


**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Carreira Alvim

CORREGEDOR-GERAL :

Desembargador Federal Castro Aguiar

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:Desembargador Federal Sergio Feltrin – *Presidente*

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

Desembargador Federal Fernando Marques - *Suplente***DIRETOR GERAL:**

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Alexandre Tinel Raposo (Diretor da SED)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Sérgio Mendes Ferreira (ATED/SED)

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Carmem Lúcia de Castro (DIJAR/SED)

GERENCIAMENTO DE MATÉRIAS:

Ana Cristina Lana Albuquerque (SEJURI/DIJAR/SED)

SELEÇÃO, REDAÇÃO E REVISÃO:

Seção de Jurisprudência (SEJURI/DIJAR/SED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 2.500 exemplares**ESTA EDIÇÃO ESPECIAL****DECISÕES HISTÓRICAS**

Em continuidade à proposta iniciada na edição anterior desta série especial do INFOJUR, trazemos à baila neste número alguns dos julgados de maior repercussão e relevo proferidos ao longo dos 16 anos (1989-2005) de história desta Corte Regional. A fim de preservar a originalidade das circunstâncias fáticas descritas e a cadência argumentativa jurídica esposada nos votos, estes foram transcritos na íntegra.

Para efeito de seleção dos julgados que integram esta série histórica do informativo, destacamos aqueles cujo perfil se encaixe, preferencialmente, em critérios pautados pelo grau de repercussão social, dimensão histórica e valor científico-doutrinário para as letras jurídicas aferidos topicamente no acervo do Tribunal.

Este informativo não se constitui em repositório oficial da jurisprudência do TRF – 2ª Região. Para críticas ou sugestões, entre em contato com jornalinfojur@trf2.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Rua Acre, nº 80 – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Cep.: 20081-000 – Tel.: (21) 2276-8000

www.trf2.gov.br

Autorização do funcionamento da usina nuclear de Angra I

Este caso versa sobre a paralisação das atividades na Usina Nuclear Angra I, em decorrência de supostas irregularidades a serem sanadas, tendo-se em vista a salvaguarda da população em caso de eventual acidente nas instalações.

Mandado de Segurança

Proc. nº 89.02.13213 7

Relator: Des. Fed. PAULO BARATA

Impetrante: F. C. E. S/A

Impetrado: Juíza Federal da 7ª Vara/RJ

DJU II, de 01/02/90, pág. 909/910

DESPACHO

Vistos, etc...,

FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A impetrou mandado de segurança contra ato da Juíza Federal da 7ª. Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, que nos autos de uma ação popular concedeu liminar determinando a paralisação das atividades na usina Nuclear Angra I, até que irregularidades alinhadas nos itens 22 a 26 da inicial fossem corrigidas ou apresentasse a União plano de evacuação adequado, tendo em mira o socorro da população em caso de acidente (fls. 247/247 v).

O ato impugnado foi mantido pelo Excelentíssimo Relator, em fundamentado despacho (fls. 266/267), do qual destaco:

“Pugnado pela liminar neste mandado de segurança (cujo objetivo é dar efeito suspensivo a agravo interposto perante o Juízo impetrado) diz a Impetrante que a liminar deferida na Ação Popular irá:

a) Retirar-lhe o direito de exercitar, na plenitude, sua atividade econômica;

b) Subtrair-lhe o dever de suplementar, em vinte por cento, o fornecimento de energia elétrica para o Estado do Rio de Janeiro.

Sucedendo que o despacho que deferiu a liminar na Ação Popular embasou-se em prova pericial, antecipadamente levada a efeito através de procedimento adequado, não se mostrando, até o momento, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Sopesadas as circunstâncias e os termos em que foi deferida a liminar, contra a qual se insurge a Impetrante, e os direitos por ela apontados como lesionados, entendo que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar neste mandado de segurança, motivo pelo qual indefiro-a.”

FURNAS, então, pediu reconsideração do despacho e o Senhor Relator, tendo em vista o recesso forense e a urgência que o caso requer, encaminhou os autos a esta Presidência (fls. 270). FURNAS apresentou dois aditamentos ao pedido de reconsideração (fls. 273/293 e 295/310).

As informações da juíza, que por intempestivas foram juntadas por linha (fls. 271), esclarecem:

“Considerando os aspectos presentes nas provas técnicas, que não vamos examinar aqui, dada a sua amplitude, e para não manifestar juízo de valor, enfocamos, apenas, a questão de segurança para fundamentar nossa medida, dada em caráter alternativo:

paralisar as atividades da Usina, apenas enquanto não supridas as deficiências apontadas (si et in quantum); ou

operar com essas deficiências, desde que apresente um plano emergência, adequado à evacuação de pessoas, em caso de acidente.

Por estes detalhes, a fundamentação da medida é um comando alternativo, tendo em vista contemplar eventuais dificuldades da Impetrante, não temos o nosso ato como abusivo, lesando direito líquido e certo, justificativo para este Mandado.

Consideramos mais, como a Ação Popular está vinculada ao feito anterior, Ação Cautelar, onde este Juízo determinou a elaboração de um PEE, a questão não era mais de fixar um novo prazo. Ao longo da Ação Cautelar, na medida que as deficiências eram apontadas, FURNAS teve o tempo a seu favor para decidir sanar, ou não, essas falhas. A nosso critério e motivação, entendemos que não era a oportunidade de fixação de um novo prazo, mas o instante de acautelar; para isso, partimos do ponto mais criterioso: dar à Impetrante oportunidade de escolha.”

FURNAS, no primeiro aditamento ao pedido de reconsideração, afirmou que as irregularidades mencionadas foram sanadas e que o plano de evacuação “talvez não seja ótimo, mas está perto disso”.

A esta Presidência cabe manter o despacho do Relator que confirmou o ato da juíza ou, ao contrário, à vista das novas razões apresentadas, dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto por FURNAS.

A Juíza, preocupada com a segurança da população e fundamentada em provas coligidas antecipadamente, determinou o fechamento da Usina Nuclear Angra I até que fossem sanadas as irregularidades apontadas nos itens 22 a 26, da petição inicial da ação popular já citada, ou fosse apresentado um plano de emergência adequado à evacuação de pessoas, em caso de acidente.

Diga se, desde logo, que os planos de emergência e de evacuação não se confundem. Estes últimos só são acionados quando falham os primeiros, constituídos de um elenco de providências a serem observadas numa situação anormal na usina, não implicando, necessariamente, em evacuação da população.

Os planos de evacuação da população representam procedimento extremo, só empregado em situações catastróficas e quando as medidas dos planos de emergência não foram suficientes para neutralizar o acidente. São raríssimos os casos de acidentes com a gravidade necessária a justificar a imediata evacuação da população. Como salientado pela impetrante, desde 1956 ano em que teve origem a produção comercial de eletricidade através de usinas nucleares até hoje, ocorreu apenas um caso com tal dimensão: CHERNOBYLL.

A segurança da Usina, portanto, é o ponto essencial, já que não se pode prescindir da energia nuclear para fins pacíficos.

Os aspectos que impressionaram a magistrada de 1º grau foram os seguintes:

1º) sala de operação do reator:

“a) que um simulador, com uma réplica da sala de operação, recomendado pela OSART, não fora instalado;

b) que, também, não fora instalado o sistema de monitoração com ‘displays’ mais informativos.”

A respeito, FURNAS informa que o treinamento de seu pessoal é feito utilizando simuladores adequados e “cujas características são similares e perfeitamente compatíveis com as da sala de operação de Angra I, o que é internacionalmente aceito e os capacita a operarem a usina com total segurança.” A

CNEN não exige que o treinamento e retreinamento dos operadores seja feito em Simulador específico.

Quanto à instalação de um sistema de monitoração com *display* mais informativo, é exigência feita pela CNEN que determinou que sua instalação coincidissem com a terceira recarga do núcleo de Angra I, planejado para meados de 1991. Acresce que já foi celebrado contrato com a COPPE, para execução desse projeto.

2º) gerador de vapor:

“a) existe grave defeito em seu projeto e se verificou a má qualidade dos tubos que o compõem, formados de um aço especial (inconel), que apresentou problemas sérios de corrosão, provocando rupturas nos próprios tubos, que obrigarão à substituição do gerador de vapor em um prazo bem inferior à vida prevista para o reator tal problema levou Furnas, inclusive, a acionar a Westinghouse.”

FURNAS afirma que “os defeitos de corrosão apresentados pelos tubos de Inconel foram exaustivamente e extensivamente estudados e analisados pelos fabricantes, Institutos de Pesquisa e Operadores de Centrais Nucleares, cuja conclusão fundamental é que este processo de corrosão é de progressão lenta e gradativa, sendo, por causa disto, facilmente detectado antes que provoque a ruptura dos tubos.”

Informa, também, que “inspeção periódica anual de tubos do Gerador de Vapor, utilizando técnicas especiais, que permitem a identificação e tamponamento dos tubos que apresentem qualquer indício de degradação, antes que os mesmos apresentem vazamento.”

3º) condições de armazenamento dos rejeitos de alta radioatividade produzidos pela operação do reator:

“a) a piscina cheia d’água, onde eles ficam provisoriamente armazenados, é pequena, podendo, por isso, em breve, provocar a formação de uma massa crítica que inicie processo de fissão em cadeia, tornando-a um virtual reator descontrolado;

b) a piscina ora existente só suportará armazenar rejeitos produzidos em, aproximadamente, 8 (oito) anos de operação da usina;

c) a piscina existente não tem proteção adequada em suas bordas, pois não há, nem ao menos, corrimão que impeça um funcionário, ou um visitante, de nela vir a cair.

d) não há uma definição de local para onde os aludidos rejeitos serão enviados após o seu resfriamento naquela piscina.

e) não havendo para onde mandar o acúmulo dos rejeitos de alta radioatividade, será provocada a inviabilidade de se continuar operando com a usina.”

FURNAS esclarece que a piscina é perfeitamente dimensionada para estocar 363 elementos combustíveis sem qualquer possibilidade de formação de massa crítica que inicie uma reação em cadeia; que a piscina tem capacidade para armazenar combustível para oito (8) recargas, o que representa entre 8 e 10 anos de operação da usina; que, “*em torno da piscina, há trechos que não possuem o corrimão exatamente para permitir a movimentação da ponte rolante, e o correto manuseio das ferramentas e cabos necessários às manobras. Tal projeto é idêntico ao de todas as usinas nucleares similares à Angra I. Nesses trechos, entretanto, durante as operações no local, são instaladas cordas que funcionam como corrimão flexível, dando a proteção e permitindo a livre movimentação, procedimento este adotado internacionalmente e que apresenta toda a segurança operacional requerida para tal tipo de operação. Cumpre observar que o acessório ao Edifício onde está a piscina é restrito apenas ao pessoal envolvido nas manobras e que possua treinamento adequado, sendo vedado o acesso ao pessoal não habilitado. A porta do Edifício permanece bloqueada com tranca, cuja chave fica em poder da Sala de Controle*”; que, “*até o estabelecimento de áreas de estocagem definitiva para os rejeitos de alta radioatividade, vêm sendo internacionalmente adotadas técnicas de estocagem intermediária de combustível irradiado. Um exemplo é a estocagem a seco do combustível em dispositivo especialmente projetado para este fim*”; não há necessidade de local de estocagem definitiva dos rejeitos de alta radioatividade porque existem técnicas adequadas para estocagem intermediária de tais rejeitos.

