinada matéria de direito.

No caso da P.S.V. que gerou a Súmula Vinculante n. 14, entendeu a Ministra Ellen - no que foi seguida pelo Ministro Joaquim Barbosa - que a aplicação ou não da súmula (acesso dos advogados aos autos de inquéritos policiais sigilosos) no dia-a-dia, dependerá “da interpretação a ser dada por cada uma das autoridades policiais, no curso das investigações”.

Desse modo, manifestou-se a Ministra contrariamente à edição da súmula por entender que no caso não estariam presentes as condições para a elaboração de um enunciado suficientemente claro para ser aplicado “sem maior tergiversação”.

Revista: Uma crítica feita à criação da súmula vinculante é de que a reclamação por descumprimento ao STF tornaria inócua a possível redução do volume de ações acerca do mesmo tema. O acesso imediato à jurisdição do STF não permite coibir, de pronto, o seu descumprimento, seja pela decisão judicial, seja por ato administrativo? Tal medida do STF não teria um caráter sancionador que inibiria possíveis condutas de desrespeito ao conteúdo da súmula vinculante?

Carolina Lisboa: A reclamação tem exatamente essa função: garantir a autoridade das decisões do STF. Se uma decisão judicial ou um ato administrativo des-

cumpre uma decisão da Suprema Corte, especialmente as dotadas de efeitos vinculantes, a via jurisdicional apropriada é a reclamação, tal como posto na alínea I do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

Quanto ao fato de haver um aumento significativo de reclamações ajuizadas no STF por conta das súmulas vinculantes, creio que essa é uma consequência normal e que deverá ser sentida somente nesses primeiros anos de vivência do instituto. O futuro trará, certamente, uma cultura de cumprimento das decisões do STF, diminuindo gradualmente o número de reclamações.

Por outro lado, a lei que regula a súmula vinculante e que trata, também, das reclamações nos casos em que são elas descumpridas já traz alguns inibidores. Por exemplo, para que a reclamação seja ajuizada contra órgão da administração pública que viole verbete de súmula vinculante, se exige o esgotamento da via administrativa. Ou seja, o futuro reclamante deve questionar administrativamente o porquê de não se ter cumprido a súmula, para depois formalizar sua reclamação perante o Supremo.

No entanto, é importante observar que essa exigência, ainda que voltada ao controle do número de reclamações, parece padecer de um vício de inconstitucionalidade, já que cria obstáculos no acesso ao Poder Judiciário, o que é vedado pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Revista: Apesar das críticas, qual a avaliação do desempenho institucional do STF na elaboração das súmulas vinculantes e do papel que este instrumento vem cumprindo para a prestação jurisdicional e administrativa em tempo razoável (Art. 5º, LXXVIII, CF)?

Carolina Lisboa: Ainda é muito cedo para uma avaliação do instituto. Não temos ainda dados concretos para um exame correto sobre suas consequências, o que faz com que uma crítica ao desempenho institucional da Suprema Corte nessa matéria seja precipitada e até mesmo leviana.

No que toca à celeridade processual, à prestação jurisdicional no prazo razoável, que é o principal aspecto da súmula vinculante a meu ver, como registrei antes, parece-me que têm tido mais repercussão as súmulas editadas em questões polêmicas, como nepotismo ou uso de algemas, do que as que solucionam impasses judiciais que há muito se prolongam no Poder Judiciário, e os temas abordados nesta nossa entrevista indicam

isso. O Supremo Tribunal Federal não se pode deixar levar por certa pressão da opinião pública que exige a solução jurisdicional desses problemas rumorosos e deixar de lado as grandes discussões judiciais que podem ser solucionadas por uma súmula vinculante e que se arrastam há anos nos tribunais.

Revista: A participação da sociedade no processo de edição de Súmulas Vinculantes através das manifestações enviadas por meio eletrônico (Sistema inaugurado no dia 06/03/2009), pode contribuir no processo de edições das referidas Súmulas?

Carolina Lisboa: É claro que pode! A abertura da jurisdição constitucional a todos aqueles que podem com ela contribuir é uma tendência moderna do Direito Constitucional e tem informado as práticas do STF. Basta pensarmos os diversos pedidos de intervenção em processos de controle abstrato de constitucionalidade na qualidade de *amicus curiae* que têm sido apreciados pelo STF, nas audiências públicas que têm sido realizadas a partir daquela que o Ministro Carlos Ayres Britto pioneiramente realizou na ação direta sobre as células-tronco e também nessas manifestações eletrônicas em matéria de súmula vinculante.

Entretanto, acredito que essas possibilidades de abertura do processo constitucional à sociedade devam ser vistos com cautela. Em primeiro lugar, como adverte Peter Häberle, inspirador teórico desses mecanismos, as manifestações desses grupos sociais devem ser “filtradas” pelos órgãos técnicos, de modo a compatibilizá-las com a lógica jurídica, transformando-as em elementos hábeis a auxiliar o processo decisório. Ademais, essa filtragem é necessária para que o senso comum não interfira numa esfera altamente técnica do Direito que é o controle de constitucionalidade e a guarda da Constituição, fazendo com que a lógica majoritária, típica da política, invada a esfera do Poder Judiciário.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é que essas manifestações devem ser tomadas em conta enquanto expressões da sociedade ou da comunidade científica, quando em jogo algum dado técnico de alta complexidade, como no caso da já citada audiência sobre as células-tronco. Nessa perspectiva, esses mecanismos não devem ou não deveriam servir para que sejam trazidas aos autos novas teses e discussões de direito, sob pena de o STF abrir um contencioso constitucional sem fim, no qual a dispensa de um argumento,

por mais infundado que seja, colocará em risco a legitimidade da decisão tomada ao final do processo.

Discurso proferido pelo Desembargador Federal Souza Prudente por ocasião da Solenidade de posse no cargo de Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 05 de março de 2009



Muito me honra a nobre missão que me foi outorgada pela expressiva eleição de meus pares, para assumir a Vice-Presidência deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no tempo em que completa 20 (vinte) anos de existência.

Registro, preliminarmente, que o brilho e as honrarias desta solenidade devem ser creditados à grandeza institucional desta Corte Regional Federal, de que somos, apenas, meros instrumentos, em busca da realização da paz social.

Em sua grandiosa trajetória institucional, desde os idos de 30 de março de 1989, quando se realizara a solenidade de sua inauguração e tomaram posse os primeiros juízes integrantes de seu colegiado, iluminados pelos ideais de justiça e liberdade, este Tribunal Regional Federal sempre buscou realizar suas metas de natureza constitucional e legal, atualizando-se com o progresso científico e social dos novos tempos, para possibilitar a todos o mais pleno e adequado acesso à justiça.

Em sua dimensão continental, destacam-se os avanços alcançados nos julgamentos das ações coletivas, principalmente as de natureza ambiental, irradiadas por interesses difusos, transfronteiriços e intergeracionais, no universo das inúmeras matérias que compõem sua extensa competência jurisdicional, distribuída, regimentalmente, pelos órgãos judicantes de sua estrutura funcional.

Este jovem Tribunal, na dimensão territorial de sua ampla jurisdição, abrangendo 80% (oitenta por cento) do território nacional, no que atinge 14 (quatorze) dos maiores estados da Federação, já se classifica como um dos mais operosos tribunais de apelação, neste País. E esta sua situação, geograficamente anômala, onde se situam os maiores biomas e mais expressivos ecossistemas do planeta, bem assim, as mais importantes Unidades de Conservação da Natureza, aumenta-lhe, sobremodo, suas altas responsabilidades, na esfera ambiental, perante a nação brasileira e o concerto das nações, no mundo globalizado, na perspectiva de um desenvolvimento sustentável, como assim já preconizava nossa política nacional do Meio Ambien-

te, desde agosto de 1981, tendo por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, propícia à vida, visando assegurar, no Brasil, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, na compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Neste enfoque humanista, holístico, democrático e participativo, o nosso Tribunal Regional Federal da 1ª Região engaja-se nos objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental, regida pela Lei federal 9.795, de 27 de abril de 1999, visando a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob a ética da sustentabilidade, na definição clássica e oficialmente moderna do Relatório Brundtland, responsável por Nosso Futuro Comum (*our Common Future*), em que se busca atender às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.

Neste propósito, esta Corte de Justiça, nascida no vigor normativo da Carta política Federal, de 5 de outubro de 1988, vem buscando, sempre, com altivez e dignidade, no exercício diuturno de sua jurisdição, assim como no gerenciamento de programas e cumprimento de metas administrativas, nos limites do esforço individual e coletivo de seus juizes e servidores, realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de forma segura e ecologicamente responsável, adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), de acordo com o imperativo constitucional e a reforma processual em vigor, a exigir de nossos magistrados uma tutela jurisdicional de urgência e de coragem, ante os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho, cultural e familiar, visando construir uma sociedade mais livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), destacando-se, no exercício pleno de sua ampla jurisdição ambiental, como o guardião diligente de nossa Amazônia legal, com a colaboração eficiente do douto Ministério Público e de seus corajosos juizes federais, em parceria patriótica com as nossas gloriosas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e a pronta

atuação da Polícia Federal, todos engajados na defesa da Pátria, dando eficácia plena aos princípios da oficialidade e da participação democrática.

No exercício de sua vasta competência jurisdicional, este colendo Tribunal já atingiu o limite de 1.121.314 processos julgados do montante de 1.287.583 feitos judiciais, que lhe foram ajuizados e distribuídos até a presente data, desde sua instalação, em 30 de março de 1989.

Deste enorme acervo de demandas, grande parte contempla questões relativas ao direito humano e fundamental à moradia, envolto no cipoal de cláusulas contratuais do Sistema Financeiro de Habitação, em que o mutuário é sempre vítima da ganância dos mercados financeiros e quase sempre não sobrevive à longa duração abusiva de seus contratos imobiliários, marcados pelo ridículo constrangimento dos meios vexatórios de sua cobrança, com manifesta agressão ao meio ambiente familiar e à dignidade da pessoa humana, a despeito da determinação constitucional que impõe à União, aos Estados, ao Distrito federal e aos Municípios, no exercício de suas competências comuns e concorrentes, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX), no que se afina à disposição de uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, da busca do pleno emprego, da defesa do consumidor e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, com a redução das desigualdades regionais e sociais, visando garantir as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, que merece especial proteção do Estado, como base da sociedade, (CF, arts. 170, incisos III, V, VI e VII; 225, caput, 226, caput e 227 c/c o art. 7º, inciso IV) e posta a salvo pelo texto Magno de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na tutela constitucional do meio ambiente familiar (CF, arts. 226 a 230), a Constituição cidadã adotou a visão sistêmica da vida, tão bem ilustrada nos escritos de Paul Weis, Fritjof Capra, Leonardo Boff e Teilhard de Chardin, dentre outros, dispensando especial proteção à convivência familiar, na garantia de assistência

integral à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, com especial cuidado à criança, ao adolescente e ao idoso.

A emergência do pensamento sistêmico, que revolucionou a história do pensamento científico ocidental, exige, na interpretação da Carta Magna, como de resto, de todo o ordenamento jurídico nacional, uma exegese contextual das normas de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, assim como se revela na expressão da física quântica, pensada por Werner Heisenberg, em que “o mundo aparece assim como um complicado tecido de eventos, no qual conexões de diferentes tipos se alternam, se sobrepõem ou se combinam e, por meio disso, determinam a textura do todo”.

Neste sentido é sábia a mensagem contida na excelente monografia de Carlos Ayres Britto, a engrandecer a Suprema Corte deste País, sobre o “Humanismo como Categoria Constitucional”, dedicada “a todas as pessoas, como ele próprio, que procuram fazer do breve o intenso, feito modo infalível de se fazer da eternidade uma experiência”, e “também a todos os juízes que abrem as janelas do Direito para o mundo circundante, solícitos aos reclamos de uma justiça que se quer tão real quanto a vida que há lá fora”.

A Tutela constitucional do Meio Ambiente Familiar tem raízes históricas no pensamento clássico de Francesco Canelutti, quando afirma, em suas reflexões sobre “Como Nasce o Direito”, que “sem a família, o estado não pode viver, como não se poderia construir um edifício se se desagregassem os tijolos com que ele é construído. Um Estado sem família é tão absurdo quanto um corpo humano sem células. Assim como a saúde do corpo humano depende da permeabilidade da célula do misterioso fluxo vital, também a saúde do estado depende da coesão da família, ou seja, da circulação do amor entre seus membros”.

No mesmo sentido se revela a visão sistêmica de Rui Barbosa, na definição de que “a Pátria é a família amplificada. E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula e tendes o organismo. Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação san-

guínea. Os homens não inventaram, antes adulteraram a fraternidade, de que Cristo lhes dera a fórmula sublime, ensinando-os a se amarem uns aos outros: *Diliges proximum Tuum sicut te ipsum*”.

Neste visor de proteção aos valores fundamentais da pessoa humana, este Tribunal tem desenvolvido tarefa relevante na coordenação dos Juizados Especiais Federais, no âmbito de sua vasta competência funcional, devendo propor ao projeto de Reforma do Poder Judiciário, a instituição das tutelas coletivas, nesses juizados especiais, mediante a representação, constitucionalmente autorizada, das entidades associativas (CF, art. 5º, XXI e 8º, III), a fim de que se resolvam, com celeridade e economia processual, milhares de ações repetitivas e conexas, no bojo de um só processo, onde se realizaria o fenômeno da atomização sistêmica dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, na linha determinante da garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), que já se materializa nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), também por imperativo constitucional (CF, art. 5º, XXII), possibilitando-se, através da moderna tecnologia da informática, uma justiça verdadeiramente acessível, em tempo real, aos milhares de jurisdicionados, que, no fenômeno explosivo de suas demandas contidas, padecem, ainda, de inúmeros obstáculos de ordem econômica, técnica, social e cultural, no processo de gerenciamento insensível de políticas públicas comprometidas com os interesses capitalistas, em nosso país.

Neste contexto, são bem oportunas as palavras do Ministro Celso de Mello, em discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência daquela Suprema Corte do Brasil, em 24/04/2008, com estas letras:

“Nenhum dos Poderes da República, Senhor Presidente, pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a manipulações hermenêuticas ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o lato significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder”.

(...)

A omissão do estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.

(...)

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

Exemplo magnífico de fidelidade e respeito ao texto da Lei Fundamental foi proclamado, recentemente, em decisão histórica, por seu guardião maior, o Supremo Tribunal federal, no julgamento do habeas-Corpus 84.078-7 Minas Gerais, de que foi relator o eminente Ministro Eros Grau, perante o plenário daquela Corte Suprema, no sentido de afastar a chamada “execução antecipada da pena”, prevista no art. 637 do CPP, em face da garantia constitucional do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, no sentido expresso de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, proclamando, assim, a validade dos preceitos da Lei n. 7.210/84, que cuida da execução penal e que, além de adequados à ordem constitucional vigente, se sobrepõem temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP em vigor.

Em seu douto voto, concluiu o Relator que a “a prisão temporária, restrição dos efeitos à interposição em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal e se equipara um pouco ao próprio delinqüente”, pois, “nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstân-

cias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente, quando transitada em julgado a condenação de cada qual”.

Reconhece, ainda, o eminente Relator, que “a produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas... a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos, a imprensa lincha, em Tribunal de exceção, erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvarios, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da pendência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição”.

Do que resulta, com inegável acerto, a conclusão a que chegara o Ministro Celso de Melo, em seu discurso, aqui, já referido, de que “o que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos”.

Nesta perspectiva, há de se coibir toda espécie de atentado e manifesta agressão aos direitos humanos da personalidade, constitucionalmente clausulados pela inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, tendo a casa como seu asilo inviolável, assim como o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, incisos X, XI e XII), na dimensão da tutela sistêmica do meio ambiente familiar, amparado, no plano normativo, pelas barreiras constitucionais das cláusulas pétreas e de eternidade (CF, art. 60, § 4º, IV).

Na afirmação do Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e III), não há espaço paralelo, para a construção clandestina de um

“Estado Policial”, alimentado por sofisticados métodos de escutas telefônicas, que não visam propriamente garantir a investigação criminal ou a instrução processual penal, sob o comando excepcional da Carta Magna, mas, sobretudo, buscam alimentar os Tribunais de exceção da Mídia, ávidos em aumentar seu faturamento, nos mercados globais, com os furos de reportagem, marcados pelo sensacionalismo das investigações policiais.

O direito fundamental à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, encontra amparo nos sólidos fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil, que já não admitem, por força do princípio da proibição do retrocesso, o retorno às doutrinas autoritárias do Direito, bem a gosto das ditaduras históricas, onde “o sistema já não pode ser manejado pelos homens, porque as pessoas são manejadas pelo sistema”, a exemplo do que se retrata na excelente obra cinematográfica da autoria de Florian Henckel Von Donnesmark, sob o título “a vida dos outros”, revelando o dramático sistema de espionagem existente na Alemanha Oriental, durante o período da Guerra fria, nos idos de 1980, quando era comum alguém ser preso e algemado, temporariamente, apenas para depor nos autos da investigação policial, sem os pressupostos de ordem pública, autorizativos de uma prisão preventiva, como ainda, hoje, acontece, aqui, no Brasil, com base no que dispõe o art. 1º, inciso I, da Lei nº 7.960, de 21/12/89, flagrantemente agressora da Constituição da República.

Se, a rigor, é certo que “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade”, na lição constitucional do poeta e jurista Carlos Britto, tal assertiva encontra abrigo na exegese sistêmica do Texto Magno, exposta na fala do Ministro Celso de Mello, no sentido de que “se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, pois “os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do “princípio da convivência das liberdades”, pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e “às liberdades alheias”.

Na conjuntura atual, vivemos sob a grave ameaça de uma globalização econômica cada vez mais insensível, em seus projetos de acumulação de riqueza material em poder dos mais fortes e dominadores, numa ação aniquiladora dos valores fundamentais da pessoa humana, a exigir uma atuação urgente e corajosa de uma magistratura independente, na defesa de uma ordem jurídica justa para todos, guiada por uma disciplina ético-normativa, visivelmente comprometida com os direitos e garantias fundamentais, tutelados pela nossa Constituição da República.

E na acertada visão de Carmem Lúcia Antunes Rocha “uma justiça humanamente plural e essencialmente ética exige muito do juiz, vocacionado a possibilitar a concretude dos direitos, no processo de sua afirmação libertadora dos modelos anteriormente adotados e superados pela experiência política da sociedade”.

A grandiosa missão institucional desta Corte federal de Justiça sempre fora imensa e, a cada dia, torna-se mais crescente e dignificante, perante os desafios da nação brasileira e do mundo globalizado, na travessia histórica destes novos tempos.

Nossa Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, sob a coordenação dinâmica do Desembargador Federal Hilton Queiroz, já está se aparelhando, devidamente, para a formação e aperfeiçoamento de nossos magistrados federais, seguindo as determinações do Código de Ética da Magistratura Nacional, no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levam à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais, pois na lição de Piero Calamndrei “os juizes devem agir como os sacerdotes de um credo, de modo a que os fiéis não percam a sua crença”.

Do que se reclama para uma adequada tutela processual do Meio Ambiente sadio e equilibrado, deverá o juiz orientar-se pelos princípios norteadores do moderno processo coletivo, adotando, com presteza, as técnicas processuais necessárias à inibição ou remoção imediata do ilícito ambiental, sem as amarras fetichistas da processualística ortodoxa, em prol de uma justiça afirmativa dos valores do ativismo judicial, visando garantir uma melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, pois na lição autorizada de Renato Nalini “o desafio do Direito Ambiental, tão bem contemplado na Carta Política de 1988, é formar juizes corajosos, com destemor suficiente para o en-

frentamento de temas candentes e que não se esgotam com o proferir de uma simples decisão”, posto que “os frutos de um julgamento errado, em matéria ambiental, serão sentidos no decorrer da História e, talvez, constituam empecilho a que a humanidade se prolongue nesta aventura terrena por outros séculos vindouros”.

E Vossa Excelência, Senhor Presidente Jirair Aram Meguerian, a exemplo daqueles ilustres pares que o antecederam na Presidência deste Tribunal Federal da 1ª Região, que é, sem dúvida, o maior tribunal de apelação do planeta, em dimensão territorial, com vistas em sua ampla jurisdição, superado, apenas, pelos egrégios Tribunais superiores do Brasil, vem cumprindo, corajosamente, sua laboriosa e profícua gestão administrativa, com a serenidade e o destemor de quem sabe enfrentar todos os reveses e desafios dessa árdua e nobre missão constitucional, perseverante em seus projetos de vida, na administração da coisa pública, guiado pelos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, a revelar, na simplicidade de seus gestos e na elegância de seu trato com aqueles que partilham de seu convívio, toda nobreza de suas origens advindas de sua rica formação religiosa e cultural.

Ao assumir, nesta sessão solene, o honroso cargo de Vice-Presidente deste Tribunal, em decorrência da aposentadoria do eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, que tão relevantes serviços prestara a esta Corte federal, sinto-me no dever de implorar a Deus, primeiramente, que me conceda as luzes e as forças necessárias, para enfrentar os graves desafios deste novo cargo, a fim de que possa auxiliar V. Exª, Senhor Presidente, a cumprir, com pleno êxito, as metas de sua elevada administração, pois a função do Vice é de auxiliar o vencedor a garantir suas vitórias, avançando sempre na solução das questões voltadas para a boa e oportuna distribuição da Justiça, nesta 1ª Região, podendo contar, com a colaboração valiosa de seus pares e com o apoio presente e leal daqueles que se obrigaram, solenemente, a dividir com V. Exª as responsabilidades dessa operosa Administração, para o engrandecimento da Justiça brasileira e a satisfação plena de nossos jurisdicionados.

Neste propósito, Senhor Presidente, estarei sempre a seu lado, genuflexo aos imperativos da lei, na condição dos destinos administrativos deste Tribunal. Mantereí, contudo, minha postura irrenunciável de absoluta e total independência no exercício da atividade

jurisdicional, como garantia maior das liberdades públicas e eficácia plena do Estado Democrático de Direito.

E, assim, confiantes, poderemos celebrar a vida, promissora deste Tribunal, com muita dignidade, honra e decoro, em busca dos caminhos seguros da paz, conservando viva em nossos corações a chama ardente da fé e da liberdade, para que, na fala do maior poeta das Arcadas, Paulo Bonfim, “esse gibão de crenças me protejam, quando as flechas da noite me alcançarem e as estrelas surgirem de meu sangue”, pois, “se a vida me esconde o que seguro, e a voz do sangue espanta o desatino, das formas deste espaço que procuro, invocarei aqui um céu mais forte, para que eu seja enfim o meu destino, e os olhos possam ver além da morte.” (...).

“Broto do chão, das ervas sem socorro, das sombras de noturnas alegrias, cresço nos pantanais, nas galerias, sou planície galgando almas do morro. (...) Quando manhãs antigas, vou relendo, sei que vivo e que morro, mas protesto: - Que fique minha carne nestas águas e a vida cresça em meu futuro gesto.”

Muito obrigado.

• *P. Chr.n.*

abreviatura de *Post Christum natum*

• *Penetralia mentis*

“O âmago do coração.”

• *Peractis peragendis*

“Feito aquilo que se deve fazer.”

• *Per angusta ad augusta*

“Através de (caminhos) apertados (ir) às (regiões) sublimes.” • Lema do burgrave Ernesto de Brandemburgo. Cf. *Per ardua ad astra*.

• *Per ardua ad astra*

Por (caminhos) árduos aos astros. • Lema da R A F. (Real Air Force) da Inglaterra.

• *Per ardua surgo*

“Ergo-me entre dificuldades.” • Divisa do Estado da Bahia.

• *Per ardua surrexi*

“Ergui-me entre dificuldades.” Divisa da cidade de Tatuí (SP)

• *Per espèra pro Brasiliã*

“Pelo Brasil através das dificuldades.” • Divisa da cidade de Taubaté (SP).

• *Per capita*

“Por cabeça”, isto é, “por pessoa”

• *Per fas et nefas*

“Por fás ou por nefás”, “Por bem ou por mal”, “Por todos os meios”. Cf. *Quibuscumque viis*.

• *Periculum in morã*

“O perigo (está) na demora”, isto é “A demora é perigosa” (Lívio, *História Romana*, XXXVIII, 95, 13).

• *Per incuriam*

“Por falta de cuidado”. • Expressão forense.

• *Per omnia sæcūla sæculorum*

“Até o fim dos séculos”, equivalente enfática de ‘Para sempre’. • Tradução latina de uma locução hebraica da Bíblia.

“O Castro desculpou-se com os preparativos da partida

– Sempre é verdade? Deixa-nos?

O Castro curvou-se:

– Além de amanhã. No *Orénoque*.

– Então desta vez os jornais não mentiram. E com demora?

– *Per omnia saecūla saeculorum*.”

Eça de Queirós, *O Primo Basílio*, cap. XI.

(Texto retirado do livro *Não perca o seu Latim* de Paulo Rónai. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 14ª impressão, p. 136/137)

Hífen é castigo de Deus*

Dad Squarisi**

O hífen é castigo de Deus? É. Se alguém tinha dúvida, a reforma ortográfica se encarregou de acabar com ela. O texto do acordo é tão impreciso que deixou perguntas, perguntas e perguntas no ar. Onde encontrar respostas? No *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa (Volp)*. Mas ele estava desatualizado. Finalmente a Academia Brasileira de Letras divulgou a obra. Nota explicativa ajuda a tirar grilos da cabeça. Nela, explicitam-se os princípios que nortearam o *Volp*.

São quatro. Um: respeitar a lição do acordo. Dois: estabelecer uma linha de coerência do texto como um todo. Três: acompanhar o espírito simplificador do acordo. O quarto e mais importante: preservar a tradição ortográfica quando das omissões do acordo. Em bom português: exceções só as explícitas. Como no jogo do bicho, vale o que está escrito.

Eis um exemplo. O acordo manda usar hífen quando o prefixo é seguido de h. É o caso de anti-humano, super-homen, a-histórico. Citou uma exceção – subumano, cujo uso está consagrado. Pintou a confusão. Voltaríamos a escrever in-hábil, des-habitado e re-haver? O quarto princípio diz que não. Eles continuam como dantes no quartel de Abrantes. Vamos às novidades.

Exigem o tracinho

Os prefixos seguidos de h: anti-higiênico, super-homem, micro-história, extra-humano, co-herdeiro, proto-história, sobre-humano, ultra-heróico, a-histórico.

Exceções: subumano, coerdeiro, coabitação, reaver, anistórico, anepático, desumano, inumano, inábil (e derivados).

Além, aquém, ex, pós, pré, pró, recém, sem, vice, sota, soto, vizo: além-mar, aquém-muros, ex-presidente, pós-graduação, pré-primário, pró-reitor, recém-chegado, sem-terra, vice-presidente, sota-piloto, soto-mestre, vizo-rei.

Os prefixos terminados em vogal ou consoante seguidos por palavra começada pela mesma vogal ou consoante: anti-inflamatório, auto-observação, contra-ataque, micro-ondas, semi-internato, hiper-rico, inter-racial, sub-bloco, super-romântico.

Exceção: co-, re-, pre- e pro se juntam ao segundo elemento mesmo quando ele acaba com a mesma letra: coordenar, coobrigação, reeleição, preencher, proótico (e derivados).

Sub- usa mais um hífen – com palavra iniciada por r: sub-região, sub-raça.

Nos prefixos terminados em vogal que se juntam a palavras começadas por r ou s duplicam-se o r e o s pra manter a pronúncia: antirrábico, antissocial, biorritmo, contrassenso, infrassom, microssistema, minissaia, multissecular, neossocialismo, semirrobusto, ultrarrigoroso.

Circum e pan seguidos por vogal, m, n: circum-escolar, circum-navegação, pan-arábico, pan-mágico, pan-negritude.

* Texto publicado no Caderno C, Dicas de Português, do Jornal *Correio Braziliense* de 25/03/2009.

**Jornalista e editora de Opinião do jornal *Correio Braziliense*.

Bem e mal seguidos de vogal e h: bem-aventurado, bem-estar, bem-humorado, mal-afortunado, mal-estar, mal-amado.

Mas: bem-criado (malcriado), bem-ditoso (malditoso), bem-falante (malfalante), bem-mandado (malmandado), bem-nascido (malnascido), bem-soante (mal-soante), bem-visto (malvisto).

Os sufixos de origem tupi-guarani açu, guaçu e mirim: amoré-guaçu, anajá-mirim, capim-açu.

Palavras compostas que mantêm a própria acentuação: ano-luz, arco-íris, decreto-lei, médico-cirurgião, tenente-coronel, tio-avô, amor-perfeito, guarda-noturno, mato-grossense, norte-americano, porto-alegrense, sul-africano, afro-asiático, azul-escuro, segunda-feira, conta-gotas, guarda-chuva, couve-flor, blá-blá-blá, reco-reco, trouxe-mouxe, zigue-zaguear.

Encadeamento de vocábulos: Brasília-São Paulo, Liberdade-Igualdade-Fraternidade.

Expressões latinas aportuguesadas: in octavo mas in-oitavo; via crucis mas via-crúcis.

Rejeitam o Hífen

Os prefixos terminados em vogal ou consoante diferente da vogal ou consoante com que se inicia o segundo elemento: aeroespacial, agroindústria, antieducação, autoescola, coedição, coautor, infraestrutura.

Não, quase: não alinhado, não agressão, não governamental, quase fumante.

A justiça como segunda fonte do honesto

De tribus autem reliquis latissime patet ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur. Cuius partes duae sunt: iustitia, in qua virtutis splendor est maximus, ex qua boni viri nominantur; et huic coniuncta beneficentia, quam eandem vel benignitatem vel liberalitatem appellari licet. Sed iustitiae primum munus est ut ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria; deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis. Sunt autem privata nulla natura, sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, conditione, sorte. Ex quo fit ut ager Arpinas Arpinatum dicatur, Tusculanus Tusculanorum; similisque est privatarum possessionum descriptio. Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerant communia, quod cuique obtigit, id quisque teneat; eo si quis sibi appetet, violabit ius humanae societatis. Sed quoniam, ut praeciare scriptum est a Platone, non nobis solum nati sumus, ortusque nostri partem patriam vindicat, partem parentes, partem amici; atque, ut placet stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem nominum causa esse generatos, ut ipsi inter se, aliis alii prodesse possent: in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium afferre, mutatione officiorum, dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem.

Fundamentum est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamem audeamus imitari stoicos, qui studiose exquirunt unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat quod dictum est, appellatam fidem.

Sed iniustitiae genera duo sunt: unum eorum qui inferunt; alterum eorum qui ab iis, quibus infertur, si possint, non propulsant iniuriam. Nam qui iniuste impetum in quempiam facit, aut ira aut aliqua perturbatione incitatus, is quasi manus afferre videtur socio; qui autem non defendit, nec obsisti, si potest, iniuriae, tam est in vitio quam si parentes, aut patriam, aut socios deserat. Atque illae quidem iniuriae, quae nocendi causa de industria inferuntur, saepe a metu proficiscuntur; ut cum is, qui alteri nocere cogitat, ti met ne, nisi id fecerit,

A respeito das outras três virtudes, a mais extensa é a que compreende a sociedade, a comunicação da vida, e contém duas partes. A primeira é a justiça, a mais excelente das virtudes, cujo exercício caracteriza os homens de bem. A esta se une a beneficência, que, com outro nome, podemos chamar de benignidade ou liberalidade. Obriga-nos a justiça, em primeiro lugar, a não fazermos agravo a ninguém, exceto se formos provocados com injúrias: depois de usarmos das coisas comuns como tais, e das coisas privadas como próprias. Convém saber que, por lei da natureza, nenhuma coisa é de direito privado, mas somente ou por ocupação já antiga, como quando alguns puseram pé em terras despovoadas; ou por uma vitória alcançada em guerra; ou por alguma lei, convenção, ajuste, ou acaso. Nisto se vê a razão por que o território Arpinate pertence aos arpinates, e o território Tusculano aos tusculanos. O mesmo se entende acerca de quanto alguma pessoa está possuindo em particular. Agora que houve domínio sobre as coisas, que pelas leis da natureza serviam em comum, pode qualquer pessoa conservar licitamente o que a sorte lhe deu. E, querendo possuir mais, obrará contra o direito da sociedade humana. E embora (como advertiu egregiamente Platão) os homens não tenham nascido unicamente para si, mas devam parte de si à pátria, aos pais, aos amigos, e (segundo o parecer dos Estóicos) tudo o que a terra produz é para uso dos homens, e estes são gerados para serem úteis uns aos outros, devemos, neste ponto, guiar-nos pela natureza, e concorrer para o bem público, alternando as obrigações em dar e receber, e consolidando cada vez mais a sociedade entre os homens com a nossa arte, com a nossa obra, e com o nosso préstimo. A base, pois, e o fundamento da justiça é a boa fé; isto é, a constância e verdade nas promessas e contratos. Talvez esta interpretação pareça um pouco forçada, mas eu me atrevo a imitar os estóicos, que são muito escrupulosos na etimologia dos termos: e julgo que esta palavra Fé vem do verbo *fiat* porque se faz o que se tem prometido. Acham-se logo dois gêneros de injustiça: o primeiro, quando se ofende a alguém; o segundo, quando, havendo embora possibilidade, se não rebatem as injúrias feitas a outras pessoas. Quem, acometido de ira ou de outra paixão, ataca alguém injustamente, procede com violência contra quem é da

ipse aliquo afficiatur incommodo. Maximam autem partem ad iniuriam faciendam aggrediuntur, ut adipiscantur ea quae concupiverunt; in quo vitio latissime patet avaritia.

“*De officiis*” — Cícero

sua sociedade; e quem não usa dos meios que tem para resistir e impedir que se não faça agravo a outrem, cai na mesma culpa daquela que desampara os pais, a pátria ou os amigos. Sucede que as injúrias feitas de propósito, e com a intenção de causar detrimento, nascem às vezes de temor, quando quem se determina a ofender receia, se não o fizer, que se lhe faça o mesmo; mas, de ordinário, os homens buscam motivos de ofenderem outros com a idéia de completarem seus desejos, e, neste vício, predomina fortemente a avareza.

Tradução de Maximiano Augusto Gonçalves

Complementações de Aposentadorias pagas por entidades de previdência privada – quanto tributar?

João Celso Neto*

A questão e os comentários relevantes

Voltou ao noticiário, recentemente, a incidência ou não de imposto de renda sobre os benefícios pagos pelas entidades de previdência privada fechada àqueles que contribuíram, com parte de seus salários, durante anos, na confiança de que, ao se retirarem do mercado de trabalho, teriam o benefício pago pela Previdência Oficial (INSS) complementado pelas ditas entidades (fundações de seguridade social).

Deveu-se esse noticiário por conta do julgamento, pela Primeira Seção do STJ, de um Recurso Especial (REsp. 1.012.903) em outubro de 2008.

Previsivelmente, a imprensa não especializada cometeu pequenos senões, e pode ter dado a impressão equivocada, por exemplo, que todos os proventos de aposentadoria estariam isentos. A Folha de São Paulo de 09/10/2008 trouxe essa matéria (caderno Dinheiro) “*Receita não pode cobrar IR sobre aposentadoria, diz STJ*”.

O tema já fora discutido e decidido (inclusive pela própria Primeira Seção do STJ) em mais de uma centena de julgados.

A respeito dessa tributação, o Superior Tribunal de Justiça já consagrara, de forma reiterada e harmônica, anteriormente a esse julgado de 08/10/2008 (nos termos da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008), que *somente* incide imposto de renda sobre *parte* das complementações previdenciárias pagas por entidades de previdência privada.

A jurisprudência pátria e sua evolução

A jurisprudência hoje existente a esse respeito é farta. Com uma ou outra exceção (aquelas que confirmam a regra), os Egrégios Tribunais Regionais Federais das cinco regiões também vinham decidindo no mesmo sentido.

A matéria chegou a suscitar dúvidas, mas já se encontra *inteiramente pacificada* pelo STJ, quanto à não-incidência de IR sobre o *total* das complementações de aposentadoria pagas por entidades de previdência privada, relativamente às contribuições efetuadas pelos participantes, notadamente antes da entrada em vigor da Lei 9.250/1995.

Ou seja, que dita complementação de aposentadoria não é *integralmente tributável*.

Consoante essa farta jurisprudência, no primeiro momento, *somente seria passível de tributação* o que resultasse das contribuições mensais dos participantes desses fundos de previdência privada efetuadas após 1º. de janeiro de 1996. Essa a ementa de várias decisões, mais antigas, que vêm sendo aperfeiçoadas ao longo do tempo, seja pela Primeira Turma, pela Segunda Turma e pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em outubro de 2005, foi divulgada uma decisão da Segunda Turma do STJ (REsp 658.255) em um sentido: no entendimento dos ministros da Turma, a incidência do Imposto de Renda se dava independentemente do período ou da legislação vigente à época do recolhimento das contribuições para o fundo de pensão.

Naquele julgamento, a Relatora, Ministra Eliana Calmon, traçou um paralelo entre os processos relativos ao IR sobre valores de fundos de pensão em três hipóteses: rateio, resgate e complementação de aposentadoria. E concluiu que “a inexistência de correlação entre a contribuição mensal e a *complementação da aposentadoria* fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia, prevista nos artigos 14 e 33 da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar”.

Naquela oportunidade, a Ministra votou no sentido de que, em caso de recebimento de aposentadoria complementar, era sempre legítima a incidência do imposto de renda, pois havia acréscimo no patrimônio

* Advogado

do beneficiário, conforme estabelece o artigo 33 da Lei 9.250/1995. Assim se pronunciou a Eminent Relatora:

“A isenção do tributo não consiste em mecanismo de evitar a bitributação, mas, sim, em política fiscal, que visa à intervenção em setores da economia nacional. No caso, o fato de não haver isenção fiscal no momento da formação do patrimônio da entidade previdenciária não implica que necessariamente haverá isenção em outro momento”.

Poucos meses depois, a Primeira Turma, ao julgar o AgRg no AgRg no REsp 783.545, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, unanimemente, decidiu *na outra direção*, citando precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 638.895/PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/10/2005; AgRg no AgRg no REsp 608.357/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 05/12/2005; e EREsp 673.274/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado pela Primeira Seção em 12/12/2005).

Ou seja, aquela decisão da Segunda Turma estaria em desacordo com a jurisprudência que se formava na Corte.

Seguiram-se várias outras conhecidas decisões, já harmônicas, quanto a não incidência da tributação de *toda* a complementação.

Começava-se a observar uma reflexão mais aprofundada, analisando a questão do “quando” para a aplicação do *tempus regit actum*. Isto é, as sucessivas legislações deram tratamentos distintos, e seria de mister que a questão fosse analisada à luz da legislação de cada época.

Estava, já então, se formando o consenso que constituiria um *bis in idem* tributar *de novo*, uma vez que, até a extinção da vigência da Lei n. 7.713/1988 (anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 9.250/1995), já houvera a tributação.

Isso porque, até 31 de dezembro de 1995, o imposto de renda recolhido na fonte incidia sobre os *rendimentos brutos* do empregado (incluindo a parcela de contribuição à previdência privada), não se afigurando, pois, viável, sob pena de evidente ofensa ao postulado do *non bis in idem*, haver novo recolhimento de imposto de renda sobre os valores nominais, integrais, das complementações dos proventos de aposentadoria do beneficiário da previdência privada.

Nota-se o louvável exemplo de evolução jurisprudencial no julgamento do REsp 673.274, em suas

fases recursais posteriores (EResp - julgamento em 22 de março de 2005 – e EDREsp – julgamento em 12 de dezembro de 2005).

Assim, a Primeira Seção do STJ se debruçava sobre o assunto e decidia por maioria.

Há vários julgados da Corte: REsp 256.820/CE, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, unânime, DJ de 25/11/2002; REsp 262.594/CE, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ de 04/06/2001; REsp 309.215/RN, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, DJ 13/08/2001; e REsp 134.703/CE, rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, unânime, DJ 30/10/2000, todos, em palavras muito semelhantes, dizendo que:

- O Pretório Excelso, (.....), proclamou não ter a (entidade pagadora de complementação de aposentadoria) direito ao reconhecimento da imunidade tributária referente ao imposto de renda sobre ganhos de capital, visto não se caracterizar como instituição de natureza assistencial.

- Reconhecida a não imunidade da entidade de previdência privada, são beneficiados com a isenção do IR os aposentados que recebem complementação da aposentadoria paga pela (dita entidade), à vista do disposto no art. 6º da Lei 7.713/88.

ou

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou procedente pedido de isenção do imposto de renda incidente sobre a complementação de proventos de aposentadoria, recebida de entidade de previdência privada, no caso, a Fundação (...).

2. O art. 6º, da Lei n. 7.713/88, é expresso ao determinar que ficam isentos do Imposto de Renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativo ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

3. As isenções condicionadas, também conhecidas como bilaterais ou onerosas, são as que exigem uma contraprestação do benefício da isenção, ao passo que as incondicionadas ou as chamadas isenções simples não importam qualquer ônus para os beneficiários.

4. A doutrina é assente ao consolidar que a isenção condicional é aquela que exige do beneficiário uma contraprestação em troca do condicio-

nante, constante na lei, e que a entidade de previdência privada tenha sido tributada na fonte.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior.

Integra a jurisprudência daquela Corte:

“Sob a égide da Lei 9.250/95, alterou-se inteiramente a situação.

(...)

Segundo as novas regras, da base de cálculo devem ser excluídos os valores destinados às contribuições para a Previdência Privada, deixando de incidir o imposto na fonte.

(....)

Dessa forma, permitiu-se ao contribuinte abater do Imposto de Renda o valor recolhido à previdência privada. Com a nova sistemática, é claro que, por ocasião da devolução, não é possível deixar de incidir o imposto.

A questão tem ensejado centenas de litígios, (.....) fica mais difícil a compreensão do tema. E isso porque tínhamos um regime de não-incidência, o qual foi substituído, abruptamente, pelo da incidência, o que repercutiu nos participantes que foram alcançados pelos dois regimes; tendo contribuído sob a égide da Lei 7.713/88 e continuado a contribuir, ao advento da Lei 9.250/95.

Vetada a regra de transição, como resolver o problema da devolução para aqueles que contribuíram pelas regras dos dois regimes? Dentro de uma interpretação sistemática, comparando o art. 33 da Lei 9.250/95 com o disposto na Lei 7.713/88, temos a exata compreensão da controvérsia.

Observe-se não se tratar de inconstitucionalidade do art. 33 da Lei 9.250/95, por conter hipótese bis in idem. O que ocorre é que o citado artigo só tem pertinência absoluta para as contribuições e resgates cujos fatos geradores datam de janeiro/1996 em diante, como estava estabelecido em parágrafo vetado pelo Presidente da República, inadvertidamente. O dispositivo vetado dispunha que seria excluído da incidência do imposto o valor do benefício que, *proporcionalmente*, correspondesse às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º/01/1989 a 31/12/1995, bem como o resgate dessas contribuições.

Este é o entendimento de ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte.”

Dentre muitos outros, há precedente como este relatado pelo Ministro José Delgado, quando assim decidiu a Primeira Turma:

Tributário. art. 33. da Lei 9.250/95. Interpretação e aplicação. Plano de Previdência Privada. Medida Provisória n.1.459/96

1. O art. 33, da Lei n. 9.250/95, não pode ter aplicação retroativa.

2. Não incide o Imposto de Renda sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33, da Lei 9.250/95.

3. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, “e”, da Lei 9.250/95, deve ser preservado, por a tanto permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

4. Os dispositivos supra-indicados, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do imposto de renda, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas.

5. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida lei.

6. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei 9.250/95, conforme exposto, não estão sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei.

7. Recurso Especial da Fazenda Nacional improvido.

(REsp 226.263/PE, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, DJ 28/02/2000)

A Segunda Turma, ao julgar o REsp 175.784, assim decidiu:

Tributário - Previdência Privada: resgate - Incidência do Imposto de Renda.

1. Ao tempo da Lei 7.713/88, as contribuições pagas à previdência complementar eram descontadas do salário, que sofria tributação do Imposto de Renda antes do desconto.

2. Após a Lei 9.250/95, foi permitido ao contribuinte abater as quantias pagas a título de contribuição à previdência complementar não mais do salário, e sim do Imposto de Renda.

3. Na devolução dessas quantias, não há incidência do Imposto de Renda, se o pagamento deuse pela sistemática da Lei 7.713/88.

4. O imposto só incide em relação às contribuições ocorridas a partir de janeiro de 1996.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 175.784/PE, rel. Min. Eliana Calmon,
2ª Turma, unânime, DJ 15/10/2001)

Esses precedentes, observou a Ministra Eliana Calmon, “dizem respeito à hipótese de resgate”, mas “servem de fundamento também para os benefícios. E isso porque, em nome dos princípios da legalidade, da irretroatividade das normas tributárias e da segurança jurídica, não se pode permitir a incidência do imposto sobre o ato jurídico aperfeiçoado na vigência da Lei 7.713/88.”

Resumidamente:

a) na vigência da Lei 7.713/1988, o Imposto de Renda era recolhido na fonte, incidindo sobre os rendimentos brutos, *não devendo haver novo recolhimento* sobre os valores nominais das contribuições do beneficiário destinadas à previdência privada;

b) na vigência da Lei 9.250/1995, como o participante passou a deduzir da base de cálculo as contribuições recolhidas à previdência privada, *deixou de haver* incidência na fonte;

c) se a aposentadoria ocorreu antes de 1º/01/1996, não incidirá imposto de renda sobre o benefício (complementação da aposentadoria), mesmo após a vigência da Lei 9.250/1995, em razão do ato jurídico perfeito;

d) se a aposentadoria ocorreu após 1º/01/1996, *não incidirá* imposto de renda sobre o benefício calculado *proporcionalmente* às contribuições recolhidas sob a égide da Lei 7.713/1988, mas *apenas* sobre a parcela correspondente às contribuições recolhidas na vigência da Lei 9.250/1995; e

e) para os contratos de previdência privada firmados posteriormente a 1º/01/1996, haverá *incidência integral* sobre os benefícios, quando da aposentadoria, *apud* o Voto da Ministra-Relatora no REsp 541.207.

Algumas decisões do STJ transitadas em julgado, evidentemente, não podem ser afetadas pela evolução jurisprudencial, se essa “evolução” lhe for prejudicial (nem se fosse favorável).

No REsp 826.712, a Decisão foi agravada pela Fazenda Nacional e resultou no seguinte Acórdão:

Processual Civil e Tributário. Agravo Regimental. Plano de Previdência Privada. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Leis nºs 7.713/1988 E 9.250/1995. Isenção. MP nº 2.159-

70/2001 (Originária nº 1.459/1996). Precedentes. (...).

1. Agravo regimental contra decisão que deu parcial provimento a recurso especial.

2. O resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei nº 7.713/88, anterior à Lei nº 9.250/95, não constitui aquisição de renda, já que não configura acréscimo patrimonial. Ditos valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei nº 9.250/95, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários, que já havia sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí porque a incidência de nova tributação, por ocasião do resgate, configuraria bitributação.

3. A Lei nº 9.250/95 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda “os valores cujo o ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”, nos moldes do art. 7º da MP nº 1559-22 (hoje nº 2.159-70/01).

4. Não incide o IR sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33 da Lei nº 9.250/95, o qual não pode ter aplicação retroativa. O sistema adotado pelo art. 33, c/c o art. 4º, V, e 8º, II, “e”, da aludida Lei deve ser preservado, por permitir o ordenamento jurídico tributário e constituir incentivo à previdência privada. Os dispositivos supra, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do IR, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas.

5. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei nº 9.250/95, conforme exposto, não estão sujeitos ao IR, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei; as disposições da Lei nº 9.250/95 não se aplicam aos resgates relativos às contribuições feitas anteriormente por participantes de planos de previdência privada; os participantes que se aposentaram antes da vigência da nova Lei e que já tinham sido tributados quando do pagamento de suas contribuições estão fora da incidência do IR, em face da MP nº 1.559 (“os valores cujo o ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspon-

dentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995"); encontram-se fora da incidência da tributação na fonte do IR não só os valores recebidos pelos participantes até o mês de dezembro de 1995, bem como aqueles resgatados após tal data, desde que correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º/01/89 a 31/12/95, como dispõe o art. 7º da citada MP; tal isenção há de valer mesmo para os benefícios recebidos por ele a partir do ano de 1996 em diante, visto que as importâncias pagas pela entidade de previdência privada correspondem ao resgate das contribuições feitas por ele até a data em que começou a vigorar a incidência do IR. Precedentes desta Corte Superior.

(AgRg no Recurso Especial 826.712/RJ. Relator : Ministro José Delgado, 1ª. Turma. julgamento: 20/06/2006, trânsito em julgado: 14/09/2006)

Para finalizar, em Voto proferido, a Ministra Eliana Calmon assim se manifestou sobre o assunto:

“Nesses casos, pois, uma questão deve ficar bem clara: existe nítida correlação entre a parcela recolhida pelo participante e aquela resgatada no momento do desligamento da entidade de previdência.

Hipótese totalmente diversa é a da complementação de aposentadoria.

Nesse caso, o vínculo contratual entre o participante e a entidade de previdência privada está em vigor e as parcelas pagas a título de complementação são recebidas em virtude desse vínculo. Aliás, o fundo criado para pagamento da complementação não se constitui apenas com o que foi desembolsado pelo beneficiário, havendo, na maioria dos planos, parcela de contribuição do empregador, bem como aplicações financeiras.

Não se trata, pois, de devolução, como no caso do resgate e rateio, de modo que inexistente correlação entre o que foi recolhido e que foi recebido na aposentadoria.

Na adesão ao plano de previdência complementar, estipula-se o valor da complementação, bem como o valor da contribuição mensal do participante, a fim de que ele tenha direito de receber o quantum pretendido pelo beneficiário. Aparente equilíbrio entre o valor da contribuição mensal e da complementação de proventos decorre, apenas, de cálculos atuariais, que levam em conta fatores diversos e não apenas do montante da contribuição do participante.

A inexistência de correlação entre a contribuição mensal e a complementação da aposentadoria fica evidente quando observada a possibilidade de contratação de renda mensal vitalícia - o que

é feito na grande maioria dos casos -, prevista no art. 14, § 4º, e no art. 33, § 2º, da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar (grifei):

Se a complementação de aposentadoria é vitalícia, como se pode pretender vislumbrar correspondência entre ela e a contribuição mensal? Ora, nesse caso, o beneficiário pode receber valor muito maior do que aquele para o qual contribuiu, se sobreviver muitos anos após a aposentadoria, ou muito menor, no caso de morte prematura, situação que pode ser perfeitamente comparada, nesse ponto, com o contrato de seguro.”

Aspectos nem sempre observados

Observa-se o quanto a questão é complexa.

As decisões já conhecidas nem sempre abordam, ou deixam de abordar, um ponto crucial: *quanto deve ser tributado e quanto estaria isento? Qual a proporcionalidade a ser aplicada no cálculo da tributação na fonte?*

Inquestionável que, se houve recolhimento a maior, cabe a devolução do indébito. Expressiva quantidade das decisões do STJ, nas duas Turmas que compõem a Primeira Seção, falam muito nas Leis 7.713/1988 e 9.250/1995.

Por oportuno, cabem dois pequenos parênteses:

a) o percentual a ser aplicado sobre a complementação de aposentadoria paga ao assistido pode resultar em uma parcela tributável que caia na faixa de isenção da tabela de retenção do imposto de renda na fonte;

b) conquanto existam, basicamente, três fontes de financiamento de uma reserva matemática que custearia a futura complementação de aposentadoria (contribuições do empregado – futuro assistido -; contribuições da Mantenedora / Patrocinadora da entidade; e rendimentos das aplicações feitas pela gestora do fundo, a própria Fundação), nada indica que aquela reserva matemática haja sido seja formada por 1/3 de cada qual daquelas três fontes, isto é, em partes iguais.

Na vigência da Lei 7.713/1988, o salário era tributado *antes* de ser calculado e descontado o IRPF na fonte. Ou seja, a tributação incidia também sobre a contribuição do empregado para a formação de sua reserva atuarial na entidade de previdência privada a ser,

mais tarde, a fonte básica responsável pelo pagamento dos benefícios complementares aos do INSS.

Logo, os benefícios recebidos naquela época não podiam ser tributados (IRPF) na fonte, porque isso caracterizaria bitributação (*bis in idem*). Os benefícios estavam, por assim dizer, isentos de IR (na verdade, *já haviam sido tributados*, daí, talvez, seja impróprio dizê-los “isentos”).

A partir de 1º/01/1996, com a entrada em vigor da Lei 9.250/1995, a contribuição para aquelas entidades de previdência complementar fechada passou a ser deduzida da base de cálculo do IR na fonte, cabendo a incidência do IR.

Há que se considerar um primeiro aspecto relativo a quando teve início o recebimento do benefício (complementação de aposentadoria ou pensão). Se antes de 1º/01/1996, em princípio, não cabia qualquer tributação, pois a contribuição do empregado (aposentado ou que deixou a pensão) para a constituição do fundo (ou de sua “conta própria”) já fora tributada.

Isso se projeta no tempo, e mesmo as complementações / pensões recebidas depois de 1º/01/1996 estariam isentas e, se o IR foi cobrado na fonte, caberia a devolução do indébito (ressalvada a controvertida questão da prescrição quinquenal).

Contudo, isso não é tão simples assim, como se procurará demonstrar.

A tributação como parece mais *justa*

Cumpramos analisar a questão sobre várias hipóteses, seja quanto àqueles que hajam começado a receber o benefício na vigência da nova legislação (Lei 9.250/1995) – quer dizer, a partir de 1º/01/1996 -, seja que já viessem recebendo benefícios desde antes (na vigência da Lei 7.713/1988), sendo muitas as situações fáticas que levam a diversas situações de tributação.

Potencialmente, houve contribuições sob legislações tributárias anteriores à vigência da Lei 7.713/1988, durante a vigência daquela legislação que levava à não tributação e *após* sua substituição / revogação, pela Lei 9.250/1995.

Assim, há uma infinidade de situações “híbridas”.

Como os casos variam de um para outro

Diz a jurisprudência prevalecente sobre a matéria, de forma uníssona e já pacificada pelas Primeira e Segunda Turmas e pela Primeira Seção do STJ, que a complementação / pensão paga mensalmente aos aposentados / pensionistas deve ser isenta de tributação proporcionalmente ao tempo durante o qual houve a tributação (recolhimento de IR na fonte) sobre a contribuição (de 1º/01/1989 a 31/12/1995), somente sendo tributável a parcela correspondente aos outros períodos (antes de 1º/01/1989 e depois de 1º/01/1996).

Imagine-se que alguém contribuiu desde janeiro de 1976, e que integralizou o tempo requerido para a obtenção do benefício em dezembro de 1996. Teria contribuído durante 21 anos, dos quais sete anos sob uma legislação que daria a dita “isenção” (de 1989 a 1995) e quatorze anos submetido à outra legislação (que não tributava a contribuição na fonte, gerando a contrapartida de ver sua renda tributada: de 1976 a 1988 e durante os doze meses de 1996).

Para uma comparação das muitas situações, tomem-se os casos de diversos contribuintes a uma entidade de previdência complementar privada, a fictícia Fundação “Angélicos” de Seguridade Social., todos contribuindo por quinze anos (180 meses) e, então, tendo requerido suas respectivas aposentadorias à Previdência Oficial (INSS) e a complementação de aposentadoria devida pela “Angélicos”, na forma de seu estatuto e de acordo com o Plano a que aderira (digamos, o de Benefício Definido, que, normalmente, corresponde ao benefício na espécie concedida pela Previdência Oficial: por tempo de contribuição, proporcional antecipada, por invalidez, especial, etc.).

- 1) Contribuiu desde janeiro de 1974 até dezembro de 1988, integralmente sob a legislação anterior à Lei 7.713/1988;
- 2) Contribuiu desde janeiro de 1979 até dezembro de 1993, parte sob a legislação anterior e parte sob a Lei 7.713/1988;
- 3) Contribuiu desde janeiro de 1981 até dezembro de 1995, também parcialmente sob aquelas duas legislações distintas;
- 4) Contribuiu desde janeiro de 1989 até dezembro de 2003, desta feita, parte sob a Lei 7.713/1988 e parte sob a legislação seguinte (Lei 9.250/1995);

5) Contribuiu desde janeiro de 1993 até dezembro de 2007, também parte sob cada uma das duas legislações mais recentes.

Quase que certamente, o tratamento tributário resultará em cinco diferentes percentuais, se buscada a proporcionalidade entre o tempo de contribuições sob uma legislação que já as tributara (entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995) e o tempo total de contribuição.

A primeira situação (caso 1) mostra que todas as contribuições foram efetuadas *antes* da entrada em vigor da Lei 7.713/1988. Dessa forma, ter-se-ia a possibilidade de tributar integralmente a complementação recebida (100%)

No segundo caso, dez anos (120 meses) foram de contribuições anteriormente à entrada em vigor da L. 7.713/88 e cinco anos (60 meses) sob a regência dessa “nova” lei, o que permite concluir que seria passível de tributação dois terços do tempo total de contribuição (120 dos 180 meses). Ou seja, 66,6666% da complementação seria tributável.

No caso 3, ter-se-iam contribuições sob a legislação anterior à Lei 7.713/1988 durante oito anos (96 meses) e o restante (84 meses) na vigência daquela lei, ou seja, 96 dividido por 180, resultando em uma tributabilidade de 53,3333%.

O caso aventado em seguida (4), mostra situação em que, ao contrário, as contribuições nos primeiros 84 meses foram sob a Lei 7.713/1988 e as 96 finais sob a regência da Lei 9.250/1995, levando, matematicamente, ao mesmo resultado anterior. Isto é, a dita “isenção”, abrangendo 84 dos 180 meses, faz ser tributável a proporção dos 96 que já não gozavam daquela “isenção”: 96 dividido por 180 = 0,533333 (53,3333%).

E, por fim, tem-se uma hipótese em que as contribuições na vigência da Lei 7.713/1988 limitaram-se a 36 meses, enquanto todas as demais (durante 144 meses) foram sob a já vigente a Lei 9.250/1995. Assim, parece que a proporcionalidade justa seria entender tributável 144 dividido por 180 = 0,80 (80%).

Evidentemente, inúmeras são as situações que ocorrem (contribuição desde outras datas e até outras datas que as consideradas para a exposição desse raciocínio exegésico), levando a percentuais de tributabilidade individualizados, podendo chegar em breve a, outra vez, caber a tributação sobre 100% da complementação

(caso daqueles que começaram a contribuir em janeiro de 1996, quando já não mais vigia a Lei 7.713/1988).

Cada caso deve ser calculado conforme uma metodologia considerada correta ou a ser definida.

O indébito e o devido, consoante a legislação vigente

Em princípio, computar apenas as contribuições efetuadas naqueles 84 meses de vigência da Lei 7.713/1988 como um quantum a devolver (mesmo porque não constituía um indébito, consoante a lei então vigente) não resultará no protraimento da proporcionalidade tão reiteradamente presente nas decisões, pois será um valor limitado, em pecúnia, e, na espécie, parece mais justo estabelecer um percentual que tribute a complementação de aposentadoria, paga por entidades de previdência privada, por todo o tempo, pois essa complementação de aposentadoria, sabidamente, será devida por um tempo imprevisível, se de um, cinco, dez, vinte anos ou mais.

Embora não se haja chegado ainda a um consenso, sabe-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional decidiu não mais recorrer nas lides em que o contribuinte logrou êxito na ação ajuizada, acatando a jurisprudência do STJ nessa matéria já pacificada.

Sobre esse tema, o DOU de 16/11/2006 publicou Despacho do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, de 06/11/2006, com este teor:

Assunto: Tributário. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário. Período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995. Alínea “b” do inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

Despacho: Aprovo o Parecer PGFN/CRJ/ Nº 2139/2006, de 30 de outubro de 2006, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que concluiu pela dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos, bem como pela autori-

zação de desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante, obter a declaração de que não incide imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria correspondente às contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, até o limite do imposto pago sobre as contribuições deste período, por força da isenção concedida no inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988, na redação anterior a que lhe foi dada pela Lei nº 9.250, de 1995.

No dia seguinte, o DOU publicou o Ato Declaratório nº. 4, do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional, verbis:

O Procurador-Geral da Fazenda Nacional (...) Declara que ficam dispensadas a apresentação de contestação, a interposição de recursos e fica autorizada a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante, “nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incide imposto de renda sobre a complementação de aposentadoria correspondente às contribuições efetuadas exclusivamente pelo beneficiário no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, até o limite do imposto pago sobre as contribuições deste período, por força da isenção concedida no inciso VII do art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988, na redação anterior a que lhe foi dada pela Lei nº 9.250, de 1995.

A entidade pagadora, terceira necessária

Por fim, cabe trazer ainda à consideração um último aspecto peculiar que nem sempre vem sendo adequadamente observado: a indispensável atuação das entidades que pagam essas complementações no processo, porquanto são elas que *calculam e recolhem* o IRPF retido na fonte. Elas não são parte, solidárias ou litisconsortes, mas precisam ser chamadas na hora de dar cumprimento ao *decisum*.

Dentre os renomados doutrinadores brasileiros, lê-se em Sérgio Bermudes (Introdução ao Processo Civil, ed. Forense, p. 80:1):

“Porque a vida na sociedade se compõe de um feixe indeterminado de relações regidas pelo direito, os conflitos sociais não se exaurem na divergência entre os titulares da pretensão e da resistência que se confrontam. Acabam, de algum modo, enredando terceiras pessoas que, não sendo os contendores, são atingidos pela lide. Por isso mesmo, a prestação jurisdicional, muitas vezes, extrava-

sa do universo dos vínculos exclusivos entre o autor e o réu e apanha outras pessoas” (destacou-se).

Essas são situações típicas em que uma terceira pessoa precisa ser chamada a intervir, ainda que não integre nem o polo ativo nem o passivo.

Tal como os empregadores que recebem uma decisão judicial sobre pagamento de pensão por um seu empregado, para reter na fonte e depositar em favor do(a) / dos(as) pensionista(s) a quantia devida, são essas entidades pagadoras as mais afetadas, ficando sem saber como ou quanto tributar a complementação a ser paga.

Com essa expressa finalidade, explica-se e justifica-se o chamamento ao processo das entidades pagadoras que calculam e retêm na fonte o Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria que paga a seus assistidos, uma vez antecipada a tutela ou transitada em julgado a demanda, para, adequadamente, dar cumprimento à decisão judicial.

Por outro lado, na falta de expressa e textual manifestação do Magistrado ou da Corte sobre quanto deve ser tributado / retido na fonte / recolhido à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), ficam as entidades pagadoras ora *deixando de recolher* à SRFB o que *tributou como se tudo fora tributável*, ora *questionando a decisão* mediante Embargos de Declaração ou Agravos de Instrumentos (curiosa e estranhamente, se não são parte nem integram a lide). Afinal, meros agentes responsáveis pelo cálculo, retenção e recolhimento do imposto de renda, não querem assumir a responsabilidade de calcular, correndo o risco de o Fisco entender equivocado o cálculo da retenção. A decisão judicial deve fixar o quanto (ou como) tributar, não transferindo essa responsabilidade para a entidade pagadora.

Conclusões

1. Para aperfeiçoar a Decisão Judicial, parece imprescindível ser definido / fixado expressamente se toda a complementação deve deixar de ser tributada ou se apenas parte (e, neste caso, *que percentual* da complementação da aposentadoria paga deve ser retido na fonte e recolhido à SRFB).

2. A melhor exegese da jurisprudência brasileira aplicável, até prova em contrário, é tributar a complementação da aposentadoria paga por entidades de pre-

vidência privada fechada proporcionalmente ao tempo de contribuição, *deduzidos os 84 meses de vigência da Lei 7.713/1988*.

3. Não há falar em “devolver” o imposto retido na vigência daquela lei, porquanto, à época, a contribuição paga, pelo futuro assistido, à entidade de previdência complementar fechada era tributável.

4. Na espécie, parece inevitável que a entidade pagadora (sem ser *Corré*, *Litisconsorte* ou *Devedora Solidária* - isto é, não integrando o polo passivo) seja chamada a acompanhar o andamento processual, para saber dar o correto cumprimento ao que ficar decidido – *transitado em julgado* ou com *antecipação da tutela*.

Direito Internacional Humanitário e a atuação da Cruz Vermelha na América Latina

International Humanitarian Law and the Red Cross performance in Latin America

Alceu José Cicco Filho*

“Apesar de toda a boa vontade que move as ações de assistência humanitária, estas não deixam de ser ações em uma realidade perturbada”.

Jean-Luc Chopard.

Resumo

As ponderações ora tecidas se dedicam a explicar o Direito Internacional Humanitário e sua presença em países latino-americanos, sem olvidar, contudo, o louvável empenho do Comitê Internacional da Cruz Vermelha¹ em difundir nessas localidades princípios humanitários. Em uma era marcada por atentados terroristas, massacres transnacionais e demais atos que minimizam e dilaceram a dignidade humana, sem dúvida emerge a necessidade de melhor entender as nuances do direito aplicado em tempos de conflitos armados, bem como as várias frentes de atuação do CICV, sua principal matriz. Nesse contexto, analisar-se-á sua disseminação em nações como a colombiana e haitiana, severamente vitimadas pelo ímpeto sombrio de destruição humana, atentando-se com lealdade aos fatos históricos e às questões políticas que ocasionaram a ruptura do equilíbrio até então instituído e fizeram com que os Estados necessitassem do amparo do Direito Internacional Humanitário.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário – América Latina – Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Conflito Armado.

Abstract

The considerations written aim to explain the International Humanitarian Law and its presence in Latin American, emphasizing the laudable efforts of the International Committee of the Red Cross in spreading humanitarian principles in these localities. In a time marked by terrorist attacks, massacres and other transnational acts that minimize human dignity, emerge the need to understand even more the nuances of the law applied in times of armed conflicts and the performance of the ICRC, its main matrix. In this context, this article will examine how the IHL is spread in nations such as Colombia and Haiti, severely affected by the dark impetus of human destruction, describing with loyalty the historical facts and political issues that caused the disruption of the equilibrium set and made the States call the support of International Humanitarian Law.

Keywords: International Humanitarian Law – Latin America – International Committee of the Red Cross – Armed Conflicts.

Sumário

1. Introdução – 2. Do Direito Internacional Humanitário – 3. Direito Humanitário X Direitos Humanos: Divergências e Semelhanças – 4. A Cruz Vermelha e suas Frentes de Atuação – 4.1 Haiti – 4.2 Colômbia – 4.3 Brasil – 4.4 Atuação da Cruz Vermelha nos demais Países Latino-americanos – 5. Considerações Finais – 6. Referências Bibliográficas.

Introdução

Conflitos armados sempre acompanharam o ser humano no decorrer de sua existência, limitando-se

*Aluno do 9º semestre de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPQ.

¹ Apenas a título de esclarecimento, cumpre ressaltar que com o escopo de evitar repetições e reprodução excessiva da expressão Comitê Internacional da Cruz Vermelha, optou-se por fazer em alguns momentos uso de sua forma abreviada, qual seja: CICV, termo este reconhecido pela instituição e largamente difundido em artigos científicos e obras que retratam o tema.

o próprio ritmo da história ao relato de batalhas e às críticas de estadistas. Quiçá por serem vistos como “a mais brutal das manifestações humanas”², é indubitável que o seu estudo permeia, revolve e contorna a mente humana.

Se não havia outrora regulamentos ou mesmo preocupação para se limitar ou condicionar o uso da guerra nas relações internacionais,³ com o avançar das ideologias sócio-políticas vigorou a pretensão de instituir mecanismos que regulassem a matéria⁴. Nesse sentido, com o Pacto Briand Kellog de 1928 e a Carta das Nações Unidas em 1945, individualizou-se a guerra como ilícito internacional, sagrando que todos devem:

Praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será utilizada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos⁵.

No mesmo sentido, o Tribunal Militar de Nuremberg asseverou que “uma guerra de agressão (...) é o supremo crime internacional (...) no qual contém em si todo o mal acumulado”⁶. Acrescentando lucidez a esse juízo, a criação do Tribunal Penal Internacional veio enfatizar que atos de agressão devem ser por todos rejeitados com grande repúdio, pois ainda que persista elevado grau de improbabilidade pela comunidade internacional, conflitos armados na atualidade assumem novos contornos, alcançando índices maiores de vítimas que não raro são apagadas e pulverizadas com o ardor inerente à carnificina bélica. É nesse contexto que Leonardo Borges leciona:

² DISTEIN, Y. Guerra, agressão e legítima defesa. São Paulo: Manole, 2004, p. XV.

³ Mesmo sem limitar a guerra, já havia na Grécia Antiga regramentos consuetudinários de respeito aos mensageiros e aos cadáveres, bem como neutralidade dos santuários e locais tidos como sagrados. DUCREY, P. *Lé traitement des prisonnier de guerre dans la Grèce des cités: des origines à la conquête romaine*. Paris: Bocard, 1968.

⁴ No período romano surgiu o primeiro ideário para uma guerra justa, *bellum justum*, convertendo-se, a posteriori, no baluarte do direito internacional.

⁵ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

⁶ “A war of aggression (...) is the supreme international crime (...) in that it contains within itself the accumulated evil of the whole”. GREEN, L. C. *The contemporary law of armed conflict*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 1.

(...) é imprescindível que o direito, como fator regulador da vida em sociedade, volte-se para essa questão e crie mecanismos para mitigar o sofrimento humano causado por uma situação de conflito armado, ou, em outras palavras, que se proponha a ‘humanizar’ a guerra⁷.

Apesar de conflitante se tentar impor regras de humanidade face a uma circunstância que em sua essência já é desumana, no caso concreto, a salvaguarda das frágeis vítimas do conflito se apresenta não só relevante, mas primordial. Dessa forma, o que anseia o Direito Internacional Humanitário não é conceituar e associar a guerra ao estado humano, tampouco que seus preceitos sejam pilares para que grupos beligerantes entendam a sua causa como proba, mas com simplicidade

(...) se propõe a impedir que as partes em um conflito armado atuem com uma crueldade cega e implacável, e proporcionar a proteção fundamental que os mais diretamente afetados pelo conflito necessitam, sem que a guerra deixe de seguir sendo o que sempre foi, um fenômeno aterrorador.⁸

Não obstante haja o brocardo segundo o qual *silent enim leges inter armes*⁹, inegável é o caráter de essencialidade que recobre o Direito Internacional Humanitário, uma vez que ao impor aos entes em conflito limitações de ordem procedimental e instrumental, de certo modo luta para que as batalhas não se transformem em estado de barbárie absoluto, reinando o caos e a desordem descaridosa.

Na América Latina, por exemplo, o trabalho de difusão e aplicação do Direito Humanitário é realizado com louvável empenho pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Relatam que o corpo social se agoniza intensamente com as cicatrizes estigmatizadas em sua existência pelos conflitos armados e outras situações de violência, ressaltando que em determinadas regiões há quem ainda se esforce para resgatar a vida de outrora, arruinada sem pesar por hostilidades cessadas há um lapso de tempo considerável¹⁰.

⁷ BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

⁸ KALSHOVEN, F; ZEGVELD, L. *Restricciones a la conducción de la guerra*. Buenos Aires: CICR, 2003. p. 12.

⁹ “Leis são inoperantes em guerra”.

¹⁰ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *O CICV na América Latina e no Caribe*. Disponível em: < http://

Como breve passagem, nas suas várias atuações, o que mais aflige a Cruz Vermelha nos países latinos são as conseqüências humanitárias do conflito e da violência armada organizada, elevando a Colômbia à condição de protagonista em face de todo o esforço veemente e presteza arrebatadora do CICV no combate a atrocidades que desintegram o ímpeto de vida e existência humana.

Desse modo, a pretensão que se busca é a de explanar com maior profundidade e especificidade o desempenho do Direito Internacional Humanitário na América Latina, sobretudo como instrumento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha de pacificar e amenizar os choques traumáticos advindos dessas formas cruéis e desonrosas de disputas transnacionais.

Do Direito Internacional Humanitário

Se tivéssemos que em poucas linhas aclarar o Direito Internacional Humanitário, certamente o que delinaria a resposta seria sua lúcida atuação na minimização da dor e do sofrer causados com a guerra e as incessantes batalhas propagadas no âmbito internacional. Assim, como ramo do Direito Internacional Público, a essência do direito regulador dos conflitos armados acompanha o desenvolvimento social e se aperfeiçoa na medida em que os modos de combate se mostram complexos, exorcizando suas seqüelas nas mais remotas adjacências do universo humano¹¹.

A história nos traduz que até o século XIX as soberanias envolvidas em conflitos firmavam acordos com o intuito de salvaguardar as frágeis vítimas oriundas daquela cruel subversão transnacional, mas tais pactos consubstanciavam uma data de vigência prefixada, perdurando unicamente naquele conflito que originou seu soerguimento.

www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/america-interview-030708>. Acesso em: dez. 2008.

¹¹ Consoante o conceito elaborado pelo CICV, o Direito Internacional Humanitário define-se como “As regras internacionais, de origem convencional ou costumeira, que são especificamente destinadas a regulamentar os problemas humanitários decorrentes diretamente dos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que restringem, por razões humanitárias, o direito das partes no conflito de empregar os métodos e meios de guerra de sua escolha ou que protegem as pessoas e bens afetados, ou que podem ser afetados pelo conflito”. GASSER, H.-P. *Le droit international humanitaire*. Genève: Institut Henry Dunant, 1993, p. 17

Em face desses acontecimentos, o direito sentiu a vocação de tutelar atos de selvageria, não mais de forma pontual, específica, mas inovando ao instituir eficácia *erga omnes* com caráter duradouro, propagando-se a todos os sujeitos de Direito Internacional Público que ratificassem e demonstrassem no cenário internacional a plenitude do respeito e da aceitação àquelas normas. Não obstante possuissem *a priori* teor tímido, simbolizaram em 1864 o acolhimento do primeiro tratado intrínseco à matéria: a Convenção de Genebra, dedicada e ofertada a suavizar a sorte dos militares feridos em campanha.

À medida que sua validade e eficácia se propagavam, transmudava-se em novas fontes capazes de inibir o desempenho estatal em tempos de guerra, culminando com a formação de todo o arcabouço humanitário sistêmico tal como se apresenta no século XXI. Sua criação, por conseguinte, objetiva ser um óbice à plena atuação do ente público, condicionando e restringindo os mecanismos a serem utilizados em caso de enfrentamento armado, como também levando a cabo o manejo do pós-guerra e suas várias extensões.

Direito Humanitário x Direitos Humanos: Divergências e Semelhanças

Dentre as várias nuances que envolvem o tema, seguramente uma das mais expressivas e que nutre especial significância é a diferenciação entre Direito Humanitário e Direitos Humanos.

Com o término da segunda grande guerra e a nítida evidência do Holocausto, houve grande tentativa dos países de incorporar no ordenamento jurídico interno normas de direitos humanos, pilarizados em 1948 com a criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Inseridos nessa frágil conjuntura, a inquietação dos internacionalistas se limitou a desvendar a correlação que paira entre os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário.

Após estudo minucioso e atento às várias facetas intrínsecas à matéria, constataram que as diferenças se iniciam na origem histórica. O DIH é relativamente antigo, ao passo que os regramentos de Direitos Humanos se apresentam de forma recente, porquanto foram

sempre vistos como matéria de jurisdição interna¹². No Direito Humanitário, entretanto, as normas estão contidas em tratados aos quais os Estados aderem voluntariamente, comprometendo-se não somente a respeitar seus mandamentos, mas também fazê-los ser acatados pelas demais soberanias que demonstraram aquiescência com o compromisso neles consubstanciado.

Divergem, de igual modo, nos organismos que os promovem e operacionalizam; é dizer, a tutela dos direitos humanos conta com uma institucionalização tanto global, com fulcro nos ditames das Organizações Unidas, como regional, por intermédio da atuação do Estado em internalizar normas que prestigiem os direitos humanos,¹³ enquanto que o DIH encontra no Comitê Internacional da Cruz Vermelha seu principal expoente.

As diferenças se desmembram em outros vários matizes, alamedas que poderiam ser trilhadas se não fosse o interesse em acentuar o ponto central que distingue e torna límpida a autonomia dos referidos institutos: o DIH se faz presente em momentos de conflito armado, tutelando especificamente os agentes que estão sujeitos às atrocidades oriundas desse cenário devastador, um movimento armado que olvida o real motivo de sua presença e deságua na vítima as consequências de sua ingerência.

Nessa sistemática, o Direito Internacional Humanitário resguarda o corpo social das infrações graves de instituições do próprio Estado em conflitos armados, de grupos ou indivíduos sob a égide de um comando responsável em situação de guerra, genocídio e atentados à humanidade. Os Direitos Humanos, ao seu turno, são aplicáveis em qualquer tempo ou lugar, não distinguindo a situação ou a origem da violação, se vinculada a conflitos armados ou própria inércia do Estado face às garantias mínimas que permeiam o indivíduo¹⁴.

Ainda, há que se fazer referência à possibilidade das normas de Direitos Humanos serem suspensas na

presença de circunstâncias que dificultem sua aplicação, casos em que as liberdades de locomoção, reunião e associação, por exemplo, são minimizadas em prol do interesse nacional¹⁵. *A contrario sensu*, as regras de Direito Internacional Humanitário se fazem continuamente presentes, não possibilitando derrogações¹⁶.

Urge acrescentar a esse diálogo acadêmico o que a doutrina classifica como Teoria da Complementaridade. Abordar as incongruências que revolvem o tema sem, contudo, elucidar seus pontos de convergência, certamente resultaria em um estudo falho, manco em suas diretrizes iniciais, pois mesmo que se tenha em mente a autonomia de tais segmentos, é indubitável que um faz uso dos preceitos inerentes ao outro para lograr o objetivo precípuo que os une: prestigiar o homem.

A teoria supramencionada reconhece a diferença no que tange ao regime jurídico a ser utilizado em cada oportunidade, mas admite o caráter complementar, tendo em vista que ambos possuem o mesmo referencial de proteção que é o indivíduo.¹⁷ Logo, prepondera a idéia de continuidade, não obstante a casuística ser, ressalvadas as devidas proporções, diferente.

Embora sejam sistemas normativos antagônicos, não seria de todo salutar pregar a inexistência de pontos conexos, como se vislumbra na salvaguarda da dignidade e o respeito à integridade física e moral do homem¹⁸. Para se fazer alusão à relevância do tema ora em apreço, as semelhanças existentes entre ambos os institutos impulsionaram as Organizações Unidas a ponderar e repensar sobre suas similitudes, como o fez na Conferência de Teerã acerca dos Direitos Humanos no final

¹² CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 517.

¹³ BUERGENTHAL, T; KISS, A. La protection internationale des droits de l'homme. Strasbourg: Engel, 1991. Ver igualmente CANÇADO TRINDADE, A. A. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁴ KOLB, R. Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. RICR, N. 831. p. 437-447, sept.. 1998.

¹⁵ Nesse tocante, interessante se atentar ao disposto no art. 4 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos que assim dispõe: "Art. 4º- 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes desse Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social". Tem-se, igualmente, o art. 15 da Convenção Européia e no âmbito regional o art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁶ Ver a Declaration of Minimum Humanitarian Standards. UN Doc. E/CN.4/SUB.2/1991/55.

¹⁷ HAMPSON, F. Using international human rights machinery to enforce the international law of armed conflicts. RDMDG, v. XXXI, 1992. p. 117-127.

¹⁸ MARTIN, F. Application du droit international humanitaire par la cour interaméricaine des droits de l'homme. RICR, n. 844, p. 1037-1066, dec. 2001.

da década de 60, com o legítimo propósito de melhor salvaguardar o ser humano em sua essência¹⁹.

Outro aspecto intrínseco ao Direito Internacional Humanitário certamente se refere aos instrumentos que sufragam e legitimam sua atuação no cenário internacional. Seus alicerces são encontrados, com maior ênfase, nas Convenções e Pactos internacionais instituídos em 1949:

- A I Convenção de Genebra protege os feridos e doentes das Forças Armadas em campanha;
- A II Convenção de Genebra protege os feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar;
- A III Convenção de Genebra protege os prisioneiros de guerra;
- A IV Convenção de Genebra tutela a população civil

Momentos depois, em 1977, foram aprovados dois Protocolos adicionais a tais convenções:

- O Protocolo I reforça a proteção das vítimas de conflitos armados internacionais e amplia a definição dos mesmos às guerras de libertação nacional.
- O Protocolo II reforça a proteção das pessoas afetadas por conflitos armados internos, completando assim o Artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra.

Evoluindo em consonância às necessidades sociais e ao novo modelo de realidade vivenciada no mundo contemporâneo, inegável se afirmar que o Direito Internacional Humanitário permanece em expansão e desenvolvimento. Na década de 80, acolheu-se a Convenção das Organizações Unidas que se destinava a restringir o uso de certas engenharias bélicas nos conflitos armados, emergindo ainda tratados que convertem-se com vivacidade em autêntico obstáculo ao uso de armas e táticas militares, entre os quais tem-se a Convenção da Haia de 1954, que tutela o patrimônio

¹⁹ Passou as Nações Unidas a se socorrer do Direito Internacional Humanitário como alicerce às suas resoluções. A título de exemplificação tem-se a Resolução 688 do Conselho de Segurança em abril de 2005 justificando a aplicação do DIH no Iraque. Do mesmo modo, há a Resolução AG 1904 (XXXII-O/02), de junho de 2002, com o tema "Promoção e Respeito ao Direito Internacional Humanitário".

cultural em tempo de conflito armado, a Convenção das Armas Químicas de 1993 e o Tratado de Ottawa sobre as minas antipessoais²⁰.

Tendo em vista que não há como quedar inerte e insensível aos efeitos devastadores dos conflitos armados, ressurge como pilar da assistência humanitária o princípio da solidariedade universal, pois "o dever de ajudar aquele que necessita é um princípio inerente à própria natureza do homem: um princípio elementar e, ao mesmo tempo, ético, moral e religioso"²¹.

A Cruz Vermelha e suas frentes de atuação

Em face de todo o panorama esboçado, cumpre enaltecer que o CICV atua como uma das principais protagonistas e incentivadoras à aplicação do Direito Humanitário. Idealizada por Henry Dunant, há mais de cem anos de história, de solidariedade, sacrifício e altruísmo ao serviço da humanidade, desde sua primeira preocupação alicerçada no socorro dos feridos em guerra, testemunha um espírito de vanguarda na luta a toda e qualquer forma de sofrimento²². Segundo Mônica Teresa,

Na segunda metade do século XIX acontece o que se pode chamar de "fato gerador" do moderno Direito Internacional Humanitário: o nascimento do CICV. Através da iniciativa de determinados cidadãos e do governo suíços, catorze delegados de países europeus presentes a uma Conferência Internacional realizada em Genebra resolveram ado-

²⁰ Mina antipessoal é munição concebida ou adaptada para explodir por meio da presença, proximidade ou mesmo contacto do agente com o material explosivo, destinando-se a colocá-lo fora de combate, feri-lo ou matá-lo. Conceito nosso.

²¹ ZANGHI, Cláudio. Fundamentos éticos e morais do direito à assistência humanitária. In: O direito à assistência humanitária: anais do colóquio internacional sobre o direito à assistência humanitária. Trad. Catarina Eleonora F. Da Silva e Jeanne Sawara. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. p. 12.

²² CROCE ROSSA ITALIANA. Versão Original: "Più di cento anni di storia, più di cento anni di solidarietà, di sacrificio, di abnegazione, più di cento anni al servizio dell'Umanità. Dapprima volta al soccorso dei feriti in guerra, la Croce Rossa è oggi la più importante associazione umanitaria. Per la diversità delle azioni che sviluppa nel campo del soccorso, della salute e della solidarietà testimonia uno spirito all'avanguardia nella lotta a tutte le forme di sofferenza". Tradução nossa. Disponível em: <http://www.cri.it/informazioni.php>. Acesso em: ago. 2008.

tar um corpo de normas que vincularia os Estados em situações de conflito²³.

Fidedigna ao ideário de Dunant, “apaziguar todas as formas de sofrimento humano sem distinção de nacionalidade, raça, religião, de condição social ou de associação política²⁴”, a Cruz Vermelha estende esse preceito a cada ação que, de alguma forma, recrute a altivez de suas engrenagens. Na América Latina, seu desempenho tem refletido grande comprometimento no incentivo às autoridades nacionais na ratificação de tratados e convenções internacionais, bem como na edificação de novos princípios minimizadores da excessiva impunidade nos casos tidos como crimes de guerra. Como exemplo, tem-se a reunião no segundo semestre de 2006, no Rio de Janeiro, de delegações representantes das dez sociedades nacionais da Cruz Vermelha na América Latina, objetivando definir, ou ao menos tracejar, as linhas de ação para ajuda humanitária no continente para os anos vindouros.

Esse evento recrutou representantes da educação, saúde, desastres e desenvolvimento comunitário, com o escopo de propiciar um intercâmbio de informações que refletisse como um prisma na construção de planos regionais de trabalho, delimitando as diretrizes capitais e preliminares para posterior aplicação. Nesse contexto, o presidente do Comitê Regional Interamericano da Cruz Vermelha, Abel Peña, asseverou que os maiores desafios que dilapidam a ajuda humanitária no continente são a pobreza, a desigualdade social e a vulnerabilidade da população.

Haiti

O atual estágio de pobreza e esquecimento aos ensinamentos atemporais de direitos humanos no Haiti remonta momentos históricos essenciais para o entendimento dessa melancólica conjuntura.

A opressão que acompanhou a colonização de Santo Domingo e a exploração sem razoabilidade dos recursos haitianos pelo Estado colonizador, somado à violência desbravada do sistema escravocrata ocasionaram em janeiro de 1804 na independência de um corpo social sofrido, maculado com os excessos de um despotismo desmedido e insensível aos limites do alcance humano. O sopro de um movimento libertário se fez necessário, pois o que estava a se perder era a identidade de um povo, o ímpeto de alvedrio calado pelos massacres e retalhado na opressão diária do regime colonizador. O ódio, como consequência, se tornou estrutural e predominou nos dois primeiros séculos da história haitiana. De fato, o primeiro governante haitiano fora militar, conduzindo o país a uma ditadura e posteriormente a grande maioria dos chefes de Estado ascendia ao poder por meio de intensos levantes como *coup d'états*, guerras civis e revoltas, sendo relevante adicionar a essa horrenda tradição de violência as ocupações norte-americanas realizadas no decorrer dos trinta anos do regime ditatorial Duvaliers (1957-1986) e três anos de *coup d'état* (1991-1994).

Cansada e devastada, no início da década de 90 a população haitiana delegou a Jean-Bertrand Aristide a função de edificar a democracia, mas ao assumir o poder contribuiu ainda mais para o caos generalizado, ao desrespeito à legalidade que se buscava legitimamente constituir, bem como aumentou o custo dos produtos inerentes à sobrevivência humana, polarizando a política e deteriorando a dignidade daqueles inseridos nesse apático contexto social²⁵.

Após a sua derrocada, a crise social e política intrínseca ao Haiti fora minimizada, todavia longe está de chegar ao seu término. A presença de tropas americanas, canadenses, chilenas e francesas no país perdurou até a resolução 1542, na qual o Conselho de Segurança das Nações Unidas exara entendimento em prol da formação de tropa de paz, denominada *Minustah*²⁶, retirando o corpo militar estrangeiro e incumbindo o Brasil, Chile, Argentina e Uruguai na missão de nortear

²³ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito Internacional Humanitário. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52.

²⁴ CROCEROSSA ITALIANA. Versão Original: “Fedele all’impegno del suo fondatore Henry Dunant, “placare tutte le sofferenze umane senza distinzione di nazionalità, di razza, di religione, di condizione sociale o di appartenenza politica” la Croce Rossa estende questo principio in ogni sua azione”. Tradução nossa. Disponível em: <<http://www.cri.it/informazioni.php>>. Acesso em: ago. 2008.

²⁵ Organização dos Estados Americanos, por meio das resoluções 806 e 822, exigiam a imediata captura e detenção dos colaboradores desse regime desmedido e absolutista, enfatizando a necessidade de ruptura dessa ordem política e avocando a solidariedade dos demais Estados no auxílio à edificação de novos contornos institucionais no Haiti.

²⁶ Sigla em francês para Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti.

e afastar a frágil soberania de novas crises institucionais que amplamente refletem e surtem efeitos nefastos no contexto social.

A atual situação haitiana ainda é delicada. A capital Porto Príncipe possui índices de desemprego que perpassam os 80%, sendo ao mesmo tempo caracterizada por grandes contrastes na distribuição de renda. É um momento de efervescência com destino predefinido à explosão. Com frequência o corpo social se retira às ruas em prol da vida, saem para protestar pelos elevados custos dos alimentos que triplicaram desde 2007, bradam contra a fome e desnutrição que alcançam além-mar. Lutam, igualmente, contra a Missão *Minustah* que pela Paz não fez paz, violando os direitos humanos com total e escandalosa impunidade, em flagrante contradição às diretrizes definidas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Assim, nesse meio obscuro e distante do ideário de humanização, onde impera e faz germinar candente desrespeito ao ser humano, comportando paradoxos tão fortes, a função que desempenha a Cruz Vermelha reveste-se de essencialidade para minimizar incoerências e reduzir as violações à integridade humana.

Em entrevista à Agência Brasil, Felipe Donoso, chefe da Delegação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no Haiti, define a situação do país costeiro como frágil “o país objetivamente não tem nenhuma razão para dizer que os problemas acabaram: como possibilidades de enfrentamento, problemas políticos, violência, violação de direitos humanos. Isso levará tempo”²⁷. Informou ainda que era evidente a direção ali tomada de ir em encontro a um conflito interno, fato este que mobilizou o CICV no tocante ao auxílio dos feridos de uma potencial guerra.

Surge, portanto, a oportunidade de continuar perseverando, prosseguindo com passos delicados e atentos às nuances do momento, às incertezas desse contexto, pois os elementos que instauraram a crise de outrora ainda perduram, sendo até mesmo difícil ousar esboçar o fim dessa longa era de transição. “Durante esse período, um organismo como o CICV precisa estar muito atento. Não só como observador, mas de ma-

neira bem ativa. Tomar todas as medidas preventivas para uma possível deteriorização da situação, mesmo que apenas em regiões específicas do país”²⁸.

A função da Cruz Vermelha, nesse tempo de instabilidade, estende e prorroga-se aos estabelecimentos carcerários locais, já que prepondera a dificuldade de definir a linha tênue entre banditismo e violência política. Há uma superposição de problemas políticos com temas sociais e delinquência, assumindo caráter emergencial averiguar se os detentos ali se encontram por inobservância ao regramento criminal ou se por perseguição política.

Do mesmo modo, preocupa-se o Comitê não somente com a segurança da população civil em face da carência de forças armadas oficiais, extintas em 1995, mas igualmente com o excesso de tropas que operam de maneira concomitante e sem planos concretos de atuação como a Polícia Nacional, a *Minustah*, grupos armados, gangues e organizações populares armadas no decurso do tempo por intermédio de incentivos governamentais. Frente a tal dialética, o corpo social possui ínfimo amparo, transmudando-se em terreno fértil a germinar novos percalços políticos, violência e violação aos preceitos humanitários.

Revela a realidade haitiana um momento de perigo abstrato, imprevisível e sensível a qualquer tropeço por parte dos que se empenham na pacificação desses conflitos, vislumbrando-se aí a magna relevância substanciada nas atribuições do CICV.

Colômbia

Os confrontos que perduram na Colômbia, certamente podem ser vistos como resquícios da disputa pelo poder entre conservadores, liberais e socialistas na primeira metade do sec. XX. Os ciclos históricos nararam que com o advento da guerra civil, em meados de 1948, grupos liberais e socialistas foram impulsionados à união contra a etnia conservadora; tempos depois, em 1964, motivados pelo receio de radicalização da guerrilha camponesa, intensamente influenciada pela revolução cubana, grupos liberais romperam com a as-

²⁷ RADIOBRÁS. Cruz Vermelha Internacional avalia que situação do Haiti ainda é “frágil” e “indefinida”. Disponível em: www.radiobras.gov.br/materia_i_2004.php?materia=197079&q=1. Acesso em: set. 2008.

²⁸ RADIOBRÁS. Cruz Vermelha Internacional avalia que situação do Haiti ainda é “frágil” e “indefinida”. Disponível em: www.radiobras.gov.br/materia_i_2004.php?materia=197079&q=1. Acesso em: set. 2008.

sociação de outrora e se integraram a conservadores, subsidiando o envio de tropas ao povoado de Marquetália.

Com efeito, fugindo para regiões montanhosas e sob os auspícios do líder Manuel Marulanda, camponeses comunistas fundam as *Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia* com o escopo de constituir um estado cujos pilares encontrassem arrimo nas teorias marxistas. Esse cenário auferiu contornos mais nítidos quando outros segmentos de esquerda, e.g. Exército de Libertação Nacional, e milícias de extrema direita se inserem no conflito e nele agregam ainda mais disputa, inflamam o sentimento de revolta e dissipam morticínios.

Já na década de 80, outro ator é incorporado a esse deplorável panorama: o tráfico de drogas. As FARC-EP financiam a luta armada não somente por intermédio dos resgates oriundos do seqüestro de civis, mas por meio da tutela e guarida a traficantes, sendo 78% de seu orçamento oriundo do narcotráfico.²⁹ Cerca de sete mil pessoas foram seqüestradas na última década³⁰, sendo mais de três mil resgates pagos anualmente, afora as trinta mil vidas pulverizadas desde os anos 60. Somando a esse melancólico rol, a *Human Rights Watch* observa que entre 20 a 30 por cento dos combatentes das FARC são menores de 18 anos, ostentando 3500 guerrilheiros adolescentes³¹.

Nesse esboço, a atividade do Comitê Internacional da Cruz Vermelha se destina à proteção e assistência às vítimas do conflito armado. Do mesmo modo, o CICV se empenha em conferir respostas a agressões e conflitos armados pretéritos, mas cujas conseqüências remanescem e clamam por soluções, como o enclausuramento de pessoas e o resgate dos desaparecidos.

Cumprido ressaltar que o trabalho exercido pelo CICV no País é o sexto maior do mundo, com várias

frentes humanitárias em toda a nação³². Suas operações se caracterizam por suprir as necessidades humanitárias por meio da proteção e assistência, atuando com maior efetividade naqueles segmentos mais deteriorados com a guerra civil:

(...) O CICV oferece, por exemplo, alimentos e utensílios domésticos de primeira necessidade às pessoas deslocadas durante os primeiros meses em que elas se encontram nesta situação, coordenando seu trabalho com os organismos encarregados de ajudá-las em seguida. Também melhora o acesso da população aos serviços de saúde, leva atenção médica preventiva e curativa, orienta os beneficiários para que eles usem os serviços públicos de saúde, acompanha os funcionários do Ministério da Saúde a regiões distantes, onde as condições de segurança são precárias, e implementa unidades móveis de saúde, com o apoio das Sociedades Nacionais parceiras³³.

De igual maneira, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha visita os aprisionados nos estabelecimentos carcerários em todo o território colombiano com o propósito de averiguar as condições em que estão inseridos, bem como o tratamento a eles dispensado; insiste na visitação de militares e policiais capturados por grupos armados, com audácia luta pelo extermínio das minas antipessoais, prevenindo riscos e minimizando outros males; soma-se a este trabalho o constante auxílio às vítimas, bem como a integração com outros atores que se dedicam à extinção de acidentes e amparo às vítimas de minas e resíduos de explosivos de guerra.

Por fim, cabe ressaltar que o CICV também possui propósitos preventivos disseminados na Colômbia. Nesse viés, trabalha de forma concomitante com a Cruz Vermelha local, colabora na assistência individual aos deslocados, reunindo famílias apartadas com os conflitos e propagam o Direito Humanitário. É nesse

²⁹ EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. *El tránsito de las FARC al narcotráfico*. Disponível em: < <http://www.ejercito.mil.co/index.php?idcategoria=96291>>. Acesso em: dez. 2008.

³⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. O Fracasso de Chávez. Disponível em: < <http://txt.estado.com.br/editorias/2008/01/06/edi-1.93.5.20080106.1.1.xml>>. Acesso em: dez. 2008

³¹ HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: Armed Groups Send Children to War. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/news/2005/02/21/colombia-armed-groups-send-children-war>>. Acesso em: dez. 2008.

³² Yves Giovannoni, chefe de operações do Conselho Internacional da Cruz Vermelha para América Latina e Caribe, afirma que "as principais características do conflito são a clara polarização e uma redução do espaço humanitário (...), provocando um maior sofrimento da população civil devido aos métodos empregados pelos diferentes atores armados na condução das hostilidades. INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Colômbia: um conflito com alarmante número de violações ao Direito Humanitário. Disponível em: <http://www.circ.org>. Acesso em: ago. 2008.

³³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV na América Latina e no Caribe. Disponível em: < <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/america-interview-030708>>. Acesso em: dez. 2008.

cenário de instabilidade e nostalgia que as atividades do Comitê Internacional da Cruz Vermelha revelam seu fulgor, pois representam, talvez, o brilho isolado em momentos de guerra e fragilidade, tempos em que o homem, no seu ímpeto de dignidade, já não mais suporta as vicissitudes do instante e, por conseguinte, brada por socorro.

Brasil

No que concerne ao Brasil, este foi o primeiro Estado da América Latina a designar uma Comissão Nacional para a Disseminação e Implementação do Direito Internacional Humanitário. Ao seguir essa trajetória, cumpriu tanto a promessa de instituí-la, firmada na XXVI Conferência da Cruz Vermelha, como alcançou o compromisso de torná-la operacional, integrando com vigor o DIH nos treinamentos e manuais das forças armadas, não obstante ainda persista grande vazio de normas destinadas à população civil.

Indo ao encontro desse juízo, a materialização em 2004 da Comissão de Direito Internacional Humanitário serviu de instrumento para realçar a propagação no âmbito pátrio do DIH, que com receio a florava em ritmo tímido, e para além disso, contribuiu na adequação das leis nacionais às exigências internacionais. Enalteçando essa passagem, o Estado brasileiro aderiu aos principais tratados de direito internacional humanitário, demonstrando candente predisposição em acatar suas normas e incorporar seus ideários no regramento jurídico nacional. Destarte,

(...) uma das principais preocupações do CICV neste contexto é aumentar o conhecimento e o respeito ao Direito Internacional Humanitário (DIH), que, quando corretamente aplicado, representa proteção fundamental à vida e à dignidade das pessoas mais vulneráveis em situações de conflito armado. (...)

A promoção destas normas é realizada principalmente com público acadêmico, meios de comunicação, militares e autoridades. Para isso, o CICV realiza periodicamente cursos, apresentações, palestras, conferências, além de publicar e difundir materiais impressos e áudio-visual sobre sua história e suas atividades³⁴.

No mesmo diapasão, o CICV se envolve na promoção do Direito Internacional Humanitário por meio do incentivo aos legisladores para que estes assumam compromissos no âmbito internacional, ora ratificando tratados que coíbam a disseminação de minas, ora implementando mecanismos que tutelem bens culturalmente significantes a dada sociedade em tempos de guerra, por exemplo.

Não raras vezes, a divulgação do DIH se destina às forças armadas. Para tanto, as escolas de instrução e aperfeiçoamento de militares se dedicam para que esse ramo do direito afigure grande relevância na formação de seus membros e passe a representar nova perspectiva e assumam outros contornos nas missões castrenses. Ainda nessa esteira, tem-se as entidades policiais. Por meio de suas instituições o Comitê Internacional da Cruz Vermelha protagoniza seu maior projeto em terras brasileiras: o Programa de Difusão das Normas dos Direitos Humanos e dos Princípios Humanitários Aplicáveis à Função Policial, levado a cabo com o apoio do Ministério da Justiça.

Constituem também destinatários de extraordinária significância a sociedade civil, imprensa e universidades, atores fundamentais na difusão e propagação do Direito Internacional Humanitário. Nesse contexto, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha adéqua suas frentes de atuação ao protagonismo juvenil, buscando inserir e alastrar o DIH por intermédio da participação construtiva de jovens e setores da sociedade alocados em regiões severamente desgastadas e molestadas com a violência urbana:

No Rio de Janeiro, o CICV implementa de forma piloto um programa chamado Exploremos o Direito Humanitário (EDH), voltado para escolas públicas localizadas em áreas de vulnerabilidade social indicadas pela Secretaria de Educação local. A partir de noções básicas do direito internacional humanitário, o programa propõe aos estudantes a discussão sobre formas de solucionar impasses e conduzir divergências levando em conta a existência de limites, tolerância e solidariedade, convidando os alunos a refletirem sobre estas questões em seu ambiente cotidiano e no mundo.

A cooperação com a Sociedade Nacional da Cruz Vermelha Brasileira, entidade filantrópica de trabalho voluntário, fundada em 1908 e baseada no

³⁴ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV no Brasil. Disponível em: <<http://www.cicr.org/Web/por/>

sitepor0.nsf/htmlall/brazil?OpenDocument>. Acesso em: dez. 2008.

Rio de Janeiro, também é uma das principais atividades do CICV no Brasil, como forma de fortalecer o Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho e sua capacidade de resposta a situações de emergência.³⁵

É dessa profícua análise que insurge a relevância do papel desempenhado pelo CICV nas localidades que embora não submersas em conflitos armados, certamente apresentam em sua estrutura fragilidades traduzidas nos dilemas políticos, refletidas na delicada conjuntura socioeconômica e nos incessantes conflitos culturais que assolam nações como a brasileira. Em meio a esse atordoado cenário, o CICV acende e amplia a divulgação do Direito Internacional Humanitário no âmbito nacional, prestigiando a idéia de que antes de amortizar o flagelo do pós-guerra, sua função magna repousa e reside na manutenção da paz, impulsionando trabalhos preventivos que se coadunem com os ideários de paz disseminados ao longo dos anos.

Atuação da Cruz Vermelha nos demais países latinoamericanos

Naqueles países latinos em que a guerra ainda não ousou mostrar o caráter aterrorizador de sua face, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha atua com o mesmo empenho e brilhantismo, enaltecendo trabalhos que valorizem a ação preventiva de suas campanhas.

Nessas localidades, o CICV assessora e confere apoio aos governos na ratificação e aplicação de mecanismos internacionais concernentes ao Direito Humanitário, auxilia na feitura de legislações correlatas aos emblemas da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, fomenta a dilação de normas penalizadoras dos temidos crimes de guerra e com generosidade e sempre fiel aos ensinamentos de seu criador, encontra-se constantemente atenta à questão dos desaparecidos, amarga angústia de quem vive.

Acrescentando dados aos comentários até então tecidos, cumpre ressaltar que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha dedica aos jovens parcela significan-

te de seus projetos, enquanto se inserem na qualidade de protagonistas de um futuro ainda em construção. Temas ligados à violência e demais males que assolam a dignidade humana são preocupações do Comitê e resultam em programas como o Exploreemos o Direito Humanitário, presente nas escolas por meio de cursos de capacitação aos docentes. Promove, ainda, a cultivação do DIH no calendário acadêmico de universidades e organiza palestras a todos aqueles que se interessam não somente pelo direito aplicado em tempos de conflitos armados, mas também na difusão dos princípios humanitários.

Para tanto, conta com o auxílio de nove escritórios que atuam em toda a América Latina:

Há uma delegação na Colômbia desde 1969 e outra no Haiti desde 1994, que se concentram nesses países. Existem ainda uma delegação regional na Cidade do México, de onde são coordenadas as atividades na América Central e nos países do Caribe de idioma espanhol; outra em Caracas, que se ocupa das atividades na Venezuela, no Suriname e nos países do Caribe anglófono; outra em Lima, para as atividades no Peru, Bolívia e Equador; e em Buenos Aires, para as atividades na Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Além disso, o CICV tem três escritórios, um na Cidade da Guatemala, outro em Porto Espanha e outro em Brasília. O orçamento previsto para 2008, para toda a região, é de cerca de 50 milhões de dólares americanos. No que diz respeito ao pessoal em serviço, temos 87 delegados expatriados e 407 funcionários locais³⁶.

Face ao exposto, não seria errôneo permitir-se concluir que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha possui projetos humanitários destinados a todos os atores internacionais que compõem e integram o universo humano, desde os mais necessitados até as nações situadas nas mais longínquas zonas da natureza, ainda que não envolvidas em guerras, ter-se-á uma diretriz humanitária lançada em sua direção. O equívoco seria atrever-se a dizer que estão imunes a hostilidades, pois com a corrida bélica se exaltando e sendo possível ouvir o rugido do ódio ecoando pelos hemisférios, resta atestar que a contagem regressiva rumo à fulmi-

³⁵ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV no Brasil. Disponível em: <<http://www.cicr.org/Web/por/sitepor0.nsf/htmlall/brazil?OpenDocument>>. Acesso em: dez. 2008.

³⁶ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV na América Latina e no Caribe. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/america-interview-030708>>. Acesso em: dez. 2008.

nação da vida se instaura sem direito à pausa e com ela dá-se início ao prazo de validade do planeta.

Considerações Finais

A vedação legal à guerra, bem como o constante empenho pela conservação da paz são os pilares do arcabouço jurídico internacional, sendo nesse viés a legítima perspectiva de se estudar o Direito Internacional Humanitário (DIH). O seu objetivo de “preservar a humanidade perante a realidade da guerra é secundário: o primeiro desígnio deve evitar os conflitos armados”³⁷. Todavia, ainda que soe irônico e reflita irracionalidade, esse anseio não foi até então foco de observação e reverência pelos Estados soberanos, sendo manifesto que fazem uso de hostilidades e instrumentos que envenenam a grandeza humana como meio de lograr suas aspirações nas relações internacionais. Talvez seja nesse contexto que Leonardo Borges profere:

A partir do momento em que a voz da razão se cala e as normas do direito internacional público são desrespeitadas, surge a necessidade de adotar um conjunto de regras mínimas com a finalidade de atenuar os efeitos malignos da guerra³⁸.

De tal modo, o que se deve buscar é harmonizar os conflitos militares à máxima de humanidade para viabilizar a perpetuidade da existência humana, sendo nesse cenário que se alicerça todo o esplendor e magnificência do Direito Internacional Humanitário. Suas normas e preceitos devem ser difundidos não somente quando a obscuridão aterrorizadora dos conflitos se impõe e se revela atual, mas também em momentos de paz e serenidade. No mesmo sentido, Pictet exara entendimento segundo o qual o DIH

(...) deve ser amplamente disseminado entre a população para que seus princípios sejam conhecidos por todos aqueles que podem deles se beneficiar. É possível ir além, e dizer que os homens devem ser treinados desde a infância conforme os grandes princípios da humanidade e civilidade, a fim de que estes princípios criem raízes profundas em sua consciência³⁹.

É certo que a estrada é longa e muitas vezes apresenta obstáculos ilimitados, o mar se revela revoltoso e o ímpeto de esperança assoalha sua impotência, especialmente quando se relaciona com Estados que contemplam baixos índices de desenvolvimento, preponderando a desigualdade social e a falta de conhecimento generalizada, caso da América Latina. Se de um lado, por si só, não são as causas dos conflitos armados, por outro, criam o ambiente propício para sua expansão.

Temas como o cuidado que se deve proporcionar aos feridos em guerra, o advento de novos instrumentos e técnicas de combate, a possibilidade de se ter conflitos armados com recursos nucleares e o terrorismo de grupos armados paraestatais, tal como na Colômbia, são preocupações que concentram no Direito Internacional o dever de encontrar soluções e novas perspectivas para se preservar o indivíduo em sua plenitude.⁴⁰

Seria possível indagar se a civilização representa a batalha entre o ímpeto de sobrevivência e o instinto de extermínio,⁴¹ pois é nesse cenário que toda a existência humana se alicerça: “a evolução da civilização pode ser simplesmente descrita como a luta da espécie humana pela vida”⁴². Assim sendo, até o momento em que as páginas da história se revirarem descrevendo morticínios, conflitos armados, enquanto perdurar o ataque mútuo de semelhantes à semelhantes, impondo sofrimento, até o último sopro de vida ali se fará presente e se justificará o Direito Humanitário.

O objetivo, portanto, não é outro senão o de incentivar sua propagação, sempre atentando às necessidades locais e as peculiaridades de cada Estado, evoluindo agilmente com a precisão do momento, com o fervor das batalhas e o clamor de suas vítimas, almas desgarradas que buscam na obscuridão do instante um mínimo de paz e dignidade.

p. 581.

³⁷ KALSHOVEN, F. ZEGVELD, L. Restricciones a la conducción de la guerra. Buenos Aires: CICR, 2003 p. 238.

³⁸ BORGES, Leonardo Estrela. O Direito Internacional Humanitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137.

³⁹ PICTET, J. Commentary – IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war. Geneva: ICRC, 1960.

⁴⁰ HARROFF-TAVEL, M. Promouvoir des normes visant à limiter la violence en situation de crise: un défi, une stratégie, des alliances. RICR, N. 829, P. 5-20, mars/avril 1998.

⁴¹ BORGES, Leonardo Estrela. O Direito Internacional Humanitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137.

⁴² FREUD, S. O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 81-82.

Referências Bibliográficas

BORGES, Leonardo Estrela. O Direito Internacional Humanitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BUERGENTHAL, T; KISS, A. La protection internationale des droits de l'homme. Strasbourg: Engel, 1991.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

DISTEIN, Y. Guerra, agressão e legítima defesa. São Paulo: Manole, 2004.

DUCREY, P. Le traitement des prisonnier de guerre dans la Grèce des cités: des origines à la conquête romaine. Paris: Boccard, 1968.

FREUD, S. O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GASSER, H.-P. Le droit international humanitaire. Genève: Institut Henry Dunant, 1993.

GREEN, L. C. The contemporary law of armed conflict. Manchester: Manchester University Press, 2000.

HAMPSON, F. Using international human rights machinery to enforce the international law of armed conflicts. RDMDG, v. XXXI, 1992.

HARROFF-TAVEL, M. Promouvoir des normes visant à limiter la violence en situation de crise: un défi, une stratégie, des alliances. RICR, N. 829, P. 5-20, mars/avril 1998.

KALSHOVEN, F. ZEGVELD, L. Restricciones a la conducción de la guerra. Buenos Aires: CICR, 2003.

KOLB, R. Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. RICR, N. 831. p. 437-447, sept.1998.

MARTIN, F. Application du droit international humanitaire par la cour interaméricaine des droits de l'homme. RICR, n. 844, p. 1037-1066, dec. 2001.

PICTET, J. Commentary – IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war. Geneva: ICRC, 1960.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito Internacional Humanitário. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ZANGHI, Cláudio. Fundamentos éticos e morais do direito à assistência humanitária. In: O direito à assistência humanitária: anais do colóquio internacional sobre o direito à assistência humanitária. Trad. Catarina Eleonora F. Da Silva e Jeanne Sawara. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. El tránsito de las FARC al narcotráfico. Disponível em: <<http://www.ejercito.mil.co/index.php?idcategoria=96291>>. Acesso em: dez. 2008.

ESTADODESÃO PAULO. O Fracasso de Chávez. Disponível em: <<http://txt.estado.com.br/editorias/2008/01/06/edi-1.93.5.20080106.1.1.xml>>. Acesso em: dez. 2008.

HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: Armed Groups Send Children to War. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/news/2005/02/21/colombia-armed-groups-send-children-war>>. Acesso em: dez. 2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Colômbia: um conflito com alarmante número de violações ao Direito Humanitário. Disponível em: <<http://www.icrc.org>>. Acesso em: ago. 2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV na América Latina e no Caribe. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/america-interview-030708>>. Acesso em: dez. 2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. O CICV no Brasil. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/htmlall/brazil?OpenDocument>>. Acesso em: dez. 2008.

RADIOBRÁS. Cruz Vermelha Internacional avalia que situação do Haiti ainda é "frágil" e "indefinida". Disponível em: www.radiobras.gov.br/materia_i_2004.php?materia=197079&q=1. Acesso em: set. 2008.

Sítio Eletrônico

CROCE ROSSA ITALIANA. Disponível em: <http://www.cri.it/informazioni.php>. Acesso em: ago. 2008.

A Execução provisória da sentença penal condenatória e o princípio da não culpabilidade

Franklin Silva Brandão Júnior*

1. Considerações Iniciais

A possibilidade de execução da sentença penal condenatória, na pendência de recursos extraordinários, tem sido alvo de muita polêmica no cenário jurídico brasileiro. A questão é tormentosa porque, a depender das circunstâncias verificadas no caso concreto, a execução provisória da pena pode, ainda que com violação do princípio constitucional da presunção de inocência, beneficiar o réu.

Em sendo o princípio da não culpabilidade uma norma de proteção do indivíduo, não se pode admitir que sua aplicação venha a acarretar, sob qualquer forma, prejuízos ao réu. Na verdade, a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena acaba por subtrair do réu, que se encontra preso em caráter cautelar, direitos e benefícios devidos ao preso em caráter definitivo.

Não permitir a execução provisória da pena, por exemplo, retira do acusado a oportunidade de progredir para um regime de pena menos severo do que aquele imposto, ao final, pela sentença penal condenatória. Em função disso, enquanto aguarda o julgamento de seus recursos, o réu é obrigado a permanecer na prisão, em regime fechado, por tempo muitas vezes superior àquele que virá a ser estipulado na condenação definitiva.

Entretanto, em situações outras, especialmente quando a prisão preventiva do réu ainda não foi decretada, a execução imediata da sentença penal condenatória se mostra extremamente pernicioso e viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, delineado no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Assim, é necessário que se busquem medidas de compatibilização das normas constitucionais e legais que garantem a presunção de inocência e o interesse do acusado, preventivamente recolhido à prisão, de se utilizar dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

2. Pontos conflituosos da execução provisória da pena

Prepondera, na doutrina e jurisprudência nacionais, o entendimento de que, uma vez condenado no segundo grau de jurisdição, o réu deve passar imediatamente a cumprir a pena imposta, haja vista a inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial.

Segundo essa posição tradicional, como os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, sua interposição não impede a execução imediata (provisória) da pena.

Entretanto, os artigos 657, do Código de Processo Penal, e 27, § 2º, da Lei 8.038/90, invocados como fundamento para a execução provisória da sentença, são dispositivos de duvidosa constitucionalidade, pois contrariam o princípio da não culpabilidade, veiculado no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Ao dispor que os recursos extraordinários (em sentido amplo) não são dotados de efeito suspensivo, os mencionados dispositivos se mostram flagrantemente incompatíveis com o sistema constitucional vigente, sob a perspectiva da presunção de inocência, pois possibilitam a execução da pena quando o acusado ainda aguarda a decisão final a ser proferida na ação penal.

Em verdade, se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, significa que eventual provimento judicial condenatório não pode passar a produzir efeitos, enquanto não esgotados todos os meios de defesa disponíveis ao acusado.

As normas em comento (artigos 657, do CPP, e 27, § 2º, da Lei 8.038/90), de estatura infraconstitucional, jamais poderão se sobrepor ao preceito constitucional que assegura ao acusado o direito de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de ação penal que haja observado todas as garantias concernentes ao devido processo legal.

* Bacharel em Direito. Técnico Judiciário da Seção Judiciária de Goiás..

De notar-se que o tema *sub examine* é tão problemático que, além da violação do princípio da não culpabilidade, outras dificuldades de ordem prática surgem quando do recolhimento provisório do réu à prisão. Nesse diapasão, pode-se citar, como exemplo, um indivíduo que, após o início do cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, é condenado a regime mais severo, após provimento de recurso interposto pelo Ministério Público.

Pergunta-se qual seria a solução juridicamente mais adequada para o caso – a regressão de regime ou considerar o tempo em que o acusado esteve no regime mais brando como se estivesse no regime mais rigoroso. Nessa hipótese, qual teria sido a utilidade prática do recurso manejado pelo órgão ministerial?

Por outro lado, a ausência de uma condenação provisória pode conduzir a uma situação paradoxal, pois permite que, em certas circunstâncias, a prisão cautelar, providência de caráter meramente processual, tenha efeito mais gravoso do que a própria sanção a ser aplicada em definitivo. Tal paradoxo, não há dúvida, ofende gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, temos que a solução deve ser dada em conformidade com as peculiaridades de cada hipótese. O intérprete deve promover, tanto quanto possível, a conciliação entre eventual interesse do acusado na execução imediata da sentença e o princípio da presunção de inocência, capitulado no art. 5º, LVII, da CF/88.

Deve-se procurar, sempre que o acusado já estiver preso, antecipar o cumprimento da pena imposta pelas instâncias ordinárias, para que o réu não seja obrigado a permanecer na prisão, em regime fechado, por tempo indeterminado.

Consequentemente, ao réu que não se amolda a qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão cautelar, notadamente as constantes do art. 312, do Código de Processo Penal, deve-se assegurar o direito de permanecer em liberdade, até que haja a preclusão de todos os meios impugnatórios previstos pela legislação, inclusive aqueles desprovidos de efeito suspensivo.

Dessa maneira, estar-se-ia, a um só tempo, prestigiando o princípio constitucional do estado de inocência e garantindo ao réu, com base no cumprimento

provisório da pena, um meio de execução que lhe seja menos gravoso.

3. A questão nos Tribunais Superiores

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e diversos outros tribunais brasileiros consolidaram, ao longo dos anos, o entendimento de que, ante a inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários, o réu poderia passar a cumprir a pena imposta tão logo fosse publicado o provimento judicial condenatório pelo segundo grau de jurisdição.

Tal intelecção acha-se materializada nas súmulas 716 e 717, do Supremo Tribunal Federal, e 267, do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Súmula 716, do STF – Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717, do STF – Não impede a progressão de regime a execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Súmula 267, do STJ – A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

Contudo, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, de há muito, sustentava a impossibilidade de recolhimento do réu à prisão, antes do trânsito em julgado da sentença, ao argumento de que tal providência implica violação do princípio da presunção de inocência.

As vozes discordantes oriundas da 2ª turma da corte suprema ganharam vulto e a questão foi levada à apreciação do plenário, no mês de fevereiro do corrente ano. Ao todo, sete feitos foram apreciados e, por maioria de votos, restou definido que, ressalvada a possibilidade de prisão cautelar, a pena privativa de liberdade só pode ser executada após o trânsito em julgado da decisão, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade.

Por ocasião do julgamento daqueles processos, o eminente Ministro Eros Grau observou, inclusive, que, em virtude da magnitude do princípio da presunção de

inocência, tal entendimento também deveria passar a ser adotado em relação à pena restritiva de direitos.

Em que pese a existência de consistentes argumentos em sentido contrário, quer nos parecer que o entendimento agora firmado pelo plenário da excelsa corte se afigura mais consentâneo com ordenamento jurídico brasileiro, especialmente sob a ótica do princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, segundo o entendimento exarado pelo STF, nada obsta a que a prisão cautelar do recorrente seja decretada antes do trânsito em julgado da sentença, desde que demonstrada sua necessidade, à luz das hipóteses que autorizam prisão preventiva (art. 312, do CPP).

Cumprе observar, nesse ponto, que há nítida diferença entre a prisão processual, que objetiva resguardar o interesse social na segregação do provável autor do delito, e a privação de liberdade como sanção penal, que depende de sentença definitiva, transitada em julgado.

Os Ministros do STF, que se posicionaram contrariamente à execução provisória da pena, chamaram a atenção, ainda, para o fato de que o recolhimento do réu à prisão antes do trânsito em julgado da sentença, além de contrariar a presunção de inocência, viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Destacou-se que a execução da sentença, na pendência de recursos não dotados de efeito suspensivo, impõe a mais grave penalidade ao ser humano, com base em julgamento passível de alteração, sendo que, nesse particular, não se pode devolver ao inocente o tempo em que injustamente permaneceu recluso.

Não se pode olvidar, no entanto, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que restaram vencidos também aduzem a possibilidade de execução imediata da pena com fundamento em princípio de índole constitucional, qual seja, a razoável duração do processo.

O Ministro Joaquim Barbosa manifestou sua preocupação com a possibilidade de prescrição intercorrente, isto é, a extinção da pretensão punitiva do Estado, em virtude da utilização abusiva de recursos, pelo acusado, com vistas a impedir o trânsito em julgado.

Embora a questão esteja longe de ser resolvida e o direito à razoável duração do processo ainda seja um ideal no sistema judiciário brasileiro, a Lei 11.596/2007 alterou a redação do art. 117, IV, do Código Penal,

acrescentando, como marco interruptivo da prescrição, além da sentença, o acórdão condenatório recorrível. Dessa forma, com o estabelecimento dessa nova causa interruptiva, a ocorrência da prescrição superveniente tornou-se hipótese mais remota, pois, para tanto, seria necessário que os tribunais superiores demorassem excessivamente para apreciar os recursos especiais e extraordinários aviados pelo acusado.

Mas, diante da possibilidade ainda existente de prescrição intercorrente após o julgamento pelos tribunais de apelação (TJ e TRF), vários doutrinadores já têm sustentado a aplicação subsidiária do art. 557, do Código de Processo Civil, ao processo penal, de molde a evitar o recebimento de recursos extraordinários que se contraponham à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Fato é que é urgente a necessidade de criação de mecanismos que possam coibir a utilização indevida de recursos com intuito procrastinatório. Certamente, o princípio da presunção de inocência, conquanto deva ser respeitado até as últimas conseqüências, não pode continuar sendo utilizado com o explícito propósito de salvaguardar a impunidade de criminosos.

4. Considerações Finais

Desse modo, é possível concluir que os recursos extraordinários devem ser recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, ainda que em contrariedade à legislação processual penal infraconstitucional, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade, delineado no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Lado outro, novos mecanismos deverão ser criados, a fim de harmonizar os diversos princípios de ordem constitucional em jogo, de molde a evitar o recolhimento do réu à prisão antes do trânsito em julgado (estado de inocência), a prescrição intercorrente, que poderia estimular a impunidade (razoável duração do processo), bem como estabelecer meios que contemplem ao réu, que aguarda o julgamento de seus recursos, o direito de se valer dos benefícios estatuidos na Lei de Execução Penal (dignidade da pessoa humana).

Exigência pecuniária de natureza não-tributária

Renato Belo Vianna Velloso*

A definição de tributo constante no art. 3º do CTN estipula-o como ‘toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada’.

Uma primeira leitura isolada de tal dispositivo poder-se-ia levar ao entendimento de que, ao Estado, só seria lícito instituir prestação pecuniária compulsória se esta constituísse tributo, porém, tal conclusão é equivocada.

De início, cabe atentar para a classificação das receitas públicas, as quais se dividem em originárias e derivadas. Receita pública originária é aquela proveniente da aplicação ou uso do próprio patrimônio público, como aluguéis, juros, rendimentos etc. Por receita pública derivada tem-se aquela oriunda do patrimônio de terceiros distintos da entidade tributante em decorrência de exigência legal, portanto, revestida de compulsoriedade.

Nesse sentido, ensina Fernando Guimarães Ferreira:

“(…) renda é toda receita auferida por uma pessoa de direito público, seja qual for sua natureza ou fonte, equivalendo, no sentido da ciência das finanças, à receita pública, abrangendo toda a entrada que se integra no patrimônio da coletividade pública, de maneira que compreende não só as receitas originárias, provenientes da exploração de rendas oriundas dos bens e empresas comerciais e industriais das corporações territoriais, senão também as receitas derivadas, arrecadadas mediante constrangimento legal.”¹

Embora a grande maioria das receitas derivadas seja objeto de arrecadação de tributos, não é verdade que tais ingressos possuam somente natureza tribu-

tária. Um exemplo disso são as multas decorrentes da ação do Estado como agente de fiscalização, como no caso do trânsito, vigilância sanitária, dentre outros. Tais ingressos são igualmente receitas derivadas.

Maior perplexidade, porém, se vê na hipótese do Estado instituir prestação pecuniária compulsória por meio de lei e que não seja sanção por ato ilícito. Ainda assim, é possível o Poder Público estabelecer tal exigência.

Sobre o tema ensina Aldemário Araújo Castro:

“Ocorre que é juridicamente válida a criação, pelo Poder Público, de uma exação, de uma exigência pecuniária, desprovida de natureza tributária, com ou sem fundamento constitucional expresse ou explícito. A instituição em questão é viável desde que atendido o princípio da legalidade e certas restrições próprias da ordem constitucional vigente, tais como a proporcionalidade e seus consectários.”²

O citado autor fundamenta seu entendimento sob o argumento, acertado, diga-se de passagem, de que o Estado Brasileiro possui diversos objetivos constitucionais a serem atingidos e, para tanto, pode se valer de vários mecanismos para atingir seu desiderato, inclusive instituir exigências pecuniárias compulsórias que não tenham natureza jurídica de tributo. Isso porque a regulação da ordem econômica permite ‘a fixação em lei de condicionamentos ou limitações ao exercício ou desenvolvimento de certas atividades econômicas, notadamente aquelas estratégicas’³.