4º) segurança dos trabalhadores que retornam do local de encapsulamento dos rejeitos de baixa e média radioatividade:

- a) “que eles, por erro de procedimento adotado para troca das vestimentas, ficam sujeitos a se contaminar de radioatividade.”*
- b) “até hoje não existem equipamentos básicos adequados de proteção radiológica, junto ao sistema de amostragem do circuito primário.”*
- c) “ainda não há boas condições para se avaliar, rapidamente, as conseqüências radiológicas de qualquer escapamento radioativo.”*
- d) “que não há preparação adequada do pessoal da usina para controlar imediatamente acidentes de pequeno porte.”*
- e) “que há necessidade de treinar alguns técnicos do laboratório radioecológico em aspectos mais*

*específicos desse próprio ramo de estudo, especialmente com relação a aspectos envolvidos no transporte de radionuclídeos no meio ambiente, e ao acompanhamento da variação da concentração de radionuclídeos em **plancton**.”*

FURNAS assevera que implantou o uso de roupas de proteção entre o trajeto da sala de encapsulamento até o local de troca de roupa definitivo; que “*já implantou um sistema adequado de amostragem do circuito primário, com Proteção Radiológica, que atende não só situação de operação normal, como situações de emergência*”, que, “*no que se refere à avaliação rápida de qualquer escapamento radioativo, o assunto, como no item anterior, consta do relatório do Assistente Técnico da União, e não do Prof. Paschoa. Foi implementada por FURNAS em Angra I e também no âmbito da Comissão Nacional de Energia Nuclear CNEN, uma sistemática de cálculo com utilização de computador, atendendo às recomendações. A capacitação atual, apesar de atender aos requisitos, será aperfeiçoada ainda mais com a instalação do sistema desenvolvido pelo COPPE, em fase de implementação em Angra I. Tal solução, conforme relatório, foi aceita pelo Prof. Pinguelli, razão pela qual FURNAS considera o item sanado*”; que “*não só a adequação do treinamento aplicado como a excelente capacitação obtida do pessoal de operação tem sido comprovada através de sucessivas avaliações por especialistas nacionais e internacionais. Assim sendo, FURNAS considera que este item sempre esteve atendido, desde o início da operação da usina, não existindo, portanto, a condição de ‘alto risco’ que levou a Meritíssima Juíza a deferir a medida liminar em pauta*”; que “*desde o início da operação do Laboratório de Radioecologia, FURNAS, além da execução do programa específico do treinamento de sua equipe de monitoração ambiental, mantém vários programas de intercâmbio e cooperação técnico-científica com diversas instituições, tais como o Instituto de Biofísica da UFRJ, Instituto de Biologia da UFRJ, Instituto de Geociência da UFF, Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares IPEN, Instituto de Radioproteção e Dosimetria IRD, etc., motivo pelo qual FURNAS considera atendidos os requisitos de treinamento referentes a esta parte*”; que “*no que se refere à determinação de radionuclídeos em **plancton**, o mesmo não faz parte das recomendações dos órgãos regulares, nem do programa de rotina de monitoração ambiental de outras usinas*”; que “*apesar de no relatório do Prof. Anselmo Paschoa não constar a recomendação sobre transporte de radionuclídeos no meio ambiente, como citado na petição, FURNAS esclarece que os programas e procedimentos do acompanhamento ambiental contém análises detalhadas dos efeitos de radiações no meio ambiente*”.

Como vemos, FURNAS atendeu às recomendações pertinentes à melhoria das condições de segurança não só quanto à operação da usina, mas também quanto à preservação da saúde de seus empregados.

Dois pontos merecem destaque: a ausência de um simulador específico para a usina Angra I e a corrosão dos tubos que compõem o gerador de vapor.

Quanto ao primeiro, parece não ser, por si só, de gravidade suficiente para impedir a operação da usina. O próprio assistente técnico dos autores esclarece que os operadores recebem treinamento em simuladores tão semelhantes quanto possível à sala de comando de ANGRA I e que “foi possível constatar a competência, dedicação e autoconfiança da equipe técnico administrativa da CNAIA I”.

Quanto ao segundo ponto, é certo que os tubos de Inconel apresentaram sinais de corrosão antes do prazo previsto em contrato, que estabelecia vida útil de quarenta (40) anos para estes equipamentos.

Estudos realizados concluíram que o processo de corrosão é de progressão lenta e gradativa, o que possibilita a troca dos tubos antes que se rompam. E FURNAS assegura realizar inspeção periódica anual em tais tubos, utilizando técnicas especiais, que permitem a identificação e tamponamento dos que apresentem qualquer indício de degradação, antes que os mesmos vazem.

Os documentos trazidos por FURNAS (fls. 297/301; 302/307 e 308/310) mostram que tais tubos estão em condições adequadas de uso e não apresentam corrosão nem trincamento capaz de indicar risco iminente de vazamento. O documento de fls. 297/301 descreve a inspeção dos tubos dos geradores de vapor realizada por SETEC INC., em outubro/novembro de 1989, pelo processo de correntes parasitas (Eddy Current). FURNAS dirigiu carta à Comissão Nacional de Energia Nuclear CNEN (carta LQ.N.E. 327.89) contendo os critérios de tamponamento para os tubos dos Geradores de Vapor de Angra I, que foram aceitos pela mencionada Comissão, a qual fez algumas ressalvas (doc. de fls. 302/304), discutidas em reunião com FURNAS, ficando assentado o seguinte:

‘Através do telex acima, a CNEN aceitou o critério de plugueamento e apresentou as seguintes ressalvas que foram discutidas na reunião.

4.1. Item A do Telex

Foram discutidas na reunião, caso a caso, as falhas encontradas nos tubos do tipo “trincas axiais múltiplas dentro do F ou região de transição (GV 1: encontrado 1 caso e GV 2: encontrados 6 casos).*

Tendo em vista o baixo número de trincas (no

máximo 4 indicações) concluiu-se pela não necessidade de plugueamento destes tubos. No entanto, foi acordado que:

FURNAS deverá apresentar análise com definição do número de trincas axiais múltiplas admissíveis sem plugueamento para estabelecimento do critério final de plugueamento a ser seguido nas próximas paradas.

No relatório final da ZETEC deverá ser relatado o tamanho e espaçamento destas trincas múltiplas.

4.2. Item B

Foi discutida a limitação estabelecida neste item ficando o assunto para ser definido posteriormente, em reunião específica, após maiores estudos.

4.3. Item C

O estabelecido foi atendido nos critérios de plugueamento adotados por FURNAS.

4.4. Item D

Não foi identificado nesta inspeção nenhuma falha com as características estabelecidas neste item.

Conclusão

Baseado na apresentação feita e nas discussões havidas, durante a reunião, a CNEN concordou com o programa’ (fls. 306/307).

O documento de fls. 308 demonstra que, até o dia 2 de janeiro de 1990, foram plugueados somente 47 tubos, sendo 21 no Gerador de Vapor 1 e 26 no GV 2, sendo que cada GV possui 4.674 tubos, o que não inibe a capacidade de geração de energia elétrica e nem representa risco iminente capaz de afetar a segurança da usina com a contaminação do secundário.

Finalmente, o documento de fls. 309/310 mostra o histórico do plugueamento dos tubos dos Geradores de Vapor de Angra I.

Não vejo, portanto, no momento razão de tal natureza forte que justifique a paralisação da usina.

O risco de acidente em usina nuclear existe, assim como existe risco em potencial nas atividades humanas em geral.

Acredito que uma usina nuclear como Angra I possua maior segurança, pessoal mais treinado, está sujeita a controle mais eficaz e constante (por órgão internos, internacionais, pela população e por seus representantes), possui planos de segurança mais adequados do que hospitais e órgãos de pesquisa que se utilizam de materiais radioativos. O que sabemos sobre eles? A que normas de segurança obedecem? A que tipo de controle estão sujeitos? O que é feito de seus rejeitos radioativos? Onde e como são guardados? Que planos de emergência possuem? Há plano de evacuação da população em caso de acidente?

Ou abdicamos do uso pacífico da energia nuclear e

ficamos fora do avanço tecnológico correspondente e dos benefícios que certamente trará à humanidade, ou dela nos utilizamos com os cuidados e cautelas devidos. Este último parece ser o caminho, já que se aproxima o esgotamento dos recursos naturais.

Os elementos constantes dos autos, *data venia*, não me convenceram da necessidade de manter Angra I fora de operação, no momento. Não vejo, repito, risco atual para os empregados da usina e nem para a população.

Defiro, pois, o pedido de FURNAS, apenas para autorizar o funcionamento de Angra I até julgamento da presente segurança, caso não se modifiquem as condições, tornando insegura a operação da usina.

Publique se, intime se e officie se.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1990.

PAULO FREITAS BARATA

Vice Presidente Corregedor

no exercício da Presidência

Ministério Público e controle externo da atividade policial

O acórdão em comento faz elucidativas referências, entre outras considerações doutrinárias, sobre a distinção em sede criminal, entre polícia administrativa e polícia judiciária; entre essa última e apuração de infrações penais lato sensu, e entre investigação criminal, diligências investigatórias, de um lado, e inquérito policial, de outro.

Habeas Corpus

Proc. nº 91.02.12404-1/RJ

Relator: Des. Fed. D'ANDRÉA FERREIRA

Impetrante: C. A. J.

Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara - Rio

Paciente: C. A. J.

DJU-II, de 31/12/91, pág. 33406

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *Habeas corpus*. Trancamento de inquérito policial, para apuração de eventual caracterização do crime do art. 334, caput, c/c art. 14, II, do CP, instaurado em razão de requisição do Juízo impetrado, de competência criminal, formulada em processo de mandado de segurança, a final concedido, requerido pelo Paciente para liberação de mercadoria estrangeira apreendida no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, mandado para o qual era competente o Coator, por força do disposto no art. 61 da Lei nº 5.010/66. Concessão da ordem para o fim de anular o inquérito policial instaurado, por falta de legitimidade do requisitante, em face da nova sistemática constitucional, que exige a adequação do disposto nos arts. 5º, II, e seu parágrafo 3º; e 40, do CPP, em termos de iniciativa do Judiciário na matéria. Incidência dos arts. 5º, LV e LVII; 127, VII e VIII; e 144, parágrafos 1º, 4º e 5º, da CF. Distinção em sede criminal, entre polícia administrativa e polícia judiciária; entre essa última e apuração de infrações penais lato sensu, e entre investigação criminal, diligências investigatórias, de um lado, e inquérito policial, de outro. A deflagração do inquérito policial como forma de exercício da ação penal de direito material; como processo, subjetivamente administrativo, mas já jurisdicionalizado, regido pelo Direito Processual Penal (antigo Direito Judiciário Penal), e, por isso, competente a União Federal para sobre ele dispor. Como processo, a ele se dirige o disposto no art. 5º, LV, da CF, sendo o indiciado um acusado, caracterizando-se como juizado de instrução atípico no sistema da nova Carta Magna Nacional. Delimitação das atribuições do Juiz do Ministério Público e da Polícia, quanto ao inquérito policial, nesse sistema, considerando que tais atribuições têm todas, hoje, matriz constitucional. O Judiciário, com imparcialidade, como é insito à função jurisdicional, compete decidir sobre as questões que envolvam o *status libertatis* e o *status dignitatis* do indiciado, a participação no momento do arquivamento do inquérito policial, se excepcionalmente competindo-lhe o exercício da polícia criminal. Cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial e os poderes de requisição e a realização de diligências investigatórias e a requisição de instauração do inquérito policial. À Polícia compete o exercício das polícias administrativa e judiciária (essa, com exclusividade). Inviabilidade de o Juiz, atualmente, requisitar a instauração de inquérito policial. Ressalva, *in casu*, da possibilidade de sua regular abertura.

POR UNANIMIDADE, FOI CONCEDIDA A ORDEM.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por C.A.J. através da advogada Heila.

Verifico que houve dois equívocos na autuação, que deverão ser corrigidos:

1º) O Impetrante é o próprio Paciente, impetra o *habeas corpus*, em causa própria, embora através de advogada;

2º) A advogada não é Heila, como está na autuação, e sim, Heila.

O Impetrado é o Juízo Federal da 4ª Vara do Rio de Janeiro.

Pela petição inicial, verifica-se que o *habeas corpus* objetiva o trancamento do inquérito policial que se desenvolve na Polícia Federal, instaurado por solicitação da Meritíssima Juíza da 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro, invocando o Impetrante e Paciente “a ilicitude dos meios utilizados”.

A narrativa dos fatos, à fls. 2/3, está assim formulada:

“No dia 14 de novembro de 1990, o IMPETRANTE desembarcou no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, pelo voo 983, da empresa aérea AMERICAN AIRLINES, trazendo em sua bagagem, além de objetos de uso pessoal, quinze (15) volumes contendo aparelhos eletrônicos.

Ocorre no entanto que, antes mesmo que o IMPETRANTE tivesse tido a oportunidade de declarar os aparelhos que trazia em sua bagagem, o ex-Inspetor da Receita Federal no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro - Dr. PAULO JESUS DE MATOS CORTEZ - reteve os objetos de forma violenta e arbitrária, sem o mínimo de respeito com os passageiros que ali se encontravam como cidadãos brasileiros, e não como acusados pela prática de qualquer crime.”

Houve apreensão da mercadoria, através de Termo de Apreensão e Guarda Fiscal.

Em 08/02/91, o Paciente impetrou mandado de segurança para a liberação da mercadoria, como ele próprio esclarece:

“Assim é que, em 08/02/91, foi impetrado o remédio heróico do Mandado de Segurança, que tomou o nº 91.4287-0, distribuído inicialmente para a 10ª Vara Federal.