Cabe destacar que a jurisprudência já teve a oportunidade de enfrentar o tema, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionado pela legitimidade do Poder Público instituir exigência pecuniária compulsória de natureza não tributária quando apreciou a cobrança do salário-educação sob a égide do anterior ordenamento constitucional (RE n° 83.662).

* Juiz de Direito do Estado do Ceará, ex-Procurador da Fazenda Nacional, pós-graduado em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.

¹ FERREIRA, Fernando Guimarães. *Da infringência ao princípio da imunidade intergovernamental recíproca pela incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) nas aplicações financeiras dos entes federados*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set.2008. 1 DVD.

² CASTRO, Aldemário Araújo. *Constitucionalidade da exigência pecuniária, efetivada pelo Poder Público, desprovida de natureza tributária*. In, Aldemário Araújo Castro Home Page, 08.jan.2006 [Internet]. Disponível em <http://www.aldemario.adv.br/exigpecu.htm>. Acesso em 05.nov.2008.

³ Op. cit.

A jurisprudência atual destaca a natureza não-tributária do salário-educação antes da Constituição de 1988:

“Constitucional - Tributário - Processual Civil - Ilegitimidade passiva ad causam da União Federal (Fazenda Nacional) - Decadência - Sistemática do lançamento por homologação - Contribuição para o salário-educação - Decreto-Lei nº 1.422/75 - Decretos nºs 79.923/75 e 87.043/82 - Recepção pela EC nº 01/69 e Constituição Federal de 1988 - Incidência sobre o pro labore - Cabimento. [...] 3 - Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal o salário-educação, sob a égide da Constituição de 1967, não tinha natureza tributária, razão pela qual a fixação de suas alíquotas não estava sujeita ao princípio da estrita legalidade. 4 - O salário-educação foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não tendo o art. 25 do ADCT/88 o condão de revogar ou anular o Decreto-Lei nº 1.422/75 e os Decretos nºs 79.923/75 e 87.043/82, que fixaram as alíquotas da contribuição. 5 - “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei nº 9.424/96” (Súmula nº 732/STF). 6 - Apelação provida em parte. 7 - Sentença reformada parcialmente.” (Apelação Cível nº 1999.35.00.001338-6/GO, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Catão Alves, Rel. Convocado Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. j. 09.10.2006, unânime, DJU 01.11.2006).

O mesmo se diga da contribuição ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a qual o STF já declarou não possuir natureza tributária (RE nº 100.249/SP). Em idêntico sentido manifestou-se recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“Processual Civil. FGTS. Execução fiscal. Redirecionamento a sócio-gerente. Art. 135 do CTN. Inaplicabilidade às dívidas de natureza não-tributária. 1. A norma inserta no art. 135 do CTN, que permite o redirecionamento da execução ao sócio-gerente, não se aplica às contribuições ao FGTS, pois tais dívidas não possuem natureza tributária, o que afasta a incidência do referido diploma legal (q. v., verbi gratia: REsp 981.934/SP, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2007; REsp 898.274/SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 01.10.2007; MC 12.144/SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.12.2006; REsp 837.411/MG, 2ª Turma. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.10.2006). 2. Recurso especial a que se nega provimento.” (Recurso Especial nº 817496/PR (2006/0025365-2), 2ª Turma do STJ, Rel. Convocado Carlos Fernando Mathias. j. 22.04.2008, unânime, DJ 09.05.2008).

“Processual Civil. Recurso Especial. Execução fiscal. FGTS. Redirecionamento. Dívida não-tributária. Inaplicabilidade do art. 135, III, do CTN. 1. As contribuições destinadas ao FGTS não possuem natureza tributária, mas de direito de natureza trabalhista e social, destinado à proteção dos trabalhadores (art. 7º, III, da Constituição). [...]” (Recurso Especial nº 898274/SP (2006/0237786-0), 1ª Turma do STJ, Rel. Teori Albino Zavascki. j. 28.08.2007, unânime, DJ 01.10.2007).

Sobre a natureza não-tributária do FGTS, Aldemário Araújo Castro destaca:

“Devemos destacar os seguintes aspectos jurídicos confirmadores da ausência de natureza tributária da contribuição para o FGTS:

a) a Dívida Ativa do FGTS não se confunde com a Dívida Ativa da União (são dois cadastros distintos, sem comunicação jurídica ou operacional entre si);

b) como consequência da situação anterior, a regularidade fiscal para com a Fazenda Nacional é distinta da regularidade fiscal perante o FGTS (art. 7º, inciso V e 27 da Lei nº 8.844, de 1994);

c) a fiscalização do cumprimento das obrigações para com o FGTS é realizada pelos agentes do Ministério do Trabalho (art. 23, caput da Lei nº 8.036, de 1990, e art. 1º da Lei nº 8.844, de 1994), e não, pelos servidores da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda;

d) a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na cobrança institucional dos valores não depositados decorre de previsão legal explícita, desnecessária se estivéssemos diante de tributo da Fazenda Nacional;

e) a jurisprudência sufraga pacificamente o prazo prescricional constante no art. 23, §5º da Lei nº 8.036/90, afastando a aplicação dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.”⁴

Merece destaque, ainda, a decisão proferida pelo STF na ADC nº 9-DF, na qual a Corte Suprema declarou a viabilidade de exigência pecuniária compulsória de natureza não tributária com a finalidade de regular atividade econômica, no caso o fornecimento de energia elétrica, ao apreciar a Medida Provisória que instituiu sobretaxa na cobrança de energia elétrica para as unidades consumidoras que ultrapassassem determi-

⁴ CASTRO, Aldemário Araújo. *Breves considerações acerca das exações instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001*. In, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2431>>. Acesso em: .05.nov.2008.

nados patamares de consumo. O julgado recebeu a seguinte ementa:

“ADC 9/DF - Distrito Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator(a): Min. Néri da Silveira. Rel. Acórdão. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 13/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 23-04-2004. Votação: por maioria, vencidos os Min. Néri da Silveira e Marco Aurélio. Ementa Ação Declaratória de Constitucionalidade. Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. Artigos 14 a 18. Gestão da crise de energia elétrica. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.”

Assim, embora uma primeira reflexão possa levar ao entendimento equivocado de que não é possível a instituição de exigência pecuniária pelo Estado que não possua natureza tributária, o que se vê é a perfeita possibilidade de tal medida, como ocorre no salário-educação e no FGTS. Isto porque o Estado pode se valer de outros instrumentos, diferente dos tributos, para desenvolver suas atividades e atingir os objetivos delineados na Constituição.

Conclui-se, portanto, que é possível ao Poder Público instituir exigência pecuniária de natureza não-tributária, a qual deverá ser fixada por lei e deve atender ao alcance dos objetivos estatais fixados na Carta Magna.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 817496/PR. Relator Convocado: Carlos Fernando Mathias. j. 22.04.2008. DJ 09.05.2008. JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 5, jan./fev. 2009. 1 DVD.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 898274/SP. Relator: Teori Albino Zavascki. j. 28.08.2007. DJ 01.10.2007. JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 5, jan./fev. 2009. 1 DVD.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n° 9-DF. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Rel. Acórdão: Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 13.12.2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 23.04.2004. JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 5, jan./fev. 2009. 1 DVD.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 1999.35.00.001338-6/GO. Relator: Catão Alves. Relator Convocado: Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. j. 09.10.2006. DJU 01.11.2006. JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 5, jan./fev. 2009. 1 DVD.

BRASIL. Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 5, jan./fev. 2009. 1 DVD.

CASTRO, Aldemário Araújo. *Breves considerações acerca das exações instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001*. In, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2431>>. Acesso em: 05.11.2008.

_____. *Constitucionalidade da exigência pecuniária, efetivada pelo Poder Público, desprovida de natureza tributária*. In, Aldemário Araújo Castro Home Page, 08.01.2006 [Internet]. Disponível em <http://www.aldemario.adv.br/exigpecu.htm>. Acesso em 05.11.2008.

FERREIRA, Fernando Guimarães. *Da infringência ao princípio da imunidade intergovernamental recíproca pela incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) nas aplicações financeiras dos entes federados*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set.2008. 1 DVD.

Lei de Imprensa e mora do Legislativo

Oscar Valente Cardoso*

No julgamento da ADPF 130/DF, concluído no último dia 30/04/2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade de todos os dispositivos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

O pedido foi ajuizado em 19/02/2008, por um partido político com representação no Congresso Nacional (exercendo legitimidade que lhe é constitucional e legalmente conferida), e teve o pedido liminar parcialmente deferido pelo relator, Min. Carlos Britto (e referendado pelo Pleno), para suspender a vigência de diversos dispositivos da Lei de Imprensa.

Ao encerrar o julgamento, com o voto favorável de sete Ministros (e quatro votos contrários à revogação total), o Pleno do STF declarou a incompatibilidade integral da Lei nº 5.250/67 com a Constituição de 1988. Por não haver norma específica posterior àquela, entendeu-se que eventuais litígios envolvendo a imprensa, bem como as liberdades de manifestação do pensamento e de informação, deverão ser resolvidos com fundamento na Constituição, nos Códigos Civil e Penal, entre outros dispositivos legais aplicáveis.

O Min. Marco Aurélio, único dos Ministros do STF que votou pela manutenção total da Lei de Imprensa, afirmou que a revogação total da lei, sem uma lei em vigor específica da atividade de imprensa, criará insegurança jurídica, um vácuo; destacou também que compete aos representantes do povo editar uma nova lei de imprensa, mantendo-se em vigor a norma de 1967 até que se conclua essa tarefa.

Há quem afirme que o Congresso Nacional criou o mandado de injunção na Constituição de 1988 para transferir ao Judiciário a resolução de casos complicados. O cerne da questão não é somente jurídico, mas também político (no sentido de opções políticas do legislador no tratamento do assunto, e não de partidário político). Não se deve discutir somente quais são os possíveis efeitos da decisão do STF, e que normas já existentes regularão a atividade da imprensa, mas o

porquê de o Congresso Nacional ainda não ter regulamentado todos os direitos fundamentais mais de 20 anos após a entrada em vigor da atual Constituição, e de não ter discutido e aprovado nova lei, mais de 40 anos depois do início da vigência da lei revogada.

Saulo Ramos, em seu “Código da Vida” (p. 226), salienta que a Constituição de 1988, quando publicada, dependia de 285 leis ordinárias e 41 leis complementares para conferir eficácia a todos os seus dispositivos (o que ainda não foi cumprido).

No início de 2009, foi noticiada no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal a continuidade de diversas omissões legislativas na implementação de leis regulamentadoras de direitos previstos na Constituição, referentes a processos (mandados de injunção ou ADI por omissão) já julgados por aquele tribunal. Entre eles, destacam-se o aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI (decidido em cinco ações), o direito de greve de servidores públicos, referido no art. 37, VII (resolvido em três mandados de injunção) e o direito à aposentadoria especial para os servidores públicos, garantido pelo § 4º, III, do art. 40, e que também depende da edição de lei específica.

O próprio STF vem tendo a iniciativa de realizar audiências públicas para debater temas polêmicos com a sociedade, como nos casos da Lei de Biossegurança (especialmente o uso de células-tronco), do abortamento de bebês anencéfalos, da importação de pneus usados e, mais recentemente, sobre o Sistema Único de Saúde. Por outro lado, não poderiam o Senado e a Câmara dos Deputados realizar audiências públicas para debater com a sociedade civil a saúde pública no Brasil, e o que pode ser feito para aprimorá-la? O mesmo não poderia ter sido feito com os jornalistas, para regulamentar o exercício e as responsabilidades da profissão?

É curioso o fato de que, em 2008, um partido político optou por requerer a prestação jurisdicional do STF para declarar a incompatibilidade de uma lei de 1967 com a Constituição de 1988, ao invés de, institucionalmente, elaborar uma nova lei sobre o assunto, revogando expressamente a anterior. Seria receio de se

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

indispor com a imprensa? Com a decisão do Supremo de declarar a inconstitucionalidade integral da Lei nº 5.250/67, quanto tempo o Congresso levará para regulamentar a matéria? Serão realizadas audiências públicas para debater a nova lei?

Uma das principais justificativas utilizadas para tentar elucidar a morosidade do Legislativo é o excesso de medidas provisórias (elaboradas pelo Presidente da República) que necessita avaliar e votar. Porém, existe aí um “paradoxo de Tostines”: o Congresso não consegue legislar porque há medidas provisórias demais para apreciar, ou o Executivo edita medidas provisórias em demasia justamente porque o Congresso não legisla, é omissivo no exercício de suas atribuições? Sem precisar buscar qual a causa e qual o efeito, é inegável que um Presidente não pode ser culpado por elaborar mais normas do que 81 Senadores e 513 Deputados...

Não se pode ignorar, desse modo, que o Congresso Nacional tem (intencionalmente ou não) transferido ao Judiciário (ao STF, principalmente) a decisão sobre diversos assuntos polêmicos, deixando de cumprir com seu papel institucional.

Arguição de Inconstitucionalidade

2001.34.00.024492-5/DF

Relator : Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Arguente: Sétima Turma do TRF 1ª Região
Arguidos: União Norte Brasileira da Igreja Adventista do Sétimo Dia e outros
Advogados: Dr. Mauro Junior Seraphim e outros
Arguido: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – DF
Divulgação: e-DJF1 de 20/03/2009
Publicação: 23/03/2009

Ementa

Constitucional. Tributário. Arguição de Inconstitucionalidade. Contribuição para o programa de integração social (PIS). Art. 33 do Decreto-Lei 2303/1986. Pessoa jurídica sem fins lucrativos. Aplicação dos mesmos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449/1988. Impossibilidade de utilização de Decreto-Lei para normatizar a matéria.

I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 148.754-2/RJ, em 24.06.1993, decidiu pela inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449/1988, em face da Constituição Federal de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional n. 01/1969, sob o fundamento de que a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), na época, não tinha natureza tributária, tampouco era considerada receita pública, o que afastou a classificação da matéria como de finanças públicas ou de tributo, para fins de edição de decreto-lei pelo Presidente da República.

II. Essas conclusões se aplicam, à exatidão, para declarar a inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-Lei 2.303/1986, que impôs a exação às entidades sem fins lucrativos, sem autorização constitucional para tanto.

III. A referida norma legal não possui natureza meramente interpretativa, visto que dispõe sobre alíquota e base de cálculo da contribuição para o PIS, devida pelas entidades sem fins lucrativos.

IV. Inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-Lei 2.303/1986, que se declara.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986, nos termos do voto do Relator.

Corte Especial do TRF da 1ª Região – 15/01/2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator p/ acórdão (RITRF, art.194, parágrafo único).

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: - Cuida-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade formal do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303/86, suscitado pelo eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Relator das apelações interpostas pela União Norte Brasileira da Igreja Adventista de Sétimo Dia e Outras (autoras) e pela União (ré) nos autos de n. 2001.34.00.024492-5/DF da ação de rito ordinário, que tem por objeto

a repetição dos valores que as autoras recolheram indevidamente, a título de PIS, com base nos Decretos-Leis n. 2.052/83, 2.303/86, 2.445/88 e 2.449/88, Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 174/71 e Norma de Serviço CEF/PIS n. 02/77 (fl. 779).

A Sétima Turma, por unanimidade, acolheu a arguição de inconstitucionalidade da norma em questão na sessão do dia 05/09/2006, conforme acórdão de fl. 781, cuja ementa é a seguinte:

Constitucionalidade e Tributário – PIS – Pessoa Jurídica Sem Fins Lucrativos – (LC N. 07/70, art. 1º, §4º) – Instituição de Alíquota – Decreto-Lei n. 2.303, de 21 nov 1983 (art. 33): Inconstitucionalidade Formal.

1. Dispõe o art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303, de 21 NOV 1983: “As entidades de fins não lucrativos que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, continuarão a contribuir para o Programa de Integração Social (PIS) à alíquota de 1% (um por cento), incidente sobre a folha de pagamento”.

2.A T2 do STF decidiu que o PIS deixou de possuir natureza tributária a partir da Emenda Constitucional n. 8, de 14 ABR 1977 (STF, RE n. 103.089-5, T2, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 15/04/1988, p. 8400).

3.A contribuição para o PIS, no regime da CF/67, não constituía receita às finanças públicas, pois os recursos arrecadados pelo programa não passavam ao domínio da União, mas continuavam sendo dos empregados, sob gestão, todavia, da Caixa Econômica Federal.

4.Não possuindo caráter tributário nem tampouco de finanças públicas, a obrigatoriedade da contribuição para o PIS não podia ser disciplinada por decretos-leis, por ausência de permissão constitucional para tanto.

5.Arguição de inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303, de 21 NOV 1983, acolhida.

6.Peças liberadas pelo Relator, em 05/09/2006, para publicação do acórdão.

A União (Fazenda Nacional) manifestou-se às fls. 791/793, pugnando pela constitucionalidade do dispositivo legal, e alegou que a norma é meramente interpretativa, uma vez que nada inovou na regulamentação do PIS, extraíndo tal assertiva da expressão “continuarão a contribuir” utilizada pelo legislador.

Afirmou, ainda, que a norma do decreto-lei em enfoque está compreendida no âmbito das matérias relativas à administração pública, de modo que, a seu ver, não extrapolaria o *espaço legislativo referido no inciso II do art. 55 da Constituição Federal de 1967*, bem assim que a necessidade de uma norma interpretativa, no caso, decorreu das disposições da LC 07/70 e do Decreto-Lei n. 2.052/83, que já previam a contribuição para o PIS pelas entidades sem fins lucrativos que tinham empregados.

Publicado edital para ciência dos titulares do direito da propositura de ação de inconstitucionalidade, legitimados no art. 103 da Constituição Federal (fls. 795/796), transcorreu *in albis* o prazo, sem manifestação dos interessados.

O Ministério Público Federal, às fls. 800/806, opinou pelo acolhimento do incidente para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303/86.

Os autos foram a mim redistribuídos em 12/02/2007 (fl. 812), com base nas deliberações da 5ª Sessão Plenária Administrativa Ordinária de 14/12/2006.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: - A presente arguição de inconstitucionalidade diz respeito ao art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303/86, que trata da contribuição devida pelas entidades sem fins lucrativos ao PIS.

De início, traço um breve histórico da referida contribuição para melhor análise do dispositivo questionado.

A contribuição para o PIS foi instituída pela Lei Complementar n. 07/70, que, nos arts. 1º e 3º, assim dispôs:

Art. 1.º - É instituído na forma prevista nes-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Tourinho Neto, Assusete Magalhães e Francisco de Assis Betti.

ta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

Art. 2.º (...)

Art. 3.º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido (...);

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:

c) (...)

§ 4º - *As entidades de fins não lucrativos, que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, contribuirão para o Fundo na forma da lei.*

Em 25/02/71, por meio da Resolução n. 174 do Conselho Monetário Nacional, que aprovou o regulamento do PIS, passou a União a exigir a contribuição para o PIS das entidades sem fins lucrativos, que tenham empregados, na alíquota de 1% (um por cento) sobre a folha de pagamento. Da mesma forma dispôs a Norma de Serviços CEF/PIS n. 02/71.

Posteriormente, em 03/08/1983, foi editado o Decreto-Lei n. 2.052/83, que, no art. 15, confirmou a participação das entidades sem fins lucrativos no Programa de Integração Social, nos seguintes termos:

Art. 15. São participantes contribuintes do PIS as pessoas jurídicas de direito privado, bem como as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto sobre a renda e as definidas como empregadoras pela legislação trabalhista, *inclusive entidades de fins não lucrativos* e condomínios em edificações.

Em seguida, foi editado o Decreto-Lei n. 2.033, de 21/11/1986, que tratou da contribuição no art. 33, objeto deste incidente de inconstitucionalidade, que positiva:

Art. 33. As entidades de fins não lucrativos, que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, continuarão a contribuir para o Programa de Integração Social (PIS) à alíquota de 1% (um por cento), incidente sobre a folha de pagamento.

E, por fim, em 29/06/1988, foram editados os Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/88, que previam o seguinte:

DI n. 2.445, de 29 JUN 1988:

Art. 1º. A partir de 1º de julho de 1988, as contribuições mensais (...) para o (...) Pasep e para o (...) PIS, passarão a ser calculado das seguintes forma:

IV – fundações públicas e privadas, condomínios *e demais entidades sem fins lucrativos*, inclusive as instituições de assistência social que não realizem habitualmente venda de bens ou prestações de serviços de qualquer natureza: um por cento sobre o total da folha de pagamento de remuneração dos empregados; e (...)

DI n. 2.449, de 21 Julho 1988:

Art. 1º O Decreto-Lei n. 2.445, de 29 de junho de 1988, passa a vigorar com as seguintes modificações:

“Art. 1º Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 1988, as contribuições mensais (...) para o (...) Pasep e para o (...) PIS, passarão a ser calculadas da seguinte forma:

IV – sociedades cooperativas, em relação às operações praticadas com cooperados, fundações públicas e privadas, condomínios *e demais entidades sem fins lucrativos*, inclusive as entidades fechadas de previdência privada e as instituições de assistência social, que não realizem habitualmente venda de bens ou serviços: um por cento sobre o total da folha de pagamento de remuneração dos seus empregados; (...)

A discussão sobre a exigência da contribuição para o PIS, na forma da Resolução 174/CMN e da Norma de Serviços da CEF, reside no âmbito infraconstitucional e, como destacou o ilustre Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, no voto de fls. 774/779, o Decreto-Lei n. 2.052/83 nada dispôs sobre os elementos essenciais da contribuição, mostrando-se desnecessário o exame da sua adequação frente à ordem constitucional então vigente.

No que tange aos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/88, o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 149.754-2/RJ, em 24/06/93, decidiu pela inconstitucionalidade formal dos referidos diplomas legais, em face da Constituição Federal de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional n. 01/69.

Naquela ocasião, entendeu o Plenário da Suprema Corte que o Programa de Integração Social tinha, em face da Constituição anterior, natureza jurídica de contribuição parafiscal, e não de tributo, daí por que

não podiam ter sido veiculadas por meio de decreto-lei, por vedação expressa do art. 55, II, da CF de 1967.

Afirmou, ainda, aquela Corte Constitucional que o PIS era um direito social do trabalhador, e, portanto, não tinha natureza tributária, tampouco era considerado receita pública, afastando a classificação da matéria como de finanças públicas ou de tributo, para fins de edição de decreto-lei pelo Presidente da República.

Seguindo essa orientação, esta corte acatou a tese da inconstitucionalidade formal dos decretos-leis em questão, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência da AMS n. 92.01.28230-3, pronunciando-se a respeito, também, no enunciado da Súmula n. 22, razão pela qual o presente incidente de inconstitucionalidade restringe-se ao art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303/86.

Todas as conclusões extraídas das decisões plenárias do STF e deste Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/88 aplicam-se, com exatidão, ao incidente ora em análise.

De fato, quando do advento dos Decretos-Leis n. 2.303/86, 2.445 e 2.449/88, o PIS, instituído pela Lei Complementar n. 07/70, já vigorava, há 15 anos, com o adicional instituído pela Lei Complementar n. 17/73. Tais decretos-leis não revogaram as citadas leis complementares, apenas dispuseram sobre a base de cálculo e a alíquota da contribuição, mas diante da restrição imposta pela Constituição Federal de 1967, não poderia a matéria ser por eles veiculadas.

Não Procede a alegação da Fazenda Nacional de que a contribuição para o PIS estaria incluída no âmbito da administração pública e, desse modo, autorizado estava o Poder Executivo a editar decreto-lei, uma vez que o art. 55 da Constituição Federal de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional de 1969, tinha a seguinte redação:

Art. 55. O Presidente da república, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I - segurança nacional;
- II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Dessa forma, por não se tratar de matéria relativa à segurança nacional, finanças públicas ou de criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, como já exposto acima, incabível a utilização da espécie legislativa prevista no artigo supracitado para tratar da contribuição para o PIS, assim considerada um direito social do trabalhador, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 148.754-2/RJ.

O art. 33 do Decreto-Lei n. 2.303/86, portanto, merece ser expungido do mundo jurídico, com base nos mesmos fundamentos adotados pela Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/88.

Ressalta-se que, ao contrário do que alega a Fazenda Nacional, a norma em enfoque não é meramente interpretativa, uma vez que dispõe sobre a alíquota a base de cálculo da contribuição para o PIS devida pelas entidades sem fins lucrativos. Vale registrar, na oportunidade, que a expressão “*continuarão a contribuir*”, inserida no artigo ora em análise, tem como base a regulamentação anterior da contribuição pela Resolução do CMN n. 174/91, que, segundo o entendimento do colendo STJ, esposado no julgamento do EREsp n. 437.786/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, publicado no DJ de 19/12/2003, feriu o princípio da reserva legal.

Ante o exposto, *acolho* o incidente para *reconhecer* a inconstitucionalidade formal do artigo 33 do Decreto-Lei n. 2.303, de 21/11/1986.

Publicado o acórdão, com fulcro no § 3º do art. 352 do RITRF 1ª Região, retornem os autos à Turma para prosseguir no julgamento do feito.

É o voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: – A Sétima Turma, em acórdão de 05/09/2006, arguiu perante esta Corte Especial a inconstitucionalidade do art. 33 do Decreto-lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, segundo o qual “As entidades de fins não lucrativos que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, continuarão a contribuir para o Programa de Integração Social (PIS) à alíquota de 1% (um por cento), incidente sobre a folha de pagamento.” Para a Turma, que se escora em precedente do STF, não tendo o PIS, a partir da EC nº 8, de 14/04/1977, natureza tributária, não poderia ser disciplinado por decreto-lei,

dada a ausência de permissivo constitucional para tanto. (Cf. acórdão de fl.781.)

Processado o incidente, que teve parecer favorável do Ministério Público Federal junto a esta Corte (fls. 800 – 806), relatou-o o Des. Federal Antonio Ezequiel da Silva, nesta Corte, na sessão de 04/09/2008, votando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, na mesma linha de julgamento manifestada pela 7ª Turma, ou seja; a) o STF, em julgamento de 24/06/1993, no RE nº 148.754, no que tange aos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, decidiu pela sua inconstitucionalidade formal em face da Carta de 1967, com as alterações da EC nº 01/1969; b) definiu o STF, nesse julgamento, que o PIS constitui um direito social do trabalhador, não tendo natureza tributária, tampouco de receita pública; c) este Tribunal, no incidente de uniformização de jurisprudência na Apelação de Mandado de Segurança nº 92.01.28230-3, pronunciou-se no mesmo sentido; e d) os fundamentos adotados pelo STF, naquele precedente, têm inteira aplicação no presente caso, merecendo o preceito em causa ser expungido do mundo jurídico. (Cf. voto de fls. 820 – 822.) Votaram com o relator os Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Amorim e Jirair Meguerian. (CF. certidão de fl. 827.)

Pedi vista para examinar a temática sob dois aspectos: se a questão não seria de mera legalidade, dispensando o incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser vulgarizado; e se, em face do precedente do STF, em relação aos Decretos-leis 2.445 e 2.449/1988, não se aplicaria teoria da inconstitucionalidade por “arrastamento”¹ em relação ao art. 33 do Decreto-lei nº 2.033, de 21/11/1986, tornando dispensável, da mesma forma, o incidente de inconstitucionalidade.

No primeiro aspecto, o relator da 7ª Turma, Des. Federal Luciano Amaral, destacou que, pelos precedentes da 1ª e 2ª Turmas do STJ, não existe, em relação às entidades de fins não lucrativos, nenhuma norma jurídica impositiva anterior à MP nº 1.212, de 28/12/1995, que justificasse a exigência do PIS dessas entidades pela alíquota de 1% sobre a folha de pagamento. Ou seja, por essa premissa do relator (fls. 777 – 778), poderia a 7ª Turma ter finalizado o julgamento

da apelação sem necessidade de suscitar o incidente de inconstitucionalidade.

No segundo aspecto – teoria da inconstitucionalidade por “arrastamento” –, uma vez declarada, pelo STF, em controle concentrado, a inconstitucionalidade da norma principal, restam afetadas de inconstitucionalidade, por “atração”, todas as normas dela dependentes, dada a relação de instrumentalidade entre elas, como inconstitucionalidades conseqüenciais, pelo que, em face do precedente STF, declarando a inconstitucionalidade formal dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/1988, declaração que recebeu efeitos *erga omnes* pela Resolução nº 49, de 09/10/1995, do Senado Federal, seria o caso de examinar se subsistiria a norma do art. 33 do Decreto-lei nº 2.033, de 21/11/1986, exigindo o PIS de 1% da folha de pagamentos, norma que, conquanto anterior, havia sido repetida pelos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88, fulminados estes de inconstitucionalidade pelo STF e suspensos na sua eficácia pelo Senado.

À primeira vista, a conclusão seria pela insubsistência do Decreto-lei nº 2.033/1988, independentemente de declaração específica de inconstitucionalidade, pois não faria sentido que, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade de duas normas posteriores que disseram a mesma coisa, subsistisse eficaz a norma anterior que, na tentativa desesperada de cobrar o PIS das entidades de fins não-lucrativos, abrigara a mesma disciplina.

No rigor dos termos, portanto, seria dispensável e ocioso o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 7ª Turma, seja pelo referido tratamento que à matéria vem dando o STJ, que não vê nenhuma norma válida, anterior à MP nº 1.212, de 28/12/1995, que justifique a exigência do PIS, à alíquota de 1% sobre a folha de pagamento, das entidades não-lucrativas; seja pela teoria da inconstitucionalidade conseqüente.

Mas, como a lógica jurídica nem sempre resolve o lado político das questões forenses, e considerando que no Direito brasileiro se discute tudo, necessária ou desnecessariamente, até mesmo em face da letra expressa da lei, tenho como conveniente e oportuno, para selar de vez a solução da contenda e evitar novos recursos, sempre possíveis, que se declare também a inconstitucionalidade formal do art. 33 do Decreto-lei nº 2.033, de 21/11/1986, pelas mesmas razões pelas quais o STF declarou a inconstitucionalidade formal dos Decretos-

¹LENZA, Pedro. Direito Constitucional – ESQUEMATIZADO, 12ª Edição, Editora Saraiva, p.171.

leis 2.445 e 2.449/1988, pelo que também acompanho o relator.

É o voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:

- Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator, que está fundamentado em decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Corte Especial

Agravo Regimental em Suspensão de Liminar

2008.01.00.043409-6/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Tourinho Neto
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Requerido: Juízo Federal da 20ª Vara - DF
Autor: Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - Sinprofaz
Advogados: Dr. Hugo Mendes Plutarco e outros
Divulgação: e-DJF1 de 13/03/2009
Publicação: 16/03/2009

Ementa

Processo Civil. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Procuradores da Fazenda Nacional. Indenização de ajuda de custo e transporte.

I - A suspensão de liminar ou de tutela antecipada deve ser concedida comedidamente e o Presidente do Tribunal deve estar sempre atento à plausibilidade do direito apresentado pela pessoa jurídica de direito público.

II - O Presidente do Tribunal, no pedido de suspensão, não examina se a decisão é ou não correta, justa ou injusta, legal ou ilegal. Examina, tão-somente, se o ato judicial causa lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

III - Inexistência de grave lesão à ordem econômica. Tendo o servidor direito a ajuda de custo e transporte, verba indenizatória, não pode a União Federal deixá-la de pagar sob o argumento que o pagamento causa lesão à economia pública. É pretender, sim, fazer economia à custa do direito do servidor. A lesão à economia do servidor é grave, que terá de suportar despesas com transporte seu e de seus familiares e de seus bens. Despesa grande. Não se trata, no caso, de pagamento de vantagens pecuniárias, não havendo violação, por conseguinte, à ADC-4.

IV - Inexistência de grave lesão à ordem administrativa. Tem a Fazenda Nacional interesse na remoção de seus Procuradores, tanto tem que abriu *edital de remoção*. Logo, não pode alegar que não tem condições de efetuar o pagamento da ajuda de custo e de transporte, e, não podendo, por esse motivo, fazer as remoções, prejudicando diversas unidades da Federação, causando grave lesão à administração.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencidos o Relator, Juiz-Presidente Jirair Aram Meguerian, e os Juizes Carlos Moreira Alves, Antônio Ezequiel da Silva, João Batista Moreira e Sebastião Fagundes de Deus, dar provimento ao agravo regimental interposto pela União Federal. Votaram com o Juiz Tourinho Neto, primeiro voto divergente, os Juizes Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, José Amílcar Machado e Daniel Paes Ribeiro.

Corte Especial do TRF 1ª Região - 04/12/2008.

Juiz Federal *Tourinho Neto*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian: – O Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - Sinprofaz agrava regimentalmente em face da decisão desta Presidência que deferiu o pedido de suspensão de decisão anterior, proferida nos autos da Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9/DF, e que antecipou os efeitos da tutela.

A decisão agravada está assim fundamentada (fls. 197-203):

“(...)

XIV. As questões relativas à grave lesão à ordem jurídica, tais como a limitação territorial dos efeitos da decisão impugnada, violação ao decidido na ADC-4, ausência de intimação para se manifestar em 72 horas, afronta ao devido processo legal referem-se ao mérito da ação ordinária, não sendo possível, portanto, a sua análise na via da suspensão de antecipação de tutela.

XV. Verifico, no entanto, quanto à alegada falta de previsão legal para pagamento de ajuda de custo a servidor removido a pedido, que o fundamento transita numa zona limítrofe entre a ordem jurídica, fora do campo de atuação da excepcional medida de suspensão de segurança/liminar, e a ordem administrativa, na medida em que dificulta a execução do Edital n. 1, fl. 27, no ajuste que o órgão público pretende fazer, na realidade para beneficiar os procuradores já em exercício, para acomodá-los em locais de seu agrado (deles) ou que ofereçam melhores condições de qualidade de vida, para, assim, dar preferência aos mais antigos.

XVI. Dessa forma a decisão vergastada afeta, em tese, a ordem administrativa. Outrossim, também lesa, aparentemente, a ordem econômica, desde que terá, obviamente, efeito multiplicador em relação a outros concursos de remoção de servidores públicos, sendo a regra, em todos esses casos, a ausência de pagamento da ajuda de custo, pelo que a ameaça não seriam apenas os R\$ 3.450.295,44 (três milhões, quatrocentos e cinquenta mil e duzentos e noventa e cinco reais e quarenta e quatro centavos) que a União despenderia na execução da decisão vergastada.

Pelo exposto, defiro o presente pedido de suspensão da decisão antecipatória dos efeitos da tutela na Ação Ordinária 2008.34.00.022230-9, em curso perante a 20ª Vara Federal na Seção Judiciária do Distrito Federal.

Nos termos do art. 4º, § 9º da Lei n. 8437/1992, aplicável à espécie conforme art. 1º da Lei n. 9494/1997, esta suspensão prevalece até trânsito em julgado de sentença que, porventura; concluir pela procedência da Ação Ordinária.

(...)”

Afirma o agravante que *“Não obstante conste da decisão ora agravada, em consonância com a Jurisprudência pacífica de todos os Tribunais brasileiros, que é defeso em sede de suspensão de segurança adentrar-se ao mérito da decisão que se visa suspender, e que a suposta lesão da ordem jurídica também não deve ser analisada por tratar de incursão no mérito da decisão a decisão, no sentir do agravante, laborou em sentido absolutamente oposto ao que foi apregoada na própria decisão”* (fl. 214-215).

Assim, segundo afirma, o *decisum* impugnado contrariou o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido da impossibilidade da incursão no mérito da decisão na via estreita da suspensão de segurança.

Sustenta, ainda, a inexistência de grave lesão à ordem econômica, pois *“Denota-se absolutamente irrisório o invocado gasto da União (3 milhões) para um fim tão importante atingido com o concurso de remoção que é o de equalizar a força de trabalho da Procuradoria da Fazenda Nacional em todas as localidades do país. E que lesão trará à economia pública o pagamento das ajudas de custo em questão, se comparados com o impacto de 50 milhões de reais anuais oriundo da posse dos 316 novos Procuradores”* (fl. 224).

Ao final, assevera que também não existe o alegado efeito multiplicador da decisão de primeiro grau, pois o quanto decidido não extrapola os limites da ação ordinária em julgamento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian: – Tenho que não assiste razão ao agravante, pois a decisão agravada, em nenhum momento, adentrou no mérito do *decisum* proferido pelo MM. Juiz de primeiro grau.

A decisão de primeira instância impugnada no pedido de suspensão de antecipação de tutela entendeu ser devido aos servidores removidos a pedido o direito de receberem o pagamento da indenização de ajuda de custo e de transporte, pois só o fato de a Administração tomar a iniciativa de oferecer vagas para remoção já é suficiente para caracterizar o manifesto interesse público, sendo aplicável, assim, na hipótese, o disposto no art. 53, “*caput*”, da Lei 8.112/1990.

Já a decisão da Presidência que ora se busca reformar fundamentou as razões para deferir o pedido de suspensão na grave lesão à ordem administrativa, pois entendeu que a decisão primeira dificulta a execução do Edital do concurso de remoção.

Assim, ao deferir a antecipação dos efeitos da tutela na ação ordinária, a decisão de primeiro grau adentrou no mérito administrativo, ou seja, no juízo de conveniência e oportunidade da administração na elaboração das regras do certame, o que configura a grave lesão à ordem administrativa.

Não procede, ademais, a alegação de inexistência de grave lesão à ordem econômica.

Com efeito, e conforme afirmado na decisão agravada, a regra em todos os concursos de remoção é a ausência de ajuda de custo. A prevalecer a decisão de primeiro grau, efetivamente poderá ocorrer o efeito multiplicador para os demais concursos de remoção de servidores públicos.

Portanto, não é o valor a ser gasto com os Procuradores da Fazenda Nacional neste concurso de remoção, isoladamente, que está a ameaçar a economia pública, mas sim aqueles que advirão de decisões similares que poderão ser proferidas em outros feitos.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Carlos Moreira Alves, Antônio Ezequiel da Silva, João Batista Moreira, Fagundes de Deus, Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, José Amílcar Machado e Daniel Paes Ribeiro

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Voto-Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: – Senhor Presidente, todos sabemos que o pedido de suspensão não tem natureza recursal, nem é sucedâneo de recurso; tem, sim, uma natureza de ação cautelar de impugnação, em que se procura proteger o interesse público, mas sem quebra do ordenamento jurídico. O presidente do Tribunal, portanto, não revoga, não modifica liminar, nem tutela antecipatória, apenas suspende, como fez Vossa Excelência; o presidente não examina se a decisão está certa, se está correta, se é justa, se é injusta, se é legal ou ilegal. Examina, tão-somente, se o ato judicial causa lesão à ordem econômica, à saúde, à segurança e à economia públicas. É por isso mesmo que a suspensão de segurança de tutela antecipada deve ser concedida comedidamente pelo presidente, sempre atento à *plausibilidade* do direito apresentado pela pessoa jurídica de direito público.

Na hipótese em questão, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não quer pagar ajuda de custo e transporte em face da remoção dos procuradores da Fazenda Nacional, para economizar. Economizar à custa do direito dos servidores. Direito este previsto no art. 51, incisos I e II, da Lei 8.112, de 1990, como está dito na decisão de 1º grau, que foi lavrada pelo Juiz Federal Alexandre Vidigal, ao conceder tutela antecipada ao autor, o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional.

Não vejo, *data venia* de Vossa Excelência, lesão à ordem jurídica de tal monta a propiciar a suspensão da tutela antecipada concedida pelo juiz de 1º grau. Diz a União Federal que pretende prover vários cargos de procurador da Fazenda Nacional, e, fazendo pagamento de ajuda de custo, não terá condições. Repito, pretende a Procuradoria da Fazenda Nacional proceder remoções, e, fazendo o pagamento da ajuda de custo e transporte, não terá condições de fazer para todos. A alegação não tem qualquer procedência. Não pode proceder à remoção porque não tem receita suficiente para fazer o pagamento da ajuda de custo. À custa de quem? Do servidor. A Fazenda quer administrar os seus problemas de recursos, não pagando a ajuda

de custo e transporte. Ajuda de custo é indenização, é ressarcimento das despesas necessárias para o deslocamento do servidor. É uma indenização e não um ganho patrimonial.

Destaca o eminente Procurador Regional da República Augusto de Aras que: “Se os substituídos não tiverem o ressarcimento das despesas decorrentes de seu deslocamento, terão seus vencimentos de natureza alimentar minorados, revelando-se o perigo da demora *in verso*. Observe-se, outrossim, que, apesar de a remoção ser a pedido, a Fazenda Nacional alega que o pagamento de ajuda de custo, inviabilizará as emoções, prejudicando diversas unidades da federação.” Portanto, o interesse da remoção é, também, da Fazenda Nacional; não é só do procurador que está a pedir; o interesse maior talvez seja da Fazenda Nacional. Ela tem interesse nas remoções e tanto tem que baixou o edital para concurso de remoção. Não se pode, a meu ver, alegar lesão à economia pública em detrimento de um direito que tem a parte.

Ante o exposto, acompanhando o nobre representante do Ministério Público Augusto de Aras, Procurador Regional da República, e *data venia* de Vossa Excelência, Senhor Presidente, dou provimento ao agravo regimental para restabelecer a decisão de 1º grau, que concedeu a antecipação de tutela da Lavra do Juiz Federal Alexandre Vidigal, para assegurar aos procuradores da Fazenda Nacional substituídos do sindicato autor agravante o direito de recebimento de ajuda de custo e transporte, como determina o Decreto 1.455/95.

É o voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: – Senhor Presidente, acompanho a divergência com a devida vênua.

Primeira Seção

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
Divulgação: e-DJF1 de 09/03/2009
Publicação: 10/03/2009

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. 5º 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.

Primeira 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* (Relator): – 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 julgamento proferido nos autos da apelação em mandado de segurança nº 95.01.36215-9/BA (processo de origem: MS nº 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 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 – proferidos dos embargos declaratórios) prolatados com base 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 redor 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 nº 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 nº 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).

Alvaro 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 nº 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 Vencido*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: – Senhor Presidente, vou pedir vênias para 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

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

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. Des. 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 substancial 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

coincidiam 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 improviso – “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 dispenso 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, cumpre-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 calçado 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 defluiu 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. Des. 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. Srª. Des. 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 funda-

mentada. 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.

Segunda Seção

Revisão Criminal

2005.01.00.027087-8/DF

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Requerente: Alberto Bilel Raad
Advogada: Dr^a. Daniela Alzira Vaz de Lima
Requerido: Justiça Pública
Procurador: Dr. Marcelo Antonio Ceara Serra Azul
Divulgação: e-DJF1 de 06/03/2009
Publicação: 09/03/2009

Ementa

Penal e Processo Penal. Revisão criminal. Extinção da pretensão executória do Estado. Prejudicialidade. Preliminar rejeitada. Irregularidades nas intimações do requerente e do defensor dativo. Sentença transitada em julgado para a acusação. Prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto. Concessão da ordem de habeas corpus, de ofício. Procedência.

I - Preliminarmente, não merece prosperar a arguição do Ministério Público no sentido de que, declarada extinta a pretensão executória do Estado, a ação revisional estaria prejudicada em seu objeto, pois remanescem os efeitos secundários e, portanto, o interesse do réu.

II - O requerente foi declarado revel na ação penal, tendo sido nomeado defensor dativo para sua defesa. Após a publicação da sentença penal condenatória, nada obstante o cuidado que o caso requeria, à luz do princípio da ampla defesa, foi citado de imediato por edital e seu defensor dativo, via publicação.

III - Com efeito, não bastasse a irregularidade da sua intimação, também a do defensor dativo deu-se de forma a impedir o exercício pleno do direito defesa.

IV - Assim, tem-se que a sentença não transitou em julgado para a defesa, mas sim para a acusação. Em consequência, cumpre a esta Corte reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto, pois o requerente foi condenado pelo delito de estelionato em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão (fls. 0032 e 0041), que, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, corresponde ao prazo prescricional de 8 (oito) anos e, tendo em conta que entre a publicação da sentença com trânsito em julgado para a acusação (09/12/1997 – fl. 36) e a presente data passaram-se mais de 08 (oito) anos, operou-se a extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

V - Revisão criminal procedente e concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, para decretar extinta, *in casu*, a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a presente revisão criminal e conceder a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para decretar extinta, *in casu*, a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 21/01/2009.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora Convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – *Alberto Bilel Raad* ajuizou a presente revisão criminal, com o objetivo de desconstituir a sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Em defesa de sua pretensão, o requerente argumentou em síntese:

1) *A intimação da sentença por edital é nula. Reconhecida a nulidade, conforme demonstraremos, por consequência verificar-se-á a ausência de trânsito em julgado à época, conhecendo-se do pedido como recurso de apelação a ser processado em primeiro grau* (fl. 0006);

2) (...) *o revisionando foi processado e condenado à revelia, tomando ciência do ocorrido depois de anos, sua qualificação foi realizada indiretamente, os grafismos apresentados nos autos são cópias xerocadas que não apresentam a realidade dos fatos, vez que não tem relação direta com a prática do crime de estelionato perpetrado, nenhum dos acusados o conhecem ou sequer delataram seu nome em seus depoimentos. Como pode ter havido associação entre ambos sem ao menos se conhecerem?!?* (fl. 0008);

3) *O art. 392 do CPP é taxativo ao reconhecer a intimação da sentença por edital, pois bem, nos autos não constam situações que comprovem que o acusado foi exaustivamente procurado e somente depois da convicção de sumido, fora lhe decretado a revelia* (fl. 0008);

4) *Da forma que a citação foi procedida, ou seja, sendo o primeiro meio utilizado e não exaurindo todas as formas de tentativa de localização, o revisionando viu-se compelido a responder por uma ação que não tinha conhecimento e a sofrer as consequências de tal decisão, havendo assim, cerceamento de defesa a qual feriu diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e do In dúbio pro reo* (fl. 0009);

5) *A citação por edital é a única forma admitida no Direito Processual Penal para a efetivação da citação ficta que, como se viu, é medida de exceção, subsidiária, que somente poderá ser levada a termo após a absoluta impossibilidade de cientificação pessoal do acusado sobre os fatos que lhe estão sendo imputados* (fl. 0010);

6) (...) *deve a presente revisão ser recebida como recurso de apelação conforme já entendeu este Egrégio Tribunal Federal, para que conhecendo da matéria se digne a reformar a sentença de primeiro grau* (...) (fl. 0011);

7) (...) *é dúbia a autoria imputada ao réu. No entanto se este não for o entendimento de Vossas Excelências, cumpre salientar que a qualificadora do cometimento de fraude em prejuízo de entidade de direito público ou de instituto de economia popular etc., não é questão materialmente comprovada, pois o simples fato de os cheques serem da CEF e os documentos encontrados em seu poder terem nexos com alguma vítima não o faz culpado pela fraude, tendo em vista, mais uma vez salientando, que as assinaturas apostas nos cheques não serem de sua autoria* (fls. 0011/0012);

8) *Desta forma, a sentença deverá ser reformada para constar que a prática delituosa em tese cometida, teria se ocorrido, ocorrido na modalidade da forma tentada; uma porque, o laudo grafotécnico acostado nos autos às fls. 827 (vol III IP), conclui-se que “quanto às assinaturas, não foram encontrados elementos que pudessem indicar a autoria de Alberto Bilel Raad* (fl 0012);

9) *Quanto à aplicação da pena, entendemos que a mesma foi aplicada com acentuado rigor, devendo por isso ser reformada, uma vez que a conduta em tese praticada, não demonstrou gravidade extrema, no tocante a parte do Revisionando, haja vista, não ter tido relação direta com as vítimas que saíram prejudicadas com o iter criminais fraudulentos* (fl. 0013).

O Ministério Público Federal, no exercício da função de fiscal da lei, manifestou-se pela improcedência da ação revisional (fls. 1.185/1.193).

Encaminho ao revisor na forma do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 28 de janeiro de 2008.

É o relatório.

Aditamento ao relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – *Alberto Bilel Raad* ajuizou a presente revisão criminal, com o objetivo de desconstituir a sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Encaminhei os presentes autos ao eminente revisor na forma do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 28 de janeiro de 2008 (fl. 1.196), quem pediu inclusão em pauta. Todavia, diante de dúvida sobre ponto relevante ao deslinde da controvérsia, solicito a retirada de pauta (fl. 1203).

Solicitadas informações complementares, foram prestadas à fl. 1207, documentos de fls. 1208/1212, oportunidade em que o MM. Juízo Federal da 10ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal informou que “(...) *foi proferida sentença pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, declarando extinta a punibilidade do réu, em face da prescrição da pretensão executória do Estado, tendo a mesma transitado em julgado em 11 de abril de 2008 (...)*” (fl. 1207).

Instado a se manifestar o d. Ministério Público Federal opinou pela prejudicialidade da presente revisão criminal em face da perda superveniente do objeto.

Intimado a manifestar-se, o requerente quedou-se inerte (fl. 1224).

Encaminhe-se, novamente, ao em. Revisor na forma do art. 613, I, do Código de Processo Penal.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – Comprovado o trânsito em julgado da sentença condenatória para o ora requerente (fl. 0034), tenho por satisfeito o pressuposto de admissibilidade da ação revisional.

Inicialmente, não confiro procedência à arguição do Ministério Público no sentido de que, declarada extinta a pretensão executória do Estado, a ação revisional estaria prejudicada em seu objeto. É que, conforme entendimento doutrinário, bem representado pelo professor Guilherme de Souza Nucci:

(...) quando a extinção da punibilidade atinge somente a pretensão executória do Estado, porque a causa de extinção da punibilidade ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, cabe revisão criminal. Tal ocorre porque a deci-

são do juiz atinge somente os efeitos principais da decisão condenatória, afastando o cumprimento da pena, mas não elide a inscrição da condenação com mau antecedente, nem afeta a sua constituição como título executivo judicial, para a ação civil ex delicto, permitindo, ainda, a inscrição do nome do acusado no rol dos culpados. Há, assim, interesse para o ajuizamento da ação revisional.¹

Dessa forma, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

O requerente sustenta, inicialmente, nulidade na intimação da sentença penal condenatória, vez que inobservada a forma legal, que, em casos tais, é de natureza absoluta e geradora de nulidade insanável.

Após compulsar detidamente os autos, notadamente a documentação acostada às fls. 1208/1210, concluo que assiste razão ao requerente.

Ele, requerente, *Alberto Bilel Raad*, foi declarado revel na ação penal em questão, tendo sido nomeado defensor dativo para sua defesa. Após a publicação da sentença penal condenatória, nada obstante o cuidado que o caso requeria, à luz do princípio da ampla defesa, foi citado de imediato por edital e seu defensor dativo, via publicação.

Portanto, não bastasse a irregularidade da sua intimação, também a do defensor dativo deu-se de forma a impedir o exercício pleno do direito de defesa.

A propósito, outro não é o entendimento esposado pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

Direito Processual Penal. Habeas corpus. Nulidade do acórdão. Inocorrência. Intimação pessoal do defensor dativo. Tempus regit actum. Julgamento anterior à lei 9.271/96. Existência de prejuízo. Denegação.

1. A tese apresentada na petição inicial deste *writ* consiste no possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à nulidade do julgamento do recurso de apelação em razão da falta de regular intimação pessoal do defensor dativo.

2. É pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que, em consonância com o princípio do *tempus regit actum*, somente a partir da edição da Lei nº 9.271/1996 (que adicionou o § 4º ao art. 370

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz e os Juizes Federais Rosimayre Gonçalves de Carvalho e César Cintra Fonseca (convocados).

¹Nucci, Guilherme de Souza – Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

do CPP) passou a ser obrigatória a intimação pessoal do defensor nomeado pelo juízo.

3. Além de não haver a obrigatoriedade da intimação pessoal do defensor dativo na época em que ocorreu o julgamento do recurso de apelação, houve decurso de mais de treze anos sem qualquer impugnação a esse respeito.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 91567, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 Divulg 25-09-2008 Public 26-09-2008 Ement Vol-02334-02 PP-00398)

Processual Penal. Réu revel sem defensor constituído. Citação por edital. Suspensão do processo. Sentença condenatória. Intimação por edital.

1. O art. 366 - CPP, com a redação da Lei nº 9.271/96, constituindo preceito de natureza mista, por conter norma de direito processual penal, relativa à suspensão do processo, que seria, em princípio, de aplicação imediata; e de direito penal mais gravosa, atinente à suspensão da prescrição, que somente pode ser aplicada após a sua vigência, deve ser entendido como incindível, não podendo, por consequência, ser aplicado aos fatos ocorridos anteriormente ao advento da inovação. Precedentes.

2. A intimação da sentença condenatória ao réu revel sem defensor constituído somente pode ocorrer depois da tentativa frustrada da intimação pessoal (art. 292, VI - CPP), no endereço constante dos autos, ainda que ali não tenha sido localizado ao ensejo da citação. Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus que se concede em parte, apenas para a anulação da intimação editalícia da sentença.

(HC 2002.01.00.044070-4/GO, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ p.110 de 28/02/2003)

À falta de intimação válida, pode-se afirmar, concluindo, que a sentença não transitou em julgado, como certificou o servidor nos autos, tendo o paciente o direito de manifestar apelação.

Considerando que a sentença não transitou em julgado para a defesa, mas sim para a acusação, entretanto, cumpre a esta Corte reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto.

Com efeito, o requerente foi condenado pelo de estelionato em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão (fls. 0032 e 0041), que, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, corresponde ao prazo prescricional de 8 (oito) anos.

Assim, tendo em conta que entre a publicação da sentença com trânsito em julgado para a acusação (09/12/1997 – fl. 36) e a presente data passaram-se mais de 08 (oito) anos, operou-se a extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por todo o exposto, julgo *procedente* a presente ação revisional e *concedo a ordem de habeas corpus, de ofício*, para decretar extinta, *in casu*, a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com as consequências de lei.

É o voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2008.01.00.054037-0/RO

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Autor: Vanderley Colombo
Réu: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra
Procurador: Valdez Adriani Farias
Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara - RO
Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara - RO
Divulgação: e-DJF1 de 27/03/2009
Publicação: 30/03/2009

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação Civil Pública. Mandado de Segurança. Retirada de posseiros de área destinada a projeto de assentamento rural. Prevenção não caracterizada. Súmula 235 do STJ.

I - Em ação civil pública ajuizada pelo MPF e pelo Ministério Público de Rondônia contra o Incra, Ibama, Estado e Município, já julgada definitivamente (Súmula 235 do STJ), foi homologado Termo de Ajustamento de Conduta, com vistas à implantação do Projeto de Assentamento Florestal Jequitibá. Dentre as obrigações assumidas pelo Incra, incluiu-se “promover o levantamento ocupacional da área destinada ao Projeto e remover os ocupantes que não apresentarem perfil condizente com as características de cliente da reforma agrária (...), se necessário, mediante o ajuizamento de ações de reintegração de posse”.

II - Um dos ocupantes impetrou mandado de segurança questionando ato do processo administrativo contra si instaurado com vistas à desocupação da área.

III - Inexistência de conexão entre a ação civil pública já julgada, em fase de execução, e o mandado de segurança, de modo a ensejar a modificação da competência para julgamento do processo individual. Impossibilidade de decisões contraditórias, seja porque já julgada a referida ação, seja porque nela não se delimitou as posses contidas na área.

IV - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Rondônia, o Suscitado.

Acórdão

Decide a Terceira Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Suscitado.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 10/03/2009.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Srª. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da mesma Seccional, que determinou a remessa dos autos de mandado de segurança para o

Juízo Suscitante, em razão de o imóvel rural objeto da ação mandamental estar encravado em gleba destinada à implantação do Projeto de Assentamento Florestal Jequitibá, que foi objeto de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o MPF e diversos entes públicos, homologado nos autos da Ação Civil Pública 2003.41.00.004676-2, que tramitou no Juízo Suscitante, cuja execução seria o pano de fundo da pretensão da ação mandamental.

Entende o Juízo Suscitante que, embora a área em discussão no mandado de segurança esteja compreendida na que foi objeto do Termo de Ajustamento de Conduta, a pretensão mandamental não versa sobre descumprimento do TAC, mas apenas foi um dos compromissos assumidos pelo Incra na ação civil pública, de “promover o levantamento ocupacional da área destinada ao Projeto e remover os ocupantes que não apresentarem perfil condizente com as características de cliente da reforma agrária (...), se necessário, mediante o ajuizamento de ações de reintegração de posse” (cf. fl. 108).

Nesse sentido, conclui que não há relação de prejudicialidade entre o mandado de segurança e a ação de execução do título judicial homologatório do TAC, já que o ajuizamento daquele, independentemente de seu resultado, não obstará os atos de execução, tampouco haverá perigo de decisões conflitantes, dado que em cada processo vai ser preciso avaliar a situação do ocupante/invasor.

Argumenta, afinal, que as causas não possuem as mesmas partes, pedido e causa de pedir, pois a ação civil pública, além de estar extinta, tinha o propósito de preservar o meio ambiente, tendo figurado no pólo passivo apenas entes públicos, enquanto que no mandado de segurança pretende-se a nulidade de procedimento administrativo aberto em face do impetrante, com vistas à desocupação da área.

Por tais razões, suscita o presente conflito, para que seja reconhecida a competência do Juízo Suscitado para processar e julgar o feito.

Parecer do MPF pela competência do Juízo Suscitado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sr^a. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: – Como razão de decidir, transcrevo o voto que proferi por ocasião do julgamento do Conflito de Competência 2008.01.00.033820-7/RO, de minha relatoria, nestes termos:

“A Ação Civil Pública 2003.41.00.004676-2 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Rondônia contra o Incra, a COOAFCAM, o Estado de Rondônia, o Ibama e o Município de Candeias/RO visando à regularização ambiental do Projeto Jequitibá.

Nela foi deferida liminar para determinar ao Incra “a imediata paralisação do Projeto Jequitibá, incluindo-se as obras ou quaisquer outras atividades relativas a tal projeto na área a ele destinada, inclusive a concessão de declarações de direito de posse; e ao Ibama e ao Estado de Rondônia, a proibição de expedição de licença ambiental, autorização para queimada ou desmatamento, exploração de madeira mediante planos de manejo ou qualquer outro ato administrativo tendente a causar dano ambiental na mesma área (fls. 254/260)” (fl. 26).

A ação foi extinta por sentença que homologou Termo de Ajustamento de Conduta. Dentre as obrigações assumidas pelo Incra, constou a adoção das providências necessárias para a remoção dos “ocupantes que não apresentarem o Perfil condizente com as características de cliente da Reforma Agrária” (cf. fl. 7). Com a homologação do TAC, o processo foi extinto com julgamento do mérito, ficou sem efeito a liminar e foi julgado prejudicado o pedido de intervenção dos terceiros possuidores.

Da sentença na ação civil pública, destaco os seguintes parágrafos relacionados ao pedido de intervenção formulado por posseiros e ao pedido do Incra de retirada de posseiros:

“Portanto, inegável que a solução pactuada no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) alcança a situação vivenciada pelos intervenientes, vez que procura ajustar o PDS Jequitibá à forma prevista lei, viabilizando sua implantação e desenvolvimento de modo harmônico no que diz aos fatores ambientais, econômicos e sociais. Por conseguinte, reputo prejudicado o pleito de intervenção em foco, valendo salientar que, ainda que fosse

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus e a Exma. Sr^a. Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada).

admitido na forma simples, não ficariam os autores impedidos de transigir e de buscar a melhor solução com base na construção de consenso.

Cabe dizer, por relevante, que a tomada de compromisso de ajustamento de conduta naturalmente não veda o acesso à jurisdição por parte dos indivíduos que eventualmente se sintam lesados com a solução alvitada pelos co-legitimados.

No que tange ao pedido formulado pelo Incra às fls. 670/671 e fls. 1.489/1490, no sentido de que seja determinada a retirada das pessoas mencionadas na relação de fls. 672/673 e fls. 1493/1494 da área federal destinada ao PAF Jequitibá, ao argumento de que estão desobedecendo franca e ostensivamente à decisão liminar, penso que não deve ser acolhido. É que a remoção de ocupantes que não apresentarem perfil condizente com as características do projeto deverá procedida pelo próprio órgão agrário, utilizando-se das vias legais previstas, inclusive, se necessário, com o ajuizamento de ações possessórias, mediante o necessário contraditório, conforme consta do item 05 do tópico 2 do TAC (fls. 720).”

Transitada em julgado a sentença na ação civil pública, o MPF e o Ministério Público do Estado de Rondônia propuseram ação de execução do TAC, em trâmite na 2ª Vara, o Juízo Suscitante. Alegaram que passados meses do trânsito em julgado o Incra ainda não havia cumprido parte relevante das obrigações assumidas, notadamente as relacionadas à definição da área proposta para o Projeto; levantamento ocupacional da área; imediata remoção dos ocupantes que não apresentarem perfil condizente com os clientes da reforma agrária, adequada seleção dos ocupantes (neste ponto ressaltou que diversos dos 325 ocupantes cadastrados pela autarquia não preenchiam os requisitos para serem beneficiados, entre os quais biólogos, proprietários de imóveis de aluguel, funcionários públicos, vereadores, empresários), obtenção dos recursos financeiros para suporte do Projeto e contratação dos estudos básicos para o licenciamento ambiental.

Na execução da ACP, foi deferido, parcialmente, o pedido de antecipação de tutela, para ordenar ao Incra que suspenda, imediatamente, a seleção de famílias para serem assentadas, sem a prévia demarcação dos lotes e sem observar os critérios estabelecidos para a seleção; proceda à formação de comissão composta por analistas do Incra, do Ibama e da Sedam para realizarem a triagem e nova lista de beneficiários, comprovar, no prazo de 90 dias, o ajuizamento de todas as ações visando à retomada de áreas irregularmente ocupadas, bem

como o cumprimento integral do TAC, sob pena de cominação de multa diária.

A ação reivindicatória da qual extraído o presente conflito foi uma das medidas judiciais intentadas pelo Incra contra um dos possuidores que ocupa área inserida no Projeto Jequitibá.

Não se trata, portanto, de ação de execução do TAC, fundamento adotado pelo Juízo suscitado para determinar a remessa dos autos ao juízo processante da ação civil pública e respectiva execução.

Cuida-se de ação autônoma, proposta pelo Incra contra réu que sequer foi parte na ação civil pública. A causa de pedir desta ação reivindicatória – propriedade e seus atributos, neles incluída a posse da área ocupada pelo réu – não se confunde com a causa de pedir da ação civil pública, a despeito de a área estar, ao que se alega, inserida na área do Projeto de Assentamento Florestal Jequitibá.

Para comprovar o cumprimento da obrigação assumida no TAC, no tocante à área de terra em disputa na ação reivindicatória, bastará, ao Incra, comprovar o ajuizamento dessa ação, ao lado das demais medidas adotadas contra os outros ocupantes, supostamente irregulares. O resultado desta demanda vai depender da instrução e da sentença nela proferidas, sem risco de contradição com a sentença na ação civil pública, que não delimitou as propriedades e posses contidas na área.

Registro, ademais, que a causa já sentenciada não enseja, como regra geral, prevenção (Súmula 235 do STJ).

Não há, pois, a meu sentir, prevenção do juízo que julgou a ação civil pública para processo e julgamento de ações reivindicatórias de propriedades incluídas nos limites da área compreendida no Projeto.

Nessa linha de raciocínio, também não se verifica a prevenção do Juízo da 2ª Vara Federal de Rondônia para processar e julgar o Mandado de Segurança 2008.41.00.002280-2, onde o Impetrante, Vanderley Colombo, pretende a decretação da nulidade de todos os atos praticados em processo administrativo promovido pelo Superintendente do Incra, com vistas à retomada de imóvel rural de sua propriedade, em razão de a área se inserir dentro daquela destinada à implantação do Projeto Jequitibá (fls. 43-105).

Em face do exposto, conheço do conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Rondônia, ora Suscitado.

É como voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2006.01.00.043195-3/MG

Relator: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
Autor: Real Moto Pecas Ltda
Advogados: Dr. Antonio Carlos de Brito e outros
Ré: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Jose Luiz Gomes Rolo
Divulgação: e-DJF1 de 06/03/2009
Publicação: 09/03/2009

Ementa

Processual Civil. Ação Rescisória. Ajuizamento de uma única ação rescisória a objetivar a rescisão de mais de um julgado. Possibilidade. Art. 495 do CPC. Decadência. Coisa julgada inconstitucional. Preliminar rejeitada. Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/1998.

I - Em atenção ao princípio da economia processual, há que se admitir o ajuizamento da uma única ação rescisória com o objetivo de rescindir mais de um julgado, desde que preenchidos os requisitos do art. 292 do CPC, o que ocorre no caso dos autos.

II - Se a decisão rescindenda foi proferida em face de lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, aludida decisão é nula, não se sujeitando ao prazo decadencial de 2 (dois) anos, previsto no art. 495 do CPC.

III - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (RE n. 146733).

IV - Inconstitucionalidade do “§ 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.” (RE 390840/MG, Relator Min. Marco Aurélio, Julgamento: 09/11/2005, Tribunal Pleno, DJ de 15-08-2006, p. 25).

V - Prevalece, portanto, a fim de determinação da base de cálculo da COFINS e do PIS, a Lei Complementar 70/91, a Lei Complementar 07/70 e Lei 9.715/98, respectivamente, que consideram faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Precedentes deste Tribunal.

VI - O STF já firmou orientação no sentido de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da medida provisória que houver instituído ou modificado o tributo.

VII - Ação rescisória admitida. Pedido rescisório procedente.

VIII - Novo julgamento: - MS n. 1999.38.03.001936-4/MG - apelações e remessa oficial improvidas; - MS n. 1999.38.03.001935-1/MG – apelação e remessa oficial parcialmente providas; MS n. 199.38.03.002150-4/MG – apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas e apelação da impetrante improvida; MS n.

1999.38.03.002149-7/MG – apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas e apelação da impetrante improvida.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente o pedido rescisório.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 14/01/2009.

Juiz Federal *Cleberston José Rocha*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Cleberston José Rocha*: – Real Moto Peças Ltda ajuizou a presente ação a objetivar a rescisão de acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança de ns. 1999.38.03.001936-4/MG, 1999.38.03.001935-1/MG, 199.38.03.002150-4/MG e 1999.38.03.002149-7/MG, os quais declararam a constitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98.

Aduz que, em relação aos Mandados de Segurança n. 1999.38.03.002149-7/MG e n. 2000.01.00.059787-1/MG, a ora autora incorporou a empresa DISAPE – Distribuidora de Auto Peças Ltda, razão pela qual a substitui em todos os direitos e obrigações.

Sustenta que, não obstante o trânsito em julgado das decisões proferidas nos mandados de segurança acima discriminados, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, restando incontroverso que necessita da presente ação para reparar os efeitos nocivos que a norma posteriormente declarada inconstitucional produziu sobre o seu patrimônio financeiro e jurídico.

Alega que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória começa a correr da data do trânsito em julgado da decisão originária do STF que declarou a inconstitucionalidade da norma em discussão, o que ocorreu em 09/11/2005.

Requer, ao final, que seja julgada “... procedente a presente ação rescisória e conseqüentemente, rescindida a parte dos v. acórdãos que declararam a constitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 357950, o qual declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98”.

Após, no “... âmbito do *judicium rescisorium*, que seja proferido novo julgamento, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, assentando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, nos termos da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 357.950”.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 739/750) a sustentar, inicialmente, inépcia da petição inicial, em razão da ocorrência da decadência do direito de ajuizar a presente ação, a impossibilidade de rescindir acórdãos proferidos em vários processos diferentes e a ausência de fundamentação. No mérito, sustenta que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso pelo STF, sem a suspensão da norma por resolução do Senado Federal, somente gera efeitos inter partes, não devendo ser aplicada ao presente caso.

Réplica às fls. 754/767.

Sem provas.

Razões finais da parte autora às fls. 771/778 e da ré às fls. 787/788.

O MPF, às fls. 792/797, opina pela não conhecimento da ação rescisória, ou, se assim não for entendido, pela improcedência da ação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Cleberston José Rocha*: – Da análise dos autos, verifico que a parte autora ajuizou a presente ação rescisória a objetivar a rescisão de 4 (quatro) acórdãos, na parte em que foi declarada a constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Maria do Carmo Cardoso, os Juizes Federais Cleberston José Rocha e Itelmar Raydan Evangelista (convocados).

A Fazenda Nacional alega em sua contestação as preliminares de impossibilidade jurídica de pedir a rescisão de mais de um julgado numa mesma ação rescisória, ainda que as decisões tenham sido proferidas entre as mesmas partes, ausência de fundamentação da ação rescisória e a ocorrência da decadência do direito da autora ajuizar a presente ação.

Em relação à impossibilidade jurídica de, por meio de uma única ação rescisória, rescindir mais de um acórdão, entendo que deve ser admitida, pelos motivos abaixo expostos:

O art. 292 do CPC permite “a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”.

O § 1º do artigo acima referido exige para tanto que: 1) os pedidos sejam compatíveis entre si; 2) seja competente para deles conhecer o mesmo juízo; e 3) seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

No caso dos autos pretende a autora a rescisão de julgados que declararam a constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, sendo que em dois processos em relação ao PIS e dois processos em relação à Cofins.

Ressalte-se que em relação a dois dos mandados de segurança, n. 1999.38.03.002149-7/MG e n. 2000.01.00.059787-1/MG, que também declararam a constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, um processo em relação ao Pis e outro em relação à COFINS, a autora vem substituindo a empresa DISA-PE – Distribuidora de Auto Peças que foi por ela incorporada, em todos os direitos e obrigações.

Este Tribunal é o competente para a rescisão de todos os julgados proferidos (AC 1999.38.03.00.1936-4/MG, 4ª Turma, Rel. Conv. Juíza Federal Maria de Fátima de Paula Pessoa Costa - fl. 198, AMS 2000.01.00.059787-1/MG, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro – fl. 463, AMS 2000.01.00.059784-0/MG, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – fl. 298, AMS 1999.38.03.002149-7/MG, 3ª Turma, Rel. Conv. Juíza Federal Mônica Sifuentes – fl. 680) e devem seguir o mesmo rito.

Para fundamentar a possibilidade de se rescindir vários julgados por meio de uma única ação rescisória, utilizo-me das lições de Pontes de Miranda:

Dentro da mesma competência para conhecer de duas ou mais ações rescisórias, quer quanto ao *iudicium rescindens*, quer quanto ao *iudicium rescissorium* respectivo, nada obsta a que uma ou mais pessoas demandem diferentes réus e os réus sejam demandados por diferentes autores, desde que a causa petende na relação jurídica processual extinta tenha sido a mesma, ou seja o mesmo pedido da nova demanda (na espécie, remédio jurídico rescindente). *Assim, A, que teve três processos de locação, no juízo B, contra C perdeu-os. Pode pedir a rescisão das três sentenças, no mesmo processo. Também se A teve dez processos, separadamente, contra locatários do mesmo prédio, por força do mesmo contrato. As sentenças, ainda que por diferentes motivos, foram-lhes desfavoráveis. Pode, por isso, a rescisão. Pode fazê-lo no mesmo processo.*

(Miranda, Pontes de, Tratado de Ação Rescisória, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2ª Edição, Campinas/SP, Bookseller, 2003, p. 106/107) (grifo ausente do original).

Neste sentido, veja-se ainda, julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Processual Civil e Administrativo. Litisconsórcio. Ação Rescisória. Art. 485, inciso V, do CPC. Reajuste de 47,94%. Matéria de interpretação controvertida. Súmula 343 do STF.

Não há impedimento de cumular-se, na mesma rescisória, vários acórdãos rescindendo sobre a mesma questão, com um número reduzido de litisconsortes e sem qualquer comprometimento à marcha do processo.

O litisconsorte facultativo do processo originário pode, sem a presença dos demais atingidos pela coisa julgada, promover a ação rescisória. Preliminar rejeitada.

O cabimento de rescisória por violação à expressa disposição legal, na doutrina de Moacyr Amaral Santos, ocorre no caso de sentença que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*).” não cabe ação rescisória baseada em divergência jurisprudencial. Súmula 343 do STF.

Improcedência da Rescisória.

(AC 97.05.36467-2/PB, Rel. Desembargador Federal Rivaldo Costa, Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, DJ de 11/08/2000, p. 415) (grifo nosso).

Preliminar que se afasta.

A Fazenda Nacional alega que a autora não mencionou em qual dos incisos contidos no art. 485 do CPC se ampara o ajuizamento da presente ação rescisória, o que levaria à inépcia da petição inicial.

Conforme se vê da petição inicial, a autora ajuizou a presente ação com fundamento no art. 485, V, do CPC. Preliminar que, também, se rejeita.

Não obstante a rejeição das duas preliminares acima, observo que a presente ação foi proposta após o biênio decadencial de que trata o art. 495 do CPC.

Dispõe o art. 495 do Código de Processo Civil que o direito de propor a ação rescisória se extingue decorridos 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão.

Consoante se verifica das certidões de fls. 199 (1999.38.03.001936-4/MG), 300 (1ª instância 1999.38.03.001935-1 – TRF/2000.01.00.059784-0/MG), 445 (1ª instância 199.38.03.002150-4/MG – TRF/2000.01.00.059787-1/MG) e 882 (1999.38.03.002149-7/MG) os julgados que se pretende rescindir transitaram em julgado em 22/10/2001 (fl. 199), 18/02/2002 (fl. 299 – verso), 30/04/2002 (fl. 465) e 30/04/2002 (fl. 681 – verso), respectivamente, iniciando naquelas datas a contagem do prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória.

Logo, proposta a presente ação em 13/11/2006, ou seja, após o prazo de 2 (dois) anos para sua propositura, previsto no art. 495 do CPC, é de se reconhecer a decadência.

Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Previdenciário. Processual Civil. Ação rescisória. Ajuizamento após o prazo do art. 495, do CPC. Decadência. Extinção do processo. Condenação ao pagamento de custas, multa e honorários.

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

2. Ajuizada a ação rescisória após o prazo previsto no art. 495, do CPC, configura-se a decadência.

3. Extinto o processo, com julgamento de mérito, com fundamento no art. 269, inciso IV c/c art. 495, ambos do CPC.

4. Condenada, a Autora, ao pagamento das custas processuais, da multa prevista no art. 488,

inciso II, do CPC e dos honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, suspensa, a condenação, nos termos dos artigos 11 e 12, da lei nº 1.060/50, por litigar sob o pálio da assistência judiciária.

(AR 95.01.23584-0/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Primeira Seção, DJ de 31/03/2008, p.43).

Constitucional. Administrativo. Ação Rescisória. Servidor Público Civil. Reajuste de 28,86%. Decadência. Art. 495 CPC. MP 1.577/97, art. 4º. Elastecimento do prazo. Perda de eficácia retroativa. Honorários.

(...)

2. Decorridos dois anos entre a data de ajuizamento desta ação e o trânsito em julgado da sentença rescindenda, consumada está a decadência, nos termos do art. 495 do Código de Processo Civil.

3. Decadência acolhida. Ação rescisória extinta com julgamento de mérito.

(AR 1999.01.00.002306-0/DF, Rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (conv), Primeira Seção, DJ de 10/08/2007, p.14).

Cumprе ressaltar que o prazo para a propositura da ação rescisória, estabelecido no art. 495 do CPC, não se suspende e não se interrompe, conforme se vê dos acórdãos abaixo:

Processual Civil. Ação Rescisória. Art. 485, V, VII e IX, do CPC. Ajuizamento da ação após o prazo do art. 495 do CPC. Decadência.

1. “O direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão” (art. 495 do CPC).

2. O prazo de propositura da ação rescisória estabelecido no art. 495 do CPC não se suspende, não se interrompe, nem se dilata, mesmo quando o termo final recaia em sábado ou domingo, como na espécie.

3. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno, AR 1.681/CE).

4. Em sendo ajuizada a ação rescisória após o prazo decadencial do art. 495 do CPC, o processo deve ser extinto, com resolução do mérito, nos termos dos arts. 269, IV, e 495 do CPC.

(AR 2003.01.00.014849-0/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Cha-

ves, Primeira Seção, DJ de 28/09/2007, p.04) (grifo nosso).

Processual Civil. Embargos Infringentes. Ação Rescisória . Prazo decadencial de 02 (dois) anos. Impossibilidade de interrupção . Art. 495 do CPC. Preliminar acolhida. Processo extinto. Embargos infringentes providos.

1. Nos termos do art. 495 do Código de Processo Civil, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de dois anos, a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

2. Sendo de decadência, o prazo não suporta interrupção.

3. Ajuizada a ação rescisória além do prazo de dois anos, acolhe-se a prejudicial de decadência, julgando-se extinto o processo.

4. Embargos infringentes providos para, fazendo-se prevalecer o voto-vencido, acolher a preliminar de decadência e julgar extinto o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

(EIAR 2001.01.00.029007-3/PI, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Rel. Acor. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Oitava Turma, DJ de 30/11/2007, p.4) (grifo nosso).

Não obstante o disposto no art. 495 do CPC e na jurisprudência acima colacionada, a autora sustenta que o prazo para o ajuizamento da presente ação rescisória iniciou-se quando da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98. Entende, portanto, que somente após dois anos da publicação da referida decisão, ou seja, 09/11/2005, é que se findaria o prazo para o ajuizamento de ação rescisória dos julgados que declararam a constitucionalidade de referida norma.

Equívoca-se a autora.

O prazo para propositura de uma ação rescisória, como já afirmado acima, se conta a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda que ocorre quando termina o prazo para interposição do último recurso cabível.

Incabível, assim, a interpretação dada ao art. 495 do CPC pela autora, uma vez que o prazo decadencial não se suspende nem se interrompe como informado acima, mostrando-se despropositado o argumento de que referido prazo contaria da decisão do STF que de-

clarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, pois se assim fosse entendido, estaria sendo criado uma causa de interrupção da decadência.

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

Processual Civil. Ação Rescisória. Ausência da certidão de trânsito em julgado. Decadência.

1. Conquanto não haja nos autos cópia da certidão de trânsito em julgado da decisão rescindenda, o processo apresenta peculiaridade que comprova, de outro modo, o requisito atinente ao prazo para a propositura da ação rescisória. A autora não poderia juntar cópia da certidão de trânsito em julgado, visto que não existe no processo originário tal ato da Secretaria.

2. A contagem do prazo para a propositura da ação rescisória começa a partir do trânsito em julgado. A data em que transitou em julgado a última decisão proferida na causa demarca o início do prazo decadencial.

3. *Mostra-se despropositado o argumento de que se conta o prazo a partir da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo de lei literalmente violado. Estar-se-ia criando uma causa suspensiva da decadência, pois todas as sentenças que envolvessem questão constitucional poderiam ser rescindidas, enquanto não houvesse pronunciamento do STF sobre a matéria.*

4. Reconhecida a decadência do direito de propor a ação rescisória.

(AC 20060400013175-3/RS, Rel. Desembargador Federal Joel Ilan Paciornic, Primeira Seção do TRF/4ª Região, DJ de 11/10/2006, p. 766) (grifo nosso).

Não obstante o surgimento de questionamentos em torno da relativização da coisa julgada, quando a decisão transitada em julgado se fundamenta em dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em data posterior a sua elaboração, ante a inexistência de legislação específica a regular a matéria, há que se valorar o disposto no art. 495 do CPC, ou poderia a parte valer-se de uma ação anulatória (*querela nullitatis insanabilis*) para desconstituir decisão de mérito inconstitucional, com trânsito em julgado há mais de dois anos, que deve ser ajuizada perante a primeira instância.

A doutrina mais recente e até alguns julgados dos Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça vêm se inclinando no sentido de admitir a “relativização da coisa

“julgada” nos casos como em apreço ao fundamento de que o vício verificado torna nulo o que foi decidido, podendo tal nulidade ser declarada por provocação da pessoa interessada, seja no âmbito da impugnação ou dos embargos (arts. 475 L, § 1º e 741, parágrafo único do CPC), na ação rescisória, obedecidos os ditames legais relativos a prazos e demais requisitos e na *querella nulitatis*.

Nesse sentido veja-se o artigo “Relativização da Coisa Julgada Material” de Alexandre Freitas Câmara e também “Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional” de Araken de Assis, publicados no “Relativização da Coisa Julgada”, coordenado por Fredie Didier Jr., Editora Jus Podivm, 2ª Edição.

No STJ tem-se:

Processual Civil. Recurso especial. Dúvidas sobre a titularidade de bem imóvel indenizado em ação de desapropriação indireta com sentença transitada em julgado. Princípio da justa indenização.

Relativização da coisa julgada.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.

3. “A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, ade-

quadamente interpretada.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. ‘O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização’, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25)/4. “A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. ‘Coisa Julgada Inconstitucional’ — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65)/5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 622.405/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 20.09.2007 p. 221).

Em resumo: ainda que se admita a rediscussão da coisa julgada referente ao § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98 em cotejo com a posterior decisão do STF, tal só poderia se dar na ação rescisória, obedecidos seus requisitos legais, como o prazo decadencial ou eventualmente em ação de nulidade cuja competência faleceria este Tribunal.

Assim, merece acolhimento a preliminar de decadência, vez que o prazo para ajuizamento da ação rescisória, no caso, conta-se a partir de 22/10/2001 (fl. 199), 18/02/2002 (fl. 299 – verso), 30/04/2002 (fl.

465) e 30/04/2002 (fl. 681 – verso), respectivamente, datas em que transitaram em julgado os acórdãos que se quer rescindir.

Diante do exposto, declaro consumada a decadência do direito de ajuizamento da ação (em relação aos quatro mandados de segurança discriminados pela autora) e, em conseqüência, não admito a ação rescisória. Julgo extinto o processo, com exame do mérito (CPC, art. 269, IV). Condeno a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios que fixo em de 10% (dez por cento) do valor dado à causa, além da perda em favor da ré do depósito efetuado (CPC, art. 494).

É o voto.

Voto-Mérito

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: – Esta 4ª Seção, por maioria, afastou a preliminar de decadência do ajuizamento da presente ação rescisória (certidão de fl. 818), sob o fundamento de que a decisão rescindenda foi proferida em face de lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

Entendeu-se que este Tribunal não deve deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada por meio de ação rescisória, a qual não se sujeitaria ao prazo de 2 (dois anos) previsto no art. 495 do CPC (fls. 815/817).

Assim, passo ao exame do mérito da presente ação.

A questão posta em juízo diz respeito à constitucionalidade da cobrança do PIS e da Cofins nos moldes da Lei n. 9.718/98.

Com a presente ação, a autora pretende rescindir julgados desta Corte que não vislumbrou eiva de inconstitucionalidade nas inovações introduzidas pela Lei 9.718/98, principalmente sobre o disposto no §1º do art. 3º da referida lei, que determinou que a base de cálculo da Cofins fosse a receita bruta da pessoa jurídica.

No mérito, a Lei Complementar n. 70, de 30/12/1991, instituiu a Cofins, nos seguintes termos:

Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social,

nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente. (Grifei).

Por sua vez, a Lei n. 9.718, de 27.11.1998, ao dispor sobre a Cofins e a contribuição para o PIS/Pasep, em seus arts. 2º e 3º, §1º, assim estabeleceu:

Art. 2º As contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base em seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (Grifei).

Os contribuintes têm impugnado a alteração da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins operada pela Lei n. 9.718/98, sobretudo com fundamento em duas considerações. Primeiro, que haveria vício de inconstitucionalidade formal, dado que lei ordinária (Lei 9.718/98) não poderia modificar ou revogar lei complementar (Lei n. 70/91). E, segundo, que existiria vício de inconstitucionalidade material, eis que a referida lei ordinária alterou a base de cálculo da exação ao ampliar o conceito de receita bruta.

Quanto à questão do vício formal, entendo que a reserva de lei complementar estabelecida na Constituição não proíbe que venha ela a regu-

lamentar matéria fora de seu âmbito. Entretanto, nessa hipótese, a lei complementar é considerada como mera lei ordinária. Ver, entre outros: de José Souto Maior Borges, “Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar”, *Revista de Direito Público*, ano VI, julho-setembro, 1973, n. 25, p. 98; de Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. VII, 20ª edição, Forense Universitária, p. 3504/3505.

Recorde-se que há firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (ver, por todos, RE n. 146733, Plenário, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 06.11.1992).

Desse modo, se lei complementar regulamenta matéria fora do âmbito que a Constituição lhe reserva, há que ser considerada materialmente lei ordinária e, portanto, sujeita à alteração ou revogação por mera lei ordinária.

Confira-se, nesse sentido, o voto do Ministro Moreira Alves, relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF, *verbis*:

(...)

5. De outra parte, sendo a COFINS contribuição social instituída com base no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, e tendo ela natureza tributária diversa da do imposto, as alegações de que ela fere o princípio constitucional da não-cumulatividade dos impostos da União e resulta em bitributação por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS/PASEP só teriam sentido se se tratasse de contribuição social nova, não enquadrável no inciso I do artigo 195, hipótese em que se lhe aplicaria o disposto no §4º desse mesmo artigo 195 (“A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”), que determina a observância do inciso I do artigo 154 que estabelece que a União poderá instituir “(I- mediante lei complementar, imposto não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenha fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Sucedo, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação -, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

Por conseguinte, no caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da hierarquia das leis, posto que a Lei Complementar n. 70/91, por ser materialmente ordinária, pode ser legitimamente alterada por lei ordinária. Logo, conclui-se, na espécie, pela regularidade formal da questionada Lei n. 9.718/98.

Passo, então, ao segundo argumento da parte autora, qual seja, a de que existe vício de inconstitucionalidade material, eis que a referida lei ordinária alterou a base de cálculo da Cofins e do PIS ao ampliar o conceito de receita bruta.

A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do AMS 1999.01.00.096053-2/MG, concluiu, por maioria, pela declaração de constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, *caput* e § 1º, e art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/98.

No entanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, decidiu pela inconstitucionalidade tão-somente do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, porque ampliou indevidamente a base de cálculo da exação em discussão, ao alterar o conceito de faturamento, a fim de abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme se vê da seguinte informação extraída do Informativo STF n. 408/2005:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 — o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) —, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF (“Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”).

Assim, aplico o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região, que dispõe que: *Cessar-se-á a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.*

Prevalece, então, a fim de determinação da base de cálculo da Cofins, o art. 2º da LC n. 70/91, e em rela-

ção ao PIS, o disposto na Lei Complementar n. 07/70 e Lei n. 9.715/98, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme o entendimento jurisprudencial deste Tribunal:

Tributário. Agravo de Instrumento. PIS - Cofins - CSLL. Base de cálculo. Lei 10.833/03. Lei 9.718/98 - art. 3º § 1º. Recurso Extraordinário 357.950/RS. Inconstitucionalidade. Art. 354 do RITRF - 1ª Região. Aplicação. Art. 2º da lei complementar 70/91. Prevalência. Requisitos para antecipação dos efeitos da tutela recursal.

1. O conteúdo das disposições da Lei 10.833/03, atacadas nas razões deste recurso, é equivalente ao disposto nos arts. 1º a 3º da Lei 9.718/98, trazendo em alguns pontos preceitos idênticos. Ou seja, a Lei 10.833/03 trouxe também a modificação do conceito de faturamento conferido anteriormente pela LC 70/91.

2. Embora a Corte Especial deste e. TRF da 1ª Região, em julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/MG - DJ de 24/09/01 - tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, caput, e § 1º, e art. 8º, caput, da Lei 9.718/98, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio (Informativo 408 STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que, dando novo conceito ao termo faturamento ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

4. Prevalece, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o art. 2º da LC 70/91, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (AG 20050100056460-0/DF, relator Desembargador Federal Luciano Tolentino).

5. Cessada a vinculação ao julgado da Corte Especial desta Corte, deve ser adotado o entendimento conferido quando do julgamento do RE 346.084/PR, rel. Ministro Ilmar Galvão, 09/11/2005, e RE 357.950/RS, rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF), no sentido da inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita.

6. Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, este evidenciado pelo fato de estar-se retirando indevidamente da empresa seu capital necessário ao franco desempenho de suas atividades, limitando suas atividades operacionais, que a persistir a levará aos caminhos do *solve et repete*.

7. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para deferir a antecipação dos efeitos da tutela.

(Ag 2005.01.00.023384-9/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ de 19/12/2005, p. 161.)

Com essas considerações, cumpre ressaltar que, com exceção ao § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF, permanece incólume a referida lei.

Por conseguinte, há de se reconhecer a inconstitucionalidade *tão-somente* do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, que alterou a base de cálculo do PIS e da Cofins e, em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei Complementar n. 70/91, considerar faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Incabível o argumento da Fazenda Nacional de que houve recepção da aludida lei com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, pois, conforme o entendimento jurisprudencial do STF supracitado, vale repetir, “a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF (‘Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;’).”

No que se refere à alegação da Fazenda Nacional de que a declaração de inconstitucionalidade foi efetuada em sede de controle difuso, não se aplicando ao caso da autora, também não pode ser acatada, pois, como bem acentuou o Ministro Cezar Peluso, as súmulas do STF e a sua jurisprudência dominante “não podem ser desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revi-

são ou reconsideração” (AI-AgR 457914/SP, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento: 18/12/2007, Segunda Turma). Na há, assim, razão para divergir do entendimento da Suprema Corte.

No que se refere à aplicação do prazo nonagesimal previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, o termo inicial da cobrança da Cofins e do PIS, nos moldes da Lei n. 9.718/98, publicada em 28.11.1998, se deu somente após o transcurso do referido prazo, contado da publicação da Medida Provisória nº 1.724, de 30.10.1998, conforme previsão do art. 17, *in verbis*:

Art.17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I-em relação aos arts. 2º a 8º, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999;

II-em relação aos arts. 9º e 12 a 15, a partir de 1º de janeiro de 1999.

Sobre a contagem do prazo nonagesimal à partir da Medida Provisória a matéria é incontroversa no Supremo Tribunal Federal, conforme se observa nos julgados abaixo (grifos nossos):

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. PIS. Cofins. Lei nº 9.718/98. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, apreciou a questão. Ao fazê-lo, esta colenda Corte: a) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da Cofins), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; e b) entendeu desnecessária, no caso específico, lei complementar para a majoração da alíquota da Cofins, cuja instituição se dera com base no inciso I do art. 195 da Lei das Leis. No que diz respeito ao § 6º do art. 195 da Carta Magna, esta excelsa Corte já firmou a orientação de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição (no caso, a MP 1.724/98). De outro giro, no julgamento do RE 336.134, Relator Ministro Ilmar Galvão, esta Suprema Corte reputou constitucional a compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, afastando, deste modo, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. Decisões no mesmo sentido: REs 388.992, Relator Ministro Marco Aurélio, e 476.694, Relator Ministro Cezar Peluso, entre outras. Agravo regimental desprovido.

(STF RE-AgR 378191/RJ, Rel. Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 25/08/2006, p. 23.)

Tributário. Cofins. Majoração de alíquota. Medida Provisória 1.724/98. Conversão na Lei 9.718/98. Prazo nonagesimal. Observância.

I - O prazo nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição. Precedentes.

II - Constitucionalidade da exigência da Cofins, com as alterações introduzidas pela Lei 9.718/98, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º/02/99.

III - Agravo Regimental improvido.

(STF AI-AgR 392615/PR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 13/04/2007, p. 93.)

Esta Corte vem se manifestando no mesmo sentido:

Tributário. Ação Rescisória. Súmula 343 do STF. Cofins. Base de cálculo. Faturamento. Compatibilidade com o texto anterior ao advento da EC 20/98. Lei 9.718/98 - art. 3º, § 1º. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Art. 354 do RITRF - 1ª Região. Prazo nonagesimal.

1. O pedido rescisório de julgado que apreciou a constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, se enquadra na hipótese permissiva inscrita no art. 485, V, do Código de Processo Civil, afastando a incidência da Súmula 343 do STF.

2. A Lei 9.718/98 trouxe, nos arts. 3º, caput, § 1º, e 8º, respectivamente, a modificação do conceito de faturamento e a majoração da sua alíquota, conferidos anteriormente pela LC 70/91.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR e 390.840/MG (Informativo 408, do STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei 9.718/98, que, dando novo conceito ao termo faturamento, ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.

4. Embora a Corte Especial deste TRF, em julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/

MG, DJ de 24/09/01, tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, caput, § 1º, e 8º, caput, da Lei 9.718/98, há de se aplicar o disposto no art. 354, do RITRF da 1ª Região, tão-somente em relação ao art. 8º, que considerou constitucional a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%, haja vista a inocorrência de apreciação definitiva da matéria pelo STF.

5. No que diz respeito ao § 6º do art. 195 da Carta Magna, esta excelsa Corte já firmou a orientação de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição (no caso, a MP 1.724/98). (RE AgR 378.191/RJ, relator Ministro Carlos Britto, DJ de 25/08/2006).

6. Ação Rescisória julgada procedente.

(AR 2006.01.00.017301-4/GO, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, DJ de 31/08/2007, p. 11)

Dessa forma, o prazo nonagesimal foi observado pela norma do art. 17 da Lei n. 7.918/98, que previu expressamente sua entrada em vigor na data de sua publicação (28/11/1998) e a produção de efeitos em relação aos arts. 2º e 8º, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, sendo o termo inicial na publicação da MPV 1724, em 30.10.1998.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido rescisório formulado pela autora para desconstituir os acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança de ns. 1999.38.03.001936-4/MG, 1999.38.03.001935-1/MG, 199.38.03.002150-4/MG e 1999.38.03.002149-7/MG.

Rescindidos os acórdãos impugnados, passo a rejudgar as causas:

- *Mandado de Segurança n. 1999.38.03.001936-4/MG* (AMS 1999.38.03.001936-4/MG): 1) a sentença concedeu, em parte, a segurança apenas para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante a Cofins pela base de cálculo prevista na Lei 9.718/98, mantendo-se as demais exigências desse diploma legal (fls. 123/129); 2) a apelação da Fazenda Nacional requer a reforma da sentença para que o recolhimento da Cofins seja efetuado na forma da Lei n. 9.718/98, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas pelo contribuinte (fls. 134/139); 3) a apelação da impetrante requer a declaração de inconstitucionalidade da majoração da alíquota de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento) (fls. 140/172); e, 4) em sede de

reajulgamento *nego provimento às apelações e à remessa oficial*, mantendo a sentença.

- *Mandado de Segurança n. 1999.38.03.001935-1/MG* (AMS 2000.01.00.059784-0/MG): 1) a sentença concedeu a segurança para que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante a contribuição para o PIS nos termos da Lei n. 9.718/98, podendo fazê-lo somente de acordo com a Lei Complementar n. 07/70, com suas posteriores alterações (fls. 265/269); 2) a apelação da Fazenda Nacional requer que o recolhimento do PIS seja efetuado na forma da Lei n. 9.718/98, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas (FLS. 273/178); 3) reajulgando a causa, *dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial* tão-somente para que a concessão da ordem seja parcial, limitando a afastar a ampliação da base de cálculo estabelecida no art. 3º, § 1º da Lei nº. 9.718/98 e determinar a devolução de metade das custas.

- *Mandado de Segurança n. 199.38.03.002150-4/MG* (AMS 2000.01.00.059787-1/MG): 1) a sentença concedeu, em parte, a segurança para que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante a COFINS nos termos da Lei n. 9.718/98, podendo fazê-lo somente de acordo com a Lei Complementar n. 70/91, exceção feita à legitimidade da alíquota majorada para 3% (três por cento), cobrável apenas em relação aos fatos ocorridos após noventa dias da vigência da aludida lei; 2) a apelação da Fazenda Nacional postula que o recolhimento da Cofins seja efetuado na forma da Lei n. 9.718/98, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas pelo contribuinte (fls.436/441); 3) a apelação da impetrante sustenta a inconstitucionalidade da majoração da alíquota (fls. 405/433); 4) neste novo julgamento *dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial*, tão-somente para determinar que o prazo nonagesinal deve ser contado da publicação da Medida Provisória n. 1724/98, convertida na Lei n. 9.718/98, bem como para *negar provimento à apelação da impetrante*.

- *Mandado de Segurança n. 1999.38.03.002149-7/MG* (MAS 1999.38.03.002149-7/MG): 1) a sentença concedeu em parte a segurança para suspender a exigibilidade do PIS, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/98, bem como para que a alíquota majorada do PIS seja cobrada apenas relativamente aos fatos ocorridos após noventa dias da vigência da Lei n. 9.718/98 (613/620); 2) a apelação da impetrante busca garantir o

recolhimento de acordo com a LC 07/70 (fls. 622/635; 3) a apelação da Fazenda Nacional requer que o prazo nonagesimal seja contado a partir da publicação da primeira medida provisória que foi convertida na Lei n. 9.718/98 (fls. 659/662). 4) em novo julgamento *dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial* para determinar que o termo inicial do prazo nonagesimal seja a publicação da Medida Provisória n. 1724/98, convertida na Lei n. 9.718/98, bem como para *negar provimento à apelação da impetrante*.

Condeno a ré, nesta rescisória, ao pagamento da verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Defiro à autora, após o trânsito em julgado da presente decisão, o levantamento dos valores constantes do depósito judicial de fl. 22.

É o voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

2000.33.00.032743-1/BA

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Guilherme Doehler
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Dr. Norevaldo Carvalho Moreira de Souza
Apelado: Vidalmi Moutinho Abreu
Advogados: Dra. Norma Lucia Eduardo e outros
Remetente: Juízo Federal da 12ª Vara – BA
Divulgação: e-DJF1 de 09/03/2009
Publicação: 10/03/2009

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Preliminar de indeferimento da inicial rejeitada. Aposentadoria proporcional. EC 20/1998. Artigo 3º. Direito adquirido.

I. Não obstante a carta de indeferimento administrativo seja um documento relevante, não se pode considerá-la essencial para o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, se a própria defesa do INSS evidencia que houve o indeferimento da pretensão na esfera administrativa. Ademais, vários foram os despachos proferidos pelo Juízo *a quo* determinando ao INSS a apresentação da cópia do processo administrativo, os quais, restaram descumpridos, mesmo após o fim do movimento grevista. Preliminar rejeitada.

II. Os documentos constantes dos autos demonstram que o autor, na data da publicação da Emenda Constitucional 20/1998, já havia averbado junto ao INSS 30 anos, 05 meses e 28 dias de tempo de serviço, tendo inclusive obtido, a concessão do benefício, que foi cancelado a pedido do recorrido, em razão de acidente de trabalho.

III. Embora não haja mais previsão de aposentadoria proporcional na atual Constituição Federal, o art. 3º da EC 20/1998 foi expresso em assegurar o direito já adquirido a tal benefício aos segurados que em 16.11.1998 tinham implementado todas as condições para obtenção do benefício, ou seja, aqueles que tinham 30 anos de tempo de serviço, se homem, ou 25 anos, se mulher.

IV. Aos segurados que já adquiriram o direito à aposentadoria proporcional, o benefício pode ser requerido a qualquer tempo, aplicando-se a legislação anterior, como é o caso do recorrido.

V. Sendo assim, viável o restabelecimento do benefício de aposentadoria proporcional antes deferido ao apelado, ainda que seu cancelamento tenha ocorrido a pedido do próprio segurado, em razão de acidente de trabalho.

VI. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 17/11/2008.

Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler: – Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido formulado nestes autos de ação ordinária, determinando a concessão de aposentadoria por tempo de serviço, proporcional, a *Vidalmir Motinho Almeida*, nos termos dos arts. 52 e seguintes da Lei 8.213/1991, bem como o pagamento das parcelas vencidas desde a data do requerimento administrativo a ele negado.

A sentença julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que à época da publicação da EC 20/1998, o autor já havia preenchido os requisitos imprescindíveis à obtenção do benefício.

Em razões apresentadas às fls. 64/70, o recorrente pugna, preliminarmente, pelo indeferimento da inicial, alegando a ausência de documento necessário à propositura da ação, no caso, a Carta de Indeferimento de Benefício (art. 283 e 284 do CPC). No mérito, sustenta que o pedido foi indeferido em razão da insuficiência de prova para demonstrar o tempo necessário à obtenção da aposentadoria após a EC 20/1998, sendo aplicável a legislação vigente ao tempo da concessão do benefício. Ressalta que, no procedimento administrativo para investigar o tempo de serviço do autor, foram observadas todas as formalidades legais, tendo sido facultado a ele a apresentação de defesa.

Contra-razões às fls. 73/74.

Houve remessa oficial.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler: – Próprio e tempestivo, conhecimento do recurso, bem como da remessa oficial.

De início, impõe-se observar que a alegação de ausência de documento indispensável à propositura da ação somente foi argüida nesta instância recursal; na contestação sustentou-se apenas que o recorrido não teria implementado o tempo de recolhimento de

contribuições sociais exigido a partir da publicação da Emenda Constitucional 20/1998.

Cumpra registrar, ainda, que vários foram os despachos proferidos pelo Juízo *a quo* determinando ao INSS a apresentação da cópia do processo administrativo, os quais, entanto, restaram descumpridos, mesmo após o fim do movimento grevista.

Por outro, é necessário consignar que a Carta de Indeferimento, embora seja um documento relevante não se pode considerá-la essencial para o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, se a própria defesa do INSS evidencia que houve o indeferimento da pretensão da esfera administrativa.

Rejeito, pois a preliminar argüida.

No mérito, o deslinde da controvérsia recursal diz respeito à insuficiência da prova documental produzida pelo autor para comprovar o tempo necessário à obtenção do benefício de aposentadoria, após a vigência da Emenda Constitucional 20/1998.

Segundo se infere da inicial, o autor pleiteou o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, em junho de 1999. O benefício foi deferido, porém permaneceu o autor em atividade.

Decorrido aproximadamente um ano, sofreu acidente de trabalho, sendo orientado, em um dos postos de atendimento do INSS, a postular o cancelamento do benefício adquirido, a fim de que pudesse desfrutar do benefício acidentário, o que de fato fez. Posteriormente, arrependeu-se, vindo a requerer novamente a concessão da aposentadoria, que foi indeferida sob o fundamento de ausência de tempo necessário à sua obtenção.

Os documentos de fls. 09 a 13 demonstram que o autor, na data da publicação Emenda Constitucional 20/1998, já havia averbado junto ao INSS 30 anos 05 meses e 28 dias de tempo de serviço, tendo inclusive obtido, administrativamente, a concessão do benefício, fato não contestado pelo INSS.

Assim, cai por terra a alegação do recorrente quanto à ausência de prova documental para demonstrar o tempo de serviço exigido para aposentadoria proporcional, na forma da legislação anterior, pois o INSS já examinou toda a documentação necessária anteriormente.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler.

No tocante aos efeitos advindos da promulgação da Emenda Constitucional 20/1998, de 16.12.1998, sobre o benefício de aposentadoria, deve-se considerar, destacadamente, três situações:

a) Os trabalhadores que tenham implementado, ao tempo da edição da EC 20/1998, todos os requisitos necessários para aposentadoria, proporcional ou integral, tiveram seus direitos assegurados pelo artigo 3º;

b) Aos segurados já filiados ao RGPS quando do advento da EC 20/1998, que ainda não tinham implementados os requisitos necessários para aposentadoria, foi também assegurado direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos do artigo 9º da EC 20/1998 (idade mínima de 53 anos e tempo de contribuição acrescido de 'pedágio');

c) Para os segurados filiados ao RGPS após a promulgação da EC 20/1998 inexistiu o direito à aposentadoria proporcional, subsistindo a aposentadoria por tempo de contribuição, conforme redação conferida ao artigo 201, parágrafo 7º, da CF.

Embora não haja mais previsão de aposentadoria proporcional na Constituição Federal, como infere da conclusão acima, o art. 3º da EC 20/1998 foi expresso em assegurar o direito já adquirido a tal benefício aos segurados que, em 16.11.1998, haviam implementado todas as condições para obter o benefício, ou seja, aqueles que tinham 30 anos de tempo de serviço, se homem, ou 25 anos, se mulher. Assim, o benefício pode ser requerido a qualquer tempo, aplicando-se a legislação anterior, como é o caso do recorrido.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Processual Civil e Previdenciário. Aposentadoria proporcional. Cômputo do tempo de serviço. Requisitos. RGPS. Art. 3º da EC 20/1998. Concessão até 16/12/1998. Direito adquirido. Requisito temporal. Insuficiente. Art. 9º da EC 20/1998. Observância obrigatória. Regras de transição. Idade e pedágio. Período anterior e posterior à EC 20/1998. Somatório. Impossibilidade. Aposentadoria integral. Requisitos. Inobservância. Agravo interno desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em definir se é possível a obtenção de aposentadoria proporcional após a vigência da Emenda Constitucional 20/1998, sem o preenchimento das regras de transição ali estabelecidas.

II - Ressalte-se que as regras aplicáveis ao regime geral de previdência social encontram-se no art. 201 da Constituição Federal, sendo que as determinações sobre a aposentadoria estão em seu parágrafo 7º, que, mesmo após a Emenda Constitucional 20/1998, manteve a aposentadoria por idade e a por tempo de serviço, esta atualmente denominada por tempo de contribuição.

III - A Emenda Constitucional 20/1998 assegura, em seu artigo 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/1998.

IV - No caso do direito adquirido em relação à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda. Preenchidos os requisitos de tempo de serviço até 16/12/1998 é devida ao segurado a aposentadoria proporcional independentemente de qualquer outra exigência, podendo este escolher o momento da aposentadoria.

V - Para os segurados que se encontram filiados ao sistema previdenciário à época da publicação da EC 20/1998, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria – proporcional ou integral – ficam sujeitos as normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda.

VI - A referida emenda apenas aboliu a aposentadoria proporcional, mantendo-a para os que já se encontravam vinculados ao sistema quando da sua edição, com algumas exigências a mais, expressas em seu art. 9º.

VII - O período posterior à Emenda Constitucional 20/1998 não poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, senão forem observados os requisitos dos preceitos de transição, consistentes em idade mínima e período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento), este intitulado "pedágio" pelos doutrinadores.

VIII - Não contando a parte-autora com o período aquisitivo completo à data da publicação da EC 20/1998, inviável o somatório de tempo de serviço posterior com anterior para o cômputo da aposentadoria proporcional sem observância das regras de transição.

IX - In casu, como não restaram sequer atendidos os requisitos para a aposentadoria proporcional, o agravante não faz jus à aposentadoria integral.

X - Agravo interno desprovido." (AgRg nos EDcl no Ag 724536/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 281).

O fato de ter sido revogada a aposentadoria, a pedido do recorrido, em razão de acidente do trabalho, em nada altera as conclusões expostas acima, vez que mantida a sua condição de segurado. Deve-se ressaltar, ainda, que não pretende o autor acrescentar o tempo trabalhado após a EC 20/1998 ao computado antes de seu advento, ou seja, o benefício almejado deve ser deferido exatamente como feito anteriormente.

Assim, não merece reparos a sentença, tendo em vista o implemento, pelo recorrido, dos requisitos necessários para a obtenção de benefício da aposentadoria proporcional, antes da publicação da Emenda Constitucional 20/1998.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

1999.01.00.028116-2/MG

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates (convocada)
Apelante: Ledithe Gomes de Almeida
Advogado: Dr. Getulio Coutinho Santiago
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dra. Consuelo Pimenta Brasiel de Filippo
Apelado: Jose Cipriano Neves – Espólio
Advogados: Dra. Ana Maria Fernandes Dielle e outros
Divulgação: e-DJF1 de 06/03/2009
Publicação: 09/03/2009

Ementa

Constitucional. Direito de Família. Pensão por Morte. Viúva. Matrimônio não foi dissolvido até o óbito do cônjuge. Concubina. Inexistência de União Estável. Impossibilidade.

I - O art. 1.727 do Código Civil prevê que relações não eventuais entre o homem e a mulher – impedidos de casar, constituem concubinato, ao qual não se iguala a união estável, por não estar coberto pela garantia dada pela Constituição Federal.

II - O concubinato não pode ser caracterizado como união estável, uma vez que o matrimônio não foi dissolvido, óbice do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

III - Custas pela autora, que pagará verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa.

IV - Suspensa a exigibilidade do pagamento das custas e honorários de advogado em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita.

V - Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região - 17/12/2008.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates: – Cuida-se de apelação interposta por *Ledithe Gomes de Almeida* contra a sentença (fls. 139/145) proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Barbacena/MG, que julgou improcedente o pedido de declaração de existência de concubinato e dependência econômica

em relação ao ex-segurado *José Cipriano Neves*, para fins de recebimento de pensão por morte, ocorrida em 27/02/97.

Deixou, ainda, de condenar a autora no pagamento de custas e honorários advocatícios, em virtude da concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita (fls. 145).

A apelante sustenta (fls. 139/145), em síntese, que demonstrou, pelas provas e testemunhos nos autos, a sua dependência econômica em relação ao *de cujus*, condição esta obrigatória para caracterizar o concubinato, mesmo ele sendo casado e residindo com sua família.

Alega, ainda, que preencheu os requisitos básicos assinalados do concubinato: a continuidade da relação, a notoriedade e a fidelidade. Sendo este último, pela ausência nos autos de qualquer menção a atos que pudessem comprovar não ter havido a sua fidelidade em relação ao *de cujus*.

Contra-razões do INSS (fls. 154/156) e do MP (fls. 158/163).

Nesta Corte a PRR opina pelo não provimento do recurso (fls. 166/169).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates: – A controvérsia recursal cinge-se à viabilidade ou não do reconhecimento de união estável concomitante com casamento preexistente.

Para a concessão de pensão por morte deve-se observar os seguintes requisitos: a comprovação do óbito, a demonstração da qualidade de segurado(a) do(a) falecido(a) e a condição de dependente do(a) beneficiário(a).

A legislação exige, para a comprovação da condição de companheiro (a), a existência de união estável como entidade familiar, assim reconhecida a convivência duradoura, pública e continuada de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 226, §3º, da CF/88 e art. 16, § 3º e § 4º, da Lei n. 8.213/91).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Francisco de Assis Betti e a Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu.

A Constituição Federal, no parágrafo 3º do artigo 226, diz que a família é reconhecida como a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, sendo certo que o art. 1.727 do Código Civil prevê que relações não eventuais entre o homem e a mulher – impedidos de casar, constituem concubinato, ao qual não se iguala a união estável, por não estar coberto pela garantia dada pela Constituição Federal.

Da análise dos autos, verifico que as provas juntadas incluídos os depoimentos das testemunhas, mostram-se frágeis e insuficientes para comprovação da união estável de *Ledithe Gomes de Almeida* com *José Cipriano Neves*, o que afasta a qualidade de companheira do *de cujus* e a presunção de sua dependência econômica, nos termos dos §§ 3º e 4º e inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91.

Ao contrário, do conjunto probatório dos autos depreende-se a continuidade da relação conjugal e familiar do *de cujus* *José Cipriano Neves* com sua mulher *Geralda Maria Cecília Neves*. Essa conclusão está autorizada pelo exame das Certidões de Casamento que têm o casal como testemunha, nos anos de 1987, 1988 e 1995 (fls. 36/38), do Certificado Individual – Seguro de Vida, constando o cônjuge virago como segurada, em 1987 (fls. 45) e o Registro de Imóvel, constando o nome de *José Cipriano Neves* e sua mulher *Geralda Maria Cecília Neves*, em 16/07/88 (fls. 41). Tais provas corroboram a afirmativa de que a apelada e seu falecido marido jamais foram separados de fato.

Ademais, como bem ponderou o Ministério Público Estadual de Minas Gerais (fls. 121), verifico que o ex-segurado não inscreveu a autora como sua companheira e/ou dependente econômica, junto ao órgão previdenciário.

Por fim, quanto às alegações da autora de que preenche os requisitos básicos para caracterizar o concubinato, mesmo ele sendo casado e residindo com sua família, contrariam o entendimento do colendo STF, na qual *a concubina não tem direito a dividir pensão com viúva* (RE n. 39776-2/BA, in DJE de 13/06/2008).

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação da autora.

Custas pela autora, que pagará verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa, suspensa a exigibilidade do pagamento em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita (fls. 145).

É o meu voto.

Terceira Turma

Apelação Cível

2006.37.00.000080-8/MA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Apelante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Tiago de Sousa Carneiro
Apelante: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Pedro Almeida
Divulgação: e-DJF1 de 26/03/2009
Publicação: 27/03/2009

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação de Improbidade Administrativa. Aplicabilidade a Agentes Políticos. Ex-Prefeito. Lei 8.429/92 e art. 1º do Decreto-Lei 201/67. Coexistência. Natureza jurídica das infrações tipificadas no art. 1º do Decreto-Lei 201/67: crimes comuns, julgados pelo poder judiciário. Inaplicabilidade, a Prefeitos e Vereadores (Decreto-Lei 201/67), do entendimento adotado no julgamento da Reclamação 2.138-6/DF-STF. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do TRF/1ª Região. Sentença concisa, em caso de extinção do processo, sem julgamento do mérito. Art. 459 do CPC. Possibilidade. Apelações providas.

I – No presente caso a sentença indeferiu a inicial, e, em conseqüência, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, hipótese em que o art. 459 do CPC permite que o Juiz decida de forma concisa.

II – A tese da inadmissibilidade da coexistência de dois regimes punitivos – o da Lei 8.492/92 e o da Lei 1.079/1950 – foi enfrentada na Reclamação 2.138-6/DF, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, em 13/06/2007, publicação em 18/04/2008 (DJe-070, de 17/04/2008). No entanto, essa decisão, além de não possuir eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante, ficou adstrita à hipótese de Ministro de Estado, que, pelo art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, tem foro especial por prerrogativa de função, nos casos de infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade. Conforme trecho da ementa do respectivo acórdão, entendeu o STF que “a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)”, sendo que “Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)”. Não é o caso dos presentes autos, que tratam de ato de improbidade imputado a ex-Prefeito.

III – O colendo STF tem entendido, em diversas Reclamações ali ajuizadas por Prefeitos e ex-Prefeitos contra os quais foi movida ação de improbidade administrativa, em Primeiro Grau – às quais tem negado seguimento –, que a decisão proferida, pela Corte Maior, na Reclamação 2.138-6/DF, não o foi em controle abstrato de constitucionalidade, não tendo, pois, efeito vinculante ou *erga omnes*, aproveitando seus efeitos apenas às partes, inexistindo, sobre o assunto, súmula vinculante (Reclamações 5.027-1/PB, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ de 30/03/2007, e Agravo Regimental na mesma Reclamação, DJ de 21/09/2007; 5.081/PB, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 28/05/2007; 5.393-8/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 02/02/2007, e Agravo Regimental na mesma Reclamação, DJ de 25/04/2008; 4.400/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 16/06/2006).

IV – A 2ª Seção do TRF/1ª Região, ao julgar a Ação Rescisória 2009.01.00.026140-9/MA, movida por ex-Prefeito processado em ação de improbidade administrativa, em Primeiro Grau, concluiu inaplicável, naquela hipótese, o entendimento sufragado na Reclamação 2.138-6/DF, pelo colendo STF – no sentido de que “os Ministros de Estado, por estarem sujeitos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)” – posto que ex-Prefeito goza de situação jurídico-constitucional distinta daquela julgada pela Corte Maior, além de que, dentro da sistemática do Decreto-lei 201/67 – diversamente da Lei 1.079/50, que regula os crimes de responsabilidade de outros agentes públicos da federação –, a infração então atribuída ao autor, prevista no art. 1º do Decreto-lei 201/67, não ostentava a natureza de infração autenticamente político-administrativa, de modo a afastar a responsabilidade civil, ao argumento de especificidade.

V – “O Prefeito Municipal, na qualidade de agente político, está sujeito aos ditames da Lei 8.429/1992, por força do que dispõe o seu art. 2º e os arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição Federal (ao fazerem referência a “direitos políticos”), da mesma forma como qualquer outro agente público, sem prejuízo de responder, simultaneamente, à ação penal, por crime de responsabilidade, de que trata o Decreto-Lei 201/67, em decorrência do mesmo fato.” (TRF/1ª Região, AC 2006.33.04.003938-0/BA.) Outros precedentes desta Corte: AC 2006.39.03.000908-4/PA; AI 2007.01.00.041389-0/PI; AC 1999.43.00.000250-0/TO; AI 2007.01.00.053476-0/BA; AC 2006.33.08.004371-4/BA; AI 2007.01.00.039634-2/MA; AI 2008.01.00.047153-6/RR.

VI – No caso presente, o ex-Prefeito teria incorrido na conduta ímproba descrita no art. 11, VI, da Lei 8.429/91 (“deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”), que encontra correspondência no art. 1º, VII, do Decreto-lei 201/67, o qual, na forma de precedente do colendo STF, não contempla, em seu art. 1º, infrações de natureza autenticamente político-administrativa (HC 70.671-1, Rel. Min. Carlos Velloso), de modo a afastar a responsabilização civil, ao argumento de especificidade.

VII – “Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, par. 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art.2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.” (HC 70.671-1/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno do STF, maioria, DJ de 19/05/95, p. 152).

VIII – Preliminar rejeitada. Apelações providas, para anular a sentença e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja dado regular processamento ao feito, na forma da Lei 8.429/92.

Acórdão

Decide a Turma rejeitar a preliminar e dar provimento às apelações, por unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 16/03/2009.

Desembargadora Federal *Assusete* Magalhães, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: – O Ministério Público Federal e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE interpõem apelação contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão/MA, que, nos autos da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa 2006.37.00.000080-8/MA, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, por entender que aos agentes políticos – no caso, ex-Prefeito –, não se aplica o regime da Lei 8.429/92, em face do julgamento da Reclamação 2.138-6/DF, pelo STF (fls. 144/166).

Versa a inicial sobre suposto ato de improbidade atribuído a Pedro Almeida, ex-Prefeito do Município de Pindaré Mirim/MA, consistente na omissão de prestação de contas relativa a convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (fl. 4).

Razões do recurso do Ministério Público Federal:

Deduz o Ministério Público Federal, em síntese, que a sentença, para decretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, arrimou-se “no teor do acórdão proferido pelo Eg. STF no julgamento da Recl. nº 2.138/DF, aviada pelo ex-Ministro de Estado *Carlos Sardenberg*” e nos “acórdãos proferidos pelo STJ quando do julgamento do RESP nº 456.649 e Recl. 2.790”, ao entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa não é aplicável a agentes políticos (fl. 170).

Sustenta que os fundamentos adotados na Reclamação 2.138-6/DF-STF não são aplicáveis à situação jurídica do apelado, ex-Prefeito, que não se submete à Lei 1.079/1950, mas ao Decreto-Lei 201/67, afirmando que é cediço, na jurisprudência, que os “*crimes de responsabilidade tipificados no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 têm a natureza jurídica de infrações penais comuns, cujos tipos secundários veiculam sanções de detenção ou reclusão*”, enquanto “as condutas descritas no art. 4º daquele diploma constituem-se em infrações político-administrativas, cujo julgamento, de caráter meramente político, incumbe à Câmara de Vereadores, sequer dispondo o referido dispositivo acerca da sanção de inabilitação para exercício de cargos públicos, inerente aos crimes de responsabilidade” (fls. 173/174).

Sustenta, também, que a Reclamação 2.138-6/DF-STF não tem efeito vinculante nem traduz o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, que acolheu a tese ali defendida “por apertada maioria (6 votos a favor, 5 contra) formada sob a égide de composição bastante diversa da atual, sendo relevante anotar que 3 (três) dos votos proferidos a favor do acolhimento da Recl. foram proferidos por Ministros atualmente aposentados (Min. Nelson Jobim, Maurício Correa e Ilmar Galvão)”.

Alega, ainda, que “as premissas adotadas pelo STF no julgamento da Recl. 2.138 conduzem tão-somente à impossibilidade de adoção da sanção de perda do cargo de agentes políticos no âmbito de ações de improbidade administrativa” (fl. 171); que a jurisprudência recente do STJ e do TRF/1ª Região admite a possibilidade de submissão de Prefeitos à Lei 8.492/92; que a “decisão adotada no âmbito da Reclamação nº 2.138/DF não vincula os demais órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, mas tão-somente o juízo cuja decisão foi objeto de apreciação pelo STF naquele caso concreto”, conforme entendimento adotado nas “decisões proferidas nas Reclamações nº 5.027/PB, rel. Ministra Carmen Lúcia, DJ 30.3.2007; nº 5.081/PB, rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 28.5.2007 e nº 5.393/PA, rel. Ministra Ellen Gracie, j. 20.7.2007”.

Defende que a Lei 8.429/92 é aplicável a todos os agentes públicos, sendo admissível o afastamento apenas da sanção de perda do cargo do agente processado; que a professora *Maria Sylvia Zanella di Pietro* “defende a aplicação da lei de improbidade administrativa em relação a todos os agentes públicos, somente ressalvando a inviabilidade da aplicação da sanção de perda da função pública em relação àqueles agentes resguardados por procedimento específico no ponto (parlamentares federais e estaduais), bem como àqueles sujeitos foro especial para crimes de responsabilidade” (fl. 188).

Requer, por esses motivos, a anulação da sentença, restabelecendo-se a tramitação do feito, no Juízo *a quo* (fls. 169/191).

Razões do recurso do FNDE

Aduz o FNDE que a sentença teria ampliado a interpretação dada, pelo STF, na Reclamação 2.138-6/DF, que trata de Ministro de Estado; que é perfeitamente compatível a coexistência do sistema punitivo da Lei 8.429/92 com o dos crimes de responsabilidade;

que “as instâncias penal e civil são independentes”, pelo que “não há qualquer óbice à concomitância de processo penal com processo civil por ato de improbidade contra um agente público (*lato sensu*)” (fl.199).

Sustenta que a Lei 8.429/92 tem aplicação a todos os agentes políticos e que a decisão, naquela Reclamação, pelo STF, não tem eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante; que o Juízo *a quo*, ao externar que, mesmo tendo entendimento diverso, acolhia a tese defendida na citada Reclamação 2.138-6/DF, “abriu mão de exercer a sua independência funcional” (fl. 206).

Invoca jurisprudência sobre o assunto e defende que, “enquanto não houver decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que declare a inconstitucionalidade ou limite a interpretação do art. 2º da Lei 8.429/92, em sede de controle de constitucionalidade, há a presunção de constitucionalidade do dispositivo, devendo o réu ser processado, julgado e condenado por improbidade administrativa” (fls. 195/207).

Requer, também, a reforma da sentença, para que seja dado regular processamento ao feito. (fls. 195/207.)

A PRR/1ª Região argüiu preliminar de nulidade da sentença, por falta de relatório. No mérito, opina pelo provimento do recurso, com retorno dos autos à Instância de origem, para regular processamento do feito (fls. 214/219).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: – Conforme relatado, pretendem os apelantes, Ministério Público Federal e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, anular a sentença que, nos autos da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa 2006.37.00.000080-8/MA, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que aos agentes políticos – no caso, ex-Prefeito –, não se aplica o regime da Lei 8.429/92, em face do julgamento da Reclamação 2.138-6/DF, pelo STF (fls. 144/166).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães e Olindo Menezes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ricardo Felipe Rodrigues Macieira.

Os argumentos e fundamentos dos apelantes, quanto ao mérito, cada qual a seu modo, são convergentes. Sustentam, em síntese, a aplicação da Lei 8.429/92 ao apelado, ex-Prefeito do Município de Pindaré Mirim/MA, por suposto ato de improbidade consistente na omissão de prestação de contas relativa a convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. A sentença deu pela não aplicação dessa Lei, acolhendo os fundamentos do decidido na Reclamação 2.138-6/DF, pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

Apenas a PRR/1ª Região, em Segundo Grau, argüiu a preliminar de nulidade da sentença, por falta de relatório.

Não vislumbro o vício processual apontado. A sentença não discutiu a questão de fundo. Os fundamentos para indeferir a inicial tiveram por esteio a falta de uma das condições da ação, impossibilidade jurídica do pedido, em face de que concluiu o douto Juízo singular aplicável, à espécie, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 2.138-6/DF. Conforme articulados os argumentos e os fundamentos, no corpo da sentença, possível divisar que ao fato – ato de improbidade imputado a ex-Prefeito –, de acordo com o Juízo *a quo*, não se aplica a Lei de Improbidade Administrativa, contendo o *decisum* exposição suficiente para a correta inteligência da causa, quanto ao deslinde que o Juízo *a quo* reputou juridicamente adequado ao feito.

Com efeito, o art. 458, I, do CPC, dispõe que constitui requisito essencial da sentença “o relatório, que conterà 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”, dispondo o art. 459 do CPC, porém, que, “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa”.