Ouvido o MP, no item 6, do seu Parecer, o mesmo entende ser aplicável o artigo 61 da Lei nº 5.010, de 30/05/66, que estabelece a competência de uma das Varas Criminais desta Seção Judiciária para o processo e julgamento do feito (...)”

De fls. 05 consta a sustentação do MP:

“Em face do exposto, opina o Ministério Público Federal, PRELIMINARMENTE, pela decretação da nulidade do presente processo, face à incompetência absoluta do Juízo Cível em matéria de apreensão de mercadorias procedentes do

Exterior, e NO MÉRITO, reconhecendo a nulidade do procedimento irregularmente adotado pela Administração Fiscal na retenção das mercadorias mas também o dever de o Impetrante satisfazer os tributos e multas devidos na espécie, pela CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA, para fins de liberação dos bens após o atendimento das cautelas acima alvitradas.”

Prossegue o Impetrante em sua narrativa:

“Em DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, o MM. Juiz da 10ª Vara Federal declara a incompetência absoluta deste Juízo e declina para a Vara especializada em matéria criminal.”

Por redistribuição, o *Mandamus* foi remetido à 4ª Vara Federal.

Às fls. 105, a MM. Juíza da 4ª Vara Federal prola o seguinte despacho:

“Converto o julgamento em diligência:

Certifique a Secretaria se há inquérito policial instaurado para apurar estes fatos. Caso contrário, oficie-se à Polícia Federal solicitando a instauração, remetendo-se cópias das fls. 26/27, 39/43, 48, 49/80, 88/89 e 91/96, tendo em vista o que consta às fls. 95, item 14.”

O *habeas corpus* invoca os 02 (dois) fundamentos básicos:

1º) Inocorrência do delito de descaminho, tendo em vista que as mercadorias estavam no pátio do aeroporto, e não tinham chegado à esteira de entrega aos passageiros;

2º) A MM. Juíza não teria competência para requisitar a instauração de inquérito policial.

Salienta o Impetrante que se teria identificado uma situação esdrúxula, porque, tendo impetrado mandado de segurança para assegurar o seu direito e de liberação da mercadoria, no processo respectivo a MM. Juíza teria determinado a instauração do inquérito policial.

Diz o Impetrante quanto a este ponto:

“Ressalte-se, também, por oportuno, que, se tivesse nos autos qualquer indício do cometimento de qualquer delito, os próprios Procuradores da República haviam feito o enquadramento legal.

Se dois Membros do Ministério Público (*Dominus litis*) se manifestaram no Feito, pela Concessão da Segurança, sem provocar a instauração de procedimento administrativo preparatório de uma ação penal, *data venia*, NÃO CABE ao órgão jurisdicional, infringindo os princípios constitucionais da inércia da jurisdição e do sistema acusatório, determinar a instauração de inquérito policial.

Segundo o que dispõe o artigo 40 do Código de Processo Penal,

“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os Juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários

ao oferecimento da denúncia.” (os grifos são nossos).

Como se lê acima, os Juízes, ao verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Isto convém frisar que, tal medida direcionada ao MP deve ser independente do Mandado de Segurança, pois, como acima já foi dito, em Mandado de Segurança não há cabimento para diligências ou provas outras o direito líquido e certo está sobejamente provado de plano.

SE A MM. JUÍZA A QUO QUER INSTAURAR INQUÉRITO POLICIAL, QUE O FAÇA EM OUTRO INSTRUMENTO FORA DO MANDADO DE SEGURANÇA.

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela Lei - ação típica, antijurídica e culpável, - e as exigências do MP, constantes de fls. 95, item 14, NENHUMA se tipifica como crime, pois são exclusivamente ROTINAS DE IMPORTAÇÃO, não havendo, pois, qualquer ação antijurídica ou ilícita.

Com respeito à instauração de inquérito policial, restou provado que a matéria do presente *mandamus* não se situa dentro da esfera penal, vez que:

“O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices.”

Para que o inquérito policial seja instaurado, *mister* se faz que a ação praticada pelo IMPETRANTE seja tipificada como CRIME, no caso, por se tratar de importação de mercadoria, a tipificação recairia nas disposições do artigo 334, do Código Penal - CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

No Contrabando, a configuração, segundo o *caput* do citado artigo, é:

“a exportação ou importação de mercadoria proibida...” o que não se enquadra no caso em lide, pois a mercadoria não estava com importação proibida, tanto é verdade que, nem a Receita Federal e nem os Procuradores da República, assim a qualificaram.”

O presente processo de *habeas corpus* foi distribuído durante o recesso coletivo e, em razão disso, chegou às mãos do Exmo. Sr. Presidente, Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA, que solicitou informações.

As informações estão às fls. 27/28, e estão vazadas nos seguintes termos:

“A competência deste Juízo para apreciar e julgar o Mandado de Segurança interposto pelo paciente firmou-se precisamente no fato de tratar-se de apreensão de mercadoria irregularmente introduzida no país, ao teor do art. 61, da Lei nº 5.010/66, que teve por escopo evitar decisões conflitantes a serem eventualmente prolatadas nas esferas civil e penal.

Evidente que, para tanto, faz-se mister averiguar a existência ou não de inquérito policial instaurado. No caso, em não havendo, decidi mandar instaurar desde logo, em face do disposto no art. 40 do CPP e art. 103 do Decreto-lei nº 37/66.

É que, a meu aviso, há que se apurar eventual infração ao art. 334, caput c.c. o art. 14, II, do Código Penal, à medida em que, consoante informações da autoridade apontada como coatora (doc. nº 1), de alguma forma tentou-se iludir o pagamento de direito e imposto devidos pela entrada de mercadoria estrangeira no país.

Por oportuno, informo a Vossa Excelência que, em 18/07/91, foi publicada sentença relativamente ao mandamus, consoante cópia anexa (doc. nº 2).”

Nesta sentença, a MM. Juíza concedeu a segurança, julgando procedente, em parte, a pretensão:

Pedi informações sobre se já houvera distribuição, nesta Corte, do agravo de instrumento, contra a primeira determinação de instauração de inquérito policial, conforme deferido às fls. 42, tendo sido a resposta negativa (fls. 61/64).

O processo foi remetido ao Ministério Público, que, através do seu ilustre Representante, o Professor JUAREZ TAVARES, manifestou-se pela concessão da ordem salientando que, em brilhante parecer, sustenta:

“As questões tratadas neste Habeas Corpus dizem respeito a:

a) Se a concessão parcial da segurança, liberando mercadoria apreendida pela Receita Federal, impede o prosseguimento de apuração policial do fato;

b) Se a autoridade judiciária pode requisitar a abertura de inquérito policial para apurar a prática de infração penal de que tenha conhecimento em autos ou papéis que passaram por suas mãos.

A resposta à primeira questão não pode ser fornecida senão mediante o exame dos termos da sentença concessiva da segurança. É que a interação da decisão cível no processo penal depende precisamente do alcance, da extensão e dos fundamentos que nela se contêm. A tese da independência e autonomia das responsabilidades administrativa e penal tem merecido dos Tribunais, entre os quais dessa 2ª Turma, por influência do eminente Desembargador Federal D'Andréa Ferreira, a necessária correção no sentido de condicioná-las ao exame do caso concreto e de suas implicações.

No caso presente, depreende-se da sentença concessiva da segurança de fls. 114/122 que a liberação da mercadoria teve por base a irregularidade do procedimento de apreensão e decretação de perdimento da mercadoria trazida do exterior pelo impetrante, notadamente porque, segundo a Magistrada, não foram cumpridos formas e prazos estipulados nos artigos 23 a 27 do

Decreto-lei 1.455/76 e art. 31 da Instrução Normativa 077/84 da Secretaria da Receita Federal. Inobstante, ressalta a sentença que a quantidade e qualidade da mercadoria apreendida revela indispensável finalidade comercial, de modo a desconsiderá-la como bagagem. Igualmente, ali resguardou-se, mesmo no caso do pagamento do imposto, a incidência ao fato da legislação criminal. É verdade que a liberação da mercadoria, tal como efetuada na sentença, poderá inviabilizar a prova pericial, indispensável para o sucesso do procedimento criminal respectivo. Este fato, porém, não constitui óbice a que se pesquise na esfera criminal acerca da existência ou não de contrabando ou descaminho. Mesmo que agora se possa entender correta essa liberação, está ela, todavia, sujeita ao necessário reexame por esse Tribunal, quando então produzirá ou passará a produzir os seus devidos efeitos. No atual estágio de conhecimento não é possível declarar-se desde logo que não há justa causa para o procedimento criminal, pelo simples fato da concessão da segurança.

No que toca à segunda questão, a discussão é mais séria.

Com efeito, afirma o impetrante que nos termos do art. 40 do CPP não pode a autoridade judiciária requisitar a abertura de inquérito antes de remeter as peças ao Ministério Público.

Aclarando desde logo os fundamentos do pedido, convém reproduzir o art. 40 do CPP:

‘Art. 40 - Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os Juízes ou Tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.’

Por outro lado, o art. 5º do CPP dispõe expressamente o seguinte:

“Art. 5º - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - De ofício;

II - Mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Na originária sistemática, portanto, do Código de Processo Penal, o inquérito policial pode ser requisitado tanto pelo Ministério Público quanto pelo Juiz.

A atual Constituição Federal, no entanto, estabeleceu no seu art. 129 que:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

*.....
VIII - Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.*

Em face dessa norma, por conseguinte, a questão da investigação criminal e da instauração de inquérito policial, quando não tomada espontaneamente pela autoridade policial, como se autoriza no art. 144 da Constituição, é afeta ao Ministério Público e não ao Judiciário. Este evidentemente poderá solicitar se proceda contra alguém pela suposta prática de fato criminoso, jamais, porém, obrigar que esta investigação ou o inquérito se instaure. Caso ocorra divergência entre a autoridade judiciária e o representante do Ministério Público, pode aquela valer-se da aplicação analógica do art. 28 do CPP e remeter a questão ao crivo do Procurador Geral.”

*.....
“Ao redigir a norma do art. 129, inciso VIII da Constituição Federal, bem se vê que o legislador constituinte teve como escopo separar nitidamente a função jurisdicional da função acusatória, atribuindo ao Ministério Público poderes exclusivos de persecução criminal. Em complemento a esta sistemática, estabelece-se expressamente no art. 5º, LV, da mesma Constituição, a garantia do contraditório e da ampla defesa não só no processo judicial como também no procedimento administrativo. Se no procedimento administrativo, o qual compreende também o inquérito policial, é assegurado ao acusado o mesmo direito que se lhe confere no processo judicial, está claro que ao Judiciário competirá velar por essas garantias como órgão imparcial.*

Admitir-se que o Juiz possa requisitar o inquérito policial e inclusive dirigi-lo implica exatamente não só a usurpação de função institucional do Ministério Público como violação dos preceitos de garantia relativamente à ampla defesa e ao contraditório, os quais dependem para sua concretização da condição de imparcialidade da autoridade judiciária, imparcialidade esta que estaria seriamente abalada se permitida a sua interferência na persecução criminal, para iniciá-la ou conduzi-la.

Quando a Constituição Federal atribui ao magistrado, com exclusividade, salvo o caso de flagrante delito, a decretação de prisão dos acusados, em casos de necessidade ou urgência, o faz não como demonstração de que também ao Judiciário se atribui parte da função persecutória, mas sim na condição de que as garantias que são asseguradas a esses acusados possam persistir sob o controle de alguém (Juiz) que não tenha interesse no desfecho da causa, contra ou a favor de quem quer que seja. Portanto, nos casos expressos em que se permite ao Judiciário intervir, como parte ativa, na persecução criminal, de certa forma auxiliando o seu desfecho, não se está cogitando propriamente de que o Ministério Público e o Judiciário possam, unidos e

separadamente, determinar a responsabilidade criminal de alguém, mas que essa intervenção do Judiciário se faz necessária para impedir que as garantias constitucionais se tornem violadas e o destino dos acusados enfeixado nas mãos e na orientação do órgão acusador.

Dessa forma, o art. 5º, II, do Código de Processo Penal, ao conceder ao Juiz o poder de requisição de inquérito policial contra alguém, se põe em desacordo com os preceitos constitucionais de garantia, porquanto nessa tarefa de requisição, ao contrário do que pretende a sistemática constitucional, não está o Juiz exercendo o controle imparcial da persecução, senão atuando como órgão persecutor, o que evidentemente contradiz a essência de sua função de julgador.”

Cita o eminente Procurador Regional da República legislação estrangeira, para demonstrar que, mesmo nos regimes em que vigora o juizado de instrução, a iniciativa, no procedimento preliminar, é substancialmente do Ministério Público (fls. 57/58).

E conclui, voltando ao Direito Brasileiro vigente (fls. 58/60):

“Examinando-se com atenção as disposições da Constituição de 1988, relativamente à investigação criminal - artigos 5º, LIV e LV, 129, VIII e 144 - chega-se à conclusão de que se introduziu no país um juizado de instrução atípico, onde se destacam duas fases procedimentais: Na primeira, puramente preliminar, a investigação está subordinada à polícia, a qual realizará, por sua própria iniciativa, ou à requisição do Ministério Público ou do Juiz, as tarefas destinadas a elucidar acerca de indícios da ocorrência de crime e de seu autor. A segunda, que poderá iniciar-se por prisão em flagrante, é a do inquérito policial, no qual já está manifestada a verificação de crime em determinado episódio.

Esta fase só pode ser requisitada pelo Ministério Público, jamais pela autoridade judiciária. É que, consoante o art. 5º, LV da Constituição, sendo obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa, estaria violado este princípio, em decorrência do rompimento do equilíbrio processual, caso o Juiz, encarregado de velar pelo seu cumprimento, já se tivesse declarado a favor da instauração do procedimento.

A perfeita delimitação entre as fases da investigação preliminar, denominada de diligências investigatórias no art. 129, VIII, da Constituição, e do inquérito é importante para fixar as linhas divisórias da atuação judicial.

Se no inquérito, porque envolve a garantia da ampla defesa e do contraditório, não pode a autoridade judiciária requisitá-lo, já no caso das diligências investigatórias pode fazê-lo, em caso de extrema necessidade, porquanto sua atuação,

nessa hipótese, se justifica pelo relevante interesse público.

Exatamente em prol dessa dicotomia da atuação da persecução criminal é que fala a locução processo administrativo contida no art. 5º, LV da Constituição. Embora o inquérito não constitua um processo, no sentido estrito da palavra, a inserção em seu bojo da ampla defesa e do contraditório o transforma verdadeiramente em procedimento judicialiforme, cabível na expressão processo administrativo.”

.....
“In casu, ao verificar no decorrer de Mandado de Segurança impetrado pelo paciente a possível ocorrência de crime, requisitou a ilustre Juíza o inquérito policial, sem haver remetido as peças ao Ministério Público para que este o fizesse.

Claro está que havia, concretamente, indícios de atividade delituosa, haja vista o número de volumes com material eletrônico apreendido pela Receita Federal. Contudo, o inquérito não poderia ter sido instaurado por requisição da autoridade judiciária, ainda mais no âmbito e no decorrer do processo de Mandado de Segurança.

Fazendo-o, a ilustre Juíza violou o princípio básico da imparcialidade.

Relativamente ao fato imputado ao paciente, há evidentes indícios da prática do crime do art. 334 do CP, em face da quantidade da mercadoria apreendida - 15 volumes, a sua natureza - material eletrônico - e as circunstâncias em que fora deixada no aeroporto - na parte externa e longe do controle alfandegário.

A alegação do depósito do valor do imposto ou mesmo seu pagamento não ilidem a responsabilidade penal.

Isto posto, deve ser concedida a ordem unicamente para o efeito de declarar a nulidade da requisição do inquérito policial contra o paciente, efetuada pela ilustre Juíza da 4ª. Vara Federal, resguardando-se, entretanto, o faça o Ministério Público, se assim entender cabível.”

É o relatório.

Rio, 24/09/91.

VOTO

O Desembargador Federal D'Andréa Ferreira:

Todos os casos que nos chegam para estudo, processamento e julgamento são importantes, pois sempre há direitos, obrigações, interesses, porções maiores ou menores das vidas das partes.

É certo, no entanto, alguns feitos oferecem conotações de relevância e de significado especiais, na medida em que, na oportunidade de se decidir quanto ao caso individualizado, na verdade nos põem eles em face de questões jurídicas, especialmente jurídico-constitucionais, da maior importância; e, para a solução

adequada da hipótese, não podemos ficar, tão-somente, no âmbito estreito dos fatos específicos do caso vertente, nem no trivial do Direito Objetivo literalmente considerado.

Pelo que consta dos autos, percebemos que a questão envolve a apreciação de uma profunda modificação introduzida pela Constituição Federal de 1988, no que tange à atuação policial, judicial e do Ministério Público, referente à fase, embora preliminar, de decisiva importância na apuração da ocorrência de delitos, e da fixação de sua autoria, que é o segmento do inquérito policial.

O Poder Judiciário, quase sempre, tem sido muito criticado, como sendo um Poder conservador, inerte, não apenas porque, jurisdicionalmente, só pode agir mediante provocação; mas também porque seria inerte, do ponto de vista político e jurídico, na medida em que impermeável às modificações da realidade social e, o que se torna mais grave, em face da evolução legislativa, do alcance dessas modificações, especialmente quando são bastante profundas e de índole constitucional. Por isso, qualquer Revolução que ocorra, mexe ela rapidamente com o Judiciário.

Isso aconteceu na Revolução Francesa; a criação do Contencioso Administrativo se deveu ao fato de que, no Antigo Regime, o povo tinha mais ódio ao Judiciário da época do que ao próprio Rei. Muitas vezes, o Monarca, já antevendo a *débacle* do regime, queria inovar alguma coisa em favor do povo, mas os juízes se mostravam infensos a essas modificações. Assim, logo após a Revolução Francesa, editou-se famosa lei que estatuiu que aos juízes era vedado o conhecimento dos atos emanados do poder público.

Os revolucionários, eles mesmos, preferiram que as pessoas se dirigissem à própria Administração, do que aos Juízes, na expectativa e na esperança de que aquela fosse mais aberta às mudanças político-sociais então introduzidas, do que à própria Justiça. Essa exclusão, da Justiça Comum, do conhecimento dessas questões, se manteve até os dias atuais, com o nascimento, o florescimento e a grandeza da Justiça Administrativa francesa.

Quando era membro do Ministério Público, sobreveio uma nova Lei de Alimentos, cujo projeto era de autoria do então Procurador de Justiça CORDEIRO GUERRA, que foi bastante inovador ao elaborar o anteprojeto da atual Lei de Alimentos, dispensando a prova de pobreza, criando a concessão liminar dos alimentos provisórios, etc. Uma vez sancionada a lei, houve uma reunião, sobre ela, de Juízes, Curadores, Defensores, ligados às Varas de Família, com a participação do Ministro que defendia as novidades daquele diploma.

Um Juiz de uma dessas Varas, em certo momento, declarou que, apesar de achar válida a reunião, a

considerava absolutamente inútil, porque, apesar de todas as inovações normativas, no que dependesse dele, e acreditava que fosse isso acontecer generalizadamente, tudo ficaria igual, pois manteria uma postura conservadora.

É claro que se trata de uma situação real, mas creio que o Judiciário, no seu todo, não pode ser acusado de ser tão conservador ou reacionário.

A Justiça Federal, muito especialmente depois da criação dos Colendos Tribunais Regionais Federais, do surgimento do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de uma renovação dos quadros do Excelso Pretório, sinalizam no sentido de uma postura corajosa, de consciência dos problemas sociais, como no campo da criminalidade, de defesa das liberdades individuais e, certamente de sensibilidade para as modificações legislativas, mormente as constitucionais, refutando exatamente as normas que não se compatibilizem com a nova Constituição Federal.

No momento em que se ameaça com uma revisão constitucional atípica, de finalidades políticas imprecisas, de textos com conteúdo duvidoso do ponto de vista técnico, me parece de fundamental importância que se procure, em cada caso, analisar a Constituição vigente com carinho, extraíndo todas as coisas boas, que sabemos, ela contém, e que são em grande número, amadurecendo, ao máximo, sua interpretação e aplicação.

Apesar do método adotado no processamento da Constituinte, sua atividade resultou num trabalho que considero muito bom. Logicamente, há necessidade da citada maturação na sua interpretação; as questões vão surgindo e vamos vendo até que ponto os dispositivos constitucionais permitem uma interpretação adequada, no sentido, muito especialmente, de uma modificação positiva de superação de tradições estiolantes no campo de atuação do Poder Público.

No caso específico dessa fase preliminar do processo penal, o da polícia judiciária, a Constituição inovou profundamente, com repercussões significativas, quer do ponto de vista do sistema, do Direito Objetivo, quer nas suas repercussões na prática diuturna da apuração de crimes, das investigações que se desenvolvem no sentido da fixação de responsabilidades penais.

O ponto que me parece fundamental é lembrar-se que a Constituição atual destina dispositivos específicos para o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia, que, institucional e funcionalmente, têm sua identidade e viram engrandecidas sua estrutura e atuação.

Assim, mercê de uma afirmação progressiva dos seus membros, a Constituição atual deu ao Ministério Público uma posição que este jamais houvera ostentado anteriormente em plano constitucional,

não só quanto ao conteúdo e finalidade de sua competência, mas também, do ponto de vista da organização política do Estado Brasileiro, colocando-se o *Parquet* no quadro dos Poderes Políticos, porém fora dos três Poderes tradicionais, numa posição em separado, perfeitamente caracterizada de instituição essencial à realização da justiça, de instituição de provedoria de justiça, num conjunto com outras organizações, e que forma um verdadeiro Quarto Poder.

Outrossim, verificamos que, pela primeira vez, a nova Constituição trouxe a Polícia, os organismos ligados à preservação da segurança pública, para o nível constitucional, de uma forma sistêmica, com um capítulo específico. O Judiciário, por seu turno, foi redimensionado e fortalecido em sua jurisdição.

Destarte, precisamos ter em mente que a Constituição é, agora, a matriz da estrutura e das funções - cada um dentro da sua área de atuação e na estruturação organizacional do Estado Brasileiro - do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia. Por tudo isso, há uma evidência da preocupação do Constituinte em definir atribuições, em escandir o campo de atividade de cada uma dessas instituições do Poder Público, numa interação harmoniosa para a prossecução dos fins que lhes são atribuídos.

Dentro de uma linha evolutiva, que já vinha dos regimes anteriores, a nova Constituição, às escâncaras, equiparou o processo judicial, e o processo administrativo, em termos de garantia da ampla defesa, e do contraditório, assegurando todos os meios e os recursos que são insitos e necessários à plena efetividade desses princípios. Estas modificações da Constituição são o produto final de toda uma evolução anterior, e assim, neste campo da ampla defesa e do contraditório, em termos de processo administrativo, está consagrado, no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o seguinte:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

A expressão aos acusados em geral é importante, na medida em que, já no sistema anterior, se considerava que o indiciado era um acusado (v. nosso trabalho A Garantia da Ampla Defesa, na Rev. de Dir. do MP, 19:60). Agora, com esta cláusula ampla, parece-me que ninguém poderá pôr em dúvida que os indiciados são efetivamente acusados; seja no processo administrativo punitivo interno, o processo disciplinar, seja no processo administrativo punitivo externo.

No tocante ao processo administrativo policial, a Constituição dedicou-lhe vários dispositivos. Como sabemos, a atividade policial preliminar em relação à

ação penal, sempre foi considerada, subjetiva e materialmente, uma atividade administrativa, nesse último sentido de caráter instrumental; no entanto, tem peculiaridades muito especiais, e o inquérito policial se caracteriza como sendo uma atividade de polícia judiciária, expressão que traduz um conteúdo muito próprio.

Sabemos que os autores distinguem a polícia administrativa, que teria índole preventiva, pois que, é aquela que busca evitar a prática ou impede a sua continuação em termos de abuso de poder, de ilicitudes das pessoas, no exercício de seus direitos, de seus poderes, das suas faculdades, o que vai atingir lesivamente interesses políticos relevantes, tradicionalmente, a segurança, a tranqüilidade e a saúde públicas e, atualmente, outros mais, com a detecção de outros interesses públicos e sociais, também relevantes, como os de índole econômica.

Por outro lado, segundo essa linha de entendimento tradicional, a polícia judiciária é a vinculada à apuração de crimes, à fixação da sua autoria.

O adjetivo judiciário está colocado para evidenciar que se trata de um instrumento fundamental para a atuação do Poder Judiciário, em matéria criminal, passando, como uma instância intermediária, pelo Ministério Público, fornecendo a este os elementos para a propositura da ação penal.

E é judiciária, também, essa atividade de polícia, essa faceta do poder de polícia governamental, porque o antigo nome de Direito Processual era Direito Judiciário, e por esse ramo jurídico é que é regulada tal matéria.