Ora, no presente caso o Juiz indeferiu a inicial, e, em consequência, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, hipótese em que o art. 459 do CPC permite que o Juiz decida de forma concisa. Os nomes das partes constam na sentença, a fl. 144, não há resposta do réu a ser mencionada, nem ocorrências havidas no andamento do feito, que teve a inicial indeferida, antes mesmo da citação do réu e de apresentação de defesa.

Ademais, na anterior decisão de fls. 121/123, que, liminarmente, suspendera o processo, por 1 (um) ano, aguardando-se o fim do julgamento, pelo STF, da Reclamação 2.138-6/DF, o Juiz *a quo* fez constar o relatório, de modo sucinto:

“Cuida-se à espécie de ação civil de improbidade administrativa manejada contra ex-prefeito municipal, tendo por suporte fatos reputados danosos à Administração que teriam sido praticados durante sua gestão, e por fundamento jurídico a lei 8.429/92 (12 I a III).” (fl. 121.)

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, argüida pela PRR/1ª Região.

No mérito, o Juízo singular, conquanto, expressamente, tenha admitido possuir “entendimento pessoal assemelhado ao do Autor” (fl. 146), adotou os fundamentos da citada Reclamação 2.138-6/DF-STF, com reforço em outros julgados que cita, como o REsp 456.649/MG, por entender que dar prosseguimento ao processo resultaria em inutilidade e despesas desnecessárias, pela sua virtual nulidade, em face do que representaria a decisão naquela Reclamação para processos que envolvam agentes políticos, em ação de improbidade administrativa. Estes trechos da sentença bem refletem esse posicionamento:

“Assim, seja em homenagem ao Supremo Tribunal Federal, seja por razões pragmáticas, eis que não se mostra razoável a manutenção de processo naturalmente oneroso para a Justiça Federal — e para o próprio Ministério Público Federal —, mas destituído de utilidade, a extinção do processo é medida essencial.” (fls. 147 e 148.)

(Omissis.)

“Nessa perspectiva, como forma de evitar a prática de atos processuais inúteis e onerosos para a Administração, v.g., cumprimento de mandados, ruptura de sigilos bancário e fiscal, expedição de ofícios, impõe-se a extinção anômala do processo pela falta de uma das condições da ação, qual seja, possibilidade jurídica do pedido.

Em outras palavras, em prol dos modernos anseios do processo — efetividade e utilidade —, não se mostra razoável prosseguir com processo contaminado pela sina da extinção anômala.

Ante o exposto, indefiro a *petição inicial, julgando extinto o processo sem resolução do mérito (CPC 267 I c/c 295 par. ún. III).*” (fl. 165.)

A *quaestio juris* sob exame já foi enfrentada várias vezes por esta Turma, que, nas sessões de 18/08/2008 e 17/02/2009, julgou dois casos análogos — AC 2006.33.04.003938-0/BA e AC 2006.39.03.000908-4/PA, Relator o Juiz Federal Convocado Reynaldo Fonseca — cujos fundamentos incorporo a este voto, com as pertinentes adaptações, pois refletem o entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Como dito, a respeitável decisão recorrida, para extinguir o processo sem julgamento do mérito, espousou a tese da inaplicabilidade da Lei 8.429/92 a agentes políticos, vitoriosa no STF, por apertada maioria, no julgamento da Reclamação 2.138-6/DF, em 13/06/2007, publicação em 18/04/2008 (DJe-070, de 17/04/2008), em caso que envolveu Ministro de Estado, de que foi Relator o eminente e então Ministro do STF Nelson Jobim, e Relator para o acórdão o não menos eminente Ministro Gilmar Mendes. Contudo, não obstante a tenaz argumentação jurídica que a edificou, não perde vigor e contundência, também jurídica, a tese oposta — defendida por boa parte dos doutrinadores e de outros Ministros do STF —, tese que tem prevalecido nesta Corte e no STJ, pelo menos quanto aos agentes políticos não previstos no art. 102, I, **c**, da CF/88 e cujos crimes de responsabilidade estão regulados pela Lei 1.079/1950 — tese enfrentada pelo colendo STF, na referida Reclamação 2.138-6/DF.

Essencialmente, entendeu o STF, no julgamento da citada Reclamação 2.138-6/DF, que a “*Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”.* (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).” No voto, sustentou o Relator que os crimes de responsabilidade absorvem os ilícitos previstos na Lei 8.429/92, sendo aplicável aos agentes políticos, tão somente, a respectiva norma que rege os crimes de responsabilidade. Assim, por analogia, no caso destes autos, em que figura no pólo passivo ex-Prefeito, a norma aplicável seria o Decreto-Lei 201/67.

Embora se reconheça a semelhança entre algumas condutas ilícitas presentes na Lei 8.429/92 e no Decreto-lei 201/67, opõe-se, contrariamente à tese abraçada pela decisão recorrida, o argumento de que é

harmonizável a coexistência desses dois sistemas punitivos, quanto a Prefeitos e Vereadores.

Primeiro, pela consagrada independência entre as instâncias civis, penais e administrativas. A própria Constituição Federal, no art. 37, § 4º, ao citar punições a que estão sujeitos os que praticam atos de improbidade, ressalva que serão elas aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”. A Lei 8.429/92, por sua vez, em seu art. 12, destaca que as sanções que enumera são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas “previstas na legislação específica”. Há ilícitos que, por força de lei, implicam responsabilização concomitante nas esferas cível, penal e administrativa. Isso não é novidade, mas elastecer a interpretação dada pelo colendo STF, na Reclamação 2.138-6/DF, para excluir todos e quaisquer agentes políticos desse arquétipo sancionatório representa, *data venia*, violar o princípio da isonomia.

Segundo, a recorrente argumentação de que os atos e decisões dos agentes políticos, pela relevância, magnitude, alcance e risco merecem tratamento diferenciado, embora correto, não se presta para afastar a incidência da Lei 8.429/92, ao lado do Decreto-lei 201/67. A norma não pode isentar de punição os agentes políticos que agem com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. Se devem gozar de ampla liberdade de atuação e fazer as opções que reputeem mais convenientes ao interesse público, os eventuais erros dessa atuação, desde que não sejam grosseiros ou de razoável previsibilidade, praticados de má-fé ou com abuso de poder, devem ser tolerados pela sociedade. Ao contrário, se apurado o desvio de conduta, marcado pela falta de probidade, a punição deve ser rigorosa, porque o agente terá abusado ou traído a confiança que a sociedade nele depositou, com liberdade de atuação ampliada justamente para evitar embaraços à promoção do bem comum. A Lei 8.429/92 não tem por escopo inibir a salutar ousadia política ou até administrativa, que envolve riscos, sabe-se, mas desde que dirigida a fins inelutavelmente públicos. O dever jurídico de boa gestão é imposto a todos quantos, do mais humilde ao mais graduado agente público (*lato sensu*), exercem parcela da administração pública; todos, indistintamente, estão jungidos ao princípio da legalidade estrita. Aquele que não estiver preparado para assumir riscos administrativos com responsabilidade e respeito ao princípio da legalidade, de que é corolário o da moralidade administrativa, não deve exercer qualquer múnus público.

Ademais, o peso dos riscos está no lado das atividades ou atos políticos, não administrativos. A finalidade da Lei 8.429/92 não é punir condutas políticas malsucedidas, mas administrativas praticadas de má-fé, aquelas que todo agente da Administração sabe violadoras do dever jurídico de boa gestão e que estão circunscritas ao princípio da legalidade estrita. E não se pode olvidar que o controle da legalidade dos atos administrativos, mesmo em se tratando de agentes políticos que exercem cargo eletivo, é feito, também e inarredavelmente, pelo Judiciário.

Não só por isso. No confronto entre o Decreto-Lei 201/67 e a Lei 8.429/92, a coexistência também é defendida em função do princípio da especialidade. Note-se que, embora haja semelhanças entre condutas presentes nesses dois diplomas legais, é a Lei 8.429/92 que regulamenta a cláusula constitucional de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF/88), a que faz referência expressa o art. 15, inciso V, da Carta Maior, como hipótese de perda ou suspensão de direitos políticos, e não exclui qualquer agente, político ou não. É nessa Lei que se encontram consolidadas e descritas condutas tipicamente improbas, em rol extenso, com suas respectivas sanções de natureza civil e político-administrativa. Logo, em se tratando de improbidade administrativa, o Decreto-Lei 201/67 (visão legislativa do ano de 1967), deve ceder lugar à Lei 8.429/92, norma afinada com a atualidade e com a Constituição em vigor, até por ser posterior a esta e, sobretudo, por regular especificamente a matéria, impondo sanções próprias, nos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário e atentado contra os princípios da Administração Pública, por ato de improbidade administrativa praticado por quaisquer agentes públicos, neles incluídos os agentes políticos – no caso, Prefeito, alcançado pelo Decreto-lei 201/67 –, conforme se extrai da redação de seu art. 2º:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Até mesmo na hipótese específica dos cargos eletivos de Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Estadual e Distrital, para os quais, pela Constituição Federal, a perda do mandato está condicionada

a deliberação do órgão legislativo competente (arts. 85 e 86, 55, 27, § 1º, e 32, § 3º), seria possível a harmonização. Veja-se, a respeito, o que aponta a doutrina, nas palavras de Carlos Frederico Brito dos Santos:

“Ainda em relação ao conceito dos sujeitos ativos próprios da improbidade administrativa, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, sustentam, em linhas gerais, a existência de casos excepcionais de raiz constitucional (portanto, no mesmo nível hierárquico do dispositivo que a LIA regula: art. 37, § 4º, da CF), que não admitem a incidência plena das sanções da Lei de Improbidade Administrativa a determinadas autoridades. Tais dispositivos dizem respeito à suspensão dos direitos políticos e à perda da função do Presidente da República, Senadores e Deputados Federais, Estaduais e Distritais.

Assim, o Presidente da República, se autor de improbidade administrativa, não estaria sujeito às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, vez que, no caso, a aplicação de tais penalidades é excepcionalmente regida pela própria Constituição Federal ao disciplinar a cassação do Chefe do Executivo (arts. 85 e 86), diante dos crimes de responsabilidade definidos pela Lei Federal nº 1.079/50, embora tal autoridade não estivesse imune às demais sanções inscritas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92.

Todavia (...), os impropriamente chamados crimes de responsabilidade (que na verdade são infrações político-administrativas) constituem, ao lado dos chamados crimes comuns e da improbidade administrativa, esferas sancionadoras diferentes e independentes, que convivem lado a lado, e que, às vezes, para atenderem a determinados comandos constitucionais, precisam se harmonizar, o que não implica necessariamente a exclusão de uma espécie sancionatória por outra. É o que ocorre com os parlamentares federais, estaduais e distritais, por exemplo, cuja sentença condenatória que implique a perda do mandato dependerá de declaração da respectiva Casa Legislativa à qual se vincula.

A propósito, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ressaltam com acerto a diferença de tratamento existente entre os parlamentares federais, estaduais e distritais [Os deputados estaduais e distritais, diferentemente do que ocorre com os vereadores, são beneficiados pelas normas de extensão contidas nos artigos 27, § 1º e 32, § 3º, da Lei Maior] e o Presidente da República (e o seu Vice), uma vez que, somente para os referenciados agentes legislativos a Constituição da República previu (no art. 55, incisos I a VI), em numerus clausus, as hipóteses em que eles

poderão ter os seus mandatos cassados – sempre condicionados ao prévio pronunciamento do órgão competente do Poder Legislativo – ‘o que afasta a possibilidade de que ela advenha de sentença prolatada em ação civil em que sejam perquiridos os ilícitos praticados pelos membros do Congresso Nacional.’

Destarte, por força de uma exceção de ordem constitucional, estaremos diante de uma situação inusitada do julgamento parcelado da conduta dos parlamentares federais, estaduais e distritais pela prática de um mesmo fato ilícito, com aplicação das demais sanções pelo Poder Judiciário, com base no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, e a remessa de peças informativas à respectiva Casa Legislativa para os fins de declaração de cassação do mandato parlamentar (equivalente à perda da função pública). (Destacou-se.)

(Omissis.)

Como a Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo de sua matriz constitucional (o § 4º do art. 37), não faz qualquer diferenciação entre os detentores de mandatos eletivos e os demais agentes públicos quanto à aplicação de seus preceitos, sanções e medidas cautelares (tendo até deixado expressa sua incidência sobre os detentores de mandato, no seu art. 2º), entendemos que, salvo disposição constitucional prevendo procedimento específico (diferente) para tanto, como ocorre em relação ao afastamento cautelar, à perda do mandato e à suspensão dos direitos políticos do Presidente da República, de seu Vice e dos Parlamentares federais, estaduais e distritais, conforme já abordamos, os seus dispositivos incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos, a despeito da tese ora sustentada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, como já vimos na Introdução, que doutrinam no sentido de que os agentes públicos, por já estarem sujeitos a um sistema especial (contidos nas leis que tratam de crimes de responsabilidade) de responsabilização, estariam imunes à Lei de Improbidade Administrativa, que considera conter um sistema genérico da mesma natureza, a ser aplicado aos demais agentes públicos, administrativos em geral (bem como àqueles que lhes são equiparados).” (Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2ª. ed., rev., atual., ampl. e com jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, págs. 29/32.

Por outro lado, o decidido na Reclamação 2.138-6/DF não tem eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante – conforme vem sendo reconhecido pelo próprio STF, em inúmeras Reclamações ali ajuizadas –, não sendo aplicável ao caso destes autos, sobretudo por se tratar de ex-Prefeito. Mencionada Reclamação ficou adstrita à hipótese de Ministro de Estado, que,

pelo art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, tem foro especial por prerrogativa de função, nos casos de infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade. Conforme trecho da ementa do respectivo acórdão, entendeu o STF que “*A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)*”, sendo que “*Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).*”

O que não se afigura juridicamente razoável ou justificável é excluir todos e quaisquer agentes políticos da incidência das sanções civis e administrativas previstas na Lei 8.429/92 – como na hipótese de Prefeitos e Vereadores, alcançados pelo Decreto-lei 201/67, e não pela Lei 1.079/1950 –, quando configurados os correspondentes ilícitos, como se os prejuízos por eles causados à sociedade, no trato com a *res publica*, não tivessem de ser reprimidos com a mesma severidade.

Nessa mesma linha de pensamento, doutrina Wallace Paiva Martins Júnior:

Ora, claro parece que, se o ordenamento jurídico nacional pretendesse reservar punição da improbidade administrativa dos agentes políticos à esfera do regime jurídico da responsabilidade política, instituiria a cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de censura em diferentes instâncias, animadas por matizes e naturezas jurídicas distintas, como feito nos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º, e 85 da Constituição Federal, sem qualquer exceção — que, aliás, pecaria por falta de razoabilidade na adoção da discriminação em face do pilar da responsabilidade ampla que predica o regime republicano-constitucional na melhor tradição do direito brasileiro. Ademais, a responsabilidade político-administrativa tem natureza política, enquanto a da Lei n. 8.429/92 é jurídica. Por ser política aquela instância, o fato ali pode ser punido ou não por um juízo de conveniência política, não jurídica, ao passo que “a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário” [STF, MS 24.699-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 1º/07/2005]], instância insubstituível pelo Poder Legislativo. (Proibidade administrativa. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2009, págs. 312/313.)

No Superior Tribunal de Justiça, ementa de dois julgados, ambos relativos a atos de improbidade atribuídos a ex-Prefeito e que tiveram como Relator para o acórdão o eminente Ministro Luiz Fux (*REsp 456649/MG*, julgado em 05/09/2006, DJU de 05/10/2006, pág. 237, e *REsp 769811*, julgado em 19/06/2008, DJE de 06/10/2008, o primeiro citado na sentença), poderia levar o consulente a deduzir que a 1ª Turma daquela egrégia Corte tenha decidido pela inaplicabilidade da Lei 8.429/1992 a agentes políticos, por maioria.

A leitura do inteiro teor desses julgados, no entanto, leva à conclusão oposta. No REsp 456649/MG, julgado em 05/09/2006 e citado na sentença, o eminente Ministro Luiz Fux, em seu voto-vista, vencedor, defendeu a inaplicabilidade da Lei 8.429/92 a agentes políticos, com fundamentos idênticos aos que conduziram ao decidido na multicitada Reclamação 2.138-6/DF-STF. O Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, no entanto, deixou evidenciado que a manutenção do acórdão recorrido “deve ocorrer pelos seus próprios fundamentos”. O Relator primitivo, o ilustre Ministro Francisco Falcão, votou pelo retorno dos autos à Primeira Instância, para prosseguimento do feito, obedecido o rito da Lei 8.429/92. Opostos embargos de declaração (EDcl no REsp 456649/MG, DJU 20/11/2006, p. 273), esclareceu a 1ª Turma daquela egrégia Corte: “*o Eg. Superior Tribunal de Justiça através da sua jurisprudência predominante, admite a ação de improbidade nos ilícitos perpetrados por Prefeitos, mercê de agentes políticos.*”

Já no REsp 769.811, julgado em 19/06/2008, o voto do eminente Ministro Francisco Falcão foi pelo provimento do recurso, para que não apenas fosse aplicada a sanção de ressarcimento do dano, mas as demais sanções do art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92. O ilustre Ministro Luiz Fux, em seu voto-vista, lançou fundamentos idênticos ao do voto anterior (REsp 456649/MG) quanto à inaplicabilidade da Lei 8.429/92 a agentes políticos, votou pela manutenção do acórdão recorrido. O Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, sem tocar na questão da inaplicabilidade da Lei 8.429/92 a agentes políticos, assim delimitou seu exame:

“2. Frise-se, de início, que o acórdão recorrido admitiu expressamente que a conduta do demandado configurou ato de improbidade administrativa, circunstância não impugnada pela parte ré. Questiona-se, no presente recurso, apenas

a obrigatoriedade ou não da aplicação cumulativa das penas previstas no art. 12, II, da Lei n.º 8.429/92, bem assim a possibilidade de ressarcimento integral do dano, assim entendido o valor total dos contratos de aquisição de combustível pelo município de Teodoro Sampaio/SP no ano de 1993.”

A eminente Ministra Denise Arruda, em seu voto-vista, no aludido REsp 769.811/SP, conquanto tenha acompanhado o voto divergente do Ministro Luiz Fux, pela manutenção do acórdão recorrido, também não se deteve no exame da questão da inaplicabilidade da Lei 8.429/92 a agentes políticos. O mérito da apreciação ficou circunscrito à razoabilidade e proporcionalidade das sanções previstas na Lei 8.429/92 ao caso concreto, registrando a ementa do acórdão respectivo: “Razoabilidade de enquadramento nas sanções por infrações político-administrativas e na Lei 8.492/92, que define os atos de improbidade administrativa” (REsp 769811/SP, Relator originário o Ministro Francisco Falcão, Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, maioria, julgado em 19/06/2008, Dje de 06/10/2008).

Saliente-se que os arts. 15, inciso V, e 37, § 4º, da Constituição Federal, ao fazerem referência a direitos políticos, deixam claro que, em se tratando de improbidade, o agente político está incurso em todas as penalidades previstas para a prática do respectivo ato, da mesma forma como qualquer outro agente público. E a Lei 8.429/92, em seus arts. 1º e 2º, dela não exclui os agentes políticos. Ao contrário, atrai quaisquer agentes, servidor ou não, inclusive aquele “*que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”.

Em casos envolvendo outros agentes políticos, que não aqueles previstos no art. 102, I, da CF/88 e na Lei 1.079/1950, tem decidido esta Corte:

“Administrativo e Processual Civil. Ação de Improbidade Administrativa. Convênio firmado entre a União (Ministério da Cultura) e Prefeitura Municipal. Verbas que se destinavam à construção de um centro cultural. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. Adequação da via eleita. Reclamação nº 2.138/DF, do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Inexistência de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Malversação das

verbas repassadas pela União. Comprovação inequívoca do ato ímprobo. Suspensão dos direitos políticos, por cinco anos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público. Indisponibilidade de bens. Requisitos. Sigilo fiscal. Direito de natureza não absoluta. Garantia constitucional que cede diante do interesse público.

I - O Ministério Público Federal tem legitimidade e interesse para propor ação de improbidade administrativa, a teor do disposto nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, 6º, VII, b, XIV, f, da Lei Complementar nº 75/93, 17, caput e § 4º, da Lei nº 8.429/92, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mesmo porque os recursos financeiros repassados ao Município, por força de convênio firmado com órgão integrante da Administração Pública Federal, tinham por objeto a consecução da obra objeto da avença, não se incorporando ao patrimônio municipal, já que afetados a fim específico, e a irregular aplicação da verba gerou a condenação da Prefeitura, e de seu gestor, ao ressarcimento dos valores aos cofres públicos, pelo Tribunal de Contas da União.

II - O Prefeito Municipal, na qualidade de agente político, está sujeito aos ditames da Lei nº 8.429/92, por força do que dispõe o seu art. 2º e os arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição Federal (ao fazerem referência a “direitos políticos”), da mesma forma como qualquer outro agente público, sem prejuízo de responder, simultaneamente, à ação penal, por crime de responsabilidade, de que trata o Decreto-Lei nº 201/67, em decorrência do mesmo fato. (Destacou-se.)

III - A Reclamação nº 2.138/DF, do Supremo Tribunal Federal - onde se discute aplicabilidade (ou não) da Lei nº 8.429/92 para os agentes políticos - não interfere no deslinde da ação de improbidade promovida pelo Ministério Público Federal contra ex-Prefeito, uma vez que aquele feito se refere a decisão proferida em outro processo, onde o ex-Prefeito não figura como parte, dizendo respeito, ademais, a Ministro de Estado, que ostenta condição jurídica distinta daquela de ex-ocupante do cargo de Prefeito Municipal. Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região.

IV - Em face do disposto no art. 17 da Lei nº 8.429/92, segundo o qual a ação principal terá o rito ordinário, é permitido, ao Juiz, proceder ao julgamento antecipado da lide, conhecendo diretamente do pedido, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I, do CPC), sem que tal julga-

mento implique em contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

V - Prática de ato de improbidade administrativa comprovada por meio de documentos, que levaram à constatação de que a obra, inacabada, estava sendo realizada em local diverso do pactuado, notada, ainda, a ausência de documentos relativos à execução do projeto; de que, segundo vistoria efetivada, foram apuradas irregularidades praticadas pelo ex-Prefeito, dentre elas a reconstrução/adaptação de um galpão de aproximadamente 370m², conforme fotos que a instruem, pelas quais se vê que nada havia sido executado, com exceção de umas poucas paredes, ao invés de um Centro Cultural; de que o ex-Prefeito, apesar de notificado, por várias vezes, menosprezou a necessidade de prestação de contas e de apresentação de comprovantes de realização da obra objeto do convênio, dando ensejo a processo de Tomada de Contas Especial, de iniciativa do Ministério da Cultura, a manifestação da Controladoria-Geral da União, pela irregularidade na aplicação dos recursos recebidos do aludido Ministério, e a decisão desfavorável do TCU, julgando irregulares as contas, pela não comprovação da aplicação dos recursos federais repassados, além da inexistência de documentos comprobatórios de licitação, da ausência de escrituração, em livros contábeis, e da existência de coisa julgada, em outro feito, a sepultar qualquer discussão em torno da regularidade do processo administrativo da Tomada de Contas Especial, junto ao Tribunal de Contas da União.

VI - Ato ímprobo praticado, quando do exercício do mandato de Prefeito, a caracterizar as irregularidades previstas contidas nos arts. 10, IX, e 11, II e VI, sujeitando o responsável às cominações do art. 12, todos da Lei nº 8.429/92: suspensão dos direitos políticos, por cinco anos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público.

VII - *A indisponibilidade de bens, nas ações de improbidade administrativa, sempre limitada aos bens suficientes para garantir o efetivo ressarcimento ao Erário, exige o periculum in mora e a demonstração, em juízo de verossimilhança, da existência do suposto ato ímprobo, de indícios da participação do réu na sua consecução e da quantificação, ainda que provisória, do dano causado. Na hipótese, já existe o decreto sentencial de cognição e sua confirmação pela instância revisora.*

VIII - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens

que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento” (AgRg na MC nº 11.139/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma do STJ, unânime, in DJU de 27/03/2006, pág. 152).

IX - O sigilo fiscal não constitui direito absoluto, podendo ser abrandado diante de fundadas razões de interesse público, consistentes no desvio de verbas repassadas à Municipalidade, pela União Federal.

X - Preliminares rejeitadas

XI - *Apelação parcialmente provida.*” (AC 2006.33.04.003938-0/BA, Relator Juiz Federal Convocado Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 29/08/2008, p. 75.)

“Administrativo. Ação de Improbidade Administrativa. Agente político. Possibilidade. Competência. Reclamação STF nº 2.138/DF. Entendimento do STF. Sujeição dos agentes políticos à lei de improbidade. Falta de prestação de contas. Ato previsto como ato de improbidade. Aplicabilidade da lei n. 8.429/92. Julgamento do mérito. § 3º do art. 515 do CPC. Impossibilidade. Necessidade de processamento do feito.

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que as disposições da Lei nº 8.429/92 aplicam-se aos agentes políticos. 2. O § 3º do art. 515 do CPC não se aplica ao presente caso. A ação não foi processada ainda visto que a contestação apresentada pelo réu foi recebida na condição de defesa preliminar, logo, não pode este Tribunal apreciar o mérito. 3. *Apelação do Ministério Público parcialmente provida. Apelação do INCRA e remessa providas para desconstituir a decisão que indeferiu petição inicial de ação de improbidade.*” (Destacou-se.) (AC 2006.39.03.000909-8/PA, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 05/12/2008, p. 55.)

Ao julgar a AC 2006.39.03.000909-8/PA, insurgindo-se – como no caso presente, contra o indeferimento da inicial de ação de improbidade ajuizada contra Prefeito que deixara de prestar contas de convênio celebrado com o Governo Federal –, a 4ª Turma do TRF/1ª Região, à unanimidade, deu provimento à apelação, extraindo-se do voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Federal Hilton Queiroz, *in verbis*:

“Como se vê, o juiz baseou-se em precedente o STJ – Resp 456649 para fundamentar seu entendimento de que não cabe a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Entretanto, como a matéria de fundo é constitucional, deve ser seguida a orientação do STF que vem rejeitando diversas reclamações ajuizadas com o propósito de fazer valer o entendimento adotado na Reclamação nº 2.138/DF de que os agentes políticos, por se submeterem ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, não se sujeitariam à Lei de Improbidade. Eis a jurisprudência deste Tribunal:

“Processo Civil. Administrativo, Ação de Improbidade Administrativa. Agentes políticos. Competência. Aplicabilidade da lei n. 8.429/92.

I - As questões relativas à competência para o processamento e julgamento das ações de improbidades contra agentes políticos, bem como da aplicação da Lei n. 8.429/92, após os julgamentos pelo STF da ADI 2.797/DF e Rcl 2.138, restaram solucionadas da seguinte forma por esta E. Turma: a) ex-agentes políticos, em ação de improbidade, continuam a responder perante a primeira instância; b) as disposições da Lei n. 8.429/92 aplicam-se aos agentes políticos posto que “O Supremo Tribunal Federal negou, mediante decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, seguimento às reclamações 5.738, 5.385, 5.391 e 5.353, sob o fundamento de que a decisão proferida na Reclamação 2.138 não possui efeito vinculante e nem eficácia erga omnes. (AG 2007.01.00.013117-5/MA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª T, DJ de 31/08/2007, p. 13.)

II - A não prestação de contas no prazo legal enseja a propositura de ação de improbidade administrativa. *A má-fé ou não no retardamento da prestação de contas e se a sua ocorrência se deu de forma suficiente é matéria que demanda instrução e exame adequado a ser efetivado na ação aqui cuidada.*

III - Recurso que se nega provimento.”

(AG 2007.01.00.001373-0/BA, TRF/1ª Região, rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 30/11/2007, p. 43).

“Processual Civil. Administrativo. Agravo de Instrumento e Agravo Regimental. Ação de Improbidade Administrativa. Recebimento da inicial. Fundamentação. Agentes Políticos. Inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92.

1. O § 1º do art. 293 do Regimento Interno deste Tribunal preceitua: “Da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumen-

to ou que defere ou indefere liminar em mandado de segurança não cabe agravo regimental”.

2. O Supremo Tribunal Federal tem rejeitado, reiteradamente, reclamações ajuizadas por agentes políticos, com a pretensão de terem trancadas ações civis públicas por ato de improbidade, contra eles propostas, por entender que a decisão proferida na reclamação n. 2138, que deferiu tal prerrogativa ao autor, não se estende a outros casos, pois não tem efeito vinculante, nem eficácia *erga omnes*.

3. Embora sucinta, não está desprovida de fundamentação decisão que examina a inicial de ação de improbidade, os documentos trazidos com ela, bem como as defesas prévias, e conclui que a ação deve ser processada, pela existência de indícios de atos ímprobos, reservando a fase de instrução para apuração dos fatos. Restam afastadas, assim, ainda que implicitamente, as hipóteses de rejeição da inicial, previstas no § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92: 4. Agravo de instrumento não provido.”

(AG 2007.01.00.026379-4/BA, TRF/1ª Região, rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Juíza Federal Jaíza Maria Pinto Fraxe (convocada), DJ de 28/09/2007, p. 44).

Assim, a presente ação deve ser processada porque a não prestação de contas de convênio celebrado com o Governo Federal está previsto como ato de improbidade, na Lei 8.429/92.” (AC 2006.39.03.000909-8/PA, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, julgado em 25/11/2008, e-DJF1 de 05/12/2008, p. 55)

Com efeito, o colendo STF tem entendido, em diversas Reclamações ali ajuizadas por Prefeitos e ex-Prefeitos contra os quais foi movida ação de improbidade administrativa, em Primeiro Grau – às quais tem negado seguimento –, que a decisão proferida, pela Corte Maior, na Reclamação 2.138-6/DF, não o foi em controle abstrato de constitucionalidade, não tendo, pois, efeito vinculante ou *erga omnes*, aproveitando seus efeitos apenas às partes, inexistindo, sobre o assunto, súmula vinculante (Reclamações 5.027-1/PB, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ de 30/03/2007, e Agravo Regimental na mesma Reclamação, DJ de 21/09/2007; 5.081/PB, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 28/05/2007; 5.393-8/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 02/02/2007, e Agravo Regimental na mesma Reclamação, DJ de 25/04/2008; 4.400/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 16/06/2006).

Ao julgar a Reclamação 5.081/PB, com decisão hoje transitada em julgado, assim se manifestou o eminente Ministro Cezar Peluso, *in verbis*:

“Decisão: 1. Trata-se de Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por Damião Zelo Gouveia Neto, ex-prefeito do Município de São Vicente do Seridó-PB, após três legislaturas consecutivas (1989-1992 / 1997-2000 / 2000-2004), contra o Juízo da Segunda Serventia Judicial da Comarca de Soledade-PB, no qual tramitam oito Ações Civis Públicas por ato de improbidade administrativa: 019.2005.000151-9; 019.2003.000658-9; 019-2005.000943-0; 019.2005.001202-0; 019.2005.000064-5; 019.2005.00105-0; 019.2005.000.579-2, e 019.2007.000116-9.

O pedido funda-se em que as decisões ofenderiam os julgamentos desta Corte nas Reclamações 2138 e 4895.

Sustenta o reclamante, em síntese, que como ex-prefeito ostentaria a qualidade de agente político, razão pela qual não se lhe aplicaria a Lei de Improbidade (nº 8.429/92), mas, sim, a Lei nº 1079/50 ou o Decreto-Lei nº 201/67. Embora ciente de que o julgamento da Rcl nº 2138 ainda não foi concluído, alega que há grande probabilidade de que prevaleça o voto do Ministro Relator, Nelson Jobim, para quem os agentes políticos não se sujeitam à lei de improbidade, como os demais agentes públicos, haja vista que seu regime, por suas essenciais particularidades, é o de responsabilidade político-administrativa, definido pela Lei nº 1079/50.

Requer a suspensão dos feitos, que tramitariam em órgão jurisdicional incompetente, em especial porque seus bens estariam na iminência de ser bloqueados.

2. Inviável o pedido.

A reclamação é remédio jurídico que, de previsão constitucional, se presta à dupla função de garantir a autoridade de decisões desta Corte e de preservar-lhe a competência.

A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que, na primeira hipótese - garantia de suas decisões -, a reclamação só pode ser manejada ante o descumprimento daquelas proferidas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva, desde que, neste último caso, o reclamante deles haja participado (Rcl nº 5027, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 30/03/2007; Rcl nº 4730, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 31/10/2006; Rcl nº 3.847-AgR, Rel. Min. Car-

los Britto, Tribunal Pleno, DJ de 20.10.2006; Rcl nº 4.175-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 22.9.2006; Rcl nº 3.051-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ de 15.9.2006; Rcl nº 2723, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 09/06/2005, e Rcl nº 447, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 31.3.1995).

Ora, o reclamante não é parte nas reclamações cujos julgamentos reputa violados e que carecem dos efeitos que marcam o controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, não custa advertir que o Plenário desta Corte, ao julgar procedentes as ADINs nºs 2.797-DF e 2.860-DF, declarou, por maioria, inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (DJ de 19.12.2006 e Informativo STF nº 401).

Prevaleceu, a respeito, o entendimento do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, de que é inconstitucional a regra que estendia o foro especial ao momento posterior à cessação da investidura do agente político. Por essa especial razão, os ex-prefeitos, como o ora reclamante, devem ser julgados pelos juízes de primeira instância, aos quais assiste competência para tal.

3. Do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido, porque inadmissível. Oportunamente, arquivem-se.

Publique-se. Int.

Brasília, 21 de maio de 2007.

Ministro Cezar Peluso

Relator.” (Reclamação 5.081/PB, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 28/05/2007).

A 2ª Seção do TRF/1ª Região, ao julgar a Ação Rescisória 2009.01.00.026140-9/MA, movida por ex-Prefeito processado em ação de improbidade administrativa, em Primeiro Grau, concluiu inaplicável, naquela hipótese, o entendimento sufragado na Reclamação 2.138-6/DF, pelo colendo STF – no sentido de que “os Ministros de Estado, por estarem sujeitos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)” – posto que ex-Prefeito goza de situação jurídico-constitucional distinta daquela julgada pela Corte Maior, além de que, dentro da sistemática do Decreto-lei 201/67 – diver-

samente da Lei 1.079/50, que regula os crimes de responsabilidade de outros agentes públicos da federação –, a infração então atribuída ao autor, prevista no art. 1º do Decreto-lei 201/67, não ostentava a natureza de infração autenticamente político-administrativa, de modo a afastar a responsabilidade civil, ao argumento de especificidade.

Com efeito, colhe-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

“E mais, não bastasse, tem-se que o caso presente não merece o mesmo tratamento dado naquela Reclamação, posto que tem como parte ex-prefeito municipal, que goza de situação jurídico-constitucional distinta.

No caso, o ato ímprobo atribuído ao autor, em equivalência criminal, encontra adequação no art. 1º do Decreto-Lei 201/67, que, segundo o entendimento do STF: “Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do DL 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores (art. 1º); são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o DL 201/67 cuida das infrações político-administrativas dos Prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações, é que podem, na tradição do Direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade”.

Assim, dentro da sistemática do DL 201/67, diversamente da Lei 1.079/50 que regula os crimes de responsabilidade de outros agentes públicos da Federação, a infração atribuída ao autor não ostenta a natureza de infração autenticamente político-administrativa, de modo a afastar a responsabilização civil, ao argumento de especificidade.

Assim, a contrapor à densidade jurídica do argumento, antevê-se que acaso acolhida a tese, o ato atribuído ao autor, porque ex-Prefeito, resultaria sem sanção aplicável, pois o impeachment a ser aplicado pela Câmara, mostra-se impossível no plano fático (art. 4º do DL 201/67), o que seria afronta direta ao texto constitucional que prevê punição severa aos agentes públicos autores de atos de improbidade administrativa (CF, art. 37, § 6º).

Dessa forma, todos os elementos estão a indicar a inaplicabilidade do entendimento que se indica como definitivo da Corte Suprema pelas peculiaridades do caso concreto em análise.” (AR

2004.01.00.026140-9/MA, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 2ª Seção do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 09/06/2008, p. 145).

O respectivo acórdão restou assim ementado:

‘Ação Rescisória contra sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Incompetência absoluta. Violação a literal disposição de lei. Não aplicação do § 1º, do art. 17 da lia. Ausência de fundamentação da sentença na parte que aplicou as penas do artigo 12 da lia. Efeitos da revelia. Fundamentos refutados. Improcedência.

1. A presente ação rescisória foi proposta objetivando rescindir sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão (fls. 76/79), nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº 1997.37.00.001132-1/MA, sob o fundamento de incompetência absoluta e violação a literal disposição de lei, em razão do julgamento antecipado da lide, não aplicação do § 1º, do art. 17 da LIA; da ausência de fundamentação da sentença na parte que aplicou as penas do artigo 12 da LIA e aplicação dos efeitos da revelia.

2. Inicialmente, impende ressaltar que o caso presente não merece o mesmo tratamento dado à Reclamação nº 2.138-6/DF, posto que tem como parte ex-prefeito municipal, que goza de situação jurídico-constitucional distinta.

3. Assim, dentro da sistemática do DL 201/67, diversamente da Lei 1.079/50 que regula os crimes de responsabilidade de outros agentes públicos da Federação, a infração atribuída ao autor não ostenta a natureza de infração autenticamente político-administrativa, de modo a afastar a responsabilização civil, ao argumento de especificidade.

4. Além do mais, reconhecida pelo eg. Supremo Tribunal Federal a natureza civil da ação de improbidade administrativa, afigura-se clara a competência do juízo de 1º grau para o processamento e julgamento da ação em que eventualmente autoridades figurem no pólo passivo da ação, haja vista a independência das instâncias.

(...)

15. Ação rescisória improcedente.” (AR 2004.01.00.026140-9/MA, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 2ª Seção do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 09/06/2008, p. 145)

No mesmo sentido outros precedentes do TRF/1ª Região: AC 2007.01.00.00.041389-0/PI; AC 1999.43.00.000250-0/TO; AI 2007.01.00.053476-0/BA; AC 2006.33.08.004371-4/BA; AI 2007.01.00.039634-2/MA; AI 2008.01.00.047153-6/RR.

No caso presente, o ex-Prefeito teria incorrido na conduta ímproba descrita no art. 11, VI, da Lei 8.429/91 (“deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”), que encontra correspondência no art. 1º, VII, do Decreto-lei 201/67, o qual, na forma de precedente do colendo STF, não contempla, em seu art. 1º, infrações de natureza autenticamente político-administrativa (HC 70.671-1, Rel. Min. Carlos Velloso), de modo a afastar a responsabilização civil, ao argumento de especificidade.

Com efeito, assim decidiu o Pleno do colendo STF, em 13/04/94, quanto à real índole das infrações previstas no art. 1º do Decreto-lei 201/67:

“Ementa: Penal. Processual Penal. Prefeito: crime de responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns. I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, par. 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art.2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - H.C. indeferido.” (HC 70.671-1/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno do STF, maioria, DJ de 19/05/95, p. 152).

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, argüida pela PRR/1ª Região/1ª Região, e dou provimento às apelações, para anular a sentença e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja dado regular processamento ao feito, na forma da Lei 8.429/92.

É como voto.

Quarta Turma

Agravo de Instrumento

2008.01.00.047388-6/RR

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocado)
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Ageu Florêncio da Cunha
Agravado: Marcos Rafael de Holanda Farias e outros
Advogado: Dr. Marcus P. C. de Oliveira
Divulgação: e-DJF1 de 02/03/2009
Publicação: 03/03/2009

Ementa

Processo Civil. Agravo de Instrumento. Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/92. Reclamação nº 2.138/DF. Aplicabilidade aos ex-ocupantes de cargos ou funções políticas. Pet. 3923. Decisão reformada. Recurso provido.

I. A decisão proferida pelo eg. Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 2.138-DF, não tem efeitos *erga omnes*, conforme decisões proferidas no âmbito do eg. Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

II- Ademais, ficam algumas questões peculiares a serem ainda examinadas e que demonstram a peculiaridade de cada caso, notadamente, porque não há que se falar em aplicação da Lei de responsabilidade para *ex-agentes políticos*.

III- A decisão proferida nos autos da Reclamação nº 2.138-6 não se aplica à situação jurídica dos ora agravados, pois teve como eventual interessado Ministro de Estado (posteriormente Chefe de Missão diplomática), que ostenta condição jurídica distinta daquela de ocupante dos cargos de ex-Governador de Estado, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e ex-Secretária Estadual, como é o caso dos autos.

IV- Deve-se considerar, ainda, que com a mudança da composição daquela Corte, há indicação de alteração do posicionamento, pois a matéria tratada na Pet. 3923, embora com alguns pontos peculiares, passou pelo exame de três premissas, sendo uma delas aquela que faz distinção entre crimes de responsabilidade e ação de improbidade administrativa, para afastar a competência do Supremo Tribunal Federal em processos cíveis. Nessa, após caloroso e profícuo debate, os *Ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowisk e Carlos de Britto* externaram posição distinta da prevalecente na Recl. 2.138, como se confere do inteiro teor e notas taquigráficas, que, em conjunto com os votos dos *Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio*, proferidos na reclamatória referida, apontam para mudança de posicionamento daquela Corte.

V- Essa dicção encontra respaldo na decisão proferida pelo eminente Ministro Carlos Ayres Britto, na linha do posicionamento ora defendido, quando indeferiu a medida liminar postulada nos autos da Reclamação nº 7.339, assinalando que: *"Esclareço, por oportuno, que este último precedente reflete o pensamento da atual composição deste Supremo Tribunal Federal. É que na Recl nº 2.138 não votaram, quanto ao mérito, a Ministra Cármen Lúcia, e os Ministros Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto, pois sucederem Ministros com votos já proferidos."*

VI- Por fim, nosso sistema, tal como alguns alienígenas, adota para os detentores de alto poder decisório (agentes políticos) a punição também com as penas relativas à responsabilidade, medida que se justifica pelos elevados e relevantes cargos ou funções assumidas por eles, portanto, com recrudescimento das consequências pelos desvios de conduta (*accountability*). Todavia, o que se propõe com a solução adotada na reclamatória em referência

equivale a isentar os agentes políticos da persecução estatal pelos atos ímprobos em uma das esferas possíveis aos demais cidadãos, em afronta ao princípio da igualdade. A meu sentir não se pode sustentar tal pretensão na própria Carta Política, visto que nos arts. 15, V c/c 37, IV estabelece o *sobrevalor da probidade administrativa em nosso sistema constitucional*. Destarte, esse *desvalor* da conduta, quando praticado por agentes políticos (ou ex), vai de encontro à distinção estabelecida pelo Texto Maior e não se compatibiliza com nosso sistema.

VII. Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar provimento* ao agravo de instrumento.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 27/01/2009.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: – Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, excluiu da lide os ora agravados ao entendimento de que “(...) os agentes políticos em questão não se submetem à ação de improbidade administrativa (...)” (fl. 64).

Em defesa de sua pretensão, alegou o agravante, em resumo, que:

a) (...) em razão da nova composição do STF, restou clara a sinalização de que a decisão objeto da Reclamação nº 2138 (Caso Sardembg) não será referendada pela atual Corte (fls. 08/09);

b) (...) isentar os mais altos mandatários da República da incidência da Lei de Improbidade Administrativa irá ferir os princípios republicanos, em especial, o princípio da igualdade, legalidade e moralidade administrativa (fl. 09);

c) Convém, ainda, salientar que a Reclamação 2.138/DF, julgada pela Corte Constitucional não possui efeito erga omnes, inexistindo, portanto, a possibilidade da extinção imediata das ações de improbidade administrativa ajuizadas contra agentes políticos (fl. 09);

d) (...) considera-se que os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes políticos não são, nos termos da Constituição e da legislação que a concretiza, crimes de responsabilidade, conclui-se que tais crimes encontram-se sujeitos à regra de

competência do art. 102, I, “c”, da Constituição. Em outras palavras, agentes políticos como um todo se sujeitam à disciplina de responsabilização de que trata a Lei nº 8.429/92 (fl. 10).

Informações do MM. Juízo Federal *a quo* à fl. 77.

Não foram apresentadas contra-razões.

O d. Ministério Público Federal, no exercício da função de *custos legis*, manifestou-se às fls. 54/56, ocasião em que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*: – Presentes os requisitos de admissibilidade deste recurso, dele conheço.

Insurge-se o agravante contra a r. decisão *a quo* que se encontra fundamentada nos seguintes termos:

A Constituição Federal prevê, expressamente, a competência de cada esfera de poder para o julgamento dos crimes de responsabilidade, de acordo com as atribuições do agente político. O art. 102, I, ‘c’, por exemplo, prevê a competência privativa originária do eg. STF, para processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado e comandantes militares, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. O mesmo acontece com a competência privativa originária do eg.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz e a Exma Sra. Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*.

STJ, no art. 105, I, 'a', dos Tribunais Regionais Federais, no art. 108, I, 'a' e dos Tribunais de Justiça dos Estados, no art. 96, III. No art. 52, I e II, a Carta está a competência do Senado Federal. O art. 29, X, prevê a competência dos eg. Tribunais de segundo grau para processarem e julgarem os Prefeitos Municipais. O caso em tela, especificamente, trata de Secretário de Estado. Aqui, o foro responsável é previsto, em atenção ao princípio da simetria constitucional, pelas Constituições dos Estados *que prevêem a competência da Assembléia Legislativa para processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, o Governador e o Vice-Governador do Estado, além dos crimes conexos praticados por Secretários de Estado*. Estes últimos, em se tratando de crimes de responsabilidade sem conexão com os chefes de Governo, a competência para o processo e julgamento passa para os eg. Tribunais de segundo grau, segundo a afetação do crime de responsabilidade aos interesses comuns do ente estadual ou aos interesses da União.

A Suprema Corte, no julgamento da Reclamação n. 2.138, relator o Min. Nelson Jobim, proferiu o seguinte entendimento:

Ementa: Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade Administrativa. Crime de Responsabilidade. Agentes políticos.

(...)

II. Mérito.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n° 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4° (regulado pela Lei n° 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei n° 1.079/1950). *Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4°) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição.*

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c";

Lei n° 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição.

III. Reclamação julgada procedente.

Verifica-se, portanto, que a Lei 1.079/50 abrange os crimes de responsabilidade do Presidente, Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Comandantes Militares por extensão, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União por extensão, ministros do STF e, por extensão, aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim como aos membros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios. A mesma lei, acrescida da Lei 7.106/83, aplica-se aos Governadores, Vice-Governadores e Secretários de Estado. O Decreto-lei n. 201/67 aplica-se aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais.

Nesse contexto, os agentes políticos em questão não se submetem à ação de improbidade administrativa, sujeitando-se sim ao regime especial de responsabilidade afeto a cada um dos termos da lei. Para explicar essa excepcionalidade, colho a seguinte decisão do Min. Gilmar Mendes na Reclamação n. 2.186, in verbis:

(...)

Sucedo que, à época em que foram ajuizadas as referidas ações de improbidade (Dezembro de 1995 e Janeiro de 1996), os réus (ora reclamantes) eram Ministros de Estado, de forma que, nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n° 2138/DF, Rel. Min.

Nelson Jobim, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Julgamento 13/06/07, a decisão ora reclamada, foi proferida por juiz manifestamente incompetente, sendo, portanto, situação em que se caracteriza nulidade absoluta dos atos impugnados.

O decidido por esta Corte na Reclamação nº 2138/DF deixou claro que os atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429, de 1992, constituem autênticos crimes de responsabilidade. Isso porque as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, além de forte conteúdo penal, a feição de autêntico mecanismo de responsabilização política.

[...]

Não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação 2138/DF, acabou por assentar que, no que toca aos denominados atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado estão sujeitos exclusivamente ao regime da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, de modo que a apuração de atos de improbidade atribuídos a tais agentes, nos termos do art. 102, I, “c”, da Constituição, encontra-se sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal. Vale transcrever a ementa do referido julgado, no particular: [...]

De fato, tal como mencionou o Ministro Nelson Jobim em seu voto por ocasião do julgamento da Reclamação 2138/DF, a questão básica que se coloca é a possibilidade de concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: (1) o regime previsto no § 4º do art. 37 da Constituição, e regulado pela Lei nº 8.429, de 1992; e (2) o regime de crime de responsabilidade referido no art. 102, I, “c” da Constituição e disciplinado pela Lei nº 1.079, de 1950.

Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei nº 1.079, de 1950. Esta lei, em seu art. 9º, contém disciplina expressa do que denomina crime de responsabilidade contra a propriedade na administração.

[...]

Assim, considerando-se que os atos de improbidade administrativa cometidos pelos Ministros de Estado são, nos termos da Constituição e da legislação que a concretiza, crimes de responsabilidade, conclui-se que tais crimes encontram-se sujeitos à regra de competência do art. 102, I, “c”, da Constituição. Em outras palavras, os Ministros de Estado não se sujeitam à disciplina de responsabilização de que trata a Lei nº 8.429, de 1992, de modo que se afi-

gura imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação de improbidade movida contra Ministros de Estado ou contra integrantes de tribunais superiores (art. 102, I, “c”, da Constituição).

Não se pode deixar que consignar que um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é a assinalagmaticidade do risco. Tal observação é bastante pertinente para uma correta compreensão da atividade desempenhada pelos Ministros de Estado, bem como do diferenciado regime de responsabilização de tais agentes. De fato, o risco presente nas decisões de um Ministro de Estado jamais poderia ser equiparado ao risco de uma decisão de um agente público comum. Daí o equívoco das abordagens que pretendem ver a prerrogativa de foro como ofensiva ao princípio da isonomia. Esse é um ônus da atividade de quem tem obrigatoriamente que decidir. O que parece absurdo é tentar estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato ilegal imputável à administração pública implica um ato de improbidade de um agente público. Essa confusão inaceitável é co-irmã da concepção que tenta vislumbrar as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil.

De fato, não é correto tomar as sanções por improbidade como sanções de índole meramente civil. Ao contrário, as sanções de suspensão de direito políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, sobretudo, natureza penal. Não é difícil perceber a gravidade de tais sanções e a sua implicação na esfera de liberdade daqueles agentes políticos. No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais graves para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.

E não se diga que o fato de os reclamantes não mais estarem ocupando os cargos políticos, que ocupavam à época do ajuizamento das ações de improbidade, desloca a competência desta corte, pois não é possível modificar a situação fático-histórica de se estar julgamento supostos crimes de responsabilidade, os quais são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Não há outro juízo competente para processar e julgar os reclamantes pela prática de crime de responsabilidade, já que os atos supostamente ilícitos a eles imputados referem-se à época em que ocupavam cargos de agentes políticos.

[...]

Diante do exposto, julgo procedente a presente Reclamação, para determinar o arquivamento das já

referidas ações ajuizadas perante a 20ª e 22ª Varas Federais em desfavor dos reclamantes, nos termos do art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Publique-se. Brasília, 22 de abril de 2008.

Posta assim a questão, não há dúvidas a respeito do descabimento da presente ação quanto aos réus Neudo Ribeiro Campos, Marcus Rafael de Holanda Farias e Diva da Silva Briglia, porquanto os crimes de responsabilidade têm procedimento próprio, legitimidade ativa vinculada para a ação penal e foro especial diferenciado segundo o grau da autoridade acionada (fls. 62/66).

Data venia de eventual entendimento em contrário, tenho que a r. decisão agravada merece ser reformada, visto que, a meu sentir, encontra-se assentada em premissa que não corresponde com o pensamento externado pela Suprema Corte por ocasião de julgamentos posteriores à citada reclamação.

Veja-se que na Recl. 2.138/DF, concluiu-se o julgamento, rejeitando questão de ordem quanto à possibilidade de julgar-se, primeiramente, outra ação com o mesmo objeto. Assim ocorreu, apesar da preocupação do Ministro Marco Aurélio, porque não se poderia rever votos já proferidos pelos Ministros aposentados, nos termos do regimento interno daquela Corte.

Igualmente, não se definiu acerca da situação dos ex-agentes políticos e, notadamente, daqueles para os quais não há previsão do crime de responsabilidade. Fatos relevantes no caso em apreço.

Portanto, sem sombra de dúvidas, o resultado daquele julgamento não reflete situação similar à presente e, arrisco em dizer, não consubstancia o atual pensar dos Ministros em exercício na Suprema Corte, nesse momento. Assim concluo após examinar, com cuidado, a decisão tomada na questão de ordem autuada sob o nº Pet-QO 3923, examinada no mesmo dia, sucessivamente à reclamação paradigma adotada na decisão recorrida.

A matéria tratada na Pet. 3923, embora com alguns pontos peculiares, passou pelo exame de três premissas, sendo uma delas, aquela que faz distinção entre crimes de responsabilidade e ação de improbidade administrativa, para afastar a competência do Supremo Tribunal Federal em processos cíveis.

Nessa, após caloroso e profícuo debate, os *Ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Ricardo Lewan-*

dowisk e Carlos de Britto externaram posição distinta da prevalecente na Recl. 2.138, como se confere do inteiro teor e notas taquigráficas, que, em conjunto com os votos dos Ministros *Celso de Mello e Marco Aurélio*, proferidos na reclamatória em destaque, apontam para mudança de posicionamento daquela Corte.

O Ministro Joaquim Barbosa, brilhantemente definiu a questão, nos seguintes termos:

(...) Vale dizer, repisa-se nestes autos a mesma tese sustentada na Reclamação 2.138. *Ou seja, a de que as condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa foro, se converteriam em crimes de responsabilidade.*

A tese é para mim inaceitável.

Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada, mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 32); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 92 da lei 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública - têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

O art. 37, parágrafo 4º da Constituição, disciplinado pela lei 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. Como bem sustentou a professora Maria Sylvia Di Pietro, sua consagração na Constituição como um dos princípios norteadores da ação administrativa do Estado constitui um “reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”. Buscou-se, com essa normatização, coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados,

atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas penalidades previstas na lei - e tão somente elas. Aí reside, aliás, uma particularidade dessa nova normatização: a natureza cerrada da tipificação, com penas específicas para cada tipo de conduta desviante.

O contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilização política. Nesse caso, o tratamento jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na lei 1.079/1950, assume outra roupagem, e isto se explica pelo fato de que o objetivo constitucional visado é muito mais elevado. Cuida-se aí de mais um dentre os inúmeros mecanismos de checks-and-balances típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo. Tem equivalência, no presidencialismo, aos mecanismos de apuração da responsabilidade política típicos do sistema parlamentarista - como, por exemplo, a moção de censura ou de desconfiança.

Aliás, a natureza do instituto e os objetivos constitucionais por ele visados é que explicam por que nessa modalidade especial de responsabilização as penalidades são diferenciadas e podem parecer relativamente brandas, se comparadas às previstas na lei de improbidade. É que o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a "public trust", isto é, a confiança da Nação. Igualmente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados com esse instituto é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos. É que, como bem disse Alexis de Tocqueville, no seu clássico "Democracia na América", "o fim principal do julgamento político nos Estados Unidos, é retirar o poder das mãos do que fez mau uso dele, e de impedir que tal cidadão possa ser reinvestido de poder no futuro"

Para se convencer do contraste entre as duas normatividades, basta examinar com atenção as tipificações contidas nas duas leis para que as diferenças entre elas emergjam.

Examinemos os já citados dispositivos da lei que rege os chamados crimes de responsabilidade (lei 1.079/1950), no tópico pertinente à proibidade na Administração. Da leitura desses dispositivos se pode extrair que, da conduta do chefe de Estado e

de seus colaboradores diretos, que seja reprovável a ponto de desencadear o processo de responsabilização política por violação ao princípio da proibidade, se exige um grau de especificidade de condutas bem menor do que aquele que encontramos nas diversas tipificações da lei de improbidade (lei 8.429/1992). Essa vagueza, essa aparente imprecisão, essa parcimônia descritiva na tipificação, se explicam pela natureza eminentemente política do processo de responsabilização dos agentes políticos que, não podemos esquecer, é a versão local do impeachment do direito norte-americano, com a diferença de que aqui, em algumas hipóteses a competência para o processo e julgamento é transferida para órgãos judiciários. Não quero com isso dizer possa haver discricionariedade na apreciação das condutas por parte do órgão julgador, apenas constato as diferenças nas respectivas tipificações.

As condutas que a lei especifica prevê como caracterizadoras do crime de responsabilidade, se examinadas com rigor, confundem-se com condutas típicas e exclusivas de quem detém a direção superior do Estado; de quem tem por missão guiar os destinos superiores da nação. Em razão da sua natureza intrinsecamente política, para caracterizá-las, basta a maladresse política, o mau exemplo por parte do dirigente, basta a atitude conivente ou omissa em relação à necessária punição dos subordinados que eventualmente incorram em deslizes funcionais graves, ou a ação explícita ou dissimulada no sentido do acobertamento desses deslizes funcionais. Em suma, a exemplo de várias tipificações contidas na lei 1.079/1950, o conteúdo material da improbidade administrativa prevista em alguns dos incisos do seu art. 9º, longe de apontar para a exigência da prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como improbos por parte do Presidente da República e de seus ministros, guarda a fluidez inerente aos signos descritivos das ações de comando supremo, isto é: a) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis (um tipo de ato presidencial que ultrapasse em muito as fronteiras puramente administrativas); b) infringir as normas legais no provimento dos cargos; c) não prestar contas ao Congresso Nacional. São pura e simplesmente delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de dano, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos.

Ou seja, longe se está, nesta tipificação da improbidade para fins de responsabilização política, da crueza descritiva que encontramos na lei de improbidade administrativa quando esta tipifica as condutas suscetíveis de desencadear a ação por improbidade, qual seja: a) auferir qualquer vantagem

patrimonial indevida em razão do cargo, função, emprego; b) receber dinheiro, bem móvel ou imóvel ou qualquer outra vantagem econômica a título de comissão, percentagem; c) utilizar em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamento; d) permitir ou facilitar a permuta ou locação de bem público por preço inferior ao de mercado (art. 10, inciso IV).

Com isto quero dizer, parodiando o ministro Brossard, que estamos diante de “entidades distintas e nada mais”. Distintas e que não se excluem, podendo ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos, embora desencadeados pelos mesmos fatos. O único obstáculo que vislumbro, e nesse ponto eu concordo parcialmente com o voto do Ministro Jobim na RCL 2.138, diz respeito a uma restrição que faço quanto a uma pena suscetível de ser aplicada em se tratando de improbidade regida pela lei 8.429/1992. Voltarei a este assunto no final.

É bom lembrar, a propósito, como bem mostra Eduardo Fortunato Bim, em brilhante artigo que me chegou às mãos, que “nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente” (crimes comuns versus crimes de responsabilidade ou políticos). Esta duplicidade de sanções resultante da duplicidade de regimes de responsabilização é facilmente demonstrável, segundo Bim. Diz ele: nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e eventualmente dos ministros de Estado, se conexos com os daquele, “a condenação se limita à perda do cargo e à inabilitação por oito anos para o exercício de função pública”, mas “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (CF, art. 52, parágrafo único). A Ação Penal 307, julgada por esta Corte, em 1994, em seguida ao processo de impeachment do Presidente Fernando Collor, é disso prova irrefutável. Essa mesma duplicidade de responsabilização pode ser encontrada nas normas infraconstitucionais relativas à responsabilização dos servidores públicos, que se submetem concomitantemente à responsabilização administrativa (lei 8.112/1990, art.), à responsabilização penal (CP, arts. e seguintes) e à responsabilização civil, esta nas hipóteses em que causarem danos a terceiros e forem condenados a assumir os respectivos ônus em ação regressiva. É nessa mesma direção que aponta o art. 12 da lei de improbidade administrativa, ao dispor claramente o seguinte: “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes sanções”. Daí a afirmação irretocável do ministro Paulo Brossard, quando, em sua clássica monografia sobre o impeachment, ele sustenta o seguinte:

“De resto, a dualidade de sanções que, em virtude de um mesmo fato, podem incidir sobre a mesma pessoa, não é peculiaridade deste capítulo do Direito Constitucional. Algo semelhante ocorre quando, pela mesma e única falta, conforme seja ela, o funcionário público responde a processo administrativo e a processo penal, sujeito assim a pena disciplinar e a pena criminal. (...) Originadas de uma causa comum, semelhantemente, sanções políticas podem justapor-se a sanções criminais, sem litígio, sem conflito, cada uma em sua esfera. Com efeito, à dupla sujeição se subordinam certas autoridades, cujo procedimento ora enseja apenas o impeachment, ora permite que a sanção política se adicione à sanção penal”. Paulo Brossard de Souza Pinto, “O Impeachment”, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Globo. 1965, p. 65-66).

Ora, como afirma Eduardo Bim, se o nosso ordenamento jurídico admite, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistência de um regime político com um regime puramente penal, por que razão haveria esse mesmo ordenamento jurídico de impedir a coabitação entre responsabilização política e improbidade administrativa? Noutras palavras, se a Constituição permite o mais, que é a cumulação da responsabilidade política com a responsabilidade penal, por que haveria de proibir o menos, isto é, a combinação de responsabilidade política com responsabilidade por improbidade administrativa?

Insisto, Senhora Presidente. Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado.

Além do mais, à luz da Constituição Federal e da lei 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na lei 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir, por exemplo, um posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: a perda do cargo público (político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública. Uma tal discrepância contraria, a meu sentir, um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norteamericano se traduz na elucidativa expressão “accountability”, e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo

agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos.

Aliás, tal incongruência não escapou à arguta observação feita pelo Ministro Pertence, se não me engano, no julgamento da RCL 2.138, quando S. Exa assim se manifestou:

“... Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade só o estão enquanto no exercício do mandato ou cargo referidos. Quid juris? Não responderiam por improbidade administrativa praticada no cargo, se já cessada essa investidura? Como explicar que, aos agentes políticos de maior hierarquia, exatamente os que respondem pelos impropriamente chamados crimes de responsabilidade - corretamente chamados, no Decreto-Lei nº 201, de ‘infrações político-administrativas’, precisamente para distinguir dos verdadeiros crimes de responsabilidade, que são os do art. 2º daquele edito -, teriam uma sanção, pela improbidade administrativa, muito mais branda: se no exercício do mandato ou do cargo, a perda do cargo e mais oito anos de impedimento para o exercício de funções públicas, e não para a suspensão dos direitos políticos”.