Parece-me que isso seja de fundamental importância, por nos mostrar que o inquérito policial, embora materialmente uma atividade administrativa, é um processo. Assim, se fosse tão-somente um procedimento administrativo comum, evidentemente a competência não seria da União Federal para legislar sobre ele, mas sim das várias entidades federativas envolvidas, na medida em que cada uma tem competência privativa, em matéria de Direito Administrativo, inclusive procedimental e processual (cf. art. 24, XI, da CF).

Quando se inicia o inquérito policial, iniciou-se, também, o processo penal. Embora ainda não se tenha o processo penal condenatório, já se tem o processo penal; regido pelo Código de Processo Penal; embora ainda não se receba a ação penal processual, já se tem o exercício da ação penal material, sobre a qual dispõe o Direito Penal.

O eminente jurista, PONTES DE MIRANDA, nos seus Comentários à Constituição Federal, nos mostra que só a União pode legislar sobre inquérito, exatamente por se tratar de processo penal, porque

cabe ao Direito Processual Penal dispor sobre ele, para que tenham eficácia, os atos de polícia judiciária, no futuro processo penal condenatório iniciado pela ação penal processual. Diz Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 67, RT, São Paulo, 1967, II: 63/64) ser matéria de Direito Processual Penal o referente ao inquérito policial, incluindo todos os expedientes verificativos nele contidos, as investigações, exatamente porque cabe ao processo penal dizer como tem de ser feito para que possa ter repercussões no processo penal condenatório ulterior.

Estudando para votar neste caso, consultei o Código de Processo Penal Militar, que, embora anterior à nova Constituição, é mais impregnado das conseqüências da evolução, em termos de apuração de infrações penais. Assim, vi neste Código (arts. 7º e s.; 9º e s.), devidamente sistematizada a matéria, ainda numa fase anterior à nova Constituição, repito, mas, com um tratamento mais moderno, e a adoção de solução a problemas que temos aqui enfrentado. Como exemplo, tivemos aquele caso do recebimento, ou não, da denúncia que não preencheria os requisitos formais do art. 41 do CPP, questão para a qual alvitrei uma solução, no que fui, aliás, vencido: por analogia com o Código de Processo Civil, dar-se um prazo para o Ministério Público suprir as deficiências sob pena de rejeição. Esta solução está explicitada no Código de Processo Penal Militar, no art. 78, que estabelece:

“A denúncia não será recebida pelo juiz se não contiver os requisitos expressos no artigo anterior.”

Esses requisitos são o tempo, o lugar, elementos de qualificação do acusado, exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e as razões de convicção do Ministério Público, elemento, aliás, muito importante, pois que, como sabemos, os elementos preliminares para a denúncia têm que levar à formação desta convicção, de que há fundadas razões para a deflagração do processo penal.

A Constituição Federal estabelece no seu art. 5º, LVII:

“Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

O ilustre processualista WEBER MARTINS PEREIRA salienta que esta foi a forma adotada pelo Constituinte, porque, se não se reconhecer que há um mínimo de convicção no sentido da culpabilidade, não haveria possibilidade, nem mesmo, da propositura da ação penal. Destarte, o reconhecimento da culpa só é feito, conforme o disposto no art. 5º, LVII, da CF; mas, até chegarmos a comprovar a culpabilidade de alguém, principalmente no momento de iniciar-se o processo penal, evidentemente que terá de haver um mínimo de convicção no momento em que se estiver iniciando

o inquérito policial, e naquele em que esse é relatado no sentido da propositura da ação penal; e um pouco mais de convicção do Promotor ou Procurador que propõe a ação e do juiz que recebe a peça inicial, pois do contrário, não haveria a possibilidade da persecução criminal. Por isso, muitos autores consideram que, há no processo penal, mais uma condição da ação, que é a convicção da culpabilidade, que o Código de Processo Penal Militar exige, acertadamente, que seja explícita.

Voltando àquela hipótese de não ter a denúncia preenchido os requisitos expressos no artigo anterior, o juiz, antes de rejeitar a denúncia, mandará, em despacho fundamentado, remeter o processo ao órgão do Ministério Público, para que, no prazo de três dias, contados da data do recebimento dos autos, sejam preenchidos os requisitos que não o tiverem sido.

No que tange ao inquérito policial, o Código de Processo Penal Militar, tal como se esboçava na exposição de motivos do Código de Processo Penal comum, o caracteriza como instrutório, dentro daquela ótica de uma instrução provisória, que pode ser refeita em parte, em juízo, seja a pedido da acusação, seja por provocação da defesa. Mas o parágrafo único do art. 9º do CPPM, que trata da matéria, estatui:

“São definitivamente instrutórios da ação penal, os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código.”

Destarte, outro ponto fundamental, nesta linha de raciocínio, diz respeito a que o inquérito policial é o início da instrução processual. Sabemos que esta instrução é feita no momento mais precioso, que é aquele que se segue à ocorrência do fato criminoso, e, por isso, neste instante é que se coloca a atuação do juizado de instrução, nos Países em que existe. Não é o momento ideal para o julgamento, porque nos crimes de clamor público, tendo em vista o poderio dos meios de comunicação, o julgador poderia estar envolvido num clima de revolta, ou, ao contrário, de permissividade, em relação àquele fato, mas, em termos instrutórios, é fundamental e, em geral, irrecuperável.

Em assim sendo, a nova Constituição prestigiou, ao máximo, o inquérito policial, criando um juizado de instrução atípico, no expressivo e preciso dizer da Procuradoria Regional da República. Dentro do entendimento evolutivo que se tem acentuado, da jurisdicionalização do processo administrativo, prestigiou, também, este processo, garantindo a posição do indiciado, colocando nos devidos posicionamentos o juiz, o Ministério Público e a

autoridade policial, e, com isso, a Constituição logrou obter um resultado, que se apresenta bastante satisfatório, desde que devidamente interpretada e aplicada, embora não tenha sido a do juizado de instrução ortodoxo, que, dentro das possibilidades do País, não é ainda viável. Para que isso se transforme em realidade, é preciso que a Constituição, como salientei, seja devidamente interpretada e aplicada, de modo que o inquérito policial não se transforme num amontoado de papéis inúteis. Assim, para que não haja necessidade de repetição da feitura da prova e, portanto, para que se possa acreditar na produzida pelo inquérito policial, é preciso que se reconheça o tratamento adequado dado pela Constituição Federal a esta matéria.

A Constituição vigente assegurou à autoridade policial um papel fundamental, dando-lhe meios de apuração das infrações penais, de investigação, de inquirição, de sindicância, para que, quando tudo estiver amadurecido, se possa deflagrar o processo penal, mercê da instauração do inquérito policial.

Essa dicotomia, a que se referiu o eminente Professor Juarez Tavares, entre o instituto da apuração da infração penal, com um sentido mais amplo, de gênero, e a polícia judiciária, que é exercida no Brasil no nosso Direito, através do inquérito policial, como espécie; esta distinção é fundamental para a valorização do inquérito policial. Por isso, a Constituição Federal, no art. 144, parágrafo 1º, I, ao tratar da competência da Polícia Federal, estabelece:

“Art. 144

.....
Parágrafo 1º - A Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;”

No inciso IV, deste mesmo artigo, está disposto que:

“Art. 144.....
IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.’

No tocante às polícias civis estaduais, o parágrafo 4º, do art. 144, da CF, estatui:

“Art. 144.....
Parágrafo 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Assim, há uma distinção que faz com que o inquérito policial seja algo especial, dentro do universo de apuração de infrações penais.

A posição do eminente Procurador robustece-se, em face de que, no art. 129, VIII, da CF, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, distingue-se entre diligências investigatórias e inquérito policial:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”

O mesmo fato ocorre no art. 5º, XII, da CF, que trata da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, e que distingue entre a investigação criminal e a instrução processual penal:

“Art. 5º.....
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Apesar de toda oposição manifestada por parte do Ministério Público contra as sindicâncias, a Constituição veio a consagrar essa figura, prestigiando o inquérito policial, de tal sorte que este só tem o seu início quando houver um mínimo de elementos necessários para a deflagração do processo penal, um piso de convicção para tal.

Como a própria legislação refere, o que há, primeiramente, é verificação, averiguação, para a reunião de um mínimo de elementos, para, quando o processo penal iniciar-se com o inquérito, estes elementos já estejam devidamente coletados, não havendo o perigo, temido pelo Ministério Público, porque a própria Constituição Federal lhe deu, como função institucional, a de controle externo da atividade policial, conforme o art. 129, VII, da CF, abrangendo a investigação preliminar.

O controle envolve uma intervenção, função do Ministério Público, que participa dos atos, quando isto for pertinente.

Ao juiz foi reservado um papel nobre, em matéria de inquérito policial. Não se deve pretender que o juiz intervenha no inquérito, mas sim, que tenha a competência adequada à função que exerce, e, como sabemos, tenha como pressuposto a imparcialidade. A distinção feita entre a função administrativa e a função jurisdicional passa pelo atributo da imparcialidade, pois que ambas são funções de execução, de concretização do Direito.

No caso penal, o juiz exerce o poder de punir do Estado detendo o *ius puniendi*. Como sempre salientou ROGERIO LYRA, ao Promotor cabe fazer punir, mas ao Juiz é que cabe punir. Assim, a posição de juiz, no

processo penal, é o do detentor do direito estatal, de punir mas esse direito tem de ser exercido com imparcialidade, com as conotações que são necessárias a que a função jurisdicional seja digna desse nome num Estado de Direito.

O juiz participa do inquérito policial, principalmente, quando está em jogo o *status libertatis* e o *status dignitatis* do indiciado.

Neste quadro, parece-me que, efetivamente, a requisição de abertura de inquérito policial por parte de um juiz - no caso vertente, já estava este no exercício da função jurisdicional, e viria a julgar o caso, porque seria o competente para fazê-lo - quebra completamente esse sistema equilibrado introduzido pela Constituição Federal.

No regime anterior, mesmo diante do disposto no art. 5º, II, do CPP, muitos colocavam certas limitações à atuação do Judiciário. Se formos a comentadores antigos, como o saudoso Desembargador Espínola Filho (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Borsoi, Rio, 6ª ed., 1965, I: 275/276) veremos que dizia ele, sobre o poder de requisição do juiz, que esse poder pode ser utilizado quando no exercício de sua função e quando particular, tiver conhecimento de algum fato criminoso.

Mas o art. 40 do CPP, já limita a atuação, neste campo, do Judiciário, pois nos mostra que o juiz deve dirigir-se ao Ministério Público, quando tiver conhecimento de alguma infração no tocante a atos e fatos ligados ao processo que estiver julgando.

Como já salientei, isso significa uma diminuição do Judiciário, pois haverá muitas hipóteses em que lhe caberá presidir este inquérito preliminar, em relação à propositura da ação penal. Trata-se, por exemplo, do caso previsto em nosso Regimento Interno, no art. 58, que estatui:

“Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, lavrando auto de flagrante se for o caso, se envolver autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Juiz.”

Essa posição tem fundamento constitucional, pois, quando a Constituição, no seu art. 51, IV, trata da competência da Câmara dos Deputados, e quando cuida da competência do Senado Federal, art. 52, XIII, estatui, de forma expressa, que lhes compete o exercício da polícia no âmbito da sua sede, havendo, inclusive, Súmula do STF, nº 397, neste sentido. Ora, ao Judiciário não se poderia negar esta competência.

O Código de Processo Penal, no art. 307, prevê que, toda vez que ocorrer um crime na presença da autoridade judiciária, cabe a esta a expedição da ordem de prisão, e a lavratura do auto de prisão em flagrante.

“Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração desse fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.”

Assim se resguarda, de modo pleno, a dignidade do Poder Judiciário e, como sabemos, pela Lei Orgânica da Magistratura, em regra que existe, também, *mutatis mutantis*, para o Ministério Público, quando se tratar de seus membros, cabe ao Judiciário desenvolver o inquérito quando se tratar de processo penal da sua competência originária (art. 33, p. único, da LOMAN; art. 20 da Lei Complementar nº 40, de 14/12/81).

Destarte, estão resguardadas as hipóteses em que a dignidade do Poder Judiciário seria abalada, se não coubesse a ele a iniciativa da instauração do inquérito e da sua própria condução.

A Lei nº 40/81, do MP, prevê a hipótese de que:

“O Procurador-Geral poderá avocar o inquérito policial quando não houver Delegado de carreira na localidade para poder presidir o inquérito.”

Como salientou o parecer do ilustre Procurador, o poder de provocação do Judiciário, seja para o Ministério Público, seja para a própria autoridade policial, estará sempre presente no tocante à apuração da infração penal, no sentido genérico. Na fase do inquérito, por força dos dispositivos constitucionais, caberá à autoridade policial de ofício, ou ao Ministério Público por disposição constitucional expressa.

Esta apuração prévia está prevista no Código de Processo Penal, art. 5º, parágrafo 3º, quando se tratar de requerimento de qualquer pessoa do povo, a saber:

*“Art. 5º.....
Parágrafo 3º - Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.”*

A evolução mostrou, e a prática também exigiu, que isso se desse em casos em que a autoridade policial tomasse o conhecimento do fato por outras vias.

O inquérito policial é algo que atinge inequivocadamente o *status dignitatis* do indivíduo. A marca do processo penal está nesta pecha, que indelevelmente é aposta à vida daquele que já foi indiciado em inquérito policial e, com maior razão, daquele que já foi acusado num processo, mesmo que absolvido, e mesmo que já tenha cumprido a pena. Por isso, as pessoas gostam de afirmar que nunca

entraram numa delegacia policial, nem mesmo para servir como testemunha.

Por outro lado, é considerado um equívoco do egresso dizer que *'já pagou a sua dívida para com a sociedade'*; esta dívida não foi paga, pois, mesmo após cumprir a pena, aquela marca, e daí o caráter constitutivo da sentença condenatória penal, só se apagará com a figura da reabilitação, que me parece ser totalmente etérea, em termos de Brasil. Aliás, a força da reabilitação estaria nisso, porque aquele fato vai repercutir no futuro, através da reincidência.

Com toda sua força, o Código de Processo Penal estabelece no art. 393, II, que:

"São efeitos da sentença condenatória recorrível:

.....
II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados."

Destarte, só se pode começar o inquérito policial com um mínimo de elementos, e, somente as autoridades que não irão julgar, que não são do Judiciário, poderão deflagrar este segmento de processo penal.

O indiciado tem, pela Constituição, uma série de garantias específicas, pelas quais vela o Ministério Público e que são tornadas efetivas pelo Judiciário, que, por isso, não está alienado do inquérito policial, mas está colocado no lugar que lhe é devido: no lugar de hegemonia, no lugar sobranceiro a estes problemas que surgem em razão do desenvolvimento do inquérito.

Entre as muitas garantias que possui o indiciado, cito como exemplo, a que está no art. 5º, LXIV, da CF, que estatui:

"O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial."

Temos, novamente, neste texto, a idéia de que só à polícia cabe o papel de condução dessa matéria.

Quando adveio a Lei Complementar nº 40/81, tive a oportunidade de escrever trabalhos e dar pareceres na Procuradoria-Geral da Justiça, sustentando que o conjunto de prerrogativas que esta lei e as leis estaduais expedidas à sua sombra asseguravam ao Ministério Público, compreendiam a posição de titular da Polícia Judiciária, mas, com a nova Constituição, isso não se torna mais possível. O Ministério Público pode fazer uma investigação pública, em sentido amplo e destacado da Polícia Judiciária, porém, com as limitações que lhe são pertinentes.

Não podemos deixar de admitir que o Ministério Público possa, diante dos poderes expressos que a Constituição e a legislação lhe conferem, obter elementos para si de convicção; mas, nunca serão processo penal, nunca serão o inquérito policial, e sim, os elementos que, publicamente, mas com limitações

maiores do que as do Delegado, lhes leve à convicção de que necessita para propositura da ação penal.

A palavra apuração tem um sentido preciso, quando se rotula à apuração feita no inquérito policial, pois que apuração é tornar puro, cristalino, isento de vícios. No inquérito, não são apenas sindicâncias, investigações preliminares, etc; é tudo isso, traduzido adequadamente para que se possa embasar a denúncia ou o arquivamento. Aliás, a posição do Judiciário continua firme, porque toda a solução do inquérito caberá ao Judiciário, seja recebendo, seja rejeitando a denúncia, ou ainda aceitando ou se rebelando contra o pedido de arquivamento, ainda que, neste caso, dirigindo-se ao Procurador-Geral.

Concordo, assim, com o eminente Procurador da República na sua fundamentação e na sua conclusão quanto à impertinência do procedimento *in casu*, do Juízo impetrado, que, parece-me, foi induzido em equívoco, no seu comportamento, pela questão da competência, pois o art. 61, da Lei nº 5.010/66, estabelece que:

"Art. 61. Na Seção em que houver Varas de Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país, ficando o juízo prevento para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho (Código Penal, art. 334)."

Verifica-se que a competência para o processo cível conexo não significa, necessariamente, que teremos um processo criminal. A competência cível não está fixada pelo fato de haver o processo criminal, mas, para a hipótese de, eventualmente, vir a ter lugar este processo criminal. Neste caso, a competência cível já é da Vara Criminal. Assim, não há necessidade, para a afirmação dessa competência, que haja o processo criminal e a instauração do inquérito policial. Saliente-se, finalmente, que, em suas informações (fls. 28), a própria Impetrada cita o art. 40 do CPP, que prescreve o endereçamento da atuação do juiz, ao Ministério Público.

Em assim sendo, concordando com o eminente Procurador na sua conclusão de que a instauração, tal como foi feita, não se compatibiliza com o atual sistema constitucional e processual penal, concedo a ordem para que se extinga o inquérito policial.

Sua Excelência também colocou bem a questão quanto ao que podemos chamar de mérito do mérito do *habeas corpus*, e que diz respeito ao trancamento definitivo da atuação processual penal, nos segmentos policial e judicial, sob a alegação da não-caracterização do crime em si mesmo.

No tocante a esse aspecto, do fato em si, embora se possa vir, eventualmente, a sustentar a identificação de mera tentativa de descaminho; ou mesmo que possa não surtir maiores efeitos qualquer providência criminal, mesmo porque, conforme salientou o Impetrante, o Ministério Público teve contato direto com a matéria e não se referiu a procedimento criminal, tenho para mim que, por todas as razões que expus, no atual regime constitucional, o Judiciário deve ser prudente no trancamento de inquérito policial, pois ele deve resguardar-se, para no momento adequado, manifestar-se. Assim, somente

em casos extremos, em que o *habeas corpus*, por abuso de poder, teria a pertinência perfeitamente caracterizada, caberia o trancamento de um inquérito policial, e, conseqüentemente, da atividade punitiva do Estado.

Destarte, por todo o exposto, concedo a ordem para anular, *ab initio*, o inquérito policial, ressalvada a iniciativa de novas investigações e de instauração de outro inquérito policial, de modo hábil.

Rio, 24/09/91.

D'ANDRÉA FERREIRA

Desembargador Federal

Caráter humanitário da concessão de benefícios previdenciários

O julgado em apreço fundamenta o seu arrazoado no caráter humanitário da concessão de benefícios previdenciários, valendo-se para tanto de uma sugestiva comparação entre o tratamento conferido pela lei aos segurados idosos e a tutela estatal dispensada aos animais consoante a Lei de Proteção aos animais (Decreto nº 24.645/34).

Apelação Cível

Proc. nº 90.02.08648-2/RJ

Relator: Des. Fed. HENRY BIANOR CHALU BARBOSA

Apelante: M. C. P. G.

Apelado: Instituto Nacional de Previdência Social

Remetente: Juízo de Direito da 20ª Vara da Comarca de Três Rios/ RJ

DJU II, de 19/03/92, pág. 6092

PREVIDENCIÁRIO CONCESSÃO DE BENEFÍCIO.

I - No caso presente, um ancião, agora com noventa anos, valeu-se de possíveis fraudes para obtenção de aposentadoria. O benefício, no seu valor mínimo, deveria ser concedido, conforme estabelecido no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, por ter se tornado ela auto aplicável, em virtude de, até o momento, não ter sobrevivido a lei referida em tal dispositivo. Ademais, o benefício deveria, também, ser concedido, mediante a simples comprovação de se tratar de um ser humano. Invoca-se, para tanto, assim como o fez o saudoso Jurista Sobral Pinto, o Decreto nº 24.645/34, Lei de Proteção aos Animais, quando, no seu artigo 11, afirma: "*todos os animais existentes no País são tutelados do Estado*". Já os brasileiros, somente gozarão de tal tutela se conseguirem, embora em idade provector, doentes e desamparados, comprovar a prestação de serviços durante trinta anos. Pelo artigo 21, parágrafo 31, do mesmo diploma legal: "*os animais serão assistidos em Juízo pelo representante do Ministério Público*". Já, o segurado humano destes autos só logrou manifestação contrária à sua causa. O artigo 31, inciso V, da mesma lei considera maus tratos: "*abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária*". O autor, com quase um século de existência, aguardou em vão, durante anos, a concessão de auxílio-doença que, finalmente, não veio.

II - Recurso provido, em parte, para condenar o INSS a pagar ao autor o benefício de um salário mínimo mensal a partir do ajuizamento da ação. Sem honorários nem custas em face da gratuidade e da sucumbência recíproca.

POR UNANIMIDADE, DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL CHALU BARBOSA: M. C. DE P. G., qualificado nos autos, intenta AÇÃO SUMARÍSSIMA em face do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, alegando que é segurado da Previdência Social, contribuindo como autônomo de julho/81 a junho/82, ocasião em que requereu aposentadoria, quando já contava 82 anos de idade. Que até a presente data não se cumpriu tal benefício, embora já tenha sido o mesmo deferido e calculado, requerendo ao final seja determinado o seu pagamento.

O MM. Juiz *a quo* assim decidiu (fls. 16/18):

“Numa análise do Processo Administrativo em apenso, verificamos que o Autor requereu Auxílio-Doença junto ao Órgão Previdenciário, apresentando C.P. nº 38.819/8A 2ª Via.

Como se vê de fls. 02, o referido benefício foi indeferido, pelo fato de não ter sido confirmado o vínculo empregatício do segurado junto às firmas constantes de sua Carteira Profissional, tudo constatado de xerox da documentação apresentada. Note-se, inclusive, que às fls. 5, encontra-se xerox do Atestado de Afastamento e Salários (AAS), fornecida pela firma Tecidos Sineiros Ltda., constando que o Autor ali trabalhou durante o período de 03/11/77 a 30/06/82, afastado por acordo judicial.

E, conforme pedido inicial, o Autor contribuiu como motorista autônomo de julho/81 a junho/82, então, quando ainda trabalhava na firma acima referida. Através de sindicâncias apurou o Órgão o seguinte:

- a) não houve comprovação da real prestação de serviços nas firmas constantes da Carteira profissional do Autor;*
- b) que os contratos de trabalho apresentados pelo mesmo, de diversas firmas, são fictícios, pressupondo que foram feitos pela mesma pessoa, dada a semelhança das letras e números ali inseridos (fls. 17);*
- c) ser o Autor já bastante conhecido junto à Previdência Social, inclusive gerando até Circular, face a “Contratos Gratuitos” forjados para si e para terceiros (fls. 13);*
- d) como motorista autônomo, contribuiu ele a partir de julho de 1981, quando já contava 75 anos de idade.*

E, não havendo, conforme realmente não houve comprovação da real prestação de serviço nas firmas constantes da Carteira Profissional do Autor, como se infere do Processo Administrativo, não há como acatar o seu pedido constante da inicial.

Isto, porque o Autor, conforme o seu pedido comprova apenas, através de carnês de fls. doze

meses de contribuição, tendo como início o mês de julho de 1981, quando já contava ele setenta e poucos anos de idade (não se podendo esclarecer a idade exata, eis que não consta dos autos qualquer documento comprovando a data de nascimento do mesmo).

E, se a sua inscrição como motorista ocorreu após 60 anos de idade, será ela indevida.

Diante do exposto, atendendo a tudo quanto foi argumentado e demonstrado e tudo mais que dos autos consta JULGO IMPROCEDENTE o pedido requerido por M. C. DE P. G. em face do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, uma vez que as provas trazidas aos autos demonstram que ele não fez jus ao benefício pleiteado.”

M. C. DE P. G. apresentou suas razões com o MEMORIAL, na seguinte forma: (fls. 22/23):

1 - O interessado e segurado da Previdência Social formulou pedido administrativo de AUXÍLIO-DOENÇA em face de acometimento de moléstia, tendo recebido LAUDO favorável, mas a Coordenadoria indevidamente entrevistou e tergiversou o benefício, arrastando-se o feito nº INPS 0441.691/3 e 35.331.0038.1 por longos meses, não obstante a farta documentação, o que levou o autor ao desespero a bater às portas do Judiciário, requerendo o benefício maior de APOSENTADORIA.