Nessa mesma linha de entendimento, em parecer emitido a pedido da Associação Nacional dos Procuradores da República, a professora Lucia Valle Figueiredo destacou que os crimes de responsabilidade só apanham os agentes públicos mais graduados, detentores de alta responsabilidade. E como bem disse a ilustre professora, “especialmente os mais graduados é que não poderiam se eximir de ser apanhados na malha da improbidade administrativa”.

Por outro lado, Senhora Presidente, como bem descreveu o Ministro Velloso em seu voto na RCL 2.138:

“Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe. No excelente livro de Patrick Wilcken - “Império à Deriva - A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821”, Objetiva, tradução de Vera Ribeiro, pág. 121 -- está consignado:

“A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. (. . .) Enquanto a vida era uma luta para muitos

dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganho legitimamente. (. . .) Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga.”

No “ranking” internacional dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse “ranking” é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção. Recebi do Ministério Público do Paraná, da ilustre Procuradora-Geral de Justiça daquele Estado, Dra. Maria Teresa Uille Gomes, que é, também, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, o ofício nº 2.333, de 18.11.2002, no qual sou informado de que, no levantamento do número de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, propostas em face de agentes políticos, em catorze estados brasileiros, constatou-se a existência de 4.191 (quatro mil, cento e noventa e um) feitos. Em praticamente a metade dos estados-membros, há, portanto, em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento no sentido de que agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente.

Isso seria, na verdade, um desastre”.

E prossegue o Ministro Velloso, citando voto proferido no STJ pelo ministro Sálvio Figueiredo, por ocasião do julgamento da Reclamação 580/GO, j. 09.10.2001:

“... A Constituição de 1988 inovou sobremaneira ao prever instrumentos de controle, pela sociedade, sobre seus administradores e sobre a gestão da coisa pública. Ao conferir ao Ministério Público a legitimidade para as ações civis, atribuindo-lhe institucionalmente a promoção do inquérito civil e da ação civil

pública, elevou ao status constitucional a norma já inserida na Lei 7.347/85, como instrumentos de garantia do Estado democrático de direito.

Nesse contexto mais amplo -- que ultrapassa a estrita previsão normativa --, a proteção do consumidor, a tutela do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a disciplina da administração pública e seus serviços passaram a assegurar, desde 1988, maior efetividade à Constituição.

Por esse prisma, as diligências investigatórias estariam a exigir a proximidade dos fatos, seja para identificar possíveis irregularidades, seja para promover as medidas necessárias para saná-las e coibi-las. Assim é que, em relação à competência desta Corte, não ensejaria prejuízo as autoridades serem processadas aqui, originariamente.

Todavia, os fundamentos para concentrar o julgamento das ações de improbidade nos foros especiais por prerrogativa de função acabariam por desencadear, por exemplo, a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para processar e julgar os prefeitos como incurso nas condutas descritas na Lei 8.429/92.

A contar a força de um precedente do Superior Tribunal de Justiça, à semelhança da Rcl 591, em um Estado como Minas Gerais, só para exemplificar, com mais de oitocentos Municípios, muitos deles distantes da Capital, é de imaginar-se, primeiro, o congestionamento da Corte estadual com processos de improbidade de numerosos chefes de Executivos locais. Segundo, a sobrecarga dos Procuradores de Justiça do Ministério Público que oficiassem perante o Tribunal. Terceiro, a inviabilidade de alcançar-se a gama de irregularidades nas regiões mais longínquas dos extensos territórios estaduais. Quarto, a impossibilidade de apuração das eventuais fraudes, muitas vezes detectáveis apenas pelo Promotor de Justiça local, que não só convive diuturnamente com os fatos, como também ali pode promover as ações necessárias para investigá-los. Igualmente, o Juiz de primeiro grau, presente na Comarca, teria certamente mais condição de avaliar o enriquecimento ilícito, ou o prejuízo ao erário municipal, ou a licitude dos atos editados pelo prefeito (arts. 9º a 11 da Lei 8.429/92).

Em resumo, retirar do juiz de primeiro grau e do promotor de Justiça a competência investigatória dos atos de improbidade, ainda que apenas das autoridades com prerrogativa de foro, poderia implicar a mitigação da ação civil, do inquérito civil, além das outras diligências previstas na própria Lei 8.429/92”.

Observo, ainda, que, na verdade, se estaria criando uma nova hipótese de competência originária para o Supremo Tribunal Federal, que rompe com a jurisprudência tradicional Tribunal desta Corte, segundo a qual a sua competência só pode ser estabelecida mediante norma de estatura constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional.

A esse respeito, julgo pertinentes as considerações do eminente ministro Celso de Mello na Rcl 3.428 (DJ 01.08.2005):

“(…) Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em “numerus clausus”, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776 - RTJ 159/28):

‘A competência do Supremo Tribunal Federal - cujos fundamentos repousam na constituição da república - submete-se a regime de direito estrito.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem

de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.'

(RTJ 171/101-102, *Rel. Min. Celso de Mello, Pleno*)

É por essa razão *que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que não possui competência originária para processar e julgar determinadas causas - tais como ações populares (RTJ 121/17, Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 141/344, Rel. Min. Celso de Mello - Pet 352/DF, Rel. Min. Sydney Sanches - Pet 431/SP, Rel. Min. Néri da Silveira - Pet 487/DF, Rel. Min. Marco Aurélio - Pet 1.641/DF, Rel. Min. Celso de Mello), ações civis públicas (RTJ 159/28, Rel. Min. Ilmar Galvão - Pet 240-AgR/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), ações cautelares, ações ordinárias (como no caso), ações declaratórias e medidas cautelares (RTJ 94/471, Rel. Min. Djaci Falcão - Pet 240- -AgR/DF, Rel. Min. Néri da Silveira) -, não obstante promovidas contra o Presidente da República (como sucede na espécie), ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou contra Ministros de Estado, ou, ainda, contra Tribunais Superiores da União.*

A "ratio" subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro Adalício Nogueira (RTJ 39/56-59, 57), (...)

Ressalto, ainda, Senhora Presidente, muito embora não seja essa a hipótese dos autos, que entendo que não cabe a juiz de primeira instância decretar, muito menos em ação de improbidade, a perda do cargo político, do cargo de ministro de Estado, por ser esta uma modalidade de punição que é típica do elenco de mecanismos de controle e aferição da responsabilidade política no sistema presidencial de governo. Trata-se, como já adiantei, de elemento característico de checks-and-balances tal como magistralmente concebido na Convenção de Filadélfia, onde pela primeira vez se institucionalizou o sistema de governo sob o qual vivemos há mais de um século. Explicito o meu voto neste ponto. O juiz de primeiro grau pode, sim, conduzir ação de improbidade contra autoridades detentoras de prerrogativa de foro. Em consequência, poderá aplicar todas as sanções previstas na lei 8.429/1992, salvo uma: não poderá decretar a perda do cargo político, do cargo estrutu-

rante à organização do Estado, pois isto configuraria um fator de desestabilização político-institucional para a qual a lei de improbidade administrativa não é vocacionada.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator quanto à questão de ordem, sem qualquer ressalva. Por seu turno, o Min. Ricardo Lewandowski, rememorando fatos históricos, refutou a tese abraçada na Recl. 2.138, vejamos:

(...) Em primeiro lugar, assento, com todo o respeito, que a matéria central desta petição é exatamente saber se os atos de improbidade possuem ou não caráter penal. Isso está assentado, com todas as letras, no parecer do eminente Procurador-Geral da República, justamente no item IX, em que Sua Excelência diz:

"Segundo o mencionado parlamentar, os atos de improbidade administrativa possuem caráter penal, razão por que a presente demanda deve ser processada perante essa Corte."

Então, penso que o tema central da matéria em discussão agora é exatamente saber se os atos de improbidade administrativa possuem ou não caráter penal.

Parece-me que essa matéria foi bem debatida neste Plenário, no dia de hoje. Filio-me exatamente às considerações feitas pelos eminentes Ministros que me precederam. Não pude votar na questão de ordem anterior porque entendi que a preliminar se confundia com o mérito. Agora externo minha opinião, com todas as letras, sobre essa questão, pedindo vênias aos que pensam contrariamente, para dizer que me filio à corrente minoritária.

Peço vênias a Vossa Excelência para ler dois pequenos parágrafos de um trabalho que produzi, em sede doutrinária, examinando essa questão, no qual disse sob a égide da Constituição de 1824 exatamente isto: "A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada".

Aliás, esse tema já foi levantado pelo eminente Ministro Celso de Mello, o nosso grande historiador da Corte. E dizia exatamente que: "Em contraste com as Cartas republicanas que a ela se seguiram, nas quais, sem exceção, previu-se que o Chefe de Estado pode perder o mandato pela prática de crime de responsabilidade, sem prejuízo de outras sanções".

Disse ainda, também: "Essa pena, também no ordenamento legal ora vigente, não é privativa do supremo mandatário da Nação; aplica-se a todos os re-

presentantes eleitos que são afastados das respectivas funções, assim como aos demais servidores estatais, em consonância com os postulados da accountability e da responsivens da doutrina anglo-saxônica -- também levantada aqui pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, que fez referência expressa ao princípio da accountability --, “caso pratiquem atos incompatíveis com o múnus público que lhes é cometido”.

E diz mais o segundo parágrafo, que pretendo trazer à colação dos eminentes pares: “Nesta linha, o art. 53 da primeira Carta Republicana estabelecia que o presidente da República será submetido a processo e julgamento depois que a Câmara julgasse procedente a ação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns e nos crimes de responsabilidade, perante o Senado”.

O mais interessante, eminente Ministro Celso de Mello, é que, naquela época -- na Constituição de 1891, art. 82 da Carta Magna, da primeira Carta republicana --, em atenção exatamente aos postulados deste sistema de governo, dizia-se que:

“Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos.”

De lá para cá, ao longo de todas as Constituições, essa matéria foi se refinando, sofisticando.

Peço vênua para entender e assentar que a Lei de Improbidade Administrativa - como foi ressaltado anteriormente pelos eminentes pares que me precederam, com muito mais brilho - encontra sólido arrimo na Constituição de 1988, na Constituição-cidadã.

A começar - salvo melhor juízo -, creio que não foi ainda trazido à colação, o art. 15 da nossa Constituição, inciso V, que estatui com todas as letras:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, IV.”

O art. 37, IV, como já foi dito aqui à exaustão, estabelece, a meu ver, com muita clareza, a distinção entre as sanções em que incorrem aqueles que praticam atos de improbidade administrativa e as

sanções de natureza penal. Isso porque, no § 4º deste artigo, estabelece-se que os atos de improbidade administrativa são apenados como uma série de sanções, sem prejuízo da ação penal cabível.

Esse entendimento é expresso, com todas as letras - como já dito aqui também -, no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que diz:

“Art. 12 Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:”

Aí vem uma série de figuras típicas, não penais, mas típicas no tocante à improbidade administrativa.

Há mais, interessantemente.

A Lei de Responsabilidade Fiscal recentemente editada, Lei 10.028, de 2000, alterou os crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal. Significa, com isso, que muitos dos atos de improbidade previstos na Lei 8.429, podem, além de ensejarem sanções previstas nessa lei -- de natureza eminentemente civil, - dar azo a sanções previstas no Código Penal, alterado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, mormente quanto aos atos pertinentes à malversação de recursos públicos.

Portanto - e sem prejuízo de, em outra ocasião futura, aprofundar-me um pouco mais nessa temática --, acompanho integralmente o voto do eminente Relator. Faço-o, também, com arrimo nos argumentos já expendidos hoje neste Plenário.(...)

No Acórdão Regimental 4.084-8/DF, o plenário da Corte Suprema assentou que: “... O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar notificação judicial de Ministro de Estado vinculada a futura ação de improbidade administrativa disciplinada na Lei 8.429/92. Atrelada a notificação judicial, expressamente, a uma futura ação de improbidade, deve aquela ser processada no juízo competente para esta (art. 800 do Código de Processo Civil), descabendo ao Supremo Tribunal Federal, antecipadamente, discutir o mérito do cabimento da mencionada ação principal contra agente político (...)”

De fato, não se pode concluir que a tese abraçada na Recl 2.138 seja o entendimento prevalecente na Corte Constitucional. Ali discutiu-se a incompetência do juiz de primeiro grau para julgar Ministros de Estado que, na concepção do Relator de então Min. Nelson Jobim, estaria sujeito apenas à lei de responsabilidade.

No entanto, ficam algumas questões peculiares a serem ainda examinadas e que demonstram a peculiaridade de cada caso, notadamente, porque não há que se falar em aplicação da Lei de responsabilidade para ex-agentes políticos. No mais, pelo extenso e exauriente voto do Ministro Joaquim Barbosa, ao qual adiro integralmente, não se sustenta a conclusão adotada naquela reclamatória, que veio para afastar possíveis excessos na aplicação das penalidades da Lei de Improbidade.

Não há que se confundir crime de responsabilidade com ação civil por ato de improbidade administrativa. São institutos distintos, com regramento próprio.

Nosso sistema, tal como alguns alienígenas, adota para os detentores de alto poder decisório (agentes políticos) a punição também com as penas relativas à responsabilidade, medida que se justifica pelos elevados e relevantes cargos ou funções assumidas por eles, portanto, com recrudescimento das consequências pelos desvios de conduta (accountability). Todavia, o que se propõe com a solução adotada na reclamatória em referência equivale a isentar os agentes políticos da persecução estatal pelos atos ímprobos em uma das esferas possíveis aos demais cidadãos, em afronta ao princípio da igualdade. A meu sentir não se pode sustentar tal pretensão na própria Carta Política, visto que nos arts. 15, V c/c 37, IV estabelece o *sobrevalor da probidade administrativa em nosso sistema constitucional*.

Portanto, esse *desvalor* da conduta, quando praticado por agentes políticos (ou ex), vai de encontro à distinção estabelecida pelo Texto Maior e não se compatibiliza com nosso sistema.

A propósito, manifestou o Ministro Carlos Brito, na Pet. 3.928-8:

Entendo que a Constituição distingue clarissimamente as categorias mentais com que estamos a trabalhar, as figuras de Direito. A Constituição separa nitidamente crime de responsabilidade de infração penal comum. No próprio art. 85 faz isso, parágrafo único....

Essa distinção, com todas as letras, entre infração penal comum e crime de responsabilidade, é retomada a propósito do rol taxativo de competência originária do Supremo Tribunal Federal. De outra parte, também a Constituição no §. 4º do art. 37, separa, por A mais B, por C mais D, pelas letras todas do alfabeto, os atos de improbidade administrativa das infrações penais. E o faz, conforme

antecipado pelos eminentes ministros que me precederam, e, em particular pelo Ministro Sepúlveda Pertence, assentando a natureza civil da ação de improbidade administrativa.

Como aqui se discute mais especificamente uma possível identidade entre improbidade administrativa e crime de responsabilidade, eu só queria, talvez, agregar ainda que modestamente essa distinção a partir de uma consideração: quando cuida de crime de responsabilidade ou de crimes de responsabilidade, no art. 85, a Constituição diz:

“Art. 85

(...)

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”

Adjetivou a lei, qualificou a lei.

Quando trata de improbidade administrativa, no art. 37, § 4º, a Constituição diz que esses crimes serão descritos ou previstos “na forma e graduação previstas em lei”, sem o adjetivo “lei especial”. Simplesmente “lei”. Para evidenciar, a meu sentir, ainda mais para “sentar praça” desse propósito constitucional de distinguir as duas figuras.

Também, na linha do voto do eminente Relator, e agora com a ênfase posta pelo Ministro Lewandowski, tenho que os agentes políticos se submetem, sim, à ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal. Não há porque estender a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento das ações desse tipo.

Ainda lembraria aos eminentes ministros que há uma particularidade constitucional no que tange à inclusão da improbidade na administração no rol dos crimes de responsabilidade. Ou seja, a Constituição, no art. 85, ao enunciar os crimes de responsabilidade, em tese, cometidos pelo Presidente da República, fez a inclusão de um parágrafo.

“Art. 85

(...)

V – a probidade na administração.

Mas, aí, parece-me que é uma norma excepcional, que afasta do Presidente da República o cometimento de improbidade administrativa. Se o Presidente da República incidir em improbidade administrativa, estará cometendo um crime de responsabilidade. Foi uma opção política que se fez no

bojo da Constituição, a alcançar exclusivamente o Presidente da República - eu até admitiria que os ministros de Estado etc, nos crimes conexos com os do Presidente da República. Então, não se confunde probidade na administração, aqui referida pela Constituição, com os conteúdos todos da Lei de Improbidade Administrativa. Somente o Presidente da República é que foi contemplado com esta possibilidade de ter os seus eventuais atos de improbidade na administração categorizados como crime de responsabilidade. É preciso interpretar a Constituição em todos os seus dispositivos.

Vou-me permitir fazer uma observação que jamais fiz nesta Corte - espero não me estender. Num primeiro momento, a Constituição só pode ser interpretada em tiras. Vou-me contrapor ao Ministro Eros Grau. Porque o cientista e, aqui, incluo o do Direito - não pode trabalhar senão isolando o dispositivo-objeto. Mais adiante é que ele faz a conexão desse dispositivo com o todo sistêmico por meio da chamada "interpretação sistemática ou contextual". Mas, metodologicamente, só se pode interpretar a Constituição em tiras; isolando o texto-objeto, o dispositivo-alvo, isolando-o. Mas não vamos aprofundar isso.

Agora, isso é um ponto de partida, não é um ponto de chegada. O ponto de arremate do processo interpretativo está na chamada "interpretação panorâmica" ou contextual ou sistemática.

Conclusivamente, subscrevo o voto do Ministro Joaquim Barbosa, inclusive quanto a cada um dos fundamentos lançados por Sua Excelência...

Quanto ao fato de serem os requeridos não mais detentores do mandato ou função, externou, na ocasião, o então Ministro Sepúlveda Pertence: *"...Ainda adotando a tese da maioria vencedora na Reclamação 2.138, o certo é que a extinção do mandato do Prefeito - como brevemente observei - também extinguiria o processo por crime de responsabilidade. Não há como fazer dessa competência para processar crimes de responsabilidade uma razão atrativa para julgar uma ação cível posteriormente proposta...."*

Portanto, além de a decisão proferida nos autos da Reclamação nº 2.138-6 não ser aplicada à situação jurídica dos ora agravados, pois teve como eventual interessado Ministro de Estado, que ostenta condição jurídica distinta daquela de ocupante dos cargos de ex-Governador de Estado, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e ex-Secretária Estadual, como é o caso dos autos, deve-se considerar, ainda, que com a

mudança da composição daquela Corte, há indicação de alteração do posicionamento.

Por fim, impende ressaltar, apenas para corroborar o entendimento acima adotado, que, em 12/12/2008, o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, na mesma compreensão, indeferiu a medida liminar postulada nos autos da Reclamação nº 7.339, em decisão que se encontra assim vazada:

4. Este o relatório, passo a decidir. Fazendo-o, inicio por averbar que a Rcl nº 2.138, julgada em sessão do Pleno de 13/06/2007, versou sobre atos praticados por agente político (Ministro de Estado) durante o exercício de cargo detentor de foro especial. Inexiste, destarte, completa similitude da orientação ali contida com a matéria ora tratada, porquanto não figura entre nossas competências o julgamento de atos de improbidade praticados por prefeito municipal (Pet. Nº 3401/GO – Min. Ellen Gracie). Ademais, na ADI nº 2.797, julgamos inconstitucional dispositivo do Código de Processo Penal que estendia a este Tribunal competência para processar ações de improbidade administrativa, quando os detentores de prerrogativa de função tivessem neste STF o seu foro criminal.

5. À primeira vista, para o caso destes autos é de se aplicar o decidido na Pet-QO 3923/SP (julgada também em 13/06/2007), verbis:

"Ementa: Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/1992. Natureza jurídica. Crime de responsabilidade. Prefeito posteriormente eleito Deputado Federal. Impossibilidade. Prerrogativa de foro. Inexistência. Processo em fase de execução. Incompetência do Supremo Tribunal Federal. Remessa dos autos ao juízo de origem. [...] Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era Prefeito Municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal [...]. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. [...]" (grifos meus).

6. Esclareço, por oportuno, que este último precedente reflete o pensamento da atual composição deste Supremo Tribunal Federal. É que na Rcl nº 2.138 não votaram, quanto ao mérito, a Ministra Cármen Lúcia, e os Ministros Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto, pois sucederam Ministros com votos já proferidos.

7. À derradeira, o julgamento deste STF no Inq. nº 2605, versante sobre processo penal, é de todo inaplicável às ações civis de improbidade.

8. Pelo exposto, nego a liminar, pois não vislumbro, ao menos por ora, o bom direito e não reconheço risco à eficácia da jurisdição pelo simples fato de ações estarem no início de seu curso normal.

9. Intime-se o reclamado para que preste as informações no prazo de dez dias. Após, ouça-se, com urgência, a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 12 de dezembro de 2008. (grifei)

Nesse sentido tem se orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Regional Federal, como se verifica dos seguintes julgados, cujas ementas abaixo se transcrevem:

Reclamação. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Julgamento da Rcl nº 2.138. Efeito vinculante. Súmula vinculante sobre a matéria. Inexistência. Precedentes. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente da Corte. (Rcl 5393 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, DJe-074 Divulg 24-04-2008 Public 25-04-2008 Ement VOL-02316-03 PP-00538)

Constitucional. Agravo Regimental em Reclamação. Alegado desrespeito à Rcl 2.318, ainda não definitivamente julgada. Inexistência de decisão do STF, cuja autoridade se pretende garantir. Ademais, em razão da sua índole subjetiva, a decisão a ser tomada na Rcl 2.138 somente gozará de eficácia vinculante quanto às partes nela envolvidas. Agravo regimental desprovido. (Rcl 4400 AgR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, DJe-112 Divulg 27-09-2007 Public 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00028 Ement VOL-02291-03 PP-00435)

Processual Civil. Administrativo. Ação de Improbidade. Decisão que recebeu a petição ini-

cial. Agentes Políticos. Submissão às penas da lei 8.429/92.

1. O momento processual do recebimento da inicial não é o próprio para que se esgotem as questões de mérito da ação. O juiz deve examinar os fatos e fundamentar sua decisão a partir de exames sumários e preliminares e da probabilidade de existência de ato(s) de improbidade.

2. O STF tem reiteradamente rejeitado reclamações ajuizadas por agentes políticos com objetivo de trancarem ações civis por ato de improbidade administrativa em razão da decisão proferida na reclamação n. 2138 que deferiu tal prerrogativa.

3. Agravo improvido.

(TRF - 1ª Região, AG 2008.01.00.026420-3/BA, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 06/10/2008, publicado no e-DJF1 de 04/11/2008, p. 597).

Constitucional. Administrativo. Processo Civil. Ação por Improbidade Administrativa. Agentes políticos. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/92. Ação Civil Pública via adequada. Inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/98. Inexistência.

I. As questões relativas à competência para o processamento e julgamento das ações de improbidades contra agentes políticos, bem como da aplicação da Lei 8.429/92, após os julgamentos pelo STF da ADI 2.797/DF e Rcl 2.138, ficaram solucionadas da seguinte forma por esta E. Turma: a) ex-agentes políticos, em ação de improbidade, continuam a responder perante a primeira instância; b) as disposições da Lei 8.429/92 aplicam-se aos agentes políticos, visto que "O Supremo Tribunal Federal negou, mediante decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, seguimento às reclamações 5.738, 5.385, 5.391 e 5.353, sob o fundamento de que a decisão proferida na Reclamação 2.138 não possui efeito vinculante e nem eficácia erga omnes." (AG 2007.01.00.013117-5/MA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª T, DJ 2 de 31/8/2007, p. 13.)

II- É possível a cumulação em Ação Civil Pública de pretensão de ressarcimento do erário com a de pena nos termos da Lei de Improbidade. (Precedentes da 3ª Turma deste Tribunal), sendo legítimo o Ministério Público para a sua propositura.

III. Não há inconstitucionalidade formal na Lei n. 8.429/92 (STF, ADI-MC 2.182-6/DF, DJ 19.03.2004, Relator Ministro Maurício Corrêa).

IV. Recurso improvido.

(TRF - 1ª Região, AG 2007.01.00.011001-7/MA, Relator Juiz Federal Convocado Lino Osvaldo Serra Sousa, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 13/10/2008, publicado no e-DJF1 de 31/10/2008, p. 77).

Diante disso, *dou provimento* ao presente agravo de instrumento para, reformada a r. decisão agravada, determinar o regular prosseguimento do processo principal no MM. Juízo Federal *a quo* em relação aos agravados.

É o voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2007.36.00.004612-9/MT

Relator:	Desembargador Federal Fagundes de Deus
Apelante:	Pedro Antonio Soares Junior
Advogados:	Dra. Aucileide Oliveira e Silva e outro
Apelante:	Ministério Público Federal
Procurador:	Dr. Gustavo de Carvalho Fonseca
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Apelados:	Os mesmos
Divulgação:	e-DJF1 de 12/03/2009
Publicação:	13/03/2009

Ementa

Administrativo. Ação Civil Pública aforada pelo MPF, pleiteando a anulação de cláusulas de edital de concurso público que versam sobre a reserva de vagas para deficientes e sobre a ordem de sua nomeação.

I. Nas hipóteses em que o percentual de vagas de concursos públicos reservado a candidatos portadores de deficiência, calculado no caso concreto, resultar em fração que corresponda a número inferior a uma vaga, deve tal número ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o percentual máximo de 20% fixado no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 para a reserva de vagas.

II. Em tais situações, a melhor exegese da norma inscrita no art. 37, VIII, da CF/88 consiste em reservar a última vaga ao candidato portador de deficiência sempre que o número de vagas existentes estiver compreendido entre 5 e 19, pois, assim, se estará obedecendo aos percentuais mínimo (5% – Decreto 3.298/99, art. 37, §§ 1º e 2º) e máximo (20% – Lei 8.112/90, art. 5º, § 2º) de reserva de vagas, estatuídos na lei.

III. Devem ser reservadas vagas para candidatos portadores de deficiência ainda que o edital do concurso indique que os candidatos concorrerão às vagas que forem surgindo ao longo do prazo de validade do certame (formação de cadastro de reserva). O mesmo raciocínio se aplica ao caso de existirem até 4 vagas para preenchimento imediato.

IV. Se o candidato que concorreu como portador de deficiência obtém média final que o classifica, na lista geral de concorrentes, em colocação superior à vaga reservada que lhe seria destinada, deve tomar posse na situação mais vantajosa para si, seja dizer, na colocação da lista geral, tendo-se como preenchida a vaga de deficiente que a ele seria destinada.

V. Apelação do Ministério Público Federal provida, em parte, apenas para determinar à União que observe a regra de reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência também nos casos em que o concurso realizado indique a existência de até 4 (quatro) vagas para o cargo.

VII. Apelação do terceiro interessado provida, para reconhecer ao candidato classificado na lista geral em 2º lugar o direito de tomar posse na 2ª vaga que surgir para o cargo a que concorreu.

VIII. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, providas, em parte.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do TRF – 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal; dar provimento à apelação do terceiro interessado e dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta.

5ª Turma do TRF 1ª Região - 17/12/2008.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: – O Ministério Público Federal no Estado do Mato Grosso ajuizou ação civil pública pleiteando a anulação de cláusulas do Edital do V Concurso Público para ingresso nas carreiras de técnico e analista do Ministério Público da União (cópia a fls. 54-81) referentes à reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência física (item 1 do capítulo II do Edital) e à ordem de sua nomeação (item 2.1 do capítulo V do Edital). Pede, ainda, a condenação da União a:

a) “(...) nomear pelo menos 1 (uma) pessoa com deficiência física para os casos de formação de cadastro de reserva, visto que é impossível reservar menos que 1 (uma) vaga, sendo que tal nomeação ocorrerá apenas depois de eventual surgimento de 2 (duas) vagas, a primeira para o primeiro colocado da lista geral e a 2ª para o primeiro colocado da listagem específica para pessoas com deficiência física, (...)” (fls. 21) e

b) “(...) realizar as nomeações dos candidatos habilitados no referido certame de modo que a reserva para as pessoas com deficiência seja efetiva e real em todos os cargos e em todas as localidades relacionadas no anexo III do edital, nos seguintes termos:

d.1) quando houver apenas 2 (duas) vagas disponíveis imediatamente, ou apenas 1 (uma) vaga disponível imediatamente ou apenas vagas para o cadastro de reserva, a 1ª nomeação será para o candidato integrante da lista geral e a 2ª nomeação será para candidato integrante da lista para pessoas com deficiência, reservando-se para tais pessoas, daí em diante, a 22ª, 42ª, 62ª vagas, e assim sucessivamente;

d.2) quando houver mais de 2 (duas) vagas disponíveis imediatamente, desde que tal montante não supere a 19 (dezenove), a última destas vagas será destinada a pessoa com deficiência física, reservando-se, daí em diante, a 20ª, a 40ª, a 60ª vagas

a contar da vaga concretamente reservada, e assim sucessivamente;

d.3) quando houver 20 (vinte) ou mais vagas disponíveis imediatamente, a 20ª vaga será destinada a pessoa com deficiência física, reservando-se, daí em diante, a 40ª, a 60ª, a 80ª vagas, e assim sucessivamente;” (fls. 21 e 22).

A sentença (fls. 221-224) rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa argüida pela União e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para, “reconhecendo a nulidade da regra constante no item ‘2.1’ do capítulo V do Edital n. 18, de 23/10/2006, do concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva para as carreiras de analista e técnico do Ministério Público da União, determinar à União que, quando da nomeação dos deficientes atenda ao seguinte critério:

a) quando o número de vagas existentes estiver compreendido entre 2 e 19, a última delas deverá ser reservada a deficiente;

b) nos casos de formação de cadastro de reserva, a segunda vaga que surgir deve ser destinada ao candidato deficiente aprovado e, daí por diante, a 22ª, a 42ª, a 62ª vagas e assim sucessivamente;

c) nos casos em que houver 20 (vinte) ou mais vagas disponíveis imediatamente, a 20ª vaga será destinada a pessoa com deficiência física, reservando-se, daí em diante, a 40ª, a 60ª, a 80ª vagas e assim sucessivamente” (fls. 223-224).

Não houve remessa.

Interpostos embargos de declaração pelo *Parquet*, foram acolhidos, para esclarecer que, embora a sentença não tenha feito referência expressa ao pedido de declaração de nulidade do item I do capítulo II do edital, o deferimento de reserva de vagas para deficientes nos casos de formação de cadastro de reserva implica, necessariamente, o reconhecimento da nulidade

de tal cláusula. Na mesma decisão, suprindo omissão, o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso julgou improcedente “o pedido para que a União seja condenada a desconsiderar as pessoas com deficiência física que lograrem nomeação em razão exclusiva de sua classificação na lista geral de aprovados, bem como o de cominar multa por atraso no cumprimento das providências determinadas judicialmente” (fls. 235).

Ainda inconformado, o Ministério Público Federal no Mato Grosso apela (fls. 239-254, vol. 2), pedindo que “também sejam impostas à União as obrigações de: a) adequar as nomeações dos aprovados no concurso em tela também nos casos em que houver apenas 1 vaga disponível imediatamente; e b) para efeito de reserva de vagas, desconsiderar as pessoas com deficiência que lograrem nomeação em razão exclusiva de sua classificação na lista geral de aprovados” (fls. 244).

Por sua vez, o Sr. Pedro Antônio Soares Junior, candidato que se classificou em 2º lugar no certame para o cargo de analista administrativo, em relação ao qual somente havia previsão de formação de cadastro de reserva, apela (fls. 255-271, vol. 2), na qualidade de terceiro prejudicado, sustentando que a sentença contraria o entendimento do STF a respeito do assunto e pleiteando a reforma da sentença, para que lhe seja assegurado o direito de tomar posse na 2ª vaga que surgir para o cargo a que concorreu.

Temeroso de que seu primeiro recurso não fosse conhecido, por ter sido interposto antes da intimação das partes na sentença, o Sr. Pedro Antônio Soares Junior protocolizou, em 18/01/2008, novo apelo (fls. 274-296, vol. 2), praticamente repetindo os mesmos termos do seu primeiro recurso, e pedindo a desconsideração do recurso de apelação protocolado em 12/11/2007.

Também a União apela (fls. 340-348), alegando que, a par de contrariar o mais recente precedente do STF sobre a questão (MS 26.310/DF), a pretensão do MPF fere as determinações legais que limitam o máximo de vagas reservadas para deficientes em 20% do total das vagas existentes, afrontando, ainda, os princípios da igualdade e da razoabilidade. Pede, assim, a reforma da decisão, para que seja julgado improcedente o pedido veiculado na ação civil pública.

Foram apresentadas contra-razões pelo Sr. Pedro Antônio Soares Júnior (fls. 302-316), pelo MPF (fls. 318-329 e 350358) e pela União (fls. 333-339).

Manifestando-se sobre o objeto da lide, na qualidade de *custos legis*, o órgão do *Parquet* que atua neste Tribunal opinou pela reforma da sentença, acolhendo-se os recursos que pugnam pela improcedência do pedido deduzido na inicial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: – Examinando parte da questão posta nos autos, no AG n. 2007.01.00.017888-4/MT, concluí que:

(...) a melhor exegese da norma constitucional que garante a reserva de vagas consiste no quanto se segue:

a) quando o número de vagas existentes estiver compreendido entre 2 e 19, a última delas deverá ser reservada a deficiente;

b) nos casos de formação de cadastro reserva, a segunda vaga que surgir deve ser destinada ao candidato deficiente aprovado e, daí por diante, a 22ª, a 42ª, a 62ª e assim sucessivamente;

c) por fim, no tocante ao pedido do agravante correspondente à letra “d”, aplicando-se a compreensão expressa nos citados precedentes da Suprema Corte, cabe considerar que a melhor solução para os casos em que houver 20 (vinte) ou mais vagas disponíveis deve estar consubstanciada no atendimento ao quanto definido nas alíneas “a” e “b” acima, quanto ao número fracionário, pois, havendo, por exemplo, 22 (vinte e duas) vagas, entre as 20 (vinte) primeiras não há dúvida de que uma delas será do portador de deficiência. Contudo, destinar as outras duas aos candidatos não-deficientes e esperar que surjam outras 18 para que a 40ª vaga seja ocupada por deficiente contradiz o raciocínio de que o número fracionário de vagas deve ser arredondado para um inteiro, adequando-se, dessa forma, o critério em comento à exata dicção da Corte Judiciária guardiã do direito constitucional.

Ocorre que, em 20/09/2007, após ter sido por mim prolatada a decisão acima transcrita, o plenário do

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Fagundes de Deus, João Batista Moreira e Selene Maria de Almeida.

Supremo Tribunal Federal, julgando o MS 26.310-5/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, assentou, por maioria, o entendimento segundo o qual a reserva de uma vaga para deficiente, *quando o edital ofereceu apenas duas*, implicaria a majoração do percentual máximo previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 (20%).

Em face de tal pronunciamento, revi o raciocínio por mim desenvolvido anteriormente e verifiquei que, efetivamente, garantir a reserva da segunda vaga ao candidato portador de deficiência implicaria infringir o percentual máximo de 20% estabelecido no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

Diante de tais ponderações, e tendo em vista o entendimento assentado no referido precedente do Supremo Tribunal Federal no tocante à questão em foco, considero que a melhor exegese da norma inscrita no art. 37, VIII, da CF/88 consiste em:

a) considerar nulo o item 1 do capítulo II do edital na parte em que deixa de reservar vagas para candidatos portadores de deficiência quando somente houver previsão de formação de cadastro reserva, assim como o item 2.1 do capítulo V¹ do Edital;

b) reservar a última vaga ao candidato portador de deficiência sempre que o número de vagas existentes estiver compreendido entre 5 e 19, pois, nessa hipótese, se estará obedecendo aos percentuais mínimo e máximo que disciplinam a reserva de vagas, segundo estatuído na lei. Em complemento ao raciocínio ora desenvolvido, tem-se que, como é lógico, em sendo oferecidas 20 vagas, a 20ª será sempre destinada ao deficiente;

c) no caso de formação de cadastro reserva, deixar explicitado no edital que a 5ª vaga que surgir deverá ser destinada ao deficiente e, subseqüentemente, a 25ª, a 45ª, a 65ª e assim por diante. A mesma diretriz deverá ser seguida pela Administração caso o edital indique a existência de até 4 vagas, vale dizer, surgindo uma 5ª

¹ Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 5º da Lei 8.112/90 e no § 1º do art. 37 do Decreto 3.298/1999, ser-lhes-á reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas existentes, que surgirem ou forem criadas no prazo de validade do concurso.

2.1 Aos portadores de deficiência física serão destinadas, para as vagas que surgirem ou forem criadas no prazo de validade a que se refere o Anexo III deste edital, a 10ª, 30ª, 50ª vagas e assim sucessivamente, observada a ordem de classificação, salvo se já restar observado o percentual estabelecido no item 2.

vaga durante o prazo de duração do concurso, deverá ela ser preenchida por candidato portador de deficiência;

d) quando houver mais de 20 vagas disponíveis, mas esse número não corresponder a um múltiplo de 20², o arredondamento de vaga para prover a(s) próxima(s) vaga(s) destinada(s) a candidato(s) portador(es) de deficiência física deverá observar a regra descrita acima na letra “b” deste voto.

Passo agora a examinar o pedido do Ministério Público de que a pessoa com deficiência nomeada em virtude exclusiva da listagem geral seja, para fins de concorrência no certame, considerada como uma pessoa que não se inscreveu como deficiente e, tal como as pessoas que não se inscrevem como deficientes, quando nomeada, não tome uma das vagas reservadas para os deficientes.

O que parece inusitado na questão é a hipótese de que a classificação dos candidatos portadores de deficiência seja tão boa que dispense a reserva de vagas. Isso porque a teleologia da norma que lhes garante reserva de vaga é a proteção do indivíduo em condição de *hipossuficiência*.

No entanto, realmente, a premissa não é absoluta, pois bem pode ocorrer de um ou mais candidatos que se inscreveram como portadores de deficiência alcançar média suficiente para classificar-se dentro das vagas existentes para o cargo.

Nesses casos, entendo que o melhor interesse da Administração será observado na medida em que os candidatos que obtiverem a melhor classificação forem chamados a preencher as vagas. Contudo, se, por exemplo, o caso concreto previa a reserva de 2 vagas para portadores de deficiência e os 10 primeiros colocados são deficientes, não há necessidade de reserva de vaga, pois a premissa da hipossuficiência está claramente afastada.

Tenho, portanto, que não merece ser acolhido o pedido do *Parquet*, no ponto, pois equivaleria a manter uma regra de proteção a hipossuficiente, quando tal proteção se mostra desnecessária.

² Seja dizer o resultado da multiplicação do número 20 por um número inteiro.

Por outro lado, se, existindo a reserva de 2 vagas (a 20ª e a 40ª), apenas um deficiente se classifica entre as vagas existentes, deve-se ter uma das vagas reservadas já preenchida, com a nomeação do deficiente que logrou classificar-se dentro das vagas, chamando-se o 2º colocado da lista de portadores de deficiência a preencher a outra vaga reservada. Importante ressaltar que isso ocorrerá, é claro, se o deficiente bem classificado tiver obtido um resultado que o qualifique a preencher uma das primeiras 20 vagas, pois, se a 1ª vaga reservada é a 20ª e o deficiente se qualificou em 32º lugar, por exemplo, é óbvio que será mais vantajoso para ele tomar posse na 20ª vaga, fazendo uso da prerrogativa que a lei lhe assegura.

Ante o exposto:

a) *dou parcial provimento* à apelação do Ministério Público Federal, apenas para determinar à União que observe a regra de reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência também nos casos em que o concurso realizado indique a existência de menos de 5 (cinco) vagas para o cargo, na forma como explicitado neste voto;

b) *dou provimento* à apelação do Sr. Pedro Antônio Soares Júnior, reconhecendo-lhe o direito de tomar posse na 2ª vaga que surgir para o cargo a que concorreu (analista – área administrativa), para o qual no edital do certame previa a formação de cadastro de reserva; e

c) *dou parcial provimento* à apelação da União, assim como à remessa oficial tida por interposta, nos termos do enunciado 423 da Súmula do STF³, para, reformando, em parte, a sentença, determinar que a alteração das regras do Edital n. 18, de 23/01/2006, do concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva para as carreiras de analista e técnico do Ministério Público da União, nos itens que se referem à reserva de vagas e ordem de nomeação de candidatos portadores de deficiência, para que tal Edital passe a atender aos seguintes critérios:

c.1) no caso de formação de cadastro reserva, deixar explicitado no edital que a 5ª vaga que surgir deverá ser destinada ao deficiente e, subseqüentemente, a 25ª, a 45ª, a 65ª e assim por diante. A mesma diretriz deverá ser seguida pela Administração caso o edital indique a

existência de até 4 vagas, vale dizer, surgindo uma 5ª vaga durante o prazo de duração do concurso, deverá ela ser preenchida por candidato portador de deficiência;

c.2) reservar a última vaga ao candidato portador de deficiência sempre que o número de vagas existentes estiver compreendido entre 5 e 19, pois, nessa hipótese, se estará obedecendo aos percentuais mínimo e máximo que disciplinam a reserva de vagas, segundo estatuído na lei. Em complemento ao raciocínio ora desenvolvido, tem-se que, como é lógico, em sendo oferecidas 20 vagas, a 20ª será sempre destinada ao deficiente; e

c.3) quando houver mais de 20 vagas disponíveis, mas esse número não corresponder a um múltiplo de 20⁴, o arredondamento de vaga para prover a(s) próxima(s) vaga(s) destinada(s) a candidato(s) portador(es) de deficiência física deverá observar o mesmo critério indicado, anteriormente, para o caso em que o número de vagas estiver compreendido entre 5 e 19.

É o meu voto.

³Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso "ex-officio", que se considera interposto "ex-lege".

⁴Seja dizer o resultado da multiplicação do número 20 por um número inteiro.

Sexta Turma

Apelação Cível

2000.33.00.002516-5/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Luiz Avelino de Oliveira Garcia
Advogado: Dr. Moyses Maia Fontes Filho e outros
Apelante: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero
Advogado: Dra. Luzyara de Karla Felix e outros
Apelado: Os mesmos
Apelado: Construtora OAS Ltda.
Advogado: Fabrício de Castro Oliveira e outros
Rec. Adesivo: Construtora OAS Ltda.
Divulgação: e-DJF1 de 20/03/2009
Publicação: 23/03/2009

Ementa

Civil. Responsabilidade Civil. Obra Pública. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Responsabilidade solidária com a empresa contratada para a execução da obra. Acidente ocorrido em razão da deficiente prestação do serviço (falta de sinalização adequada). Dever de indenizar pelos danos materiais, morais e lucros cessantes. Honorários advocatícios. Majoração.

I. Respondem solidariamente pela indenização resultante de acidente que teve por causa a deficiente prestação do serviço (falta de sinalização adequada), o ente público e a empresa privada executora de obra pública.

II. Demonstrados o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta do agente público, fica configurado o dever de indenizar, que inclui, na espécie, além dos danos patrimoniais comprovados, os lucros cessantes e pensão decorrente da incapacidade parcial do autor para o desempenho de suas atividades.

III. Honorários advocatícios elevados para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IV. Sentença parcialmente reformada.

V. Apelação do autor provida, em parte.

VI. Apelação da Infraero desprovida, e prejudicado o recurso adesivo da Construtora OAS Ltda.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do autor, negar provimento à apelação da Infraero e julgar prejudicado o recurso adesivo da Construtora OAS Ltda.

6ª Turma do TRF 1ª Região - 26/01/2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: – Trata-se de ação de indenização promovida, pelo rito sumário, por Luiz Avelino de Oliveira Garcia contra a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), OAS – Empreendimentos LTDA. e Conder – Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Salvador, pleiteando o pagamento de indenização por danos materiais e lucros cessantes, em decorrência de acidente que sofreu.

Narrou o autor, quanto aos fatos, que, no dia 23 de abril de 1999, por volta das 23h50min trafegava pela Rodovia Santos Dumont, no trecho denominado “Paralela”, no sentido São Cristóvão-Aeroporto, quando, ao entrar na via que conduz ao Aeroporto Luiz Eduardo Magalhães, em Salvador (BA), projetou-se com o veículo que conduzia em “um enorme buraco” aberto na pista, que se encontrava em obras e sem qualquer sinalização, resultando, do acidente, graves ferimentos, assim descritos na inicial (fl. 04):

- a) fratura na mão esquerda, que comprometeu o movimento dos dedos polegar e indicador;
- b) fratura exposta no joelho esquerdo, que gerou o rompimento dos ligamentos dos nervos e soltou a rótula do joelho que precisou ser tracionada;
- c) 05 (cinco) fraturas na perna direita, sendo uma no fêmur direito, duas na tíbia e duas no pé direito;
- d) escoriações.

Esclareceu o autor, ainda, que o veículo sinistrado pertencia a terceira pessoa, cliente seu, já que é mecânico e terminara um serviço no aludido veículo, ocasião em que combinou que “levaria seu cliente até sua casa e em seguida, seguiria para o aeroporto com o veículo do cliente, a fim de apanhar um amigo que chegaria num voo no Aeroporto Luiz Eduardo Magalhães”, aduzindo que o veículo não estava seguro e teve perda total (fl. 04).

Acrescentou que, em razão do acidente, permaneceu hospitalizado por 30 (trinta) dias, encontrando-se ainda, na época da propositura da ação, sem condições de voltar ao trabalho, deixando sua oficina “na mão de terceiros, quase fechando, porque qualquer ne-

gócio no qual o dono não possa se fazer presente, tende a gerar prejuízo e seu remédio é o fechamento” (fl. 05).

Daí que pleiteou o pagamento do veículo VW Gol, ano 1996, no valor de R\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos reais), das despesas que teve em consequência do acidente, que estão discriminadas no Anexo I (fl. 15), além de lucros cessantes.

Instruído o pedido com documentos (fls. 09-36), foi deferido o benefício da assistência judiciária e marcada audiência de conciliação, instrução e julgamento (fl. 17).

Na audiência (fls. 53-54), foi excluída EMPI – Empreendimentos Ltda., nova denominação de OAS – Empreendimentos Ltda. e determinada a citação da Construtora OAS Ltda., por ser esta a responsável pela obra causadora do sinistro.

Em nova audiência (fls. 65-66), o autor requereu a desistência da ação em relação a CONDER – Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia, pedido que foi homologado, com a concordância da parte ré, sendo apresentadas defesas pelas demais rés, e, ainda, designada nova audiência para prosseguimento da instrução.

Em prosseguimento da instrução, foi produzida a prova testemunhal (fls. 210-215). Nessa mesma audiência, foi deliberado, quanto à prova pericial requerida, que se oficiasse ao Hospital Sarah Kubitschek, solicitando nome de três médicos especialistas em ortopedia para realização da perícia. Atendida a solicitação, foi nomeado o perito (fl. 230), nomeação que foi revogada, substituída pela nomeação de outro médico (fl. 236), em face da informação de que o primeiro nomeado se encontrava viajando sem previsão de retorno.

Agravo retido, às fls. 240-243, interposto pela Construtora OAS Ltda. contra o indeferimento de requerimentos que formulara.

Decisão proferida (fl. 244) converteu o julgamento em diligência, a fim de que fossem complementadas informações necessárias ao esclarecimento da controvérsia, contra o que se insurgiu a Construtora OAS Ltda. por meio de novo agravo retido (fls. 250-256).

Novamente o julgamento foi convertido em diligência, “a fim de que sejam adotadas as providências necessárias à realização da perícia médica já determinada por esta julgadora” (fl. 288), desta vez sem a oposição da Construtora OAS. Veio ela aos autos, todavia,

por meio de petição, às fls. 305-307, requerendo esclarecimentos do autor acerca de sua vinculação ao plano de saúde PLANSEV.

Por petição, às fls. 311-318, o autor responde aos questionamentos feitos pela ré e requer a conversão do procedimento em ordinário, anexando ao pedido os documentos de fls. 319-338.

Despacho, à fl. 339, determinou a intimação da OAS para que diligenciasse a prova de suas alegações, “e não queira transferir o ônus para a parte autora, mormente depois que pedido similar já foi denegado”. A OAS interpôs novo agravo retido (fls. 357-361).

Decisão, à fl. 379, verificando que os reiterados incidentes processuais “vêm impedindo o encerramento da instrução processual”, determinou que fosse ouvido o plano de saúde Planserv, a fim de que informasse ao juízo “quais foram as despesas efetivamente custeadas em favor do autor, na condição de dependente de sua ex-esposa, por ocasião de sua internação no Hospital Espanhol”, durante o período compreendido entre 24 de abril e 22 de maio de 1999. Determinou, ainda, a mesma decisão o cumprimento do despacho de fl. 288, quanto à prova pericial, assim como a conversão do rito processual para o ordinário, em face da necessidade da realização de prova pericial.

À fl. 419, veio aos autos o Ofício Planserv – 159, informando as despesas efetuadas com o autor, durante sua internação no Hospital Espanhol, no total de R\$ 19.330,32 (dezenove mil, trezentos e trinta reais e trinta e dois centavos), as quais estão discriminadas nos documentos de fls. 420-433.

Finalmente realizada a perícia, o Laudo Técnico encontra-se às fls. 440-452, sobre o qual se manifestaram as partes, tendo a Construtora OAS Ltda. requerido a sua nulidade, ao fundamento de que não foi intimada para acompanhar a sua realização.

Despacho, à fl. 621, reconheceu o vício da falta de intimação mas considerou que o fato não constituía “razão bastante para a decretação de nulidade do laudo”, visto que não houve efetivo prejuízo, além do que poderia ser determinada a realização de laudo complementar, o que foi feito.

Mais uma vez a Construtora OAS interpôs agravo retido (fls. 623-627). Decisão constante da fl. 632 reconsiderou aquela de fl. 621, “a fim de evitar uma

possível anulação dos atos praticados no processo”, e determinou a realização de nova avaliação no autor, com a intimação dos demandados.

Decisão proferida, às fls. 723-724, indeferiu requerimentos formulados pela Construtora OAS Ltda., o que ensejou a oposição de embargos de declaração (fls. 727-731), rejeitados, às fls. 733-734. A OAS manifestou novo agravo, retido nos autos, em caso de indeferimento do pedido de reconsideração (fls. 736-743).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 753).

A perita designada apresentou o Laudo de Reavaliação do Autor (fls. 760-762).

As rés impugnam o laudo e o MM. Juiz determinou a sua re-elaboração, “considerando a profissão informada na peça inicial, qual seja, *mecânico*” (fl. 775).

Nova promoção da Perita, às fls. 778-779, sobre a qual se manifestaram as partes.

Depois desse longo *iter* processual, sobreveio a sentença (fls. 802-812), a qual afastou as preliminares suscitadas, de inépcia da inicial, de ilegitimidade passiva da Infraero, e de exclusão da OAS Empreendimentos Ltda., e julgou procedente o pedido, condenando a primeira ré (Infraero) ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e lucros cessantes, a serem apurados em liquidação, e acrescidos de correção monetária e juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da data do evento danoso, nos termos das Súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça. Condenou a primeira ré, ainda, a pagar honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, e o autor a pagar verba honorária à segunda ré, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Foram opostos embargos de declaração pela Infraero (fls. 822-824) e pelo autor (fls. 825-827), ambos rejeitados, às fls. 829-830.

Há recursos de apelação interpostos pelo autor (fls. 834-856) e pela Infraero (fls. 857-871).

Em suas razões recursais, o autor se insurge contra a exclusão de responsabilidade da Construtora OAS Ltda., a quem foi condenado a pagar honorários advocatícios, contra o que também se insurge, e pela não-inclusão da “indenização por danos morais e estéticos, compreendidos no pedido formulado na inicial”,

e, ainda, quanto à fixação da verba honorária em 5% (cinco por cento), ao entendimento de que não se aplica à hipótese o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, visto que a Infraero, como empresa pública federal, não está compreendida no conceito de Fazenda Pública (fl. 838).

Para demonstrar a responsabilidade da Construtora OAS pelo acidente, lembra que o mesmo “ocorreu em obra realizada pela empreiteira recorrida na área do Aeroporto de Salvador, administrado pela INFRAERO” (fl. 840), e resultou da falta de sinalização adequada, a qual seria de responsabilidade da construtora. Invoca a responsabilidade solidária, prevista no parágrafo único do art. 1.518 do Código Civil de 1916, vigente na época do fato.

Quanto à indenização por danos morais e estéticos, afirma que se encontra compreendida no pedido inicial, em que invocou os arts. 1.538 e 1.539 do Código Civil, salientando que, se formulou pedido genérico, foi “*porque, quando da propositura da ação, não lhe era possível determinar a extensão dos danos sofridos, tanto os de natureza patrimonial, como os de natureza moral e estético*” (fl. 846).

A Infraero, por sua vez, em preliminar, suscita a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ao fundamento de que não foram apreciados embargos de declaração mediante os quais apontara contradição e omissão da sentença. No mérito, insurge-se contra a exclusão da segunda ré (Construtora OAS), a qual, segundo cláusula contratual expressa, assumiu a responsabilidade “*por qualquer dano que, direta ou indiretamente, ocasionar a bens da Contratante ou sob a sua responsabilidade, ou ainda de terceiros, na área de execução dos serviços*” (fl. 862).

Sustenta, por conseguinte, que incorreu em erro o julgador monocrático, ao impor condenação com base na responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por um dano que não foi causado por preposto seu. Afirma, de outra parte, que a sentença é nula por ser *ultra petita*.

As partes ofereceram contrarrazões. O autor, às fls. 884-895, a Infraero, às fls. 896-909.

A Construtora OAS Ltda. interpôs recurso adesivo (fls. 911-916) e ofereceu contrarrazões, às fls. 918-935.

Recebido o recurso adesivo (fl. 936), somente o autor apresentou contrarrazões (fls. 938-944).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: – Examino, inicialmente, os diversos agravos retidos interpostos pela Construtora OAS Ltda., considerando que, nas contrarrazões de apelação, requereu expressamente a sua apreciação pelo Tribunal (fl. 926).

O primeiro (fls. 240-243) impugna o despacho proferido (fl. 236), mediante o qual a MM. Juíza indeferiu pedidos formulados pela demandada, aqui agravante, no sentido de que fossem expedidos ofícios ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e ao plano de saúde (Planserv), para aferir se o autor era beneficiário do aludido plano, tendo a douta juíza considerado impertinentes tais pedidos, ao argumento de que “a questão a ser investigada não é a vinculação do autor ao plano de saúde e, sim, se houve ou não o custeio das despesas hospitalares pelo autor, à época do acidente”, tendo deferido, por conseguinte, o pedido de expedição de ofício ao Hospital Espanhol, solicitando informações “se as despesas médico-hospitalares referentes ao período do acidente foram efetuadas pelo autor ou pelo plano de saúde PLANSERV”.

Verifica-se, assim, que nenhum prejuízo a decisão agravada causou ou causará à agravante, visto que a informação essencial ao deslinde da questão foi pedida, estando a resposta, à fl. 257.

Efetivamente, tendo o autor pleiteado o pagamento, a título de danos materiais, das despesas hospitalares efetuadas em decorrência do acidente, importa saber o *quantum* dessas despesas, assim como quem as custeou. A resposta ao ofício da secretaria do juízo informa o *quantum*, não informando quem efetuou o pagamento. Essa falha, no entanto, poderá ser sanada na liquidação da sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

O segundo agravo (fls. 250-256) insurge-se contra a decisão constante da fl. 244, que converteu o jul-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins.

gamento do feito em diligência, determinando que o autor juntasse aos autos “a documentação necessária e suficiente à comprovação e quantificação do prejuízo causado em relação ao veículo sinistrado no acidente”, assim como para que novo ofício fosse endereçado ao Hospital Espanhol, a fim de que informe “qual o montante das despesas efetuadas que foram custeadas pelo Planserv, bem assim a natureza discriminada destas”, e, ainda, “se os honorários dos médicos que procederam e auxiliaram na intervenção cirúrgica a que foi submetido o autor, também estão incluídos no rol das aludidas despesas hospitalares”.

Tal decisão, como se vê, longe de ferir qualquer direito da agravante, buscou ordenar o feito, com uma instrução completa que pudesse propiciar ao julgador a sua decisão.

Afirma a agravante que o magistrado, “em verdadeira marcha-ré processual”, cometeu equívoco, pois, segundo a agravante, “jamais poderia o MM magistrado determinar a produção de prova documental após o saneamento do processo”.

Entendo que não assiste razão à agravante.

Com efeito, o juiz tem o poder de, até mesmo de ofício, determinar a produção das provas que considerar necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130), não se limitando essa faculdade até o saneamento do processo, como pretende a agravante.

Nelson Nery Junior, ao comentar o art. 130 do Código de Processo Civil, aborda, especificamente a questão da conversão do julgamento em diligência, nestes termos:

Entendendo o juiz que os laudos apresentados pelo perito e assistentes técnicos estão a merecer complementação, pode converter o julgamento em diligência, ordenando nova perícia no sentido de buscar-se o aperfeiçoamento da prova. (Código de Processo Civil Comentado, 9ª edição, p. 339).

Nego provimento, pois, a esse agravo retido.

O terceiro agravo (fls. 357-361) impugna decisão que trata da mesma questão do custeio das despesas médico-hospitalares, que se encontra suficientemente esclarecida pela petição que consta das fls. 311-318 e documentos que a instruem.

Nego provimento, igualmente, a esse agravo retido.

O quarto agravo retido (fls. 623-627) insurge-se contra o despacho constante da fl. 621, pelo qual a MM. Juíza de primeira instância, embora reconhecendo que a Construtora OAS, aqui agravante, não fora intimada da designação de nova Perita, considerou “que este fato não é razão bastante para a decretação de nulidade do laudo, já que, para tanto, deve haver um efetivo prejuízo para a parte, o que não se observa neste caso”.

Ocorre que a ilustre juíza, visando a “evitar uma possível anulação dos atos praticados no processo”, reconsiderou aquela decisão, determinando que a perita procedesse à “nova avaliação no autor em data previamente agendada e comunicada a esse Juízo (*sic*), para que da realização do novo exame sejam devidamente cientificados os demandados” (fl. 632).

Daí que esse agravo perdeu o objeto, razão pela qual o julgo prejudicado.

Finalmente, o quinto e último agravo retido (fls. 736-743) impugna decisão (fls. 723-724) que indeferiu pedido de expedição de ofício ao Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária (Ipraj), ainda a respeito da situação do autor em relação ao plano de saúde Planserv, pedido indeferido pelo juiz, ao entendimento de que se tratava de fato extintivo do direito do autor, cabendo à ré o ônus da prova.

Observo, além disso, que a questão é a mesma que já foi objeto de decisões e agravos anteriores, pelo que, também aqui, nego provimento ao agravo retido.

Passo, então, ao exame do mérito dos recursos.

Examino a apelação do autor, na qual são impugnados quatro pontos:

- 1) exclusão da Construtora OAS da responsabilização;
- 2) não-inclusão, na condenação, de indenização pelos danos morais e estéticos;
- 3) o percentual dos honorários advocatícios a que foi condenada a Infraero;
- 4) a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios à OAS.

A ação foi ajuizada contra a Infraero, OAS – Empreendimentos Ltda. (depois excluída e substituída pela Construtora OAS Ltda.) e Conder – Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Salvador (também excluída posteriormente).

A sentença, embora tenha rejeitado preliminar de exclusão da Construtora OAS Ltda., condenou apenas a Infraero, ao entendimento de que a sua responsabilidade, na hipótese, é objetiva, pelo que, não havendo cláusula contratual “estabelecendo a responsabilidade solidária da empresa executora da obra, cabe exclusivamente à Administração reparar o dano, podendo, posteriormente, acionar a empresa contratada para apurar o direito de regresso” (fl. 809).

Considerou o ilustre magistrado sentenciante, ainda, que cláusulas contratuais que atribuem exclusivamente à contratada a responsabilidade por quaisquer danos “não afastam a responsabilidade da Infraero pelos danos causados ao autor, tendo em vista que não geram efeitos contra terceiros, em relação a quem suas disposições são nulas de pleno direito” (fl. 808).

O contrato celebrado entre a Infraero e a OAS encontra-se às fls. 89-110 e estabeleceu como obrigações da contratada, entre outras, as seguintes (fl. 94):

5.1.16 – Responsabilizar-se durante a execução dos serviços contratados por qualquer dano que, direta ou indiretamente, ocasionar a bens da Contratante ou sob sua responsabilidade, ou ainda de terceiros, na área de execução dos serviços;

5.1.16.1 – Constatado dano a bens da Contratante ou sob a sua responsabilidade ou, ainda, a bens de terceiros, a Contratada, de pronto, os reparará ou, se assim não proceder, a Contratante lançará mão dos créditos daquela para ressarcir os prejuízos de quem de direito.

Tais cláusulas, todavia, ao que entendo, e assim também entendeu o ilustre magistrado sentenciante, não são determinantes da responsabilização da construtora, no caso, em relação ao autor, cuja pretensão de ver-se indenizado pelos danos sofridos, pode ser satisfeita pela primeira ré (Infraero), a qual, se for o caso, agirá regressivamente contra aquela.

A esse respeito, merece transcrição o trecho da sentença que o apreciou, *verbis* (fls. 807-809):

A Constituição Federal consagrou a responsabilidade civil do Estado quando dispôs, no § 6º de seu art. 37, que “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

Em que pesem as divergências doutrinárias acerca da matéria, a responsabilidade civil do Estado pode ocorrer por ato comissivo dos agentes públicos, configurando-se a responsabilidade objetiva, ou por ato omissivo, do qual decorre a responsabilidade subjetiva.

Na responsabilidade objetiva prevalece a teoria do risco administrativo, segundo a qual o Poder Público é obrigado a reparar o dano por ele causado em decorrência de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes. Por outro lado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, estando este legalmente obrigado a obstar o evento lesivo e, portanto, impedir o dano; ou seja, pelo funcionamento deficiente, insuficiente ou tardio do serviço público.

É necessário, portanto, a comprovação do prejuízo e o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva e a lesão sucedida, para que ocorra o direito à consequente indenização assegurando-se, em qualquer caso, o direito de regresso à Administração contra o responsável pelo dano, em casos de dolo ou culpa.