2 - Juntou mais os recolhimentos de AUTÔNOMO, já que a prova da DEPENDÊNCIA E SEGURIDADE empregatícia foi anteriormente comprovada administrativamente.

E como foi de período curto a autonomia, a autarquia alegou sibilantemente que o interessado não tinha tempo suficiente de contribuição e não obstante INSISTENTES pedidos tanto do autor quanto da requerida o processo administrativo só veio a Juízo com enorme prejuízo para a Ordem Pública e para a Justiça, porque a demora levou o ilustre Juiz a laborar em equívoco e considerar apenas o tempo de autônomo, o qual, porém, já bastava para o deferimento do pedido em face de ser superior a DOZE MESES.

Com a vinda do feito administrativo só cambiado com a disposição do HABEAS DATA se esclareceu ao direito cristalino e meridiano do interessado.

O Instituto Nacional de Previdência Social INPS apresentou às fls. 27/28 suas contra razões nos seguintes termos:

A respeitável sentença de fls. 16/18 deverá ser mantida pelos seus próprios fundamentos, eis que prolatada com base nas provas dos autos e na legislação em vigor.

Elogiável a r. sentença do Juiz *a quo*, pois examinou os mínimos detalhes, concluindo que o autor caiu em contradição ao afirmar na inicial e juntar

carnês de que contribuiu como autônomo desde julho de 1981 (doc. 6), enquanto que no processo administrativo, fls. 5 (apenso), consta que o mesmo trabalhava, naquele mesmo período, para a firma Tecidos Sineiros Ltda.

O documento de folhas 13 (Adm.) muito depõe contra o recorrente, e outros documentos de sindicâncias demonstraram a inexistências das firmas e períodos que o mesmo alegou ter trabalhado. (firmas fantasmas).

Quanto à contribuição de 12 meses que alega o recorrente ter contribuído para a previdência, esta contribuição é considerada, apenas, para efeito de pecúlio e não lhe dá o direito à aposentadoria (art. 91 do Decreto nº 83.080 de 24/01/79) Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

Assim, por falta absoluta de provas nos autos do que alega em seu pedido, espera a autarquia ora recorrida que seja negado provimento ao recurso de apelação, confirmando, essa Egrégia Câmara, a r. sentença, por medida de inteira JUSTIÇA.

É o relatório.

VOTO

O MM. Juiz *a quo* assim decidiu a controvérsia:

“Numa análise do Processo Administrativo em apenso, verificamos que o Autor requereu Auxílio Doença junto ao Órgão Previdenciário, apresentando C.P. nº 38.819/8A 2ª Via.

Como se vê de fls. 02, o referido benefício foi indeferido, pelo fato de não ter sido confirmado o vínculo empregatício do segurado junto às firmas constantes de sua Carteira Profissional, tudo constatado de xerox da documentação apresentada.

Note-se, inclusive, que, às fls. 5, encontra-se xerox do Atestado de Afastamento e Salários (AAS), fornecida pela firma Tecidos Sineiros Ltda., constando que o Autor ali trabalhou durante o período de 03/11/77 a 30/06/82, afastado por acordo judicial.

E, conforme pedido inicial, o Autor contribuiu como motorista autônomo de julho/81 a junho/82, então, quando ainda trabalhava na firma acima referida.

Através de sindicâncias apurou o Órgão o seguinte:

a) não houve comprovação da real prestação de serviços nas firmas constantes da Carteira profissional do Autor;

b) que os contratos de trabalho apresentados pelo mesmo, de diversas firmas, são fictícios, pressupondo que foram feitos pela mesma pessoa, dada a semelhança das letras e números ali inseridos (fls. 17);

c) ser o Autor já bastante conhecido junto à

Previdência Social, inclusive gerando até Circular, face a “Contratos Gratuitos” forjados para si e para terceiros (fls. 13);

d) como motorista autônomo, contribuiu ele a partir de julho de 1981, quando já contava 75 anos de idade.

E, não havendo, conforme realmente não houve comprovação da real prestação de serviço nas firmas constantes da Carteira Profissional do Autor, como se infere do Processo Administrativo, não há como acatar o seu pedido constante da inicial.

Isto, porque o Autor, conforme o seu pedido comprova apenas, através de carnês de fls. doze meses de contribuição, tendo como início o mês de julho de 1981, quando já contava ele setenta e poucos anos de idade (não se podendo esclarecer a idade exata, eis que não consta dos autos qualquer documento comprovando a data de nascimento do mesmo).

E, se a sua inscrição como motorista ocorreu após 60 anos de idade, será ela indevida.

Diante do exposto, atendendo a tudo quanto foi argumentado e demonstrado e tudo mais que dos autos consta JULGO IMPROCEDENTE o pedido requerido por M. C. DE P. G. em face do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, uma vez que as provas trazidas aos autos demonstram que ele não fez jus ao benefício pleiteado.”

Perverso o Sistema Previdenciário que leva um ancião, agora com cerca de 90 anos, a valer-se de possíveis fraudes para obtenção de uma mísera aposentadoria.

O benefício, num País civilizado, deveria ser concedido, no seu valor mínimo, mediante a simples comprovação de se tratar de um ser humano.

Invoco em prol de que afirmo, tal como o fez o Saudoso Jurista Sobral Pinto, o Decreto nº 24.645 de 10 de julho de 1934, lei da proteção aos animais, aplicada com o argumento *a fortiori*, quando no seu art. 11 afirma:

“Art. 11. Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado.”

Já, os brasileiros somente gozarão de tal tutela se conseguirem, embora em idade provector, doentes e desamparados, comprovar sem sombra de dúvida a prestação de serviços durante 30 anos.

Pelo art. 21, parágrafo 31 do mesmo diploma legal:

“os animais serão assistidos em Juízo pelos representantes do Ministério Público.”

Já, o segurado humano destes autos só logrou manifestação do MP contrário à sua causa.

O art. 31 da mesma lei considera maus tratos, no seu inciso V:

“abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado bem como deixar de ministrar lhetudo que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária.”

Já o Autor, com quase um século de existência, como se verifica nos autos do procedimento administrativo, aguardou em vão durante vários anos a concessão de auxílio doença que finalmente não veio. Durante anos, os funcionários recomendavam *“o máximo rigor na apuração da efetiva prestação de serviços.”*

Já, o animal doente, ferido, extenuado ou mutilado não poderia ser abandonado por força de lei, devendo se lhe ministrar tudo que humanitariamente se lhe pudesse prover, inclusive assistência veterinária.

Além disso, dispõe o art. 203 da Constituição Federal:

“Art. 203. A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social e tem por objetivos:

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção ou de tê-la provido por sua família, conforme dispuser a lei.”

E se a lei até agora não veio, a Constituição se torna auto aplicável ou então é de se conceder mandado de injunção *ex officio* para seu cumprimento.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para condenar o INSS a pagar-lhe, com base no art. 203, V, da Constituição, o benefício mínimo mensal a partir do ajuizamento da ação.

Sem honorários nem custas face à gratuidade e à sucumbência recíproca.

É como voto.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1991.

CHALU BARBOSA

Desembargador Federal

Empréstimo compulsório sobre veículos automotores

O julgado em apreço consiste em ação rescisória proposta com fito de rescindir sentença desfavorável aos autores, condenando-se a União a restituir-lhes as quantias indebitamente recolhidas a título de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos automotores.

Ação Rescisória

Proc. nº 92.02.13880 0

Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

Autor: C. L. e outros

Réu: União Federal / Fazenda Nacional

DJU II, de 14/12/93, pág. 55.066

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. VEÍCULOS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. INCONSTITUCIONALIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO PELO RELATOR. INÍCIO DO PRAZO A QUO PARA O EXERCÍCIO DA RESCISÓRIA. COISA JULGADA.

1 - Quando o relator nega seguimento à apelação erroneamente interposta, a sentença rescindenda passa em julgado com o trânsito em julgado do despacho que a inadmitiu, contando-se, a partir de então, o prazo decadencial para o exercício da ação rescisória (Precedente do eg. STJ).

2 - Sentença que aplica decreto lei tido como inconstitucional pelos egs. STF e STJ, seguindo orientação isolada do Tribunal *ad quem*, em dissonância com a jurisprudência uniforme sobre o tema, inclusive nos demais Tribunais Regionais Federais do País, configura típico *error in iudicando*, ajustando-se ao disposto no art. 485, item V, do CPC (violação de literal disposição de lei), e, como tal, rescindível.

3 - Hipótese que não encontra obstáculo na Súmula nº 134 do excelso Supremo Tribunal Federal, por não se tratar de interpretação de lei controvertida nos Tribunais.

4 - Ação rescisória procedente. Sentença originária rescindida.

POR MAIORIA, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE, APÓS SUPERADA A PRELIMINAR DE CARÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória, proposta com fulcro no art. 485, V, do CPC, visando rescindir sentença desfavorável ao(s) Autor(es), proferida em ação ordinária de repetição de indébito, em que se pretendia a devolução do empréstimo compulsório instituído pelo art. 10 do Decreto-lei nº 2.288/86, incidente sobre aquisição de veículos.

A demanda originária foi intentada com fundamento na inconstitucionalidade dos arts. 21, II, c/c art. 153, 29, da CF 67 (EC nº 1/69), e a presente ação estimulada pela jurisprudência pacífica que, desde o início, se constituiu sobre o tema, no âmbito do ex-TFR, no sentido da necessidade da observância dos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei, desrespeitados pelo Decreto-lei em questão.

Pede(m) o(s) Autor(es), a final, a rescisão da sentença e novo julgamento da causa.

Instruíram a exordial os documentos indispensáveis à instrução da rescisória, inclusive improvable do depósito referente à multa legal.

Regularmente citada, contestou a UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL, sustentando a improcedência da ação, porquanto, por ocasião da sentença rescindenda, a jurisprudência ainda não havia se pacificado a respeito, encontrando a pretensão obstáculo na Súmula nº 343 do eg. STF.

Sem outras provas a serem produzidas, os Autores apresentaram suas razões finais, deixando a Ré de fazê-lo.

O MPF opinou pela improcedência do pedido.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 38, IX, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

Exmº. Sr. Des. Fed. CARREIRA ALVIM:

Pretende(m) o(s) Autor(es), em síntese, rescindir sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a pretensão de repetir empréstimo compulsório indebitamente recolhido, e cuja inconstitucionalidade veio, mais tarde, a ser proclamada pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

A sentença rescindenda transitou em julgado por haver(em) o(s) Autor(es) apresentado razões de apelo impertinentes, o que levou o Des. Fed. D'Andrea Ferreira a negar seguimento ao recurso, mas, mesmo que tal não tivesse ocorrido, a sentença teria sido mantida por ajustar-se à

jurisprudência então dominante nesta Corte Federal de Justiça. Apenas, em vez de se estar rescindindo a sentença, estar-se-ia a rescindir o acórdão.

A espécie consigna típico *error in iudicando* erro que o juiz perpetra, quer no aplicar o direito aos fatos, quer no subsumir os fatos ao direito inserindo-se no contexto do art. 485, V, do CPC, e, destarte, passível de rescisória. Aliás, há julgado admitindo a rescisória, por violação de literal disposição de lei, na hipótese de *error in procedendo* (RTFR 164/11), havendo o eg. STF também aceito que uma questão processual possa ser objeto de rescisão, quando consista em pressuposto de validade de sentença de mérito (cf. AR nº 1.315 8 DF, STF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, un., DJ 5/10/90, p. 10.715).

O obstáculo que se pretende vislumbrar, *in casu*, ao cabimento do *judicium rescidens* consubstanciado na Súmula nº 343 do STF não tem merecido dos Tribunais a elasticidade que nele vislumbra a Ré, havendo precedente jurisprudencial no sentido de que “*O enunciado da Súmula nº 343 do STF tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais, não, porém, de texto constitucional*” (RTJ 108/1.369)(g.m.). Na mesma diretriz, cf. RTJ 114/361, 125/267, JTA 104/374.

Ainda que esta não fosse a *intentio summae*, registra-se julgado no sentido de que “*se a controvérsia jurisprudencial somente se instaurou posteriormente ao acórdão rescindendo, pode a ação ser julgada procedente*” (g.m.) (RTJ 97/19), anotando Theotonio Negrão (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 21ª ed., p. 271), também, uma tendência incipiente, no STJ, no sentido de reduzir o alcance da Súmula nº 343, de maneira a não aplicá-la se a interpretação de um texto, embora controvertida, afronta no entender da turma julgadora da rescisória, a literal disposição de lei (cf. AR nº 46 SP, STJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 1ª Seção, m., DJ 18/12/89, p. 18.454).