Observe-se, assim, que não merece acolhimento a alegação trazida pela *Infraero* em sua contestação, de que o contrato assinado entre as partes elide a referida empresa pública de qualquer eventual responsabilidade indenizatória por danos causados a terceiros na execução da obra, a teor da previsão contida nas cláusulas nºs 5.1.16 e 5.1.16.1 (fls. 94), que atribuem exclusivamente à contratada todas as responsabilidades nesse sentido.

Considerando-se a supremacia do preceito constitucional, cuja interpretação é no sentido de que, se a obra é pública, responde o Estado, objetivamente, por todos os danos dela decorrentes, as referidas cláusulas, por constituírem oposição ao citado § 6º do artigo 37, são ineficazes, pois burlam norma de direito público. Assim, não afastam a responsabilidade da *Infraero* pelos danos causados ao autor, tendo em vista que não geram efeitos contra terceiros, em relação a quem suas disposições são nulas de pleno direito.

Acerca da matéria, veja-se a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, *verbis*:

“O dano causado por obra pública gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para os serviços públicos, porque, embora a obra seja um ‘fato administrativo’, deriva sempre de um ‘ato administrativo’ de quem ordena

sua execução. Mesmo que a obra pública seja confiada a empreiteiros particulares, a responsabilidade pelos danos oriundos do só ‘fato da obra’ é sempre do Poder Público que determinou sua realização. O construtor particular só responde por atos lesivos resultantes de sua imperícia, imprudência ou negligência na condução dos trabalhos que lhe são confiados. Quanto às lesões a terceiros ocasionados pela obra em si mesma, ou seja, por sua natureza, localização, extensão ou duração prejudicial ao particular, a Administração Pública que a planejou responde objetivamente, sem indagação de culpa de sua parte.” (“Direito Administrativo Brasileiro”, São Paulo, Malheiros, 1995, 20ª edição, pg. 562/563).

Como inexistente previsão contratual no caso *sub judice* estabelecendo a responsabilidade solidária da empresa executora da obra, cabe exclusivamente à Administração reparar o dano, podendo, posteriormente, acionar a empresa contratada para apurar o direito de regresso.

Tenho que a sentença está correta, no ponto em que afasta a pretensão da Infraero de transferir a responsabilidade, integralmente, à empresa contratada para a execução da obra, mas divirjo do entendimento de seu ilustre prolator quando sustenta que, diante da falta de previsão contratual estabelecendo a responsabilidade solidária, “cabe exclusivamente à Administração reparar o dano”.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de que a responsabilidade, em tais hipóteses, é solidária.

Carlos Pinto Coelho Motta (*Curso Prático de Direito Administrativo*, 2ª edição, p. 315), anota que “a responsabilidade do Estado, além de primária, pode ser solidária ou subsidiária”, acrescentando que tal responsabilidade “é *primária* quando atribuída diretamente ao ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias ou as fundações públicas, ou ainda as pessoas jurídicas, a que está subordinado o servidor ou responsável pelo dano”, podendo, no entanto, “haver *solidariedade* pela responsabilidade objetiva quando mais de uma pessoa jurídica, no exercício do serviço público, ocasionar dano a terceiro”.

Acrescenta, exemplificando:

Como exemplo, pode-se citar o caso das obras públicas, em que temos normalmente a figura

do Estado (ou outro ente) e uma empreiteira contratada (pessoa privada prestando serviço público), valendo distinguir: a) se o dano ocorre pelo simples fato da obra, por razão natural e imprevisível, a responsabilidade é objetiva e somente do Estado; b) se o dano ocorre por culpa exclusiva ou concorrente do empreiteiro, apesar de normalmente existir estipulação contratual eximindo o Estado, a responsabilidade é objetiva e solidária de ambos para com a vítima” (op. cit., p. 316).

O exemplo figurado serve como luva para o caso sob exame. E o autor colaciona julgados que corporificam a situação exemplificada, *verbis*:

Responsabilidade Civil. Obra Pública. Desmoroamento de parte de residência. Responsabilidade solidária entre autarquia contratante e a empreiteira executora da obra. Danos morais. Configuração. Reforma parcial da sentença. (TJMG – AC n. 156.008-5/0 – Rel. Des. Aluizio Quintão – publ. 09.05.2000).

Pelos danos causados a particulares por empresa contratada pelo SABESP para a realização de obras públicas, respondem conjunta e solidariamente a empreiteira e a entidade pública, sendo irrelevante que o contrato firmado estabeleça a responsabilidade exclusiva da empresa contratada”. (TJSP – Rel. Des. Camargo Sampaio – RT 591/120).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

Responsabilidade Civil. Obra Pública. Empresa contratada pelo Município. Queda em buraco na via pública. Responsabilidade solidária. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Valor dos danos morais. Proporcionalidade e razoabilidade.

Conquanto o dano tenha sido causado por empresa particular contratada, a responsabilidade solidária do município lastreia-se na sua omissão e no seu dever de, em se tratando de via pública, fiscalizar as obras realizadas e zelar pela segurança dos munícipes e pela prevenção de acidentes.

É objetiva e solidária a responsabilidade pelos acidentes decorrentes de obra pública executada por empresa particular contratada pela Administração Municipal.

O Juiz não está obrigado a realizar a audiência de instrução e julgamento se desnecessária, nos termos dos arts. 330, I, do Código de Processo Civil.

A fixação do valor de condenação em danos morais em salários mínimos comporta apenas a sua desvinculação, *ex-vi* do art. 7º, IV, da CF, e não na nulidade da sentença.

Recursos improvidos.

Esse acórdão foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial n. 784.928-RJ, de que foi Relatora a eminente Ministra Eliana Calmon, ficando a ementa lavrada nos seguintes termos:

Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Análise de cláusula contratual. Súmula 5/STJ. Indeferimento de petição inicial com base no art. 295, II, do CPC. Súmula 282/STF Indenização por ato ilícito. Exclusão do município do pólo passivo da demanda. Descabimento.

1. Impossibilidade de esta Corte analisar cláusula contratual para dirimir controvérsia em torno do direito da parte. Súmula 5/STJ.

2. Aplica-se a Súmula 282/STF em relação a tese sobre a qual o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor.

3. Responsabilidade subjetiva e solidária do município em relação a danos causados a terceiros por obra mal acabada realizada por empresa contratada pelo Estado. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

4. Recurso especial não provido.

Destaco, do voto da Relatora, os seguintes tópicos, que se afeiçoam ao caso em exame:

(...)

É inegável que defeito em obras realizadas pelo poder público em locais de acesso à população podem causar danos a terceiros, os quais ensejam a responsabilidade do ente público, que só pode ser afastada nos casos de culpa exclusiva da vítima, de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Tal responsabilidade, quando se trata de atos comissivos do Estado, é objetiva, em inexistindo quaisquer das causas de exclusão, e subjetiva, quando se tratar de atos omissivos, pois, neste caso, o Estado assume a posição comum segundo a qual só pode haver condenação no caso de restar provada culpa.

Depois de trazer à colação escólio doutrinário de Yussef Said Cahali, consoante o qual o Estado responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas

concessionárias de serviços públicos, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, conclui a eminente Relatora:

Ressalvando o fato de que o referido autor defende que o poder público responde objetivamente por danos causados pelas empresas concessionárias, considero que o mesmo entendimento pode ser aplicado, analogicamente, no caso dos autos.

E isso porque era dever do Estado contratar pessoa jurídica que fosse idônea para a realização completa da instalação dos postes, bem como fiscalizar o trabalho que foi feito, sendo incabível querer afastar sua culpa *in eligendo* e *in vigilando* ao argumento de que o contrato teria transferido à empresa toda e qualquer responsabilidade decorrente de danos a terceiros.

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, admite a responsabilidade solidária, em casos como o de que se trata, como se vê de trecho do voto do eminente Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE n. 85.079, transcrito no voto do eminente Ministro Humberto Martins, no caso citado, *in verbis*:

A culpa do empreiteiro, em face do prejudicado, só interessa no plano civil, uma vez que a vítima do dano só poderá acionar, também, o empreiteiro se houver agido com culpa (...). Não, porém, no plano do Direito Público, em que a responsabilidade do Estado continua a resultar do art. 107 da Constituição Federal, [atual art. 37, CF/1988]. O prejudicado pode acionar um ou outro, ou ambos conjuntamente, à semelhança do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 84.328 (Pleno, sessão de 13 de abril de 1977), quando encampou a tese da responsabilidade solidária do dono da obra (mesmo sem culpa deste) e do construtor.

Em outro caso, que, embora cuidando de dano ambiental, assemelha-se ao presente, decidiu o STJ que a Petrobrás tem responsabilidade solidária e objetiva com a empreiteira que, na execução de obra contratada com aquela, causa dano ao meio ambiente, tendo o Relator afirmado, em seu voto, que “a responsabilidade da recorrente vai além da mera culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, pois é de ordem objetiva”.

Deste Tribunal trago à colação julgado de relatoria da então Juíza Federal Convocada, Selene Maria de Almeida, de cuja ementa destaco:

Constitucional. Responsabilidade Civil do

Estado. Ação de Indenização. Amputação de braço por erro médico. Responsabilidade civil solidária do Inamps (União). Art. 37, § 6º da Constituição. Responsabilidade Civil (culpa presumida) do hospital por ato culposo do empregado ou Prefeito. Cumulação do dano material. Honorário.

(...)

3. Sobre a conduta dos agentes delegados o Estado tem responsabilidade solidária pelos atos funcionais lesivos aos usuários ou terceiros.

4. A responsabilidade do delegante é conjunta e solidária com a do delegado.

(...)

(AC n. 1997.01.00.005416-5/MG – Relatora Juíza Selene Maria de Almeida (convocada) – DJ de 18.06.1999, p. 298)

Entendo, assim, que assiste razão ao autor, ora apelante, quando postula a condenação da Construtora OAS Ltda., solidariamente com a Infraero.

O segundo ponto do inconformismo do autor diz respeito à não-condenação pelos danos morais e estéticos, os quais, segundo afirma, foram pleiteados de forma genérica, mediante a referência aos dispositivos do Código Civil aplicáveis (arts. 1.538, § 1º e 1.539), porque, ao tempo do ajuizamento da ação não lhe era possível determinar a extensão dos danos sofridos.

Aduz, nas razões recursais, que a prova pericial realizada constatou que “o autor sofreu encurtamento de membro inferior, o que lhe acarretou um aleijão, uma deformidade permanente” (fl. 847), e que, “sem a menor sombra de dúvida”, atingiu valores não-patrimoniais que devem ser indenizados.

Sem acolher a tese do apelante de que o dano moral “se demonstra *in re ipsa*, i.e., decorre do próprio fato narrado na proemial e corroborado pelas provas produzidas”, pois entendo que essa espécie de dano comporta demonstração de sua ocorrência em cada caso concreto, observo que, na hipótese, a prova pericial produzida demonstra, efetivamente, a ocorrência de lesões e deformidades capazes de justificar a indenização pleiteada a título de dano moral e estético.

Com efeito, o Laudo Pericial (fls. 440-447) descreve as lesões e fraturas resultantes do acidente, nestes termos (fl. 443):

- Fratura em fêmur direito

- Fratura exposta grau III do planalto tibial D (bicondilea)

- Fratura de calcâneo direito (tálus direito)

- Lesão ligamentar complexa exposta do joelho esquerdo

- Fratura de base do 1º metacarpiano esquerdo

- Fratura com desvio dos ossos próprios do nariz

- Contusão em face, principalmente em articulação tempero-mandibular a esquerda

- Escoriações generalizadas.

Submetido a várias intervenções cirúrgicas, o autor ficou parcialmente incapacitado para o exercício de suas atividades, consoante a conclusão do Laudo Pericial, *in verbis*:

O Autor, Sr. Luiz Avelino de Oliveira Garcia, é portador de seqüelas osteoarticulares e neurológicas, descritas anteriormente, decorrentes de acidente automobilístico sofrido em 23/04/99, que não o incapacitam para o trabalho que exercia antes desta data; entretanto algumas atividades laborativas ficam limitadas ou sofrem restrições, quais sejam:

- Não pode exercer atividade laborativa que implique em: posição ortostática por longos períodos de tempo, posição de agachamento ou ajoelhado e/ou elevação e transporte manual de peso.

- Considerando-se as atividades desenvolvidas pelo Autor, este sofre restrição ao trabalho no interior de escuna (manobra freqüente e atracamento) e a atividade de mecânico, quando essa implicarem trabalho por longo período em pé, posição de agachamento ou ajoelhado e/ou elevação e transporte manual de peso.

Em arremate, disse a Perita subscriptora do Laudo:

Tomando como base a relação entre as sequelas e a efetiva repercussão na capacidade de trabalho do Autor, considerando a sua atividade/função habitual de Administrador, Mecânico e Marinheiro, concluímos que no momento existe incapacidade parcial e definitiva para o *desempenho de suas atividades laborativas*; ou seja “*impossibilidade do desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente...*”).

Cumpra mencionar que a segunda avaliação a que foi submetido o autor, em razão das impugnações de uma das demandadas (fls. 760-762), manteve as conclusões do laudo anterior, já referidas.

Ocorre que, como assinalado na sentença, o autor postulou, apenas, a reparação dos danos de ordem material, sendo certo que a condenação imposta contemplou, inclusive, o pedido feito de aplicação dos arts. 1.538 e 1.539 do Código Civil de 1916, disposições que se encontram no Código Civil de 2002 nos arts. 949 e 950, estando a sentença, no ponto, assim fundamentada (fls. 811-812):

A indenização patrimonial devida ao autor deverá ter, pois, por objetivo, a recomposição de todo o dispêndio monetário realizado em decorrência do acidente, bem como a compensação pelos prejuízos advindos em face da cessação dos lucros, não podendo, em qualquer caso, levar ao enriquecimento sem causa da vítima.

Além disso, a perícia médica (fls.440/452, 759/762 e 777/779) atestou que o autor sofreu seqüelas físicas e estéticas irreversíveis que impossibilitam o exercício de sua profissão de mecânico e implicam em limitações à sua capacidade laboral, bem como para qualquer outra atividade diária que exija destreza física e uma movimentação maior dos membros.

Em tais casos, o art. 950 do CC estabelece que a indenização deverá incluir também, além das despesas com o tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, uma pensão que corresponderá à importância do trabalho para o qual o ofendido ficou inabilitado, ou da limitação da capacidade laboral que ele sofreu, quando o dano sofrido resultar em defeito que impossibilite ao ofendido o exercício de seu ofício ou profissão ou em diminuição de sua capacidade produtiva.

Com base nesses parâmetros, infere-se que a indenização por danos patrimoniais postulada pelo acionante, a ser apurada em liquidação de sentença, eis que não há elementos nos autos suficientes à quantificação, deverá mensurar todos os gastos realizados em decorrência do acidente, o valor do tratamento dos problemas de saúde, os lucros cessantes pela diminuição ou impossibilidade da capacidade de trabalho, bem como o valor da pensão a ser paga em razão da impossibilidade do exercício do trabalho de mecânico, para o qual o autor ficou inabilitado.

Improcedente, desse modo, o pedido, no recurso, de indenização por dano moral.

Resta examinar, no apelo do autor, a questão relativa à condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

A sentença, como visto, condenou a primeira ré (Infraero) a pagar honorários de advogado ao autor, os quais foram arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, e condenou o autor a pagar R\$ 200,00 (duzentos reais) a título de verba advocatícia à segunda ré (Construtora OAS).

Em seu apelo, o autor se insurge contra essas condenações, pleiteando a majoração dos honorários a que foi condenada a primeira ré e a exclusão de sua condenação ao pagamento da mesma verba à segunda ré.

Entendo que assiste razão ao apelante.

Com efeito, em primeiro lugar, relativamente aos honorários a que foi condenado, tendo em vista a conclusão deste voto, impondo condenação, solidariamente, à Construtora OAS Ltda., haverá a inversão dos ônus da sucumbência, devendo ser aquela (ré) condenada a pagar honorários advocatícios ao autor.

Com relação à condenação da Infraero, tenho que merece ser acolhido o pleito do autor, apelante, para que o percentual de honorários seja elevado para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, considerando as disposições do art. 20, § 3º, alíneas a, b e c, do CPC.

Efetivamente, trata-se de causa bastante trabalhosa, com inúmeros incidentes processuais, a justificar, observados o grau de zelo, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado, e, principalmente, o tempo exigido para a sua execução, a fixação dos honorários advocatícios no mínimo legal, de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, o que ora determino.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação do autor, para reconhecer a responsabilidade solidária das duas rés, condenando-as ao pagamento de indenização, pelos danos materiais e lucros cessantes, na forma determinada na sentença. Condeno as rés, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A apelação adesiva da Construtora OAS Ltda. resta sem objeto, diante da sua condenação na forma acima exposta.

Quanto ao recurso de apelação da Infraero, observe, preliminarmente, a não-ocorrência da alegada nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, tendo em vista que os embargos de declaração opostos foram apreciados, não tendo sido acolhidos, por considerar o ilustre juiz sentenciante que não existiam, na sentença, os vícios de obscuridade, contradição ou omissão, apontados nos embargos, não se prestando o recurso para reformar a sentença embargada.

Também não se verifica, na hipótese, julgamento *ultra* ou *extra petita*, considerando que a condenação imposta o foi dentro dos limites do pedido, verificando-se, ao contrário, julgamento *citra petita*, no que deixou de condenar as rés pelos danos morais, o que é objeto do recurso do autor.

No mérito, as razões desse recurso já foram apreciadas no exame do recurso do autor, no que diz respeito à responsabilidade solidária da construtora, e quanto aos valores da indenização.

O ilustre juiz monocrático, ao decidir acerca do dano, assim fundamentou sua decisão, *verbis* (fls. 809-810):

Compulsando-se os autos, verifica-se que os fatos trazidos a lume cingem-se à responsabilidade objetiva da Administração Pública, em razão dos danos causados ao autor da demanda por ocasião do acidente que o vitimou, decorrente de um grande buraco escavado na execução de obra em via pública, sem a necessária observância de requisitos básicos para a segurança dos usuários, tais como ampla sinalização e iluminação.

In casu, o acidente envolvendo o veículo tipo “VW Gol”, de placa JNK-6404, no qual trafegava o autor, ocorreu quando este caiu em um buraco de grandes proporções que fora escavado na estrada de acesso ao aeroporto de Salvador durante a realização da obra de engenharia. A causa do acidente foi, portanto, a abertura do referido buraco no local, que acarretou danos físicos e materiais à sua vítima, ora autor (fls.10/34).

Sob outro aspecto, não se pode falar em culpa concorrente da vítima, conforme aventado pela ré em sua contestação, considerando-se que esta caiu no buraco por razão alheia à sua vontade ou ação, não representando, pois, negligência, imprudência ou imperícia do condutor a manobra direcional que o levou a precipitar-se no buraco. Observe-se, ademais, que não houve comprovação ou registros de excesso de velocidade pelo motorista acidentado,

sendo importante frisar que o local do acidente é subsequente a uma curva.

Da mesma forma, não merece aceitação a alegação das rés de que existia ampla sinalização no local da obra do aludido buraco, considerando-se que no Livro dos Supervisores do Aeroporto Internacional de Salvador, no qual ficam certificadas todas as ocorrências, no que se refere ao acidente em questão (fls.169/170), foi registrada a ausência de tela isolante, bem como de sinalização e iluminação adequada na via que antecede o buraco, falha que só posteriormente foi suprida, observando-se que a sinalização existente estava localizada no lado oposto ao acesso. Demais disso, a reportagem de fls. 141 e o depoimento colhido das testemunhas do autor, bem como das arroladas pelo próprio réu durante a instrução processual, confirmam a ausência de proteção adequada ao local do buraco quando da ocorrência do evento danoso, conforme se vê nos Termos de Audiência de fls.187/196 e 210/215.

Cabe registrar, por fim, o fato de que o contrato celebrado entre as rés para a execução da obra (fls. 88/110) prevê tanto o dever de fiscalização atribuído à contratante, nos termos do item “2”, quanto a responsabilidade da contratada em razão de danos causados à contratante ou a terceiros, conforme o item “5.1.16”.

Destarte, resta configurado o evento danoso e o nexo causal ensejadores da responsabilidade objetiva da Administração, que executou obra de grande risco em via pública sem, no entanto, zelar pela indispensável segurança e proteção do local ou deixou de fiscalizar a fiel execução das obras, proporcionando as satisfatórias condições de segurança aos usuários. Impõe-se à referida ré, portanto, o dever de indenizar a vítima, parte autora neste feito.

Diante do exposto, e em conclusão, dou parcial provimento à apelação do autor, nego provimento ao recurso da Infraero e declaro prejudicado o recurso adesivo da Construtora OAS Ltda., tudo na forma da fundamentação exposta.

É o meu voto.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: – Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, inclusive no entendimento da condenação de ambos, tão-somente na questão do ressarcimento dos valores efetivamente efetuados, ainda que seja pelo próprio plano de saúde e que devem ser ressarcidos. Acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência.

6ª Turma

Apelação no Mandado de Segurança

2007.36.00.017470-6/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Apelante: Barazetti e Barazetti Ltda
Advogados: Dr. Samir Hammoud e outros
Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama
Procurador: Dra. Adriana Cristina Gonçalves Ligabo Duarte
Divulgação: e-DJF1 de 05/12/2008
Publicação: 09/12/2008

Ementa

Constitucional, Administrativo e Ambiental. Apreensão de madeira. Poder de polícia administrativa do Ibama. Tutela Processual-Cautelar do meio ambiente (CF, art. 225, caput). Legalidade e Constitucionalidade. Princípio da precaução.

I - A pretensão formulada pela impetrante, no sentido de obter do Poder Judiciário a liberação de madeira apreendida pelo Ibama, no exercício do seu legítimo poder-dever de polícia, como órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, à míngua de regular comprovação de origem lícita, esbarra na tutela normativo-cautelar e constitucional do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, a que todos temos direito, como bem difuso, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se, cautelarmente, ao poder público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

II – Ademais, havendo dúvidas quanto à regularidade do produto, pairando sobre ele suspeitas de ilegalidade, a sua apreensão harmoniza-se com o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico, inclusive com *status* de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento- Rio/92, como determina o seu *Princípio 15*, nestas letras: “- *Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental.*”

III – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região - 29/08/2008.

Desembargador Federal Souza Prudente, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – Cuida-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo douto juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, denegando a tutela mandamental postulada nos autos do mandado de segurança impetrado pela *Barazetti e Barazetti Ltda* contra ato do Senhor Gerente Executivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, objetivando a declaração de nulidade do termo de embargo nº 331376 – Série C.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida, na sentença monocrática, nestes termos:

“Trata-se de Mandado de Segurança Individual, impetrado por Barazetti e Barazetti Ltda em face do Gerente Executivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, objetivando a concessão da segurança para declarar a “nulidade do termo de embargo 331376 - Série C” (fl. 28) .

Narra a inicial que a Impetrante, empresa legalmente constituída e licenciada pelo Ibama e Sema, exerce atividades inerentes ao ramo de indústria e comércio de madeiras brutas e beneficiadas, e que em 24/11/2007, agentes do Ibama estiveram na sede da empresa e entregaram auto de infração nº 546102, pela existência de madeira “sem licença válida para todo o tempo do armazenamento, outorgada pela autoridade competente”, e apresentaram o Termo de apreensão, depósito, embargo/interdição nº 331376 - Série C, apreendendo toras e embargando as atividades industriais e comerciais da empresa, além de terem apresentado o auto de infração nº 544832, por venda de madeira em tora de diversas essências, bem como madeira serrada sem licença válida.

Sustenta não serem verídicos tais fatos, tendo em vista que não possui em estoque a quantidade de madeira descrita no auto de infração nº 546102, bem como que não vendeu as mercadorias listadas no auto de infração nº 544832, e que o auto de Embargo/interdição nº 331376 é nulo, tendo em vista que não consta a fundamentação em nenhum dispositivo legal, além de não ter havido a garantia do processo legal, vez que não foi facultado à impetrante questionar os cálculos elaborados” (fls. 888/889).

Concluiu o juízo monocrático que, na espécie, a impetrante não conseguiu demonstrar a existência do

direito alegado nem que o mesmo tenha sido violado (fls. 888/890).

Em suas razões recursais, sustenta a empresa recorrente, em resumo, que o ato impugnado afigura-se manifestamente ilegal, eis que praticado em manifesto cerceamento de defesa, e, também, não restar caracterizada, na espécie, o alegado excesso de madeira estocada em suas dependências, em relação ao montante por ela declarado e licenciado pelos órgãos competentes, tendo em vista que, conforme demonstram os documentos carreados para os autos, especialmente o relatório emitido pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso, em decorrência de vistoria realizada no dia 13/12/2007, bem assim o laudo pericial elaborado por especialistas, atestando a conformidade dos quantitativos de madeira ali existentes com as respectivas licenças ambientais, destacando, ainda, que o volume de madeira descrito pelos agentes do Ibama seria até mesmo incompatível com as suas instalações físicas. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para reformar-se a sentença recorrida, com a consequente concessão da ordem buscada (fls. 905/918).

Com as contra-razões de fls. 924/933, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se o douto Ministério Público Federal pelo desprovido da apelação (fls. 947/951).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: – A sentença monocrática apreciou e decidiu a pendência, com estas letras:

“Em sede de mandado de segurança, a prova, pré-constituída, deve ser suficiente para demonstrar à presença dos requisitos ensejadores da segurança.

Também é de resultar demonstrada a existência de ato ilegal da autoridade apontada como coatora.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo.

No presente caso, porém, a impetrante não logrou demonstrar o direito nem tampouco a violação do mesmo.

Conforme consta dos autos, em fiscalização ocorrida nos dias 14 e 15 de novembro de 2007, os agentes da autoridade impetrada autuaram a impetrante por ter em depósito 9.766,79 m³ de madeiras em toras e 219,71 m³ de madeiras serradas de diversas essências sem licença válida, bem como por vender 781,37m³ de madeira em tora de diversas essências e 609,32m³ de madeira serrada, sem licença válida outorgada pela autoridade competente.

Tais condutas constituem infração ao art. 32, parágrafo único do Decreto Federal nº 3.179/99, bem como no art. 2º, VII, do mesmo texto legal, de maneira que não há que se falar em ilegalidade por parte da Administração, que agiu em seu poder de polícia.

Em suas informações, a autoridade impetrada argumenta que as atividades da impetrante foram embargadas em razão da existência, em seu pátio, de mais de 9.000m³ (nove mil metros cúbicos) de madeira, sem documentação comprobatória da origem lícita da mesma, o que corresponde a 118,47% a mais do que o volume constante do saldo da empresa, justificando-se, ainda, o embargo das atividades da empresa, com base no art. 10 do Decreto 3.179/99, em razão da reincidência da empresa em infrações administrativas contra a flora, eis que a mesma foi autuada 6 (seis) vezes nos últimos 4 (quatro) anos.

O Desembargador Federal Souza Prudente, Relator do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.000917-1/MT, em decisão encartada às fls. 855/859, ao deferir o pedido de antecipação da tutela recursal, e sobrestar a eficácia da decisão liminar proferida nestes autos, argumentou que:

“De outra banda, ainda que a decisão agravada tenha adotado a cautelar de manter a eficácia da apreensão e depósito da madeira em circunstância não tem o condão, por si só, de inibir novas práticas de atos dessa natureza, por parte da impetrante, a qual, segundo notícia a autarquia recorrente, tem cometido, reiteradamente, infrações ambientais, resultando daí, somente nos últimos 04 (quatro) anos, a lavratura de 06 autos de infração.”

Assim, estando as sanções administrativas impostas à impetrante, devidamente amparadas pelos dispositivos legais aqui mencionados, e estando plenamente justificado o embargo às atividades

da empresa, a denegação da segurança é medida que se impõe.

Posto isso, revogo a liminar deferida e denego a segurança vindicada, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC” (fls. 889/890).

Como visto, a irresignação da impetrante ampara-se no argumento de que, além de violação ao devido processo legal, eis que não lhe teria sido assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, a quantidade existente em suas dependências estaria em conformidade com as licenças de que dispunha, não se verificando, na espécie, o excesso noticiado no auto de interdição/embargo questionado nos autos.

Tal alegação, contudo, conforme assim consignado na sentença monocrática, encontra-se desprovida de competente comprovação, não restando demonstrado, na espécie, qualquer direito líquido e certo, sendo de se destacar que os documentos de fls. 945/949 e 428/512 não se prestam para demonstrar a regularidade da madeira em referência.

Com efeito, em que pesem os termos da conclusão do Relatório Técnico nº 201, elaborado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso, no sentido de que haveria conformidade entre a quantidade de madeira encontrada nas dependências da impetrante e o saldo de empreendimento de que era detentora, a vistoria de que resultou o aludido relatório realizou-se no dia 13/12/2007, bem posterior, portanto, à data da lavratura do auto de infração, ocorrida em 24/11/2007, quando já modificado o referido saldo, conforme bem demonstrou a autarquia recorrida, em suas contra-razões recursais, na dicção de que “a empresa acostou aos autos do Mandado de Segurança um extrato do Saldo de Empreendimento emitido em 28.11.2007, ou seja, após a emissão do Auto de Infração. A comparação entre o saldo de 14.11.2007 e o de 28.11.2007 mostra que, em 14 dias, a Apelante comprou vários créditos de produto florestal, como resíduo de madeira de peroba, bem como emitiu Guias Florestais de algumas essências, como os resíduos de Garapeiras. O Saldo emitido em 28.11.2007, acostado à peça de ingresso, é imprestável para comprovar a origem lícita das madeiras: na data da autuação é que a empresa deveria ter créditos o suficiente para comprovar a legalidade de sua mercadoria. Se adquiriu estes créditos depois, agiu tão-somente em razão da emissão do auto de infração, o que, de maneira alguma, elide a responsabilidade da empresa pelo ilícito cometido” (fls. 928).

Por estes mesmos fundamentos, também se me afigura inidônea a prova carreada para os autos pela impetrante, consistente no laudo pericial de fls. 428/512, que, além de se tratar de documento particular, produzido unilateralmente, não tem o condão de infirmar a atuação do órgão ambiental, no particular. Ademais, as conclusões a que chegou o referido laudo envolve matéria alusiva aos métodos utilizados pelos agentes do Ibama, para fins de quantificação da madeira em referência e sinaliza para uma suposta incompatibilidade do montante descrito no auto de infração com o espaço físico existente nas dependências da impetrante, circunstâncias essas que reclamariam dilação probatória, para a sua eventual comprovação, o que não se admite em sede de mandado de segurança.

Sobre o tema, confirmam-se os lúcidos fundamentos do parecer ministerial de fls. 947/951, *in verbis*:

“(…)

A apelação da empresa Barazetti e Barazetti Ltda não está a merecer provimento, pois nitida é a percepção de que os fatos narrados pelas partes são controversos.

A impetrante sustenta a ilegalidade praticada pela autoridade coatora, argumentando não ter cometido ilícito algum e injustificadamente ter sido enquadrada no art. 32 do decreto 3179/99, o que implicou em indevida aplicação de multa, apreensão da madeira e embargo de suas atividades.

Contudo, nas informações prestadas às folhas 121/141, a autoridade coatora assevera que a madeira encontrada no pátio da empresa corresponderia a mais de cinquenta por cento do volume que aquela poderia explorar, esclarecendo que o volume foi encontrado por meio de minuciosos cálculos efetuados pelos agentes atuantes. Afirma, ainda, que os documentos hábeis a demonstrar a licitude das madeiras seriam as Guias Florestais, que não foram apresentadas pela impetrante ao Ibama até aquele momento, restando portanto configurada a ilicitude da conduta da empresa.

Da robusta documentação acostada pelas partes exsurge a convicção de que a controvérsia gerada implicaria em dilação probatória, a fim de se obter a veracidade acerca da conduta praticada pelo impetrante.

Ocorre que, em sede de Mandado de Segurança, incabível é a dilação probatória com vistas a aferir a existência de fatos controvertidos. A propósito, os seguintes julgados da Corte Suprema:

“Tratando-se de situação de fato controvertido, seu exame escapa ao âmbito do Mandado de Segurança, que não comporta investigação e cotejo

de provas” (STF, MS 20.714 - DF, Rel. Min. Francisco Rezek).

“A segurança é, pois, de ser indeferida, mesmo porque, se contestados os dados apresentados pela autoridade coatora, ter-se-ão fatos controvertidos, a exigir dilação probatória, o que não é possível em sede de Mandado de Segurança.” (STF, MS 24.211 - DF, Rel. Min. Carlos Velloso).

Resta claro, pois, que o narrado na inicial não apresenta idoneidade suficiente a comprovar o direito líquido e certo da impetrante. Necessário seria o aprofundamento probatório a fim de demonstrar a suposta ilegalidade praticada na lavratura do auto de infração, apreensão e embargo pela autoridade coatora.

O ilustre doutrinador Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional” apresenta o conceito de direito líquido e certo:

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica. Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança.”

Nota-se, ademais, no caso em tela, a total ausência de prova pré-constituída, não tendo sido os fatos alegados comprovados de plano. O STF, nos julgados a seguir transcritos, assim posiciona-se a respeito, *verbis*:

“No Mandado de Segurança, a inicial deve vir acompanhada dos elementos probatórios reveladores do direito líquido e certo evocado. Descabe abrir fase de instrução.” (STF, MS 23.246-BA, Rel. Min. Marco Aurélio)

“Na verdade, direito líquido e certo diz respeito a fatos incontroversos. Tratando-se de fatos controvertidos, a exigir o fazimento de prova, não há se falar em direito líquido e certo. Noutras palavras, o Mandado de Segurança exige fatos”.

Destarte, não constitui o Mandado de Segurança a via adequada para se obter a solução da pre-

sente controvérsia, diante da ausência de liquidez e certeza do direito alegado, bem como da falta de prova pré-constituída.

Pelo exposto, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso de apelação”.

Há de ver-se, ainda, que, restando dúvidas quanto à regularidade do produto apreendido, e considerando, ainda, que a apreensão, ora, impugnada, tem como fundamento fatos graves, que não podem ser simplesmente desconsiderados, entendo não merecer reforma a sentença monocrática, uma vez que a pretensão deduzida pela, ora, recorrente, esbarra na tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha auto-aplicável de imposição ao poder público e à coletividade do dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, caput).

Dispõe o artigo 25, da Lei 9.605/98 (Capítulo III - Da apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime), que:

“Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 1º Os animais serão libertados em seu habitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

§ 2º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.

§ 3º Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

§ 4º Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

Assim, não se pode olvidar que, nos termos do art. 6º, inciso IV, da Lei nº 6.938, de 31/08/81, o Ibama é o órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, exercendo poder de polícia administrativa, com a finalidade de planejar, de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, com observância do princípio do planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais (art. 2º, III, da Lei nº 6.938/81), dentre outros.

Com vistas no conceito legal de poder de polícia, previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional, Paulo Affonso Leme Machado diz que o “*poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza*”.

O poder de polícia ambiental exercido pelo Ibama tem a finalidade de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente), como, assim, determinam as Leis nºs 4.771/65, art. 14, alíneas *a* e *b*, e 6.938/81, art. 2º, incisos III, IV, VII, IX e 4º, inciso I, buscando, sempre, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Ademais, a apreensão, em referência, harmoniza-se com o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico, inclusive com *status* de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento- Rio/92, como determina o seu Princípio 15, nestas letras: “- Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental.”

Em sendo assim, o poder-dever de polícia da autoridade recorrida afigura-se manifesto, na espécie, que autoriza a apreensão questionada nos autos.

Com estas considerações, nego provimento à apelação, para manter a sentença recorrida, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Apelação Cível

2004.38.00.049088-0/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
Relator: Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado)
Apelante: União Federal (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelada: Associação dos Amigos do Hospital Mário Penna
Advogados: Dra. Fabiana da Costa Paes e outros
Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara – MG
Divulgação: e-DJF1 de 12/03/2009
Publicação: 13/03/2009

Ementa

Tributário. Entidade Beneficente de Assistência Social. Importação de equipamento hospitalar destinado ao ativo fixo. Imunidade. II, IPI, Cofins-importação e PIS-importação. Arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º, CF.

I. De acordo com o E. STF, a classificação dos impostos, constante do CTN, não é parâmetro indicativo para auxiliar o intérprete da norma constitucional na tarefa de elucidar a amplitude da imunidade descrita no art. 150, VI, “c”, CF (RE – AgR 225.778/SP). E mais, a referida imunidade abrange o Imposto de Importação - II e o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, já que ambos os impostos, no presente caso, incidiriam sobre bens destinados ao ativo fixo (parte integrante do patrimônio) relacionados com a finalidade específica da entidade - art. 150, § 4º, CF (AI – AgR 378.454/SP e RE 243.807/SP).

II. No que tange à Cofins-importação e ao PIS-Importação, contribuições de custeio da seguridade social, autorizadas pelo art. 195, IV, CF, a elas se aplica a imunidade inscrita no § 7º do mesmo dispositivo, que não estabelece qualquer espécie de exceção.

III. É importante destacar que não se discute, nos presentes autos, a condição da Impetrante de entidade beneficente de assistência social, tampouco, há insurgência da Fazenda Nacional neste aspecto. De qualquer forma, é de se registrar que a Impetrante é detentora do certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

IV. Também merece registro o fato de que é a própria Impetrante quem figura como importadora nas operações, não havendo interposição de terceiros.

V. Apelação e Remessa Oficial desprovidas.

VI. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, negar provimento à Apelação e à Remessa Oficial.

7ª Turma do TRF 1ª Região - 28/10/2008.

Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: – Vistos, etc.

Associação dos Amigos do Hospital Mário Pena, qualificada nos autos, impetrou Mandado de Segurança contra ato atribuído ao Delegado da Receita Federal em Contagem-MG, com o objetivo de assegurar o despacho aduaneiro de mercadorias importadas (equipamento hospitalar), independentemente do recolhimento dos tributos incidentes sobre a importação (Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS-Importação e Cofins-Importação).

Para tanto, sustentou a Impetrante que, na condição de entidade beneficente de assistência social, encontra-se imune aos impostos e contribuições supracitados, em razão do disposto nos arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º, da CF.

Devidamente processado o feito, o MM Juízo *a quo* concedeu a Segurança.

Apela a Fazenda Nacional pleiteando a reforma da sentença. Contra-razões apresentadas.

A PRR não quis opinar.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: – Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade, conheço do recurso de Apelação.

Pretende a Impetrante ver reconhecida a imunidade no que tange aos tributos incidentes sobre a importação (Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS-Importação e Cofins-Importação). Para tanto, aduz ser beneficiária das imunidades previstas nos arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º, CF, *verbis*:

“art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho e Itelmar Raydan Evangelista.

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

(...)

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

A União Federal (Fazenda Nacional) sustenta que os tributos incidentes sobre a operação de importação, de acordo com o CTN, não podem ser considerados como incidentes sobre o patrimônio a renda e o serviço, razão pela qual a eles não se aplica a imunidade descrita no art. 150, VI, “c”, CF. No mais argumenta que a Autora não satisfaz os requisitos para que a operação seja considerada isenta.

Pois bem, inicialmente, destaca-se que não se discute, em momento algum, a condição da Impetrante de entidade beneficente de assistência social, tampouco, a Fazenda Nacional insurge-se contra esta condição. A controvérsia cinge-se à amplitude do comando inscrito no art. 150, VI, “c”, CF, ou seja, se a imunidade ali descrita abrange os tributos federais incidentes sobre a operação de importação.

É importante destacar, de qualquer forma, que a Impetrante é detentora do certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS (fl. 50).

Também merece registro o fato de que é a própria Impetrante quem figura como importadora nas operações, não havendo interposição de terceiros.

Sobre a matéria em exame, entende o E. STF que a classificação dos impostos, constante do CTN, não é parâmetro indicativo para auxiliar o intérprete da norma constitucional na tarefa de elucidar a amplitude da imunidade descrita no art. 150, VI, “c”, CF. E mais, entende que a referida imunidade abrange o Imposto de Importação - II e o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, já que ambos os impostos, no presente caso, incidiriam sobre bens destinados ao ativo fixo (parte integrante do patrimônio) relacionados com a finalidade específica da entidade (art. 150, § 4º, CF).

Nesse sentido, *verbis*:

“Constitucional. Tributário. ICMS. Imunidade tributária. Instituição de Assistência Social. CF, art. 150, VI, c.

I - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade.

II - Precedentes do STF.

III - Agravo não provido.” (RE-AgR nº 225.778/SP – Rel. Min. Carlos Velloso – 2ª Turma – Unânime – STF – publicado no DJ. 10.10.2003 - pág. 038.)

“Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Imunidade Tributária. Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Importação. Entidade de Assistência Social.

A imunidade prevista no artigo 150, VI, “c” da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI-AgR nº 378.454/SP – Rel. Min. Mauricio Corrêa – 2ª Turma – STF – publicado no DJ. 29.11.2002, pág. 031.)

“Imunidade Tributária. Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Importação. Entidade de Assistência Social. Importação de “bolsas para coleta de sangue”.

A imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importa-

ção e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.” (RE nº 243.807/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – 1ª Turma – STF – publicado no DJ. 28.4.2000 - pág. 098.)

No que tange à Cofins-importação e ao PIS-Importação, contribuições de custeio da seguridade social, autorizadas pelo art. 195, IV, CF, entendo que a elas se aplica a imunidade inscrita no § 7º do mesmo dispositivo, que não estabelece qualquer espécie de exceção.

Pelo exposto, *nego provimento* ao Apelo da Fazenda Nacional e à Remessa Oficial.

É o meu voto.

Apelação Cível

2005.34.00.010654-4/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Empresa de Revitalização do Porto de Manaus - SPE
Advogada: Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira e outros
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Apelado: Os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara – DF
Divulgação: e-DJF1 de 26/03/2009
Publicação: 27/03/2009

Ementa

Processual. Tributário. Inépcia da inicial. Prescrição. Fundaf. Ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos de uso público. Natureza jurídica de taxa. Atividade típica estatal, compulsoriedade, poder de polícia alfandegária. Decreto-Lei 1.455/1976. Revogação. Art. 25 do ADCT.

I. Desnecessária a apresentação de documentos originais de recolhimento do tributo, não só porque a Fazenda Nacional dispõe do controle desses pagamentos, mas também pelo fato de que a prova do recolhimento deverá ocorrer na fase de liquidação do julgado.

II. Constituem documentos hábeis a comprovação do pagamento da exação as cópias autenticadas dos recolhimentos efetuados.

III. A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento realizado em 02/10/2008, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, ou seja, afastado o pretense caráter meramente interpretativo da norma, nos termos do voto da lavra do Desembargador Federal Leomar Amorim (AI na AC 2006.35.02.001515-0/GO). Assentado, também, que a aplicabilidade da LC 118/2005 se refere apenas a fatos geradores posteriores à sua vigência.

IV. À luz do art. 145, II e § 2º, da CF/1988 e dos arts. 77 a 79 do CTN, entende-se por taxa a espécie tributária que tem por fato gerador a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

V. A fiscalização exercida nas áreas alfandegárias junto aos portos constitui atividade estatal típica, compulsória e decorrente do exercício do poder de polícia alfandegário, e sua remuneração não se caracteriza como preço público, mas como taxa.

VI. Tratando-se de taxa, e, por ser considerada tributo, está sujeita às limitações do poder de tributar previstas constitucionalmente, ou seja, sua hipótese de incidência deveria ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei (art. 150, I, da CF c/c o art. 97 do CTN), em face do princípio da legalidade.

VII. A obrigação tributária não foi devidamente delineada, quanto aos seus aspectos indispensáveis, pelos Decretos que instituíram o Fundaf (Decreto-Lei 1.437/1975) ou que delegaram a competência ao Secretário da Receita Federal (Decreto-Lei 1.455/1976 e Decreto 91.030/1985).

VIII. Os elementos constitutivos da taxa foram previstos por atos regulamentares da Receita Federal. Os instrumentos normativos, frutos da delegação de competência previstas no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

IX. Se o fundamento para a regulamentação foi revogado, inviável a cobrança da referida taxa também após os 180 dias da vigência da CF/1988, nos termos do art. 25 do ADCT, pois os instrumentos normativos que fixaram seus elementos constitutivos, em observância à delegação de competência prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem.

X. A cobrança realizada esteve embasada em preceito legal em branco, pois o Decreto-Lei 1.455/1976 não definiu suficientemente todos os elementos constitutivos da referida taxa, nos moldes do art. 97 e incisos do CTN.

XI. Apelação da autora a que se dá provimento.

XII. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região- 10/03/2009.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora

Relatório

A Exma. Srª. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: – Estas apelações foram interpostas pela União e pela *Empresa de Revitalização do Porto de Manaus* – SPE da sentença proferida pelo Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação proposta pelo rito ordinário, declarou a inexigibilidade da taxa de ressarcimento de despesas administrativas decorrentes da atividade extraordinária de fiscalização em entrepostos aduaneiros, instituída pelo Decreto-Lei 1.455/1976, nos termos vigentes até 180 depois do advento da promulgação da atual Constituição, assim como da ilicitude da sanção de cancelamento do alfandegamento por falta de pagamento da referida taxa. Condenou a União à repetição dos valores recolhidos indevidamente, ao ressarcimento das custas processuais adiantadas e verba honorária no importe de 5% sobre o valor da condenação.

O MM. Magistrado sentenciante rejeitou a preliminar de inépcia da inicial. No mérito, entendeu que a natureza do ressarcimento em questão é de tributo da espécie taxa, e, portanto, todos os seus elementos constitutivos devem estar previstos em lei.

Assentou que a regulamentação da taxa por ato do Secretário da Receita Federal que importe em alterar a legislação, como vigia até 180 dias depois da promulgação da CF/1988, relativamente a um dos elementos essenciais, viola o art. 150, I, da CF.

Quanto ao Decreto 1.912/1996, afirmou não ter trazido novidades no que se refere aos contribuintes, atuando suplementarmente ao Decreto 1.455/1976, que já definia com suficiência o fato gerador e os contribuintes da taxa, relegando ao regulamento legitimamente a definição do *quantum* respectivo. Rejeitou, pois, a inconstitucionalidade do art. 22 do Decreto 1.455/1976.

Afastou a tese de que apenas por serviços extraordinários de fiscalização, a exação poderia ser cobrada, pois tais serviços devem estar aparelhados para exercer suas atribuições, ordinariamente em qualquer dia e hora, a fim de desembaraçar, a tempo e modo, as mercadorias que chegam aos portos e deles saem, sendo que o custo desse aparelhamento deve ser suportado pelos permissionários, beneficiários, concessionários e usuários dos serviços portuários.

No que se refere à sanção de cancelamento do alfandegamento, entendeu pela sua inaplicabilidade, pois

em se tratando de taxa de polícia, o Fisco deve constituir o respectivo crédito e cobrá-lo pelas vias próprias.

Os embargos de declaração opostos pela empresa autora foram rejeitados.

A autora apela, sustentando que a sentença incorreu em duas contradições. A primeira entre a premissa de que as normas vigentes nos 180 dias seguintes à promulgação da Carta de 1988 tratavam, unicamente, do elemento pessoal da norma de tributação e a conclusão de que o tributo pode ser exigido com base nessas normas, sem os demais elementos — quantitativo, temporal e espacial.

A segunda, no fato de o magistrado ter declarado o direito de o Fisco constituir créditos com base nas normas vigentes dentro do prazo da norma transitória, e, ao mesmo tempo, reconheceu que essas regras eram insuficientes para sustentar a exigência do tributo.

Requer, assim, o provimento da presente apelação, para fins de procedência integral das pretensões deduzidas na inicial.

Nas razões recursais, a União suscita a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 3º da Lei Complementar 118/2005.

No mérito, afirma que a receita cobrada da autora tem natureza jurídica de preço público. Defende que não há violação ao art. 150, I, da CF, ou art. 97 do CTN, pois o pressuposto de validade da cobrança da contribuição ao Fundaf por fiscalização aduaneira consiste no Decreto-Lei 1.455/1976 (art. 22).

Ressalta que tal decreto-lei continua em vigor com as alterações trazidas pela Medida Provisória 2.158-35/2001. Conclui que não se pode cogitar em delegação de competência tributária ou ofensa ao princípio da legalidade tributária, pois a exigência em causa não é tributo.

Pleiteia, dessa forma, o provimento do apelo e a reforma da sentença, para julgar improcedentes os pedidos.

Contrarrazões apresentadas às fls. 394/403.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sr^a. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: – Da Inépcia da Inicial:

Correto o entendimento adotado pelo douto Magistrado *a quo* quanto à desnecessidade de apresentação de documentos originais de recolhimento do tributo, não só porque a Fazenda Nacional dispõe do controle desses pagamentos, mas pelo fato de que a prova do recolhimento deverá ocorrer na fase de liquidação do julgado.

Ainda que assim não fosse, as cópias autenticadas acostadas às fls. 297/320 constituem documentos hábeis a comprovação do pagamento da exação.

Da Prescrição – LC 118/2005:

A União, em suas razões recursais, suscita a ocorrência da prescrição, nos moldes da LC 118/2005, e superação da tese dos *cinco mais cinco*.

No entanto, a Corte Especial deste Tribunal, em julgamento realizado em 02/10/2008, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, ou seja, afastado o pretense caráter meramente interpretativo da norma, nos termos do voto da lavra do Desembargador Federal Leomar Amorim (AI na AC 2006.35.02.001515-0/GO). Assentado, também, que a aplicabilidade da LC 118/2005 se refere apenas a fatos geradores posteriores à sua vigência.

Além da inaplicabilidade do prazo prescricional previsto na LC 118/2005 ao caso em tela, conforme fls. 297/320, os recolhimentos ora impugnados foram realizados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação — 15/04/2005.

Da Natureza Jurídica:

A discussão posta nestes autos refere-se à contribuição para o Fundaf – Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, a título de ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos aduaneiros de uso público, instituída pelo Decreto-Lei 1.455/1976, art. 22, e regulamentada por atos do Poder Executivo — Decreto 1.912/1996 e Instruções Normativas/SRF 37 e 48/1996.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Souza e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos.

O Decreto-Lei 1.437/1975 criou o Fundaf, nos termos do art. 6º, *in verbis*:

Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – Fundaf, destinado a fornecer recursos para financiar o reequipamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.

As fontes de recursos do referido Fundo são as dotações específicas consignadas em lei de orçamento ou em créditos adicionais; receitas diversas, decorrentes de atividades próprias da SRF; outras receitas que lhe foram atribuídas por lei (art. 8º); assim como o produto do recolhimento dos encargos de que trata o art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969.

Diversamente das alegações trazidas pela Fazenda Nacional, o pagamento, a título de ressarcimento das despesas das atividades de fiscalização exercidas nas áreas alfandegárias junto aos portos destinados ao Fundaf (art. 22 do Decreto-Lei 1.455/1976), tem natureza jurídica de taxa.

Na busca em estabelecer a diferença entre taxa e preço público, o STF, na edição da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal, assentou que:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias, e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui.

Constitui taxa a espécie tributária que tem por fato gerador a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, à luz do art. 145, II e § 2º, da CF/1988 e dos arts. 77 a 79 do CTN.

Para análise do caso em tela, convém, ainda, refletir a respeito dos atributos que ensejam a exação tributária taxa. O Código Tributário Nacional, pautando-se no texto constitucional (art. 145, II), nos arts. 77 a 79, dispõe que:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Há necessidade de que o serviço público prestado ao contribuinte, como fato gerador da taxa, (i) seja específico, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; (ii) seja divisível, quando suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos

seus usuários, sendo essa a intenção do constituinte originário; (iii) tenha como fator a atuação estatal decorrente da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos.

Na hipótese dos autos, a fiscalização exercida nas áreas alfandegárias junto aos portos constitui atividade estatal típica, compulsória, e sua remuneração não se caracteriza como preço público, mas como taxa.

A 3ª Turma deste Tribunal, na AC 2000.01.00.059523-7/DF, sob a relatoria do Desembargador Federal Olindo Menezes, considerando a natureza jurídica da referida remuneração, ponderou que:

A cobrança ocorre em caráter coativo, em função das atividades extraordinárias de fiscalização, nos termos do Decreto-lei nº 1.455, de 07/04/1976, pois nos locais não existem unidades instaladas da Secretaria da Receita Federal, atividade típica do fisco que, não podendo ser objeto de delegação a particulares, não tem natureza contratual, como pretendido.

O preço público não tem caráter obrigatório e corresponde a serviços de natureza exclusivamente privada, industriais ou comerciais, prestados pelo Estado, tendo a parte a liberdade de usá-los ou não, o que não ocorre no caso, onde os recolhimentos eram obrigatórios por parte da apelada e remuneravam atividades exclusivamente públicas.

Definida a natureza jurídica, passo ao exame da legalidade da referida taxa.

Embora a instituição do Fundaf tenha se dado pelo Decreto-Lei 1.437/1975, não há menção à cobrança dos valores destinados ao Fundo.

Com a edição do Decreto-Lei 1.455/1976, no art. 22, ficou estabelecido que:

Art 22. O regulamento fixará a forma de ressarcimento pelos permissionários beneficiários, concessionários ou usuários, das despesas administrativas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização, nos casos de que tratam os artigos 9º a 21 deste Decreto-lei, que constituirá receita do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - Fundaf, criado pelo Decreto-lei número 1.437, de 17 de dezembro de 1975.

O Decreto 91.030/1985 atribuiu ao Secretário da Receita Federal a competência para fixar a forma de ressarcimento pelos permissionários beneficiários,

concessionários ou usuários, das despesas administrativas decorrentes das atividades de fiscalização.

Somente em 1993 e 1996, sob a vigência da Constituição de 1988, com as Instruções Normativas 14 e 48, foram fixados os valores e as diretrizes para cobrança do referido ressarcimento.

Tratando-se de taxa, e, por ser considerada tributo, está sujeita às limitações do poder de tributar previstas constitucionalmente, ou seja, sua hipótese de incidência deveria ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei (art. 150, I, da CF c/c o art. 97 do CTN), em face do princípio da legalidade.

In casu, a obrigação tributária não foi devidamente delineada, quanto aos seus aspectos indispensáveis, pelos Decretos que instituíram o Fundaf ou que delegaram a competência ao Secretário da Receita Federal.

Os elementos constitutivos da taxa foram previstos por atos regulamentares da Receita Federal. Referidos instrumentos normativos, frutos da delegação de competência prevista no Decreto-Lei 1.455/1978 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assim dispõe:

Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

Ora, uma vez definida a natureza jurídica de taxa do *ressarcimento pelos permissionários beneficiários, concessionários ou usuários, das despesas administrativas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização* (DL 1.455/1976, não há dúvidas de que se trata de competência assinalada pela Constituição Federal ao Congresso Nacional, nos termos do art. 145, II, da CF/1988.

Nessa linha, cito alguns precedentes jurisprudenciais, *in verbis*:

Tributário. Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - fundaf. Taxa. Preço público. Princípio da legalidade.

1. A contribuição ao Fundaf não tem previsão contratual nem constitui remuneração pela exploração das instalações portuárias, não havendo previsão tampouco na Lei nº 8.630/93, que traz o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias nacionais.

2. O Decreto-lei nº 1.437/75, que instituiu o FUNDAF, não criou a taxa, assim como não o fez o Decreto-lei nº 1.455/76. O Decreto nº 91.030/85 atribuiu competência ao Secretário da Receita Federal, o qual, por meio de instrução normativa, veio dispor sobre sujeição passiva e valores devidos, inobservando o princípio da legalidade em matéria tributária.

3. Ausente a base legal para a imposição tributária, torna-se esta indevida. Os valores recolhidos pela autora a título de taxa ao Fundaf, a serem apurados oportunamente, devem ser-lhe restituídos, com incidência da taxa Selic, que incide como correção monetária e juros de mora. (TRF4, AC 2002.72.08.000127-3, Primeira Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. de 31/07/2007)

Tributário. Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - fundaf. Taxa. Princípio da legalidade.

A contribuição ao Fundaf constitui taxa, porquanto compulsória e destinada a custear atividades estatais típicas de polícia. A referida taxa não foi criada pelo Decreto-lei nº 1.437/75, que instituiu o Fundaf, tampouco pelo Decreto-lei nº 1.455/76. O Decreto nº 91.030/85 atribuiu competência ao Secretário da Receita Federal, o qual, através de instrução normativa, veio dispor sobre sujeição passiva e valores devidos, inobservando o princípio da legalidade em matéria tributária. Indevida a imposição tributária, pois ausente a base legal. (AC 200572050036833/SC, Desembargador Federal Eloy Bernst Justo, DJ de 30/01/2008).

A sentença recorrida assentou que o ressarcimento de despesas de fiscalização, estabelecido no art. 22 do Decreto-Lei 1.455/1976, somente poderia ser cobrado nos termos da regulamentação vigente até 180 dias depois da vigência da Constituição de 1988.

Considerou, na apreciação dos embargos declaratórios, que *se até o prazo fixado no ADCT não se complementaram os requisitos do tributo, daí afirmar-se nos embargos, haver “impossibilidade material e jurídica de exigência do tributo por falta de vários dos seus compo-*

entes estruturais’, essa questão não foi declinada como causa de pedir na petição de ingresso.

Nesse ponto, razão assiste à autora, ora apelante, uma vez que não se trata de inovação da causa de pedir, mas de evidente contradição entre os fundamentos de matéria implícita ao pedido expostos na sentença e sua conclusão.

Expressamente consignado na sentença que *o disposto no art. 22 do Decreto-Lei n. 1.455, de 1976, não é inconstitucional, pois foi revogado pelo art. 25 do ADCT, configurando-se, em verdade, inconstitucional a regulamentação (instruções normativas) editada ao seu fundamento.*

Se o fundamento para a regulamentação foi revogado, inviável a cobrança da referida taxa também após os 180 dias da vigência da CF/1988, nos termos do art. 25 do ADCT, pois os instrumentos normativos que fixaram seus elementos constitutivos, em observância à delegação de competência previstas no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem.

A cobrança realizada esteve embasada, assim, em preceito legal em branco. Diversamente do quanto assentado na sentença, o Decreto-Lei 1.455/1976 não definiu suficientemente todos os elementos constitutivos da referida taxa, nos moldes do art. 97 e incisos do CTN.

Tal premissa reforça a ilegalidade e, via de consequência, a impossibilidade da sua exigência, assim como o direito de a autora ver restituídos os valores indevidamente pagos.

Outrossim, incabível a sanção de cancelamento do alfundegamento, não só pelos fundamentos expostos neste voto, mas pelo fato de que essa sanção não pode ser utilizada como meio coercitivo para pagamento de tributo, conforme Enunciado 323 da Súmula do STF.

Dispositivo:

Ante o exposto, dou provimento à apelação da autora e nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: – Senhora Presidente, na Turma, por diversas vezes, enfrentamos questão referente à constitucionalidade de taxas, sobretudo taxa de lixo. Quanto à doutrina deste tipo tributário, nós já temos mais ou menos o domínio. A Constituição e o Código Tributário estabeleceram como tipos de taxa as duas modalidades conhecidas: a taxa cobrada em razão do poder de polícia e a taxa de serviço. O pressuposto da cobrança de taxa é o de que o Estado preste um serviço público, divisível, específico, referente ao contribuinte, ao utente desse serviço.

O Supremo Tribunal, em relação à taxa, e a própria doutrina têm grandes vacilações sob o aspecto doutrinário, sobretudo no tocante a um campo um pouco cinzento, nebuloso, de se saber em que momento alguns tipos de taxa podem ser cobrados por preço público ou por taxa. No caso, não vou me alongar, porque o voto de Vossa Excelência é detalhado, fundamentado, e examinou todos os aspectos da questão, mas eu me limitaria a verificar logo – fugindo a essa questão epistemológica de saber se isso é uma taxa de serviço ou se é uma taxa de polícia – e me comprometeria com a tese de que se trata de uma taxa de polícia, porque o art. 22 deste Decreto 1.455, expressamente, diz que essa imposição fiscal é cobrada em razão de despesas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização.

O Código Tributário, no art. 78, define o que é poder de polícia, e entre a longa definição descritiva dos acontecimentos materiais que caracterizam o fato gerador dessa exação fiscal está, por exemplo: disciplina da produção do mercado, exercício de atividades econômicas etc. Então, não há dúvida, a meu ver, que, neste caso, independentemente do nome *juris*, se trata de taxa de polícia.

O STF, no julgamento do RE n. 89.876, o Relator, Ministro Moreira Alves, faz algumas afirmações sobre a questão de saber quando se pode cobrar preço público e quando se pode cobrar taxa em razão do serviço público. O Ministro, nesse julgado, referendado pelo Plenário do STF, diz: “1. O legislador não pode optar livremente entre taxa e preço público; 2. O regime jurídico deve ser o de taxa, sempre que se pretenda cobrar a exação pelo mero uso potencial; 3. A circunstância de uma taxa só se cobrar pelo uso efetivo do serviço não

a desnatura; 4. Os serviços propriamente públicos, os quais o Estado tem o dever de prestar, por isso mesmo obrigatórios, só se compadece com a noção de taxa”. Portanto, neste caso, como se trata de serviço de polícia, o Estado não tem outra opção senão a de exigir na contraprestação desses serviços o pagamento de taxa e não preço público.

Fixada essa premissa de que se trata de taxa, vamos para a Constituição e para o Código Tributário Nacional. A Constituição exige desse tipo de tributário, cujo fato material não é nem do contribuinte, é do Estado, porque este é que tem que prestar o serviço, o mesmo regime jurídico dos tributos. A taxa é uma espécie tributária, portanto, está sujeita ao princípio da legalidade, anterioridade, etc. Essa parte Vossa Excelência bem desenvolveu, estou de acordo.

Ainda que se pudesse admitir delegação legislativa na vigência da Constituição anterior, que acho que não seria possível, em face do princípio da tipicidade cerrada, porque a norma que cria o tributo é fechada, ela não permite que outros atos infra legais preencham o campo dos aspectos que definem o tipo. Então, quando a lei nasceu, ela não preenchia essa exigência de ser uma norma que estabelecia, em homenagem ao princípio da legalidade, um tipo cerrado. O Professor Luis Barroso lembra, em trabalho doutrinário, que no Direito norte-americano a Suprema Corte admitiu delegação legislativa ao Executivo em duas hipóteses: *Delegation with standards* e *fill up details*. Na *Delegation with standards* a lei delegaria ao Executivo a atuação em determinados espaços não preenchidos pelo legislador, mas com standards, com parâmetros determinados. A outra forma, a do *fill up details*, o Executivo apenas preencheria detalhes e não propriamente criaria a norma. Mas é evidente que as constituições brasileiras, pelo menos de 1946 para cá, sem fazer uma rememoração histórica, sempre criaram o tipo tributário como tipo fechado. A regra é essa. E mesmo o decreto-lei, que tem força de lei, quando tinha o poder de criar o tributo, ele próprio já devia veicular todos esses elementos que foram definidos aqui: material, objetivo, espacial, territorial, quantitativo, etc., do tributo, e este decreto não atende este requisito, seja no regime anterior, seja no regime atual.

E, *ad argumentandum* que ele tivesse valor jurídico, à luz do regime constitucional anterior, ele estaria revogado pelo art. 25 da Constituição, e aqui se usa o

critério cronológico ou o hierárquico para solucionar o conflito de normas no tempo. A Constituição é uma lei posterior que revogou esse decreto, seja pelo critério cronológico, seja pelo hierárquico. Como havia uma série de delegações legislativas veiculadas em normas esparsas, que o constituinte não tinha controle, ele próprio escreveu no ADCT, no art. 25, essa norma de que no prazo de cento e oitenta dias ficariam revogadas todas as delegações normativas que tivesse o Executivo recebido, se não fossem revalidadas neste período.

Em conclusão: Trata-se de taxa cobrada em razão do poder de polícia. Por se tratar de taxa, está sujeito ao regime jurídico do art. 142 da Constituição e do art. 77 e seguintes do Código Tributário Nacional. Portanto, não satisfazendo esse ato normativo os pressupostos do tipo tributário taxa, não pode prevalecer.

Assim, pelos fundamentos já bem desenvolvidos por Vossa Excelência, eu acompanho o seu douto voto, para, na conclusão, dar provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.064017-3/PI

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Sebrae-PI Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Piauí
Advogado: Dr. Marcio Augusto Ramos Tinoco e outros
Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Opoente: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho
Decisão: 19/02/2009
Divulgação: e-DJF1 de 27/02/2009
Publicação: 02/03/2009

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende o *Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Piauí* – Sebrae/PI ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí, que, nos autos do mandado de segurança 2007.40.00.007600-3, indeferiu o pedido de liminar pleiteado pelo impetrante, a fim de obter, liminarmente, o reconhecimento como não-contribuinte da contribuição social para o Incra, de 0,2% sobre os salários (fls. 38/42).

Fundamentou o MM. Magistrado *a quo* que, nos termos do art. 55 da Lei 8.212/1991, *não há como o autor escapar do atendimento a tais requisitos, acaso almeje obter a isenção constitucional requerida. É que para a finalidade aqui visada, não incumbe à doutrina ou à jurisprudência a palavra decisiva quanto à identificação de uma entidade como sendo de assistência social, vez que a Constituição outorgou à lei, fonte primeira e maior do direito, a eleição dos critérios para tanto, tendo esta última o realizado por meio do art. 55 supratranscrito. Não há, pois, como o Fisco ou mesmo este Juízo afastá-los, substituindo o legislador e deferindo a isenção com fundamento em interpretações doutrinárias, cujo espaço não foi deixado pelo Poder Legislativo. Não se nega que o Sebrae tenha natureza diversa de uma empresa privada, mas, para fins de gozo da isenção aqui tratada, não reputo que o legislador tenha feito distinção entre quem a pretenda, devendo submeter-se à disciplina do art. 55 da Lei 8.212/1991 (fl. 40).*

Sustenta o agravante que *é imune a todos os impostos e contribuições sociais, dentre as quais se inclui a Contribuição para terceiros destinada ao Incra*, e que os requisitos para concessão da imunidade estão preenchidos: *ausência de aferição de lucros, ausência de remuneração, indisponibilidade de bens e patrimônio, de acordo com o seu estatuto.*

Sendo assim, alega ser imune de tributos sobre seu patrimônio, renda e serviços.

Conclui que presente o requisito do *fumus boni juris* ante a patente ilegitimidade da cobrança da contribuição destinada ao Incra e, além disso, que o *periculum in mora* está consubstanciado no fato de que, não concedido o efeito suspensivo ativo, continuará sujeito ao recolhimento de onerosa contribuição que tem sido obstáculo à consecução de seus fins sociais legalmente previstos.

A União apresentou contraminuta, em que alega a intempestividade do agravo de instrumento, pois os embargos de declaração opostos contra a decisão agravada equivaleu a pedido de reconsideração, não havendo de se falar em interrupção do prazo recursal. No mérito, que constitucional a cobrança da contribuição para o Incra (fls. 127/132).

Decido.

Rejeito a preliminar de intempestividade, uma vez que o impetrante utilizou de expediente processualmente previsto – embargos de declaração (art. 535 do CPC) – em face da decisão de primeira instância, sendo, portanto, interrompido o prazo recursal. A rejeição dos embargos pelo magistrado *a quo* não tem o condão de impingir-lhe a pecha de mero pedido de reconsideração.

Em razão do evidente *periculum in mora*, recebo o agravo como de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

A controvérsia posta nestes autos tem como pilar central a natureza do benefício fiscal disposto no art. 195, § 7º, da Constituição Federal: *são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei*.

A Lei 8.029/1990, no art. 8º, autorizou o Poder Executivo a desvincular da Administração Pública o Centro Brasileiro de Apoio a Pequenas e Médias Empresas – Cebræe, transformando-o em serviço autônomo, o Sebrae.

Criou-se, em verdade, serviço social autônomo visando ao apoio às micro e pequenas empresas, conforme as políticas nacionais de desenvolvimento, especialmente nas áreas industrial, comercial e tecnológica.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o agravante está inserido no conceito de entidade de assistência social, não só pelo atual registro como associação, como pelas suas próprias finalidades estatutárias, devendo-se, a partir de então, verificar a aplicação do art. 195, § 7º, da CF, ao caso em tela.

No julgamento do RMS 22.192/DF, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/1996, ficou assentado que *a cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965*.

Os requisitos a serem atendidos pelo apelante para fazer jus à imunidade prevista no art. 195, § 7º, da CF, estão expressos, portanto, no art. 14 do CTN: (i) não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de sua renda, a qualquer título; (ii) aplicar integralmente no País seus recursos, na manutenção dos seus objetivos institucionais; (iii) manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

A aplicabilidade dos arts. 9º e 14 do CTN em casos como o presente foi objeto de exame pelo STF, no julgamento do citado RMS 22.192-9/DF, nos seguintes termos:

Sendo assim, tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à ora recorrente, o benefício que lhe assegurado no mais elevado plano normativo.

Desse modo, entendo assistir plena razão ao eminente Ministro Oscar Correa, quando, em substancioso parecer – em que respondeu a consulta formulada pela Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia – conclui, em inteira procedência, que:

I – O texto constitucional do art. 150, VI, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a taxação das instituições de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei, objetivou estimular a prestação desses serviços, que elas realizam, em nome dele Estado, e seria um contra-senso taxar as atividades que se exercem para complementar as que não têm condições de cumprir.

II – Da mesma maneira, ao isentar as entidades assistenciais de beneficência social das contribuições para a seguridade social, teve o mesmo objetivo de facilitar-lhes a expansão da prestação dos serviços, desonerando-se desses ônus que as atingiam.

III – Tratando-se de normas inseridas no texto constitucional, são comando para todos, a começar do legislador ordinário, que a elas deve obediência, e representam autêntica imunidade que veda sejam atingidas por normas de inferior hierarquia.

IV – Só os requisitos da lei são exigência válida para o gozo do benefício, quer a vedação do art. 150, VI, quer a imunidade do art. 195, § 7º da Constituição, e resumem-se nos termos do art. 14 do CTN (lei complementar, nessa parte recepcionada pelo texto constitucional).

V – Exigir que as entidades descentralizadas tenham sido constituídas antes de qualquer norma legal, seria por limites temporais à assistência social, vale dizer, não poderiam prestá-las as que se criassem depois, o que é impensável, por contrariar a própria natureza das instituições que a Constituição quer favorecer.

(...)

Conforme art. 5º do Estatuto Social da agravante (fl. 88), o Sebrae/PI *tem por objetivo fomentar o desenvolvimento sustentável, a competitividade e o aperfeiçoamento técnico das microempresas e das empresas de pequeno porte industriais, comerciais, agrícolas e de serviços, notadamente nos campos da economia, administração, finanças e legislação; da facilitação do acesso ao crédito; da capitalização e fortalecimento do mercado secundário de títulos de capitalização daquelas empresas; da ciência, tecnologia e meio ambiente; da capacitação gerencial e da assistência social, mediante a execução de ações condizentes.*

Assim, compulsando os autos e analisando a documentação nele constante, a decisão recorrida merece reforma, porquanto, comprovado que o agravante não distribui qualquer parcela de seu patrimônio ou de sua renda, a qualquer título; aplica integralmente no País seus recursos, na manutenção dos seus objetivos institucionais; mantém escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão – consoante determina seu estatuto social.

Outrossim, a isenção estendida ao sistema “S” é expressamente previsto na Lei 2.613/1955: *art 12. Os serviços e bens do S. S. R. gozam de ampla isenção fiscal como se fossem da própria União. Art 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (Sesi), ao Serviço Social do Comércio (Sesc), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac).* O serviço social materializado no Sebrae também deve gozar de tal benefício.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC e art. 30, XXVI, do RITRF, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para determinar a suspensão da exigibilidade da cobrança da contribuição ao Incra em desfavor da agravante, até o julgamento final do mandado de segurança.

Comunique-se ao Juízo prolator da decisão agravada, para imediato cumprimento desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 – 12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.070715-4/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Agravante: ABTA - Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
Advogado: Dr. Luiz Alberto Bettiol e outros
Agravado: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel
Decisão: 04/03/2009
Divulgação: e-DJF1 de 09/03/2009
Publicação: 13/03/2009

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela ABTA – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura da decisão que, em mandado de segurança, indeferiu a concessão de medida liminar, para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto perante a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Alega que a Anatel, ora agravada, por meio do processo administrativo n. 53500.032621/2008, “*resolveu publicar o Ato n. 6.087/2008*”, impedindo que as associadas da agravante repassassem aos seus consumidores o ônus relativo ao preço cobrado pelo banco pela emissão do boleto bancário, impedindo-a de assinar novos contratos que contivessem esta cláusula e que, em prazo não superior a 120 dias, alterasse os contratos vigentes.

Aduz que apresentou recurso administrativo contra tal decisão, postulando o seu recebimento no efeito suspensivo (§ 2º do art. 82 do Regimento Interno da Anatel), não tendo sido, porém, atendido o seu pleito pelo presidente da referida agência.

Afirma que a concessão de efeito suspensivo nos recursos administrativos não é uma faculdade do administrador, mas, sim, um direito do recorrente, uma vez identificados os seus requisitos autorizadores. Argumenta no sentido de ser nulo o ato administrativo vergastado por incompetência do agente administrativo que o exarou, por não ter observado a forma e o rito regimental para a sua produção, e, por ofensa ao devido processo legal, contraditório e à ampla defesa, visto que não foi facultada a sua manifestação antes de ser proferido ato que viola direito seu.

Pede, assim, a antecipação da tutela recursal para que possa ver o seu recurso administrativo apreciado, sem que seja obrigada a suportar prejuízo decorrente da execução do ato administrativo.

Decido.

A decisão agravada, no ponto, possui a seguinte fundamentação (fls. 71-72):

Em exame de cognição sumária, próprio da espécie, não vislumbro os requisitos para a concessão da medida pleiteada.

É que lei 9.472/97 prevê expressamente, em seu artigo 88, *caput*, e §§ 1º e 2º, *in verbis*:

Art. 88 Salvo disposição em contrário, o recurso será recebido no efeito meramente devolutivo.

§1º O recorrente poderá requerer, fundamentadamente, no mesmo instrumento, a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso.

§2º A autoridade atribuirá efeito suspensivo ao recurso quando, da análise preliminar, forem considerados relevantes os seus fundamentos e quando, da execução do ato recorrido puder resultar ineficácia da decisão.

Neste passo, entendo que a análise da relevância da fundamentação restringe-se à discricionariedade da Administração Pública, não cabendo a intervenção do Poder Judiciário, sob pena de violação ao Princípio do Contencioso Administrativo.

Isso porque a impetrante objetiva, com a presente ação, apenas que o Judiciário intervenha substituindo o julgamento do administrador público quanto à relevância da fundamentação do recurso. Diferente seria se a matéria a ser discutida

no recurso administrativo tivesse sido entregue ao Judiciário para julgamento, o que justificaria a suspensão, em sede de liminar, dos efeitos do ato, até que se decidisse o mérito da matéria discutida no recurso administrativo.

Apreciando o pedido de antecipação da tutela recursal, em plantão, o eminente Presidente deste Tribunal, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, indeferiu-a, ante a seguinte fundamentação (fl. 384):

No caso *sub examine*, o pedido se restringe à atribuição de efeito suspensivo ao recurso administrativo. Assim, desnecessária a análise das demais alegações levantadas pela agravante.

O art. 88, § 2º, do Regimento Interno da Anatel prevê que a autoridade poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso quando forem considerados relevantes os seus fundamentos e quanto, da execução do ato recorrido, puder resultar ineficácia da decisão, ou seja, a regra é que o recurso seja recebido apenas no efeito devolutivo, dependendo a atribuição de efeito suspensivo à análise prévia da relevância dos fundamentos pela autoridade administrativa competente.

Nas razões para o indeferimento do pedido, essa autoridade administrativa sustenta que as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e, como tais, inderrogáveis pela vontade das partes e que, ao contrapor os interesses das prestadoras dos serviços de TV por assinatura com os interesses dos consumidores, é imperioso reconhecer a hipossuficiência destes, conferindo-lhe a tutela necessária para equilibrar a relação.

Tenho, portanto, que a decisão que negou a atribuição de efeito suspensivo está bem fundamentada, o que demonstra o acerto da decisão agravada, que entendeu não caber ao Poder Judiciário adentrar no seu mérito, sob pena de violação ao princípio do contencioso administrativo.

Vindo o feito concluso à minha apreciação, para a revisão da decisão proferida em plantão, postulou a agravante a reconsideração desta, e, conseqüentemente a antecipação da tutela recursal.

Para o desate da controvérsia, mister, inicialmente, a análise do art. 88 do Regimento Interno da Anatel para que se verifique se a atribuição de efeito suspensivo ao recurso administrativo é uma faculdade ou um imperativo. Confira-se:

Art. 88 Salvo disposição em contrário, o recurso será recebido no efeito meramente devolutivo.

§1º O recorrente poderá requerer, fundamentadamente, no mesmo instrumento, a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso.

§2º A autoridade atribuirá efeito suspensivo ao recurso quando, da análise preliminar, forem considerados relevantes os seus fundamentos e quando, da execução do ato recorrido puder resultar ineficácia da decisão.

Vê-se, pois, que a regra é o recebimento do recurso no efeito meramente devolutivo (*caput* do art. 88), porém, se requerida pelo recorrente a atribuição do efeito suspensivo, e verificada a presença dos requisitos autorizadores, “a autoridade atribuirá efeito suspensivo ao recurso” (§2º do art. 88). Não há, nessa hipótese, uma faculdade, mas, sim, um imperativo, não devendo se falar em discricionariedade do administrador.

Em hipótese semelhante, ao apreciar a apelação em Mandado de Segurança n. 2000.38.00.011361-5/MG, ao proferir voto-vista, assim me manifestei:

O objeto do mandado de segurança é a concessão de efeito suspensivo a recursos administrativos interpostos contra essa notificação, além de que se abstenha a autoridade impetrada de notificar os clientes da impetrante para rescindir os contratos de prestação de serviços firmados.

Assim explicitada a questão, tenho que a sentença que assegurou o recebimento dos recursos no efeito suspensivo, e, em conseqüência, determinou que a autoridade impetrada se abstinhasse de praticar atos incompatíveis com essa circunstância, não merece reparos, como bem o disse o eminente Relator, inclusive com respaldo do parecer do órgão ministerial (fls. 224-225), *verbis*:

Diante dos fatos, entende-se que razão assiste à apelada, na medida em que no procedimento administrativo, como preza a Constituição Federal, no inciso LV do art. 5º, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa. Assim, não se discute quanto ao exame de mérito do procedimento administrativo, que será feito na esfera administrativa, porém inegável ter agido a autoridade apelante com abuso de poder quando, antes mesmo de apreciar a defesa apresentada, já determinara o encerramento das atividades da apelada e expedira notificações às empresas que com ela mantém contratos, para procederem sua imediata rescisão. A afronta ao princípio da ampla defesa é notória, visualizando-se de plano.

Ora, a concessão do efeito suspensivo ao recurso administrativo da agravante, no caso dos autos, não invade a seara do mérito do ato administrativo, pois, como mencionado, está, exclusivamente, garantindo-lhe a apreciação de seu recurso, sem que tenha de sofrer as consequências do ato fustigado.

Assim, por reputar presentes os requisitos autorizadores, antecipo a tutela recursal, e determino que o recurso administrativo da agravante seja recebido no efeito suspensivo.

Comunique-se.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar contraminuta.

Publique-se.

Agravo de Instrumento

2009.01.00.007028-1/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravante: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel

Procurador: Dr. Vladimir Felix Catanhede

Agravado: Município de Brejinho de Nazaré - TO

Procurador: Dr. Mery Ab-Jaudi Ferreira Lopes e outros

Decisão: 06/03/2009

Divulgação: e-DJF1 de 12/02/2009

Publicação: 13/02/2009

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) da decisão constante das fls. 42-44, prolatada pelo ilustre Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que deferiu liminar ao impetrante, Município de Brejinho de Nazaré (TO), para suspender os efeitos da Resolução Homologatória n. 634, de 15 de abril de 2008 (fl. 101-106), que retificou “os percentuais das áreas inundadas pelo reservatório da Usina Hidrelétrica Luís Eduardo Magalhães, para fins de cálculo do rateio dos recursos da Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos para Geração de Energia Elétrica”, permanecendo, assim, a municipalidade autora percebendo, a esse título, indenização no percentual de 15,5274% de sua área inundada, correspondente a 161,50 km², determinado pelas Resoluções 382/2002 e 373/2006, ambas a agravante, e não o percentual de 6,48%, que compreende uma área de 49 km², resultante da retificação ordenada pela Resolução impugnada.

Em suas razões, sustenta a autarquia, em síntese, que, nos termos da legislação de regência, cumpre-lhe estabelecer o critério a ser adotado em todo o território nacional para determinar a proporção da compensação financeira devida aos Estados, Distrito Federal e Municípios afetados por reservatórios de usinas hidrelétricas, e que tal critério, definido pela Resolução n. 87, de 22 de março de 2001, é conhecido no meio técnico como “nível máximo maximum estático da cota de alagamento”.

Argumenta que a decisão agravada, ao acolher os argumentos da impetrante, e eleger o “critério de remanso” para apurar a mencionada compensação financeira, propicia um regime incerto e de difícil medição, trazendo incertezas e futuros litígios sobre a matéria.

Esclarece que os dados para a formação dos percentuais para o cálculo da compensação financeira pela área inundada são colhidos pela concessionária geradora de energia elétrica com observância aos critérios legais, que não inclui o “efeito remanso”.

No caso da Usina Hidrelétrica Luís Eduardo Magalhães, afirma que identificou inconsistências nos dados remetidos pela empresa líder do consórcio, relativos à área inundada pelo respectivo reservatório e às áreas alagadas em cada Município, e que, nos esclarecimentos por ela prestados, ficou constatado que os cálculos haviam considerado o “efeito remanso”. Realizado novo levantamento, agora considerando o nível máximo estático do reservatório, ou seja, sem considerar o efeito de remanso, o resultado ensejou a edição da Resolução 634/2008, que implicou, de fato, a redução da área inundada do Município impetrante, ora agravado.

Sustenta, assim, inexistir ilegalidade no ato administrativo impugnado, visto que exarado dentro de sua competência, e que a decisão agravada não atentou para um dos pressupostos autorizadores da liminar requerida, ou seja, o *fumus boni iuris*, inexistente, no caso, por isso que o critério utilizado para instrumentalizar a compensação financeira encontra suporte legal e constitucional.

Finalmente, esteiada no art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, afirma ser *satisfativa* a liminar concedida, e que há, na espécie, *periculum in mora* inverso, uma vez que: (fls. 12-13):

(...) abre margem para que ocorra a interferência na competência da Agência para regulamentar os procedimentos de compensação financeira pelas áreas inundadas por barramentos de hidrelétricas, com reflexo direto no valor pago aos demais municípios atingidos, a saber Municípios de Ipueiras, Lajeado, Miracema do Tocantins, Porto Nacional e Palmas, ocasionando uma grave insegurança jurídica, sobretudo quando grande parcela desses valores se destinam a custear necessidades básicas e prementes daquelas localidades.

Decido.

Em sede de agravo de instrumento, para que se suspendam os efeitos da decisão impugnada, mister que o agravante demonstre a presença simultânea dos requisitos pertinentes, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso, tenho por presentes tais requisitos.

Sobre a matéria versada, tem-se que a Lei 8.001/1990 definiu os percentuais de distribuição da compensação financeira a que se referem os autos, estabelecendo no § 2º do art. 1º que:

Nas usinas hidrelétricas beneficiadas por reservatórios de montante, o acréscimo de energia por eles propiciado será considerado como geração associada a estes reservatórios regularizadores, competindo à ANEEL efetuar a avaliação correspondente para determinar a proporção da compensação financeira devida aos Estados, Distrito Federal e Municípios afetados por esses reservatórios.

Por sua vez, o Decreto 3.739/2001, ao disciplinar tal matéria, atribui competência à agravante para disciplinar a questão, ao estatuir, no art. 2º, parágrafo único, que “a Aneel disciplinará, em ato normativo específico, a proporção da compensação financeira de que trata este artigo”.

Assim, para estabelecer essa proporção, editou a Aneel a Resolução 87, de 22 de março de 2001, estabelecendo no § 1º do art. 1º que: “A área inundada se refere ao nível associado à vazão cheia máxima prevista no respectivo projeto, incluindo o leito original dos rios”, que nada mais é do que o critério conhecido por “nível máximo maximorum estático da cota de alagamento”. Conforme explicita a agravante (fl. 07):

A compreensão da norma deflui do Direito das Coisas. A área de domínio atingida em seu nível máximo pelas águas represadas deve ser desapropriada pela empresa que passa a exercer o direito de concessão da geração de energia elétrica. A indenização, assim como a compensação financeira dá-se na mesma proporção em que há diminuição da dominial do antigo proprietário.

No caso da Usina Hidrelétrica Luís Eduardo Magalhães, conforme acima narrado, houve inconsistências nos dados remetidos à Aneel, que, após diligências realizadas para a sua correção, verificou que os cálculos das áreas inundadas pelo referido reservatório haviam sido elaborados em desacordo com os critérios por ela estabelecidos, porquanto considerado o “efeito remanso”, assim definido pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração, da ora agravante, *verbis* (fl. 8):

(...)

4. O remanso, a que se refere a empresa é uma sobrelevação do nível d'água de um rio causada pelo encontro do curso d'água com um reservatório. Essa sobrelevação é um efeito que ocorre no rio, não faz parte do reservatório da usina hidrelétrica, e é calculada utilizando-se modelos hidráulicos de determinação de linha d'água, a partir da topografia local e dos dados de vazão do rio. Assim, como o remanso depende da quantidade de água que está passando no rio em um determinado momento, e tendo em vista que essa quantidade varia ao longo do dia do mês e do ano, o remanso não é uma condição permanente, calculada e definida uma única vez. O chamado remanso é, portanto, um estado variável ao longo de um dado período de tempo e, dessa forma, é calculado por meio de probabilidades estimadas para diversos tempos de recorrência de uma vazão – isto é, pode-se ter um remanso definido para uma vazão com tempo de recorrência de 50, 100 ou até 10.000 anos, como apresentado na figura 2 – anexa a este ofício.

5. A figura 2 é importante, ainda, para ilustrar que considerar o efeito de remanso traz, ainda, uma distorção na distribuição dos recursos da compensação Financeira. Como acontece nas extremidades de cada reservatório, a área calculada

considerando esse efeito privilegia os municípios que são atingidos pelo remanso, de forma variável e eventual; em detrimento daqueles que de fato são atingidos permanentemente pelo reservatório.

6. Levando esses aspectos em consideração, principalmente as características subjetivas e probabilísticas relacionadas ao cálculo do remanso, além do fato dele ser um eleito do reservatório no rio e não o reservatório em si, o remanso não foi definido como um dos critérios para cálculo das áreas inundadas por usinas hidrelétricas, tanto na legislação vigente como na resolução normativa da Aneel que disciplinou tal matéria em 2001...

Ora, ao editar a Resolução 634, retificando os percentuais das áreas inundadas, para fins de cálculo do rateio dos recursos da Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos para Geração de Energia, a agravante, dentro de sua competência, desconsiderou o critério do “remanso” utilizado pela líder do consórcio da UHE Luís Eduardo Magalhães, aduzindo (fl. 104):

A análise dos dados enviados pelo Investco, bem como a legislação que regulamenta os procedimentos de rateio da Compensação Financeira apontaram a necessidade de ajustes nos coeficientes de área inundada da UHE Luiz Eduardo Magalhães de forma a refletir a área alagada referente ao nível máximo maximorum estático. Tal conclusão respalda-se no princípio da isonomia de critérios, tendo em vista que as demais usinas hidrelétricas que pagam Compensação Financeira têm os recursos distribuídos de acordo com o critério do nível máximo maximorum estático. Além disso, ressalta-se que não há na legislação vigente dispositivo que recomende e/ou discipline os estudos de remanso na definição dos estados e municípios afetados por reservatórios de usinas hidrelétricas.

02. Adicionalmente, destaca-se que manter os dados atualmente utilizados para a UHE Luis Eduardo Magalhães, mais do que prejudicar o princípio da isonomia e objetividade na definição de critérios, criaria respaldo para que outros municípios, afetados por outras usinas hidrelétricas, demandassem da Aneel a revisão de suas áreas em função da influência do remanso do reservatório. Na ocorrência desta hipótese, e tendo em vista que o estudo de remanso depende das características físicas de cada corpo d'água, a Aneel teria que definir para cada usina hidrelétrica, regras individualizadas para o cálculo da área inundada pelo reservatório, tornando, dessa forma, o processo subjetivo e vulnerável a contestações.

03. Os estudos realizados pela Investco foram encaminhados à Superintendência de Gestão Técnica da Informação – SGI para validação. Após análise dos dados e posteriores ajustes das informações pela Investco, a SGI, conforme Nota Técnica nº 389/2007-SGI/Aneel, validou os valores apresentados na Tabela 4, como os valores das áreas inundadas pelo reservatório da UHE Luis Eduardo Magalhães referentes ao nível máximo maximorum estático.

Do exposto, certo que o critério de remanso, que o Município agravado pretende que prevaleça para o cálculo da compensação financeira a que faz jus, contraria o eleito e disciplinado legalmente pela Aneel e implica prejuízos, se adotado pelas demais municipalidades com áreas afetadas pelo reservatório, defiro o efeito suspensivo.

Comunique-se, dispensadas as informações.

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar contraminuta.

Publique-se.

Processo

2004.40.00.700680-5/PI

Relator: O Exmo Sr. Juiz Federal Euler de Almeida Silva Júnior
Relator p/ Acórdão: O Exmo Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista
Órgão Julgador: Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência
Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 26/01/2009
Publicação: 27/01/2009

Ementa

Constitucional e Civil. Contrato de empréstimo direto ao consumidor. CEF. Autorização expressa de amortização e liquidação por desconto em conta corrente do contraente. Inocorrência de cláusula abusiva. Livre pactuação pelo correntista. Irrelevância da procedência dos créditos existentes na conta. Recurso desprovido.

I - Não há ilicitude da instituição financeira ao proceder ao desconto em conta corrente de contraente de empréstimo direto ao consumidor, cujo contrato contém autorização expressa para amortizações e liquidação das obrigações assumidas mediante desconto em qualquer conta, aplicações financeiras e/ou qualquer crédito de sua titularidade (cláusula 5ª, §2º).

II - Não é abusiva tal disposição contratual. Primeiro, porque livremente pactuada pelo correntista. Segundo, porque, para pagamento da dívida contraída, não tem relevância a procedência dos créditos existentes na respectiva conta corrente, seja salário, seja indenização ou seja renda de qualquer natureza, não torna imune o contraente quanto à obrigação livremente contraída.

III - Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos e relatados este autos, decide a Turma, por unanimidade, conhecer do incidente de uniformização, e, no mérito, por maioria, vencidos os MMs. Juizes Federais Abel Cardoso Moraes e Carlos D'Ávila Teixeira, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Relator para Acórdão.

Teresina, 17/10/2008.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: Contra acórdão da 1ª Turma Recursal do Piauí que reformou a sentença e julgou improcedente o pedido inicial, o reclamante interpôs Pedido de Uniformização Regional de Jurisprudência, com base no art. 14, § 1º, da Lei 10.259/2001, sob alegação de divergência de julgados de Turmas Recursais, na interpretação de lei federal e aplicação do “direito material”.

O acórdão recorrido firmou entendimento no sentido de que como o empréstimo estava vinculado à mesma conta corrente na qual fora debitada quantia

(referente à primeira parcela do décimo terceiro salário e férias) suficiente para o pagamento de prestações atrasadas, não houve abuso da CEF na utilização de cláusula contratual.

Foi apresentado como paradigma o seguinte julgado: Recurso Cível 2003.38.00.702074-3/ 1ª MG.

A CEF apresentou contra razões pugnando pela manutenção do acórdão.

É o relatório, em síntese.

Voto

O Exmo Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: O Pedido de Uniformização Regional de Jurisprudência é tempestivo.

Conheço do incidente quanto ao pedido de devolução do salário bloqueado da conta corrente uma vez que se encontra demonstrada a divergência jurisprudencial, e não o conheço quanto ao pedido de indenização por danos morais, uma vez que restou indemonstrada a divergência jurisprudencial.

A questão dos autos consiste na possibilidade ou não de ser debitada de conta corrente verbas salariais com a finalidade de saldar dívida decorrente de contrato bancário.

O banco não pode apropriar-se de quantia referente a depósito realizado em conta corrente a título de verba salarial para saldar dívida decorrente de contrato bancário. Ainda que haja cláusula permissiva neste sentido, esta constitui cláusula abusiva uma vez que o salário tendo caráter alimentar deve ser protegido, não podendo ser retido para servir de garantia de débito.

Neste sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ Civil e Processual. ação de Indenização. Danos Morais. Apropriação pelo Banco Depositário de salário correntista, a título de compensação de dívida. Impossibilidade. CPC, art.649, IV. Recurso Especial. Matéria de fato e interpretação de contrato de empréstimo. Súmulas ns. 05 e 07 STJ.

(...)

II- Não pode o banco se valer da apropriação de salário do cliente depositado em sua conta corrente, como forma de compensar-se da dívida deste em face de contrato de empréstimo inadimplido, eis que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie, ao teor do disposto no art. 649, IV, da lei adjetiva civil, por analogia corretamente aplicado à espécie pelo Tribunal a quo”. (STJ, Aga 353291, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, por unanimidade, DJ- 19/11/2001).

E, ainda, o julgado da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do DF:

“Civil. Responsabilidade civil. Contrato de empréstimo. Parcelas debitadas em conta corrente. Supressão da consignação em folha sem culpa da autora. Retenção pelo banco dos proventos do salário. Utilização do saldo para amortização de débito pela Caixa. Cláusula contratual abusiva. Nulidade mantida.

Impenhorabilidade do salário. Dano moral caracterizado. Precedentes majoração do quantum fixado. Dano material. Cabimento. constituição Federal de 1988, art.5º. Código Civil, art.186. Código de Defesa do Consumidor. Arts.6ºm 14 e 39.

I - Tendo ocorrido a supressão da consignação em folha das parcelas referentes ao pagamento do empréstimo, por motivo de falha em um sistema qualquer, não importa se da Caixa ou do empregador, não poderia a autora arcar com os prejuízos financeiros por eles gerados.

II - A cláusula contratual que permite a utilização e o bloqueio, pelo banco credor, do saldo de quaisquer contas da titularidade da autora, para liquidar ou amortizar as obrigações decorrentes do contrato de renegociação e confissão de dívida, reveste-se de manifesta abusividade, violando o disposto no art. 5º, LIV e art. 7º, X.

III - Nulidade de cláusula contratual mantida, tendo em vista que o crédito efetuado na conta corrente da autora refere-se a salário, impossível, pois, de qualquer forma de constrição, salvo se destinada à prestação alimentícia, conforme disposição expressa. Precedente do Tribunal Regional Federal (AC 2000.33.00.028048-0/BA; Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso; 6ª Turma; DJ. 30/06/2003.).

IV - Não só o desgaste e o transtorno a que foi submetida a autora, bem como a demonstração de descaso e desrespeito da instituição financeira aos reclamos da autora demonstrados nos autos ensejam à indenização por dano moral.

V - Segundo orientação jurisprudencial consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na fixação do dano moral deve-se evitar, a um só tempo, que haja enriquecimento indevido por parte do requerente, em detrimento do requerido, e, de outro lado, que haja fixação de valores irrisórios e insignificantes, sob a ótica do ofensor, que deve ser devidamente penalizado pelos danos causados ao ofendido (RESP 207926/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, RESP 258245/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

VI - Em atenção à orientação jurisprudencial supra, bem como às circunstâncias que envolveram a hipótese dos autos, revela-se razoável e proporcional a elevação do quantum arbitrado para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

VII - Indenização por dano material corretamente fixada no valor de R\$ 1.086,71 (hum mil e oitenta e seis reais e setenta e um centavos), correspondente ao bloqueio do salário efetuado pela Caixa (fls.9), devidamente atualizado.

VIII - Sentença reformada, em parte. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei nº9.099,

de 1995. Sem custas. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, pela CEF.

IX - Recurso da autora provido, para majoração do quantum arbitrado para dano moral (R\$ 2.000,00 - dois mil reais).

X - Recurso da Caixa Econômica Federal improvido”.

(RC 2003.34.00.713052-9, Rel Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, DJ-07/05/2004).

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, deixo de apreciá-lo uma vez que não restou demonstrada a divergência jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço parcialmente e dou provimento ao pedido de uniformização regional de jurisprudência para o fim de reformar o acórdão recorrido, nos termos do julgado paradigma.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/95).

É como voto.

Processo

2006.35.00.909140-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôrres Nobre

Órgão Julgador: Primeira Turma

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 19/01/2009

Publicação: 20/01/2009

Voto - Ementa

PIS/Pasep. Levantamento. Três anos fora do mercado formal de trabalho. Aplicação analógica da Lei 8.036/90. Impossibilidade.

I. O PIS e o Pasep são constituídos sob a forma de fundo financeiro sobre o qual não se pode dizer, como é comum em relação ao FGTS, que se trata de patrimônio do empregado.

II. Deve ser vista com reserva a expressão “patrimônio do servidor público”, empregado na LC nº 08/70, reclamando esforço de sistematização. Em abono a esta assertiva basta notar a destinação dada a recursos do PIS/PASEP pelo art. 239 da Constituição Federal, os quais passaram a financiar o seguro-desemprego.

III. Diferente, portanto, do que se passa com o FGTS, fundo estritamente voltado à assistência financeira do trabalhador mesmo nas hipóteses em que seus recursos têm aplicação imediata distinta, como se nota em relação ao recente Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, instituído pela Lei 11.491, de 2007 (art. 1º, § 3º: “Na hipótese de extinção do FI-FGTS, o seu patrimônio total será distribuído aos quotistas na proporção de suas participações, observado o disposto no inciso VIII do caput do art. 7º e no § 8º do art. 20, ambos da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, com redação dada por esta lei”).

IV. Portanto, salvo melhor juízo, dados aproximativos entre o PIS/PASEP e o FGTS (tais como contas individualizadas, regime de remuneração das contas, gestão por instituições financeiras controladas pelo Estado) não os tornam semelhantes para fins de analogia no tocante às causas autorizativas de levantamento.

V. A técnica do rol exemplificativo para o FGTS se justifica por se tratar de conta vinculada que é verdadeiro patrimônio do empregado que a titulariza. No caso do PIS/Pasep a conta vinculada não tem este alcance.

VI. Ante o exposto *nego provimento* ao recurso.

VII. Honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator, sob a forma de voto-ementa (art. 46 da Lei nº 9.099/95; Regimento Interno dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região - Resolução nº 10/TRF/1ª Região, de 29/04/2002).

Goiânia, 17/12/2008.

Juiz Federal Carlos Augusto Tôrres Nobre, Relator.

Processo

2006.43.00.901561-2/TO

Relator: A Exma. Sr^a. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe

Órgão Julgador: Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência

Divulgação: e-DJF1 caderno TO de 26/01/2009

Publicação: 27/01/2009

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Ausência de similitude fático-jurídica entre os julgados em confronto. Artigo 14 da Lei 10.259/2001 não caracterizado. Reexame de prova. Incabível.

I. Os acórdãos apontados como paradigmas diferem quanto às situações fáticas e jurídicas a que estão atrelados, destarte, não evidenciam a divergência disposta no artigo 14 da Lei n. 10.259/2001.

II. A análise dos argumentos sustentados no incidente de uniformização constituiria em reexame de matéria fático-probatória, não passível de apreciação no âmbito da Turma Regional de Uniformização.

III. Incidente de Uniformização não conhecido.

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*, não conhecer do pedido de incidente de uniformização.

Cuiabá, 30/06/2008.

Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe, Relatora.

Relatório e Voto

A Exma. Sr^a. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe: Trata-se de Pedido de Incidente de Uniformização de Jurisprudência interposto pela Recorrente Vitorina Nogueira Amado alegando divergência entre os julgados da Turma Recursal do Tocantins e das Turmas Recursais do Mato Grosso, Distrito Federal e de Goiás quanto ao preenchimento dos requisitos legais para concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural.

O pedido está fundamentado nos precedentes evidenciados nas súmulas n. 6 e n. 30 da Turma Nacional de Uniformização, em julgado do STJ, bem como na ausência de sintonia do acórdão ora recorrido com os acórdãos das Turmas Recursais do Mato Grosso, do Distrito Federal e da Bahia.

No presente Pedido de Uniformização a Recorrente afirmou que a concessão de aposentadoria a trabalhadora rural fora negada com base na falta de prova

material, a despeito do conteúdo da documentação juntada pela Recorrente.

Alega que houve desprezo à documentação válida para início de prova material amplamente aceita e desqualificação da qualidade de segurado especial por fundamento do marido ter tido vínculo urbano e pela dimensão da terra.

Sendo assim, o entendimento da Turma Recursal do Tocantins seria dissonante dos entendimentos das Turmas Recursais do Mato Grosso, do Distrito Federal e da Bahia quanto aos vários fundamentos que deram suporte àquela decisão.

Sem contra-razões ao Pedido de Uniformização, vieram os autos.

É o breve relatório.

Inicialmente, a análise quanto à admissão do presente Incidente de Uniformização deve ser efetuada à luz do disposto no § 2º, do art. 14, da Lei n.º 10.259/2001, devendo-se verificar se fora demonstrada a divergência

entre julgados de diferentes Turmas Recursais da 1ª Região.

Em que pese terem sido apontadas pelo Incidente de Uniformização possíveis contrariedades a entendimentos da Turma Nacional de Uniformização, pacificados pelas súmulas n. 6, n. 30 e n. 34, entendo que na análise do presente Recurso não está autorizado o julgador a se manifestar acerca de possíveis divergências nesse sentido.

Realizada análise comparativa apenas quanto aos julgados das Turmas Recursais da 1ª Região apresentados como paradigmas, verifica-se não haver completa similitude fático-jurídica entre o julgado atacado e os julgados das Turmas Recursais de Goiás, do Mato Grosso e do Distrito Federal, consoante bem assentado na análise efetuada pelo Presidente da Turma Recursal de Tocantins, Dr. José Godinho Filho, que ora reproduzo:

“Ocorre que inexistente similitude fático-jurídica entre os julgados em confronto. No caso dos autos o acórdão atacado negou o direito ao benefício porque a prova dos autos, globalmente considerada, não se mostrou apta a embasar sua pretensão qualidade de segurada especial. Diversas foram as razões do indeferimento, como a falta de documentação contemporânea comprobatória da atividade rural; a dimensão do imóvel rural que compreende 149 (cento e quarenta e nove) hectares, a indicação de que a propriedade rural do marido da recorrente possuía mão-de-obra assalariada, bem como o fato de haver nos autos prova de que o marido da recorrente manteve vínculo empregatício com a Prefeitura de Jaú do Tocantins durante os anos de 2002 até 2004.” (fls. 218)

Quanto aos acórdãos das Turmas Recursais do Mato Grosso, do Distrito Federal e de Goiás, bem como quanto ao acórdão do STJ:

“...No julgado da Turma Recursal do Mato Grosso os documentos juntados pela parte autora foram aptos a comprovar a qualidade de segurada especial, o que incorreu no caso dos autos.

O acórdão do STJ não serve como paradigma, já que a extensa dimensão do imóvel rural foi apenas um dos motivos do indeferimento.

Os julgados da Turma Recursal do Distrito Federal e de Goiás informam que o trabalho urbano realizado em caráter eventual ao longo de toda uma vida não infirma a qualidade com o caso dos autos, uma vez que o fato de o marido da recorrente ter mantido vínculo empregatício urbano não foi a única razão do indeferimento.”

Verifica-se, portanto, que o indeferimento da concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural fora no caso em tela acarretado pela análise sistemática e concatenada das provas constantes nos autos. O conjunto probatório deu ensejo à interpretação aplicada pela Turma de Tocantins, e não, este ou aquele argumento interpretado isoladamente.

Desta forma, não restou caracterizada a divergência reclamada no artigo 14 da Lei n. 10.259/2001, visto que os acórdãos apontados como paradigmas envolvem situação fática e jurídica diferente daquela discutida no presente recurso.

No mais, a situação jurídica discutida no presente recurso envolve questão de cunho fático-probatório, não passível de análise no âmbito desta Turma Regional de Uniformização.

Pelo exposto, *não conheço* do Pedido de Incidente de Uniformização de Jurisprudência formulado pela parte autora.

Processo

2006.34.00.914759-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos
Órgão Julgador: Primeira Turma
Divulgação: e-DJF1 caderno DF de 16/01/2009
Publicação: 19/01/2009

Ementa

Administrativo. Abono variável. Leis 9.655/98 e 10.474/02. Incidência sobre ajuda de custo paga a magistrado. Impossibilidade. Natureza indenizatória. Resolução 245 do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. Sentença reformada.

I. Recurso da UNIÃO em face da sentença que julgou procedente pedido de pagamento de diferenças decorrentes do reflexo na aplicação do abono variável, instituído pela Lei 9.655/98, sobre a ajuda de custo recebida em razão da promoção de magistrado federal.

II. O abono variável não tem natureza remuneratória. É constituído de valores não-incorporáveis, eminentemente transitórios, precários e, portanto, de natureza indenizatória. Se a Lei nº 9.655/98 quisesse conceder reajuste retroativo aos magistrados o teria expressamente, e não mediante o pagamento de abono, de cujo conceito é inafastável a característica de indenização.

III. A natureza indenizatória do abono restou reconhecida pelo STF quando concluiu por afastar a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária sobre essa parcela.

IV. Como o abono variável tem, efetivamente, natureza indenizatória, não compõe a base de cálculo da ajuda de custo recebida pelo magistrado, vez que esta tem como parâmetro apenas a remuneração percebida no mês em que ocorrer o deslocamento para a nova sede.

V. Revisão de entendimento anteriormente adotado pela Turma (Recursos nos 2005.34.00915559-9, DJ de 13-10-2006, e 2005.34.00.915558-5, DJ de 1º-6-2007, relatora a Juíza Federal Daniele Maranhão Costa).

VI. Sentença reformada. Recurso da União provido.

VII. Incabível a condenação em honorários advocatícios, em consonância com o art. 55, caput, da Lei nº 9.099/95.

Acórdão

A Turma Recursal, à unanimidade, deu provimento ao recurso da União.

Brasília, 04/12/2008.

Juiz Federal *Alexandre Machado Vasconcelos*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos: Trata-se de recurso interposto pela UNIÃO em face da sentença que julgou procedente pedido de pagamento das diferenças decorrentes do reflexo na aplicação do abono variável, instituído pela Lei nº 10.474/2002, sobre a ajuda de custo recebida em razão da promoção de magistrado ao cargo de desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O juízo *a quo* analisou os fatos e fundamentos inseridos nos autos para concluir: A remuneração do autor quando do recebimento da ajuda de custo era de R\$ 13.164,65, conforme documentação juntada quando do ajuizamento. O valor da remuneração, no mesmo período, após o estabelecimento e pagamento do abono passou a ser de R\$ 14.349,76. O autor, tendo como base de cálculo aquele primeiro valor, recebeu ajuda de custo no importe de R\$ 39.493,95, correspondente a três vezes a sua remuneração. No entanto, deveria ter sido incluído

nos cálculos o abono variável, fato esse que redundaria numa ajuda de custo de R\$ 43.049,28. Devida ao autor, portanto, uma diferença no valor de R\$ 3.555,33 (três mil quinhentos e cinquenta e cinco reais e trinta e três centavos), devidamente corrigida a partir do momento em que deveria ter sido paga (fevereiro/2001) e até a data do efetivo pagamento, de acordo como o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

A União pugnou pela reforma da sentença, para efeito de se reconhecer a total improcedência do pedido. Resumidamente, asseverou:

Assim, a r. sentença deve ser reformada não devendo prosperar a tese do autor no sentido de que não haveria justificativa para a não incidência do abono variável sobre a ajuda de custo, em virtude desta verba ser calculada com base na remuneração mensal dos magistrados e que se a Lei 9.655-98 houvesse sido implementada desde a sua edição, a ajuda de custo teria sido paga de acordo com seu novo parâmetro remuneratório. Ora, o abono variável, destaque-se mais uma vez, não se tratou de um reajuste retroativo, mas sim de parcela de natureza indenizatória, conforme orientação adotada pelo Conselho da Justiça Federal.

Intimado, o autor declarou-se ciente do recurso interposto pela União, comunicando que não teria interesse em apresentar contra-razões.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Machado Vasconcelos: O deslinde da causa consiste, basicamente, em definir se o abono variável concedido aos membros do Poder Judiciário (art. 6º da Lei nº 9.655/98 c/c art. 2º da Lei nº 10.474/02) deve ser considerado no cálculo da ajuda de custo recebida em razão da promoção de magistrado federal. Tal conclusão depende, por óbvio, da natureza jurídica do referido abono, ou seja, se essa verba tem caráter indenizatório ou remuneratório.

A discussão em torno da natureza jurídica do abono variável já não suscita maiores dúvidas. O embate jurídico travado acerca do tema encontra-se arrefecido. Nesse ponto, é relevante a menção à Resolução nº 245, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de dezembro de 2002, com o intuito de estabelecer procedimentos no que tange à aplicação, à natureza e aos limites do abono variável. Esse diploma confere natureza jurídica indenizatória à verba em comento, determi-

nando, inclusive, a devolução aos magistrados dos valores recolhidos em função da incidência da contribuição previdenciária e do imposto de renda sobre tal abono.

“Art. 1º É de natureza jurídica indenizatória o abono variável e provisório de que trata o artigo 2º da Lei nº 10.474, de 2002, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º Para os efeitos do artigo 2º da Lei nº 10.474, de 2002, e para que se assegure isonomia de tratamento entre os beneficiários, o abono será calculado, individualmente, observando-se, conjugadamente, os seguintes critérios:

I - apuração, mês a mês, de janeiro/98 a maio/2002, da diferença entre os vencimentos resultantes da Lei nº 10.474, de 2002 (Resolução STF nº 235, de 2002), acrescidos das vantagens pessoais, e a remuneração mensal efetivamente percebida pelo Magistrado, a qualquer título, o que inclui, exemplificativamente, as verbas referentes a diferenças de URV, PAE, 10,87% e recálculo da representação (194%);

II - o montante das diferenças mensais apuradas na forma do inciso I será dividido em vinte e quatro parcelas iguais, para pagamento nos meses de janeiro de 2003 a dezembro de 2004.

Art. 3º Serão recalculados, mês a mês, no mesmo período definido no inciso I do artigo 2º, o valor da contribuição previdenciária e o do imposto de renda retido na fonte, expurgando-se da base de cálculo todos e quaisquer reajustes percebidos ou incorporados no período, a qualquer título, ainda que pagos em rubricas autônomas, bem como as repercussões desses reajustes nas vantagens pessoais, por terem essas parcelas a mesma natureza conferida ao abono, nos termos do artigo 1º, observados os seguintes critérios:

I - o montante das diferenças mensais resultantes dos recalculos relativos à contribuição previdenciária será restituído aos magistrados na forma disciplinada no Manual *Siafi* pela Secretaria do Tesouro Nacional;

II - o montante das diferenças mensais decorrentes dos recalculos relativos ao imposto de renda retido na fonte será demonstrado em documento formal fornecido pela unidade pagadora, para fins de restituição ou compensação tributária a ser obtida diretamente pelo magistrado junto à Receita Federal.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Vê-se, portanto, que o abono em referência é constituído de valores não-incorporáveis, eminentemente transitórios, precários e de natureza indenizató-

ria, o que afasta a conclusão do juízo a quo, consoante a qual a referida rubrica teria caráter remuneratório. Se a Lei nº 10.474/02 quisesse conceder reajuste retroativo aos magistrados, tê-lo-ia feito de forma direta e inequívoca, e não mediante o pagamento de abono, de cujo conceito é inafastável a característica de indenização.

O que não se pode, em suma, é concluir que o abono variável concedido aos magistrados teria natureza indenizatória para efeito de isenção tributária e remuneratória nas situações em que fosse mais favorável ao demandante. Consoante a teoria do conglobamento, muito presente no orbe laboral, quando se define a norma aplicável - in casu, sendo definida a natureza da norma aplicável -, a incidência da regra se impõe em todas as circunstâncias, sendo inadmissível escolher a norma ou, no caso, a interpretação definida apenas naquilo em que favorece ao trabalhador.

Como o abono variável, conforme demonstrado, tem, efetivamente, natureza indenizatória - haja vista ter-se concluído pela não-incidência de tributos que gravam a remuneração -, então se trata de parcela que não integra a base de cálculo da ajuda de custo recebida pelo autor, vez que esta tem como parâmetro “a remuneração percebida pelo magistrado ou servidor no mês em que ocorrer o deslocamento para nova sede”.

Ademais, impende ressaltar que a matéria em apreço foi analisada pelo Conselho da Justiça Federal por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 2003.16.0395, instaurado por iniciativa da Associação dos Juizes Federais (*Ajufe*). No julgamento, ocorrido em 9-2-2004, aquele colegiado, por unanimidade, indeferiu o pedido da requerente por entender indevida a incidência do abono variável sobre a gratificação pelo exercício da presidência dos Tribunais Regionais Federais e sobre a ajuda de custo paga a magistrados que foram removidos no período de janeiro/98 a junho/02.

Razões pelas quais voto pelo provimento do recurso da União para efeito de reformar a sentença, julgando improcedente o pedido.

É como voto.

Processo

2007.35.00.900187-1/GO

Relator: O Exmo Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôrres Nobre

Órgão Julgador: Primeira Turma

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 19/01/2009

Publicação: 20/01/2009

Voto - Ementa

Responsabilidade Civil. Protesto indevido. Dano moral configurado. Indenização. Razoabilidade. Sentença mantida. Recurso improvido.

I. Trata-se de Recurso Inominado interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inaugural e condenou a CEF a indenizar a parte-autora por danos morais, no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

II. Contra-razões apresentadas.

III. Presentes os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso.

IV. No âmbito dos JEFs, não se admite qualquer forma de intervenção de terceiros (Lei n. 9.099/95, art. 10).

V. No mérito, a r. sentença recorrida merece ser mantida por seus próprios fundamentos (Lei n. 9.099/95, art. 46).

VI. Destaco que para configurar o dano, é suficiente demonstrar que os protestos e a inscrição em órgãos negativos são indevidos. A CEF admite o equívoco, tanto que se resume a compartilhar a responsabilidade de reparar o dano com a empresa Comklasse/WNC Indústria de Móveis Ltda., ao argumento de que apenas prestou serviço bancário para esta. Se o ato violador foi de iniciativa da CEF, a relação de causalidade está definida, impondo-se a reparação por danos morais. O abalo moral indenizável não pressupõe a ruptura do equilíbrio psicológico do indivíduo.

VII. Os danos morais foram ponderados de maneira satisfatória e estimados em cifra razoável e proporcional ao abalo sofrido pelo autor, a par de não ser insignificante, servindo para desestimular a CEF a levar adiante casos semelhantes, e para que exija de seu corpo funcional maior atenção na execução dos trabalhos de inscrição e exclusão de clientes de cadastros de devedores.

VIII. Do exposto, *nego provimento* ao recurso.

IX. Honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator, sob a forma de voto-ementa (art. 46 da Lei nº 9.099/95; Regimento Interno dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região - Resolução n. 10/TRF/1ª Região, de 29/04/2002).

Goiânia, 17/12/2008.

Juiz Federal *Carlos Augusto Tôrres Nobre*, Relator.

Processo

2008.35.00.702556-6/GO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tórres Nobre
Órgão Julgador: Primeira Turma
Divulgação: e-DJF1 caderno de 19/01/2009
Publicação: 20/01/2009

Voto - Ementa

Previdenciário. Benefício de amparo assistencial. Lei 8.742/93. Art. 203 da Constituição Federal. Falecimento da autora após o trânsito em julgado. Habilitação dos herdeiros. Recurso provido.

I. A autora requereu perante este juízo, em 11.11.2004, o restabelecimento de benefício assistencial por se tratar de pessoa incapaz e não possuir condições de exercer atividade laboral, levando uma vida caracterizada pela miserabilidade.

II. A sentença entendeu presentes os requisitos da incapacidade e miserabilidade, deferindo o pedido da inicial, fixando a DIB a partir da suspensão do benefício.

III. A requerente veio a óbito após o trânsito em julgado, em 23.11.2007, sem receber as parcelas devidas pelo INSS.

IV. O genitor da autora requereu sua habilitação para receber o benefício assistencial devido, da data da suspensão administrativa até a data do óbito da requerente.

V. A sentença indeferiu o pedido de habilitação do genitor, alegando ser intransmissível o direito reclamado.

VI. Em sede de recurso, o espólio da autora requer a habilitação dos herdeiros necessários (os genitores) e o pagamento das parcelas vencidas a título de benefício assistencial em favor da autora no período do cancelamento administrativo ao óbito.

VII. Não foram apresentadas contra-razões.

VIII. O Ministério Público manifestou desinteresse no feito (fls. 83/85).

IX. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

X. De observar que o benefício assistencial é revestido de caráter personalíssimo, não se transmitindo aos herdeiros. No entanto, o parágrafo único do art. 36, do Decreto 4.712/03, determina que “o valor do residuo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil”. Sendo assim, os herdeiros da autora fazem jus às parcelas devidas e não pagas pelo INSS até o óbito da autora.

XI. Do exposto, dou provimento ao recurso para habilitar os genitores da requerente ao processo, determinando o pagamento em rateio das parcelas devidas pelo INSS a estes, em valores iguais, sendo o período devido o do cancelamento do benefício (18.07.2003 - fls. 11) ao óbito da autora (23.11.2007 - fls. 69).

XII. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/95).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal, por unanimidade, *dar provimento* ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator, sob a forma de voto-ementa (art. 46 da Lei nº 9.099/95; Regimento Interno dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região - Resolução n. 10/TRF/1ª Região, de 29/04/2002).

Além do signatário, participaram o julgamento o Excelentíssimo Juiz *Paulo Ernane Moreira Barros* e o Excelentíssimo Juiz *Roberto Carlos de Oliveira*, Membros da Turma Recursal.

Goiânia, 17/12/2008.

Juiz Federal *Carlos Augusto Tórres Nobre*, Relator.

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

Remoção de servidor por motivo de saúde. Junta médica. Laudo pela não remoção.

A remoção por motivo de saúde do servidor prevista no art. 36, III, alínea b, da Lei 8.112/1990, não está submetida ao interesse da Administração, mas condicionada à comprovação por junta médica oficial. Assim, concluindo a junta médica oficial pela não remoção, ausente o requisito legal necessário à remoção.

Mandado de Segurança 2008.01.00.061837-0/MT

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – Corte Especial

Divulgação: eDJFI de 27/03/2009

Publicação: 30/03/2009

Suspensão liminar da execução da pena. Inconsistência.

Não é de ser concedida liminar, em ação revisional, para suspender execução de pena, a pretexto de que, em posterior ação anulatória de débito fiscal, fora infirmada perícia em que se lastreou a condenação criminal, por se tratar de matéria a cujo respeito se delineia contraditório na própria revisão criminal, à vista de manifestação do Ministério Público cobrando esclarecimentos dos peritos, sendo certo que a sentença condenatória foi clara em estabelecer a materialidade e a autoria do delito, cuja pertinência não é de ser afastada, de plano, através de liminar, com base numa ação civil de nulidade de auto de infração, de cuja sentença não se demonstrou o trânsito em julgado, nem se infere, com imediatidade, um juízo conclusivo para a desconstituição da coisa julgada penal.

Agravo Regimental na Revisão Criminal 2008.01.00.033620-3/RO

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Divulgação: eDJFI de 13/03/2009

Publicação: 16/03/2009

Art. 334, caput, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial da contagem. Coisa julgada.

O simples fato de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória apenas para a acusação, uma vez pendente de apreciação recurso interposto pela defesa, não possibilita o início da execução da pena, circunstância essa que impede o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, uma vez que não há de se falar, na hipótese, em inércia do Estado.

Nos termos do art. 6º, §3º, da LICC “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.” Portanto, quando o art. 112, I do Código Penal faz referência ao trânsito em julgado para a acusação, indubitavelmente, refere-se à última decisão no processo. Enquanto a causa estiver em debate, não transitou em julgado.

Recurso em sentido estrito 2001.35.00.001126-8/GO

Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Divulgação: eDJFI de 02/03/2009

Publicação: 03/03/2009

Ensino superior. Comportamento abusivo de aluno veterano, atentatório à dignidade da pessoa humana, infligido a calouros da UFU. Reprobabilidade da conduta. Aplicação de penalidade disciplinar de suspensão pela Universidade.

O Ordenamento Jurídico Constitucional erige como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), preconizando, em outros de seus dispositivos, o respeito ao ser humano (inciso III do art. 5º), de onde emana a garantia de que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante.

O caso versado nos autos retrata situação anômala, que compromete a lisura e a legitimidade de trotes usualmente ministrados por estudantes veteranos em alunos recém-admitidos por instituição de ensino superior, os quais foram expostos a situação de evidente abusividade, tratamento desumano e inaceitável, valendo-se de *vis compulsiva*.

Assim, revela-se razoável e proporcional a sanção disciplinar de suspensão pelo período de quatro meses letivos, imposta pela Universidade aos estudantes veteranos que promoveram o trote descrito nos autos, cujos atos foram devidamente comprovados em regular procedimento administrativo instaurado “para apurar a responsabilidade do ‘trote’ aplicado a calouro do Curso de Agronomia da UFU, cuja violência resultou em perigoso processo alérgico e infeccioso”.

A penalidade de suspensão de que se trata, de índole punitivo-pedagógica, visa coibir a reiteração desse tipo de conduta inaceitável, infligida aos novos integrantes do corpo discente, os quais não poderiam ser submetidos a situação desse jaez, em evidente contraste com o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana.

Apelação Cível 2006.38.03.008582-9/MG

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Divulgação: eD/FI de 12/03/2009

Publicação: 13/03/2009

SFH. Ação de Revisão do Contrato. Término do prazo contratual, com o pagamento de todas as prestações. Existência de saldo devedor residual. Refinanciamento. Valor excessivo da nova prestação. Recálculo. Observância do contrato. Valor da última prestação.

Consoante o contrato celebrado, havendo saldo residual do financiamento após o pagamento de todas as prestações a que se obrigou o mutuário, deverá ser resgatado no prazo ali estipulado, “mantidas todas as condições aqui contratadas, tais como: taxa de juros, sistema de amortização, incidência do coeficiente de equiparação salarial – CES, permanecendo os critérios de reajustes dos encargos mensais, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional – PES/CP, e dos saldos remanescentes ao índice mensal de atualização dos depósitos em caderneta de poupança livre” (Cláusula Décima Oitava, Parágrafo Segundo). Desse modo, para a apuração do valor das novas prestações, segundo o próprio contrato, serão observados os mesmos limites e condições que informaram o cálculo da primeira prestação, o que deverá representar um montante próximo ao da última prestação paga.

Apelação Cível 2001.38.00.006535-7/MG

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Divulgação: eD/FI de 13/03/2009

Publicação: 16/03/2009

Medicamento. Solução parenteral de grande volume (SPVD). Produção em sistema fechado. Atendimento das exigências da Resolução 45/2003 da Anvisa. Fixação de preço. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Ao fixar os preços para os medicamentos da agravante, como se produzidos ainda sob o rótulo do Sistema Aberto, aquém dos praticados pelas concorrentes, e pela líder do segmento, sem considerar os vultosos investimentos por ela realizados para atender exigências estabelecidas na Resolução 45/2003, da Anvisa, evidente que o órgão regu-

latório pratica conduta incompatível com os ditames da Lei 8.884/1994, pois elimina salutar concorrência, ícone maior do regime econômico adotado pela Constituição Federal.

Agravo de Instrumento 2008.01.00.040280-9/DF

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Divulgação: eDJF1 de 27/03/2009

Publicação: 30/03/2009

Execução fiscal. Anistia geral anterior à decisão de primeira instância. Cancelamento da dívida ativa.

O cancelamento da inscrição antes da decisão de primeira instância, em razão de anistia geral, enseja a extinção da execução fiscal sem qualquer ônus para as partes (art. 26 da Lei de Execuções Fiscais), o que afasta a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Apelação Cível 2007.33.11.001968-4/BA

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Divulgação: eDJF1 de 26/03/2009

Publicação: 27/03/2009

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.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- 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*.
- O Artigo Doutrinário ou Tópico Jurídico deve conter uma Folha de Rosto identificada com: a) título em português com no máximo 15 palavras; b) nome completo do autor, seguido da sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados para o e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- Ao(s) autor(es) serão fornecidos três exemplares da *Revista* que serão enviados para o endereço identificado na Folha de Rosto.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.