Assentou, ainda, o STJ, no REsp. nº 2.177 RS, em voto do eminente Min. Carlos M. Velloso, então integrante daquela Corte que:

“*O fato de ter a sentença rescindenda se baseado em interpretação que, ao tempo em que foi prolatada, era controvertida, não impede o ajuizamento da ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei (g.m.). O que torna incabível a rescisória é basear-*

se esta numa interpretação que, à época da sentença, em termos de jurisprudência, era controvertida, mas que veio a fixar-se, depois, em favor do autor.”

(REsp. nº 2.177 RS, STJ, Rel. Min. Carlos M. Velloso, 2ª. T., m., DJ 14/5/90, p. 4.156).

Esta já era a orientação predominante no ex-TFR, como se vê do enunciado da Súmula nº 134, *verbis*:

“Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor.”

No sentido desta Súmula, cf. RTFR 98/222 a 280, 122/7; RTJ 91/312, 91/970; RT 525/264; JTA 55/161, 96/402 (Theotônio Negrão, ob. cit., p. 272). Quando tal não fosse, ainda assim a matéria não se subsume ao enunciado da Súmula nº 343 do eg. STF.

É que o empréstimo compulsório foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288, de 23/07/86 (art. 10); tendo a ação sido distribuída em 24/06/87 e a sentença proferida em 31/05/88, quando a matéria não havia, ainda, passado pelo crivo dos Tribunais.

Por ocasião do julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 116.582 DF, Sessão de 13/10/88, o então Tribunal Federal de Recursos, já decretava a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto lei nº 2.288/86 (art. 10), que firmou-se, seguramente, neste sentido, até que o Pleno deste TRF da 2ª. Região, Sessão de 10/5/90, por maioria, na Argüição de Inconstitucionalidade na AC nº 89.02.08416-7, declarou inconstitucional o art. 14, primeira parte, desse Decreto-lei, considerando ilegítima a exação apenas quanto aos veículos adquiridos durante o exercício de 1986, para, mais tarde quando inúmeros julgados em primeiro grau, desta Seção Judiciária, lhe seguira as pegadas voltar ao leito da inconstitucionalidade plena, nos moldes dos demais Tribunais Regionais Federais.

No âmbito do antigo TFR, a jurisprudência já firmara-se no sentido da pretensão inicial, como se vê dos arestos infra:

“EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. DL Nº 2.288, DE 1986.

Inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto Lei

nº 2.288/86 decretado pelo TFR (AMS nº 116.582 DF)

Sentença reformada. (AMS nº 140110 PR, TFR, 50 T., un., DJ 4/4/89, p. 4719).”

“TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. DL Nº 2.288/86.

I - O Tribunal Pleno, por maioria, quando do julgamento da AMS nº 116.582 DF, entendeu ser inconstitucional a exigência do empréstimo compulsório de que trata o art. 10, do Decreto lei nº 2.288/86.

II - Improvimento da remessa oficial.”

(REO nº 146921 SP, TFR, 5ª. T., un., DJ 4/4/89, p. 4730).

No mesmo sentido, orientaram-se os demais Tribunais Regionais Federais:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. VEÍCULO AUTOMOTOR. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. GUIA DE DARF JUNTADA SEM A CONVENCIONAL AUTENTICAÇÃO MECÂNICA DO ÓRGÃO ARRECADADOR.

1. Se a guia de recolhimento não traz a autenticação mecânica, mas se a máquina registradora deixou de modo nítido, em relevo, no DARF, os dizeres relativos ao recebimento, resta evidenciado que o tributo foi recolhido.

2. O extinto TFR, na Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 116.582 DF (Sessão de 13/10/88), proclamou a inconstitucionalidade do art. 10, do Decreto lei nº 2.288/86.

3. Apelação provida. “

(AC nº 90.01.00288 9 GO, TRF 1a. Reg., 3ª. T., un., DJ 4/6/90, p. 11772).

“TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - É inconstitucional, por criar um investimento compulsório, figura não prevista em nosso ordenamento constitucional e por invadir área de competência tributária do Estado, o empréstimo compulsório, incidente na aquisição de veículos, instituído pelo artigo 10 do Decreto lei nº 2.288/86.

II - Precedente: Tribunal Federal de Recursos Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 116.583 DF, Relator Ministro Pedro Acioli DJU 5/12/88.

III - Inconstitucionalidade declarada.”

(Arg. Inc. na AMS nº 405 SP, TRF 3ª. Reg., Boletim nº 1/89, p. 10).

“**TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO.** Decreto-Lei nº 2288/86.

1. O Plenário do Tribunal, ao julgar Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.04.15046-9 RS, proclamou, por maioria, ser inconstitucional o empréstimo compulsório criado pelo art. 10 do Decreto-Lei nº 2288/86.

2. Remessa oficial e apelação improvidas.” (AC nº 89.04.18427 4 PR, TRF 4ª. Reg., 2ª. T., un., DJ 1/8/90, p. 16132).

“**CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. DECRETO LEI Nº 2.288/86. INCONSTITUCIONALIDADE. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA. ISONOMIA.**

A cobrança do empréstimo compulsório sobre veículos automotores, exigida pelo Decreto-Lei nº 2.288/86, é inconstitucional, porque, sendo tributo, tem como fato gerador o mesmo do ICM, de competência dos Estados, e viola o princípio da anterioridade. Não ferem o princípio da isonomia, privilégios dados por lei, em virtude de predominância do interesse público, à Fazenda Pública.

Honorários advocatícios reduzidos para 5%, sobre o valor da condenação, limitada, no entanto, a dois salários mínimos, face à simplicidade da causa.

Remessa oficial parcialmente provida. Prejudicada a apelação.”

(AC nº 5037 CE, TRF 5ª. Reg., 10 T., un., DJ 4/6/90, p. 11840).

O eg. Superior Tribunal de Justiça não apartou-se dessa diretriz firmada pelo extinto TFR, *verbis*:

“**EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO VEÍCULO.** O Decreto-Lei nº 2.288/86 não encontra nenhum apoio no artigo 15, item III, do CTN, e o empréstimo compulsório por ele instituído é inconstitucional, conforme acórdãos proferidos na AMS nº 116.582 SP, pela 2ª Seção e Plenário desta E. Corte.

Recurso provido.”

(REsp. nº 10255 RJ, STJ, 10 T., un., DJ 9/9/91, p. 12175).

“**TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS. INCONSTITUCIO-**

NALIDADE DO ART. 10, DO DECRETO LEI Nº 2288/86.

I - Declarada a inconstitucionalidade do art. 10, do Decreto-Lei nº 2288/86, é indiferente que o veículo tenha sido adquirido no ano de 1986 ou posteriormente.

II - Recurso conhecido e provido.”

(REsp. nº 12594 RJ, STJ, 1ª T., un., DJ 4/11/91, p. 15.662).

“**TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. DECRETO LEI Nº 2.288/86. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. INCI-DÊNCIA.**

Declarada que foi a inconstitucionalidade da norma legal que criou a prestação pecuniária relativa ao empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo automotor, art. 10 do DL nº 2.288/86 (AMS 116.582 DF, Plenária de 13/10/86, TFR, Rel. Min. Pedro Acioli) descabe apreciação do princípio da anterioridade.

Nos termos do Código de Processo Civil (art. 20, par. 3º), os honorários de advogado incidem sobre o valor da condenação e não sobre o valor dado à causa. (REsp. nº 12.887 RJ, STJ, 1ª T., un., DJ 16/10/91, p. 14465). O eg. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Sessão de 11/10/90, no julgamento do RE nº 121.336 1 CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por unanimidade, DJ 23/10/90, p. 11702, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto lei nº 2.288/86, orientando-se, a partir daí, na mesma direção, **verbis**:

EMENTA: Empréstimo compulsório (DL nº 2.288/86, artigo 10); incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento; inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que o criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal (RE 121.336, Plen. 11/10/90, Pertence); direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.”

(RE nº 140.037 4 RJ, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10 T., un., DJ 20/9/91, p. 12887).

No mesmo sentido, os acórdãos originários do RE nº 135.950 1 RJ, STF, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª

T., un., DJ 21/2/92, p. 1697; RE nº 141.969 5 RJ, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª. T., un., DJ 28/2/92, p. 2174 5.

Apenas este eg. TRF da 2ª. Região orientou-se em sentido oposto, apartando-se da jurisprudência dominante, a teor do aresto *infra*:
“TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. DECRETO LEI Nº 2.288/86.

O empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86, incidente sobre a aquisição de veículos automotores, tem amparo no art. 21, par. 2º, item II, da Constituição Federal de 1967/Emenda nº 1/69 e no art. 15 do CTN. Por se tratar de tributo, todavia, tem que observar o princípio da anualidade, não se aplicando ao exercício de 1986 e tão somente ao de 1987.

Recurso parcialmente provido.”

(AC nº 90.02.06594 9 RJ, TRF 2ª Reg., 1ª. T., un., DJ 2/6/90, p. 13484).

Somente em 1992, a solidão a que esta Corte Federal de Justiça se impôs, nos domínios do malsinado empréstimo compulsório, em aberto contraste com todos os demais Tribunais do País, inclusive com a Corte Suprema, convenceu-a a rever a sua posição, o que sucedeu na Argüição de Inconstitucionalidade nº 91.02.11685-5 (REMESSA “EX OFFICIO” Nº 24854/RJ), Relator Des. Fed. D’Andrea Ferreira, sendo a seguinte a ementa do acórdão:

“DIREITOS FISCAL E CONSTITUCIONAL. Empréstimo compulsório incidente na aquisição de veículos automotores e de combustíveis. Decreto lei nº 2.288, de 23/07/86. Argüição incidental de inconstitucionalidade. Proclamação dessa no tocante ao artigo 10, e respectivo parágrafo único. Precedentes do egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS e dos colendos TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS DAS 4 OUTRAS REGIÕES.”

(Arg. Inc. nº 91.02.11685-5, TRF 2ª. Reg., Pleno, unânime, DJ 13/8/92, p. 23872).

A partir de então, tornou-se uníssona a jurisprudência pátria, no que tange à inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo art. 10 do Decreto lei nº 2.288/86.

Na verdade, não se pode falar, *in casu*, em divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula nº 343 do eg. STF, a uma, porque a sentença rescindenda data de 03/05/88, quando não havia,

ainda, o dissenso pretoriano (portanto, a matéria não era controvertida), e, a outra, porque, depois que o ex-TFR considerou inconstitucional o art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86, todos os TRFs que o sucederam acataram o precedente, o que não ocorreu com esta eg. Corte de Justiça, que, só mais tarde, depois de reformar muitas sentenças juridicamente justas, veio a reconhecer o equívoco exegético em que incorrera.

Uma decisão nos moldes da sentença rescindenda, contaminada por *error in judicando* tão gritante, não pode deixar de ajustar-se ao disposto no item V do art. 485 do CPC. Sem dúvida, foi proferida com violação a literal disposição de lei, como, aliás, reconheceu este eg. Pretório na Ação Rescisória nº 92.02.15410-4 RJ, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, Pleno, m., DJ, 09/09/93, p. 36718, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA COMPULSÓRIA DE QUE TRATA O DECRETO LEI Nº 2288/86 EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO DE 87. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI EM FACE DA APLICAÇÃO DE LEI INEXISTENTE. RETIFICAÇÃO DE VOTO PARA ADMITIR A RESCISÓRIA.

1 - Admissão e julgamento de procedência da ação rescisória.

2 - Decisão por maioria.”

Ante o exposto, voto pela procedência da ação, para rescindir a sentença proferida nos autos do processo nº 92.0902-6, e, em conseqüência, nos termos da fundamentação supra, procedente o pedido originário, condenando a União Federal a restituir ao(s) Autor(es) as quantias indebitamente recolhidas a título de empréstimo compulsório, acrescidas de correção monetária, na forma da Súmula nº 46 do ex-TFR, juros moratórios de 1% a.m., contados do trânsito em julgado da decisão (art. 167, parágrafo único do CTN), além das custas processuais, em reembolso, e honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Condeno, ainda, a Ré, a reembolsar ao(s) Autor(es) as custas processuais desta ação rescisória, e a pagar-lhe(s) honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa rescisória.

Transitada em julgado a decisão, restitua se o depósito.

É o voto.

CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal