

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Outubro/Novembro 2008

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Coordenadora

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Hormann

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Francielle Marie Bernardes de Assis – Diretora

Editoração Eletrônica

Renata Guimarães Leitão

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Robson Taylor de Barros

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar.
70070-040 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874
E-mail: cojud-revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

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

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – Brasília: TRF-1ª Região, 1989.
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência –
Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

2ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

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

4ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

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

2ª Turma

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

3ª Turma

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

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

5ª Turma

Desembargador Federal Fagundes de Deus – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargadora Federal Selene de Almeida

6ª Turma

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

7ª Turma

Desembargador Federal Catão Alves – Presidente
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Presidente
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

Conselho de Administração

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Vice-Presidente
Desembargador Federal Olindo Menezes – Corregedor-Geral
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José Amilcar Machado

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – Suplente

Comissão de Regimento

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

Comissão de Acervo Jurídico

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

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Neuza Alves

Revista do Tribunal

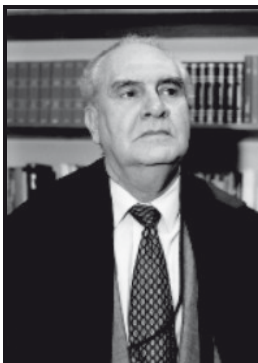
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

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

Seccionais

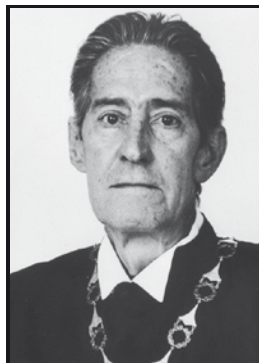
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção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



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



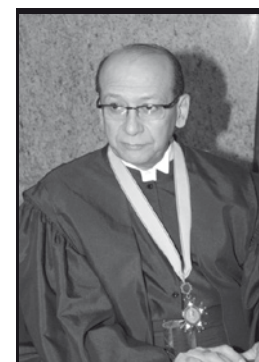
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



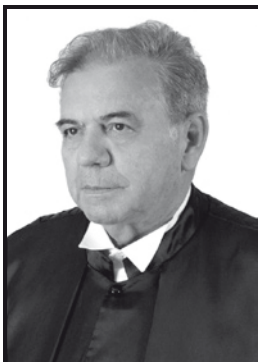
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



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



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



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007

Editorial, 13

Juramento dos acadêmicos em Direito, 15

Atualidades: ponto de vista, 17

A Constituição em perspectiva

Leomar Amorim

Gastando o Latim, 21

Habeas Verbum: Língua do Direito, 23

Figuras de Linguagem

Variedades, 27

Sententiarum Receptarum ad Filium

Julii Pasuli

Artigos Doutrinários

O Alienista: poder, liberdade e republicanismo em Machado de Assis, 29

Aníbal Magalhães da Cruz Matos

A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais, 36

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Redução da pobreza e ampliação do acesso à justiça através da interiorização da Justiça Federal, 53

Bruno Augusto Santos Oliveira

Tópicos Jurídicos

Súmula vinculante e democracia, 59

Vallisney de Souza Oliveira

A legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em matéria previdenciária, 61

Roberto Luis Luchi Demo

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Mandado de Segurança contra imediata conversão de agravo de instrumento em agravo retido, após concessão do efeito suspensivo, 67

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Mandado de Segurança 2007.01.00.036357-0/DF

1ª Seção – Restabelecimento de benefício previdenciário de auxílio-doença. Provimento 68/1999. Competência da Vara especializada em Direito Previdenciário, 72

Rel.: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Conflito de Competência 2008.01.00.022840-2/MG

2ª Seção – Desapropriação por interesse social. Fins de reforma agrária. Avaliação. Laudo, 75

Rel. p/ acórdão: Desembargador Federal Tourinho Neto

Embargos Infringentes na Apelação Cível 1998.39.01.000536-8/PA

3ª Seção – Responsabilidade civil do Estado (CF, art. 37, § 6º). Concurso público. AFTN. Candidatos que ingressaram em cargo público por força de decisões judiciais. Pretensão indenizatória. Pedido de averbação de tempo de serviço retroativo, 81

Rel.: Desembargador Federal Fagundes de Deus

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.34.00.018291-8/DF

4ª Seção – Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Decadência. Termo *a quo* do prazo para pleitear a repetição de indébito tributário. Inaplicabilidade da Lei Complementar 118/2005, 95

Rel.: Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada)

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2005.38.00.027414-7/MG

1ª Turma – Auxílio-doença. Processamento do benefício condicionado à apresentação do impetrante à seção de exames médicos do Detran. Princípio da legalidade, 98

Rel.: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 2006.32.00.004176-5/AM

2ª Turma – Servidor público. Médico. Jornada de trabalho. Adicional por tempo de serviço, 101

Rel.: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Apelação em Mandado de Segurança 2005.33.00.018809-4/BA

3ª Turma – Acesso do advogado aos autos do inquérito. Diligências já realizadas, 106

Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Habeas Corpus 2008.01.00.033306-4/AP

3ª Turma – Crime contra a inviolabilidade de segredo. Art. 153, § 1º-A, do CP. Ação penal. Atipicidade da conduta. Ausência de justa causa. Trancamento da ação Penal. Co-Ré. Aceitação da proposta de suspensão condicional do processo, 108

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Habeas Corpus 2008.01.00.043283-2/MG

4ª Turma – Sentença absolutória em relação a crime de estelionato. Esterilização cirúrgica. Desacordo com a lei. Manifestação de vontade, 114

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Apelação Criminal 2004.38.02.000772-8/MG

4ª Turma – Uso de algemas. Súmula vinculante 11/STF. Regramento. Irregularidade. Inquérito Policial. Trancamento, 124

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Habeas Corpus 2008.01.00.040438-8/MT

5ª Turma – Ação reivindicatória do Estado do Amapá para reaver produto de lavra. Concessão para a exploração de minério de manganês. Constituição Federal. Código de Mineração. Contrato firmado no interesse da União por meio do extinto Território Federal do Amapá. Propriedade da União com relação aos bens reversíveis, à linha de transmissão elétrica, à estrada de ferro e ao porto fluvial. Produto da lavra. Reversão ao patrimônio da empresa concessionária que o extraiu, 129

Rel.: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Apelação Cível 2004.31.00.002669-8/AP

6ª Turma – Concurso público. Procurador do trabalho. Comprovação de atividade jurídica. Momento. Inscrição definitiva. ADI 3.460, 145

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 2007.34.00.016179-1/DF

6ª Turma – Inimizade capital entre juiz e advogado das partes. Aconselhamento de uma das partes, pelo magistrado. Não ocorrência, 151

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Exceção de Suspeição 2007.33.00.024500-9/BA

7ª Turma – Desembaraço aduaneiro. Greve de servidores. Fato superveniente. Perda de objeto. Inocorrência, 157

Rel.: Desembargador Federal Carlos Olavo

Apelação em Mandado de Segurança 2003.33.00.019470-7/BA

7ª Turma – Direito líquido e certo. Mérito da ação mandamental. Processo com elementos fáticos suficientes. Necessidade de apreciação do mérito, 159

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Apelação em Mandado de Segurança 2008.43.00.000964-3/TO

8ª Turma – Embargos de terceiro. Execução fiscal. Automóvel. Menoridade civil. Propriedade. Transferência não comprovada. Alienação de bem, 161

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2005.01.99.034708-1/MG

Decisões Monocráticas

Reconhecimento administrativo do direito. Fato superveniente. Honorários advocatícios. Cabimento, 163

Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2004.33.00.017357-7/BA

Agravo contra antecipação de tutela suspendendo penalidades impostas pela SDE por violação ao CDC. Redução de composição nutricional de alimento sem informação ao consumidor. Art. 273 do CPC, 165

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2008.01.00.038394-6/DF

Serviços de telecomunicações. Revisão do Plano Geral de Outorgas (PGO). Competência da Anatel, 168

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva (no exercício da Presidência)

Suspensão de Liminar 2008.01.00.054125-1/DF

JEFs em Revista

Benefício assistencial de prestação continuada. Termo inicial do benefício. Súmula 22 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, 171

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi

Processo 2005.36.00.910874-8/MT

Servidor público civil. Reajuste de 28,86% sobre rubricas do vencimento. Não se trata de execução extrajudicial. Competência JEF, 174

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi

Processo 2006.36.00.903500-6/MT

Amparo social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Deficiente físico. Incapacidade para o trabalho. Situação de miserabilidade comprovada, 176

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2008.36.00.700187-4/MT

Requisição de pagamento. Valor superior a sessenta salários mínimos. Limitação da condenação ao teto do Juizado Especial Federal. Arts. 3º e 17, § 4º, da Lei 10.259/2001, 178

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi

Processo 2008.36.00.700190-1/MT

Aposentadoria por invalidez. Qualidade de segurado. Doença preexistente. Incapacidade decorrente do agravamento. Art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991. Possibilidade, 180

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2008.36.00.700227-0/MT

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 183

Exceção da verdade. Necessidade de declaração de nulidade dos atos praticados por juízes incompetentes. Nulidade da instrução do feito principal em razão do descumprimento da ordem de *habeas corpus* que determinou a sua suspensão até o julgamento do incidente.

Aposentadoria por tempo de contribuição. Suspensão sob alegação de irregularidades na concessão. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Suspensão anteriormente à exaustão da via recursal administrativa

Importação de sementes de *cannabis sativa* (maconha), por intermédio de sítio na rede mundial de computadores (internet). Rejeição da denúncia. Atipicidade da conduta. Ato preparatório.

Reingresso de estrangeiro expulso. Prisão.

Quadro fático probatório. Matéria controvertida. Diversos advogados. Alegação de cerceamento de defesa e arguição de nulidade. Identidade de pedidos e fundamentos. Exame na via mais abrangente.

Ação popular. Declaração de inconstitucionalidade. Objeto da ação. Inadequação da via eleita. Ausência de ato concreto lesivo ao patrimônio público.

Concessionárias quotistas de Itaipu. Venda de energia elétrica. Resoluções 290/2000 e 395/2002 da Aneel.

Contribuição previdenciária. Incidência. Salário-maternidade. Natureza jurídica. Lei 9.876/1999.

Estatística, 187

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 197

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 199

Três acontecimentos assinalam este bimestre, em nosso País: as eleições municipais de outubro e os aniversários da Constituição Federal de 1988, no vigor de suas duas décadas, e da proclamação da República, na consagração que seus 119 anos merecem.

Ao tempo em que são destacados, sua lembrança, em associação ideativa, agrega-se às reminiscências da organização federativa do Estado, do princípio da separação dos poderes, que permitiu à criação de uma Justiça Eleitoral autônoma, de forma republicana de governo, todas elas juntando-se para fazer discernir o quadro da atual estabilidade das instituições políticas brasileiras, que a Constituição de 1988 modelou.

Assim concebendo, de logo se percebe que os recentes vinte anos de normalidade constitucional renderam ao Brasil significativos avanços de ordem política, social e econômica.

Não há como negá-lo.

Nosso povo respira os ares da liberdade. Melhoraram suas condições de existência.

A regularidade das eleições, a que somos bienalmente convocados, estimula o exercício da cidadania, fazendo-nos responsáveis pela preservação do sistema com que se governa o País.

A Justiça Eleitoral, dotada de meios eletrônicos para votação e apuração, no processo eletivo, assegura a pacificação do embate político, minimizado, atualmente, pela rapidez da divulgação dos resultados das urnas, suprimindo vazios de poder e eliminando contestações ou dúvidas, capazes de gerar insuportáveis tensões coletivas.

Com a luta incessante pelo seu cumprimento, a Constituição de 1988 credencia-se à veneração tributada à nossa mais que centenária República.

Nesse rumo, cresça, prospere e frutifique o Brasil!

Desembargador Federal Hilton Queiroz
Diretor da Revista

“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.

A Constituição em perspectiva

Leomar Amorim*

Por Martha Hormann



Dando continuidade à série de entrevistas que homenageiam o aniversário da Constituição Federal, a Revista traz, neste número, o Desembargador Federal Leomar Amorim, que analisa a importância histórica de nossa Carta, o papel da Justiça Federal em seu contexto e outros temas de igual relevância. Veja, a seguir:

Revista: Qual é o significado histórico da Constituição de 1988?

Leomar Amorim: Para recordar, a Assembléia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional 26, de 27/11/1985, à Constituição de 1967/1969, com a tarefa de promulgar uma nova Constituição para o país. Era, portanto, o triunfo da histórica mobilização da sociedade civil, iniciada com a campanha das Diretas-Já em 1985 e que culminou com a eleição de Tancredino Neves e José Sarney no colégio eleitoral, pondo fim à Ditadura.

Mas o processo constituinte foi complexo, confuso, caótico. No início, havia a ilusão de que a Constituição corrigiria todos os erros, repararia todas as injustiças, eliminaria todos os males. Todos queriam tirar um naco, alguma vantagem do texto. Na sessão histórica da sua promulgação, lembrava o Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, que a Carta era fruto do exame de

61.020 emendas, 122 emendas populares e que diariamente mais de 10 mil pessoas, entre favelados, trabalhadores, índios, posseiros, empresários, estudantes, servidores, transitavam pelos corredores do Congresso.

A Constituinte foi duramente criticada. Na votação do segundo turno da Constituição, o Presidente Sarney, em cadeia de TV, conclamava os constituintes a rever-lhe o texto, porque temia pela “ingovernabilidade do País”. Segundo a fala presidencial, só os benefícios sociais criados causariam imediatamente um rombo bilionário no Orçamento da União. No dia seguinte, em exortação aos constituintes, veio a resposta de Ulysses: “A Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade. A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida é que são ingovernáveis”.

A Constituição de 1988, promulgada na véspera da queda do Muro de Berlim (1989), ficou ainda sob o influxo da bipolaridade ideológica representada por capitalismo versus socialismo. Enquanto o senador Roberto Campos, insuspeito representante da direita, criticava mordazmente a Constituição, dizendo que ela era saudavelmente libertária no político, cruel-

* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFMA e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal. Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

mente liberticida no econômico, e comoventemente utópica no social, o PT, no outro extremo, lhe negava aprovação por considerá-la reacionária, embora sem lhe recusar a assinatura.

Como se vê, a Constituição de 1988, com todas as contradições e antinomias, representa, como fato histórico, exemplo notável da capacidade do povo brasileiro de superar desavenças, reconciliar-se com o passado, harmonizar-se com o presente.

Revista: Que papel desempenha a Justiça Federal no Estado delineado pela Constituição de 1988?

Leomar Amorim: A Justiça Federal, como foro das causas da Federação, foi criada segundo o modelo dualista do Judiciário americano. Para compreender-lhe a importância e significado jurídico-político é mister examinar a larga competência que lhe conferiu o constituinte no art. 109. Mas tal compreensão ficará incompleta sem a leitura das tarefas conferidas à União, nomeadamente nos arts. 21 e 22 da Constituição. A maioria desses desígnios constitucionais, como políticas públicas, pela sua abrangência, tem dimensão nacional. Concretizam-nas para a sociedade atos de governo que estão sujeitos a controle da conformação com a legalidade e a constitucionalidade pelo juiz federal. Como exemplos, citem-se as questões ambientais, hoje de interesse até mesmo transnacional, as questões agrárias e dos povos indígenas. Recorde-se a decisão da Justiça Federal de Mato Grosso tempos atrás mandando identificar com foto e impressão digital os americanos que chegavam ao Brasil. Esse ato quase criou um incidente diplomático entre os Estados Unidos e o Brasil.

Entretanto, esse mandato que o constituinte atribuiu à Justiça Federal, de guardião da legalidade dos atos dos agentes da União e de seus entes administrativos, para migrar do plano jurídico-constitucional para o plano empírico, pela sua importância e valor, há que merecer uma maior consciência do juiz. Para sermos fiel a esse mandato, há que ter a Justiça Federal um maior protagonismo na fiscalização dos atos administrativos da União.

Para me fazer compreender, lembro que o direito administrativo mais moderno, por exemplo, passou a entender que a ineficiência no emprego, na destinação e no uso do poder são novas formas de abuso de poder. Segundo o professor Diogo de Figueiredo, citando dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário

– IBPT, a ineficiência da Administração, nos aspectos do desperdício, da corrupção e da omissão, alcançaria a cifra de um terço do orçamento da União, algo em torno de 234 bilhões de reais por ano. Parece assim ser uma exigência e um dos desafios da democracia, no atual estágio civilizatório, que se aceite sem maiores contestações e se legitime a atuação do Judiciário na fiscalização não apenas da legalidade estrita, mas igualmente no controle da moralidade, da eficácia, da eficiência e do resultado da atividade administrativa do Estado.

Revista: Muitos dispositivos constitucionais continuam pendentes de regulamentação. Isso inviabiliza o exercício de direitos?

Leomar Amorim: Originariamente a Constituição foi aprovada com 245 artigos no corpo permanente e 70 em sua calda, no Ato das Disposições Transitórias. Ulysses Guimarães declarou na época que o desenvolvimento ulterior da Carta dependeria da edição de pelo menos 314 leis ordinárias e 56 leis complementares.

Como expressão de consenso primário numa ordem jurídico-política, a Constituição adquire caráter fundante da sociedade por plasmar-lhe os valores fundamentais e por ser a expressão documental das forças e elementos seminais que a representam.

Em que pese parte considerável das tarefas constitucionais não terem sido efetivadas pelo legislador ordinário até hoje, 20 anos depois, não se pode olvidar que os direitos fundamentais, pelo menos no plano teórico, têm eficácia imediata. Igualmente a doutrina mais moderna, rompendo com o passado, passou a entender que mesmo as normas programáticas, mais que simples exortações morais ou aforismos políticos, têm força e valor como normas constitucionais, seja no sentido positivo de serem tomadas em consideração pelo juiz ou pelo legislador, seja no sentido negativo de não as poderem contrariar.

Cabe lembrar que além da tradicional alegação de que alguns direitos sociais não estão regulamentados, por isso não poderiam ser exigíveis, fala-se muito hoje na “reserva do possível” como fundamento para recusar-lhes aplicação. A idéia de “reserva do possível” (Der Volbehalt des Möglichen) está fundada no argumento de que a satisfação dos direitos sociais, por exigirem prestações materiais da Administração, está subordinada à capacidade orçamentária do Estado. Nesse sentido, a exigência de prestações do Estado fica

a depender de disponibilidade financeira estatal, só que esta disponibilidade está sujeita em grande medida ao poder discricionário do Executivo e Legislativo na confecção e na aprovação do orçamento público.

Como parece evidente, diante da omissão do legislador, avulta a importância do papel do Judiciário em concretizar a força normativa da Constituição.

Revista: Podemos dizer que, ainda hoje, a Constituição de 1988 reflete a realidade social do país?

Leomar Amorim: A minha experiência forense, depois de 20 anos de magistratura, me dá a nítida impressão de que há pelo menos duas Constituições. Uma formal, abstrata como lei em tese, por isso mesmo ideal; outra em formação, mas concreta, real, imperfeita, porque sujeita às influências sócio-econômicas, porque sujeita às limitações do homem e de suas circunstâncias. Esta Constituição é diuturnamente desenvolvida, corrigida, aperfeiçoada e adaptada à realidade pelos juízes e Tribunais. Esta é a Constituição real, possível.

Em quiromancia se diz (para quem é destro), que a mão esquerda seria a mão espiritual, a mão que traz nosso projeto de vida; a direita seria a mão real, concreta, aquela que realiza esse projeto de vida e que, portanto, pode ficar aquém ou além, melhor ou pior do que aquilo que foi idealizado. Trazendo essa metáfora para o Direito, sem querer ser profano, ou vulgar, eu diria que igual fenômeno parece existir entre o projeto de Constituição formal, abstrato, no sentido normativo, e a Constituição real, possível, concreta cuja efetividade fenomênica depende sobretudo dos juízes. Quem é profissional do direito, juiz, promotor, advogado militante no foro entende o que eu quero dizer. Essa difícil concreção da Constituição não se dá sem embates, sem tensões, sem fluxo e contrafluxos.

Certa vez numa conferência para juízes federais, por volta de 1987, na época do antigo Tribunal Federal de Recursos, o professor Calmon Passos, desiludido com o desrespeito às leis do País, do cimo de sua autoridade moral e intelectual, com grande amargura, e com certo exagero, disse algo mais ou menos assim para nós: “Meus filhos, não existe direito; o único direito que há é aquele que o juiz diz que é direito”. Se por um lado esse lamento do velho professor baiano representa um brado de inconformismo contra a violação da ordem jurídica, por outro ele confirma ambiguamente a célebre frase do Chief Justice Charles Evans Hughes, da Suprema Corte Americana, segundo o qual “Con-

stitution means what the judges say it means,” ou seja, a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é.

A Constituição de 1988 tem índole nitidamente compromissória e dirigente, daí a relevância da atuação judicial para torná-la efetiva. Infelizmente, a violação da Constituição no varejo é tão reiterada, tão freqüente, que a intervenção dos Tribunais se faz mais de forma repressiva, para coibir e corrigir abusos do Estado-Administração, do que de modo afirmativo. Só para lembrar o caso da saúde. As pessoas ainda morrem nos corredores dos hospitais, como bichos, sem dignidade humana. Costuma-se excepcionar o cumprimento dos direitos sociais, muitas vezes, alegando a cláusula da “reserva do possível”, criação do Tribunal Federal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichts). Mas tal alegação não valeu, por exemplo, para os pingüins da Patagônia, que se extraviaram no último verão na costa brasileira. Há pouco as televisões filmaram-nos embarcando e sendo levados de volta em avião do governo brasileiro, após receberem alimentação e atendimento veterinário adequados. Seria o caso de as pessoas que estão morrendo nos corredores dos hospitais sem atendimento médico exigirem o mesmo tratamento dado aos pingüins.

Revista: Muito se discutiu sobre a reforma agrária, ao tempo da constituinte. O que, de fato, foi realizado nesse sentido, nos últimos 20 anos?

Leomar Amorim: Veja bem. No Brasil se confunde desapropriação com reforma agrária. Fui juiz federal durante 17 anos da vara agrária no Maranhão. Não tenho os dados atuais, mas por volta do início do ano 2000 o Incra, salvo erro meu, já havia desapropriado mais de um milhão de hectares de terras no Maranhão, quase todas terras improdutivas.

Repare na função do Incra. Ele é uma autarquia federal que tem a missão de desapropriar, colonizar e fazer a reforma agrária em nome da União. Essa missão, entretanto, é frustrada, irrealizada. Dos três eixos de atuação do Incra, ele só cumpre sofrivelmente o primeiro. A colonização, como política de assentamento e de incentivo à permanência do homem na terra, é quase invisível. Que colônia agrícola podemos citar como modelo? Eu não conheço. Israel, cuja maior parte do território é um deserto, apresenta ao mundo os Kibutzs, que são exemplos modelares de colônias agrícolas. Nelas há infra-estrutura básica como escolas, médicos, saneamento, etc.

A reforma agrária, como realização de políticas públicas, tem dimensão multidisciplinar e interorgânica. Depende da atuação e do concerto de vários ministérios do governo federal. No Maranhão ou em qualquer outro Estado o trabalhador rural só permanecerá no assentamento se tiver escola e hospital para seus filhos, se tiver assistência técnica, crédito para financiar-lhe a lavoura, estradas para escoar-lhe a produção. Sem isso, sem esses serviços públicos básicos, o lavrador abandona o campo e vai embora com sua família para os centros urbanos tangido pela fome e miséria. Se houvesse reforma agrária o êxodo rural seria reduzido e haveria mais justiça social.

Revista: Os mecanismos de participação popular foram ampliados pela CF/1988, que possibilita ao cidadão submeter ao Congresso projetos de lei, participar de conselho responsáveis por políticas públicas etc. Esses mecanismos populares não têm sido empregados. Por quê? Sua utilização seria interessante para o País?

Leomar Amorim: A democracia, como princípio constitucionalmente conformado, não é um valor universal em si mesma. Classicamente, desde o Estado Liberal no final do século XVIII, o princípio democrático, como oposição ao princípio monárquico, traz ínsita a idéia de representação. Como a *polis* cresceu e as relações sociais se tornaram extremamente complexas, criaram-se os órgãos de representação do povo, os parlamentos. A democracia, como o governo do povo, pelo povo e para o povo, como a pensava Abraham Lincoln, contudo, não se exaure na representação popular.

Em sua dimensão participativa, a democracia exige prática permanente, a tolerância com o diferente, o respeito às minorias, a participação dos cidadãos nos processos decisórios, as divergências de opiniões, o direito à oposição e de oposição como diz o professor Giuseppe de Vergottini, da Universidade de Bolonha. Quando a Constituição passa a exigir que as sessões administrativas dos tribunais sejam públicas, ela não só densifica como reitera o princípio democrático como um valor transcendente para a cidadania. Para se ter idéia do que isso representa, em Portugal, por exemplo, as sessões jurisdicionais dos Tribunais são fechadas ou secretas. Só são públicas quando o tribunal funciona com competência originária ou, como eles dizem, como primeira instância.

Os mecanismos de participação mais direta do povo no processo de decisão política são importantes porque criam uma cultura de prática democrática, de debates, de críticas, mas também de co-responsabilidade política dos cidadãos. A Constituição de 1988 previu alguns mecanismos de democracia semidireta como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular. Não obstante o inegável valor de tais métodos participativos, a experiência histórica não foi exitosa com seu uso, daí a desconfiança que existe até hoje com as consultas plebiscitárias.

A experiência demonstrou que o plebiscito, algumas vezes, foi usado para dar aparência democrática a regimes ditatoriais ou mesmo totalitários. A chamada democracia plebiscitária ou cesarista, de triste recordação na Europa, como lembra o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi posta em prática por Napoleão I, Hitler, entre outros. Com o controle e o domínio da mídia em geral, não é difícil explicar como os ditadores convencem as massas a aprovar-lhes as decisões, a fazer alterações constitucionais e até mesmo a prorrogar seus mandatos. Mesmo nos dias presentes, aqui na América Latina, ao nosso lado, há em alguns países a perversão desses mecanismos democráticos de participação popular.

A meu ver, só o tempo, a prática e a vivência democrática permitirão compreender a importância e o valor da participação popular no aperfeiçoamento desses mecanismos de democracia semidireta.

• *Crescit eundo*

“Cresce andando.” Alteração de um trecho de Virgílio relativo à Fama. V. *Viresque adquirit eundo*.

• *Crimine ab uno disce omnes*

“Por um só crime (ou Pelo crime de um só) julga a todos.” Palavras de Enéias ao contar a Dido o artil do grego Sinão, o qual persuadiu os troianos a que introduzissem o cavalo de madeira no recinto da cidade. (Virgílio, *Eneida*, Livro II, 65). (Também se diz simplesmente *ab uno disce omnes*.)

• *Cum grano salis*

“Com uma pedrinha de sal”, isto é, “com certa ressalva.” Expressão de Plínio o Velho (*História Natural*, XXIII, 8).

• *Cum laude*

“Com louvor”. Grau nos exames de doutoramento.

• *Cum licentia superiorum*

“Com licença dos superiores”. Dizeres inscritos no frontispício dos livros aprovados pela censura, geralmente eclesiástica.

• *Cum quibus*

“Com os quais”, “com o que”, isto é, “com dinheiro”.

• *Cum sis mortalis, quae sint mortalia cura*

“Como és mortal, cuida de coisas mortais.” (Dionísio Catão, *Dísticos*.)

• *Currente calamo*

“Ao correr da pena”, isto é, sem meditação, improvisadamente.

“Ao escrever este relatório, *currente calamo*, não corro riscos”

Rubem Fonseca, “Relatório de Carlos”, *A Coleira do Cão*.

• *Curriculum vitae*

“Carreira da vida”. Conjunto de dados concernentes ao estado civil, ao preparo profissional e às atividades anteriores de quem se candidata a um emprego. Plural: *curricula vitae*.

• *Cursus honorum*

“Curso de honras”, isto é, “sucessão de empregos”, pelos quais tinham de passar os funcionários públicos da Roma antiga.

(Extraídas do livro: *Não perca o seu latim*, Paulo Rónai, 14ª edição, Editora Nova Fronteira.)

Figuras de Linguagem*

Figuras de linguagem, também chamadas *figuras de estilo*, são recursos especiais de que se vale quem fala ou escreve, para comunicar à expressão mais força e colorido, intensidade e beleza.

Podemos classificá-las em três tipos:

- a) Figuras de palavras (ou tropos)
- b) Figuras de construção (ou de sintaxe)
- c) Figuras de pensamento

O estudo das figuras de linguagem faz parte da *estilística*.

♦ Nesta edição a Revista vai abordar as Figuras de palavras.

Figuras de Palavras

Compare estes exemplos:

- a) O tigre é uma *fera*. (*fera* = animal feroz: sentido próprio, literal, usual)
- b) Pedro era uma *fera*. (*fera* = pessoa muito brava: sentido figurado, ocasional)

No exemplo B, a palavra *fera* sofreu um desvio na sua significação própria e diz muito mais do que a expressão vulgar “pessoa brava”. Semelhantes desvios de significação a que são submetidas as palavras, quando se deseja atingir um efeito expressivo, denominam-se *figuras de palavras* ou *tropos* (do grego *trópos*, desvio, giro).

São as seguintes as figuras de palavras:

Metáfora

É o desvio da significação própria de uma palavra, nascido de uma comparação mental ou característica comum entre dois seres ou fatos.

O seguinte exemplo, colhido em *Crônicas Escolhidas* de Rubem Braga, esclarece a definição: “O pavão é um *arco-íris* de plumas.”

Isto é, o pavão, com sua cauda armada em forma de leque multicolorido, é como um arco-íris de plumas.

Entre os termos *pavão* e *arco-íris* existe uma relação de semelhança, uma característica comum: um semi-círculo ou arco multicolorido.

Outros exemplos de metáforas:

Toda profissão tem seus *espinhos*.

As derrotas e as desilusões são *amargas*.

Murcharam-lhe os entusiasmos da mocidade.

“Adélia se via enclausurada numa *teia* de dúvidas.” (Sérgio Gallo)

“Lá fora, a noite é um *pulmão ofegante*.” (Fernando Namora)

* Texto retirado do livro *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, Domingos Paschoal Cegalla, Companhia Editora Nacional, 46ª edição, p. 614 a 617.

“Mas o empregado não se *dobrou* a esses sofismas.” (Carlos Drummond de Andrade)

“Cai a *tinta* da treva sobre o mundo.” (Dante Milano)

“Que *negro* segredo guardava no porão da alma?” (Autran Dourado)

Dado o seu caráter enfático, incisivo, direto, a metáfora produz impacto em nossa sensibilidade: daí sua grande força evocativa e emotiva. É a mais importante e freqüente figura de estilo e, freqüentemente, encontra-se aliada a outras figuras, como a hipérbole e a personificação.

Observações:

- ◆ Não confundir a metáfora com a comparação. Nesta, os dois termos vêm expressos e unidos por nexos comparativos (como, tal, qual, assim como, etc.):

Nero foi cruel *como um monstro*. (comparação)

Nero foi um *monstro*. (metáfora)

- ◆ Por não ter colorido nem força expressiva especial, não é figura de estilo a *catacrese*, palavra ou expressão usada com seu significado original transposto ou adulterado: *embarcar* num trem, *ficar a cavalo* sobre um muro, *enterrar-se* um espinho no pé, *tapar a boca* dos poços, mesa de *pés* torneados, afiar os *dentes* da serra, etc.

Comparação:

Consiste em pôr em confronto pessoas ou coisas, a fim de lhes destacar semelhanças, características, traços comuns, visando a um efeito expressivo:

Eles não têm ideal: são como *folhas* levadas pelo vento.

A *criança* é *tal qual uma plantinha* delicada: precisa de amor e proteção.

“Como uma informe *nódoa*, avulta e cresce/a *sombra* à proporção que a luz recua.” (Raimundo Correia)

Metonímia:

Consiste em usar uma palavra por outra, com a qual se acha relacionada. Essa troca se faz não porque as palavras são sinônimas, mas porque uma evoca a outra. Há metonímia quando se emprega:

- a) O *efeito* pela *causa*:

Os aviões semeavam a morte. (= bombas mortíferas)

(as *bombas* = a causa; a *morte* = o efeito)

- b) O *autor* pela *obra*:

Nas horas de folga lia *Camões*. (*Camões* = a obra de Camões)

Traduzir *Homero* para o português não é fácil.

Um *Picasso* vale uma fortuna. (*Picasso* = o quadro de Picasso)

- c) O *continente* pelo *conteúdo*:

Tomou uma *taça* de vinho. (= o vinho contido na taça)

A *Terra* inteira chorou a morte do santo pontífice. (os habitantes da terra)

- d) O *instrumento* pela *pessoa* que o utiliza:
Ele é um bom *garfo*. (= comedor, comilão, glutão)
As *penas* mais brilhantes do país reverenciaram a memória do grande morto. (= os escritores)
- e) O *sinal* pela *coisa significada*:
Que as *armas* cedam à toga. (isto é, que a força militar acate o direito)
O *trono* estava abalado. (isto é, o *império*)
Os partidários da *Coroa* eram poucos. (= governo monárquico)
- f) O *lugar* pelos seus *habitantes* ou *produtos*:
“A América reagiu e combateu.” (Latino Coelho)
Aprecio o madeira. (= o vinho fabricado na ilha da Madeira)
- g) O *abstrato* pelo *concreto*:
A mocidade é entusiasta. (mocidade = moços)
“Difícil conduzir aquela *bondade* trôpega ao cárcere, onde curtiam pena os malfeitores.” (bondade = o bom velho) (Graciliano Ramos)
- h) A *parte* pelo *todo*:
Ele não tinha *teto* onde se abrigasse. (teto = casa)
Márcia completou ontem vinte *primaveras*. (primaveras = anos)
João trabalha dobrado para alimentar oito *bocas*. (bocas = pessoas)
- i) O *singular* pelo *plural*:
O *homem* é mortal. (o homem = os homens)
“Foi onde o *paulista* fundou o país da Esperança.” (Cassiano Ricardo)
- j) A *espécie* ou a classe pelo *indivíduo*:
“Andai como filhos da luz”, recomenda-nos o *Apóstolo* (para dizer São Paulo).
(São Paulo (indivíduo) foi um dos *apóstolos* (espécie))
- l) O *indivíduo* pela *espécie* ou *classe*:
Os *mecenas* das artes (protetores)
Os *átilas* das instituições (destruidores)
O *Judas* da classe (traidor)
“Não é paternalismo de nenhum *mecenas* arquimilionário.” (Rachel de Queiroz)
(*Mecenas*: amigo do imperador romano Augusto e incentivador das letras e das artes)
“Conseguirão os ladinos sherloques soteropolitanos desvendar a trama...?” (Jorge Amado)
(*Sherlock Holmes*: famoso detetive, personagem dos romances policiais de Conan Doyle)

m) A *qualidade* pela *espécie*:

Os *mortais* (em vez de os homens)

Os *irracionais* (= os animais)

n) A *matéria* pelo *objeto*:

Tanger o *bronze* (= sino)

Ouvia-se o tinir dos cristais. (= copos)

Estava sem um *níquel* no bolso (= moeda)

“O Cristianismo inventou o órgão e fez suspirar o *bronze*.” (Chateaubriand) (*bronze* = sino)

O aço de Zé Grande espelha reflexos dos cristais...” (Haroldo Bruno) (aço = faca)

Perífrase:

É uma expressão que designa os seres por meio de algum de seus atributos ou de um fato que os celebrizou:

Das entranhas da terra jorra o *ouro negro*. (= petróleo)

O *rei dos animais* foi generoso. (= leão)

O *Poeta dos Escravos* morreu moço. (= Castro Alves)

Os urbanistas tornarão ainda mais bela a *Cidade Maravilhosa*. (= o Rio de Janeiro)

“... parlamenteia-se hoje com o *mostro de mil cabeças*.” (Carlos de Laet) (= a imprensa)

Observação:

- ♦ À estilística só interessam perífrases com valor expressivo.

Sinestesia:

É a transferência de percepções da esfera de um sentido para a de outro, do que resulta uma fusão de impressões sensoriais de grande poder sugestivo.

Exemplos:

Sua *voz doce e aveludada* era uma *carícia* em meus ouvidos.

(*voz*: sensação auditiva; *doce*: sensação gustativa; *aveludada*: sensação tátil)

Em seu *olhar gelado* percebi uma ponta de desprezo.

“O *grito friorento* das marrecas povoava de terror o ronco medonho da cheia.” (Bernardo Élis)

Sententiarum Receptarum ad Filium*

Julii Pauli

Liber Primus, Tit. VII.

De Integri Restitutione

1. Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio.
2. Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur.
3. Integri restitutio plus quam semel non est decernenda: ideoque causa cognita decernitur.
4. Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa de qua agitur, revocetur. In personam, aut quadrupli poena intra annum, vel simpli post annum peti potest.
5. Si aliquis, ut se de vi latronum vel hostium vel populi liberaret, aliquid mancipavit vel promisit, ad metum non pertinet; mercedem enim depulsi metus tribuit.
6. Servus per metum mancipatus, quidquid adquisierit vel stipulatus sit, ei acquirit qui vim passus est.
7. Vis est major rei impetus, qui repelli non potest.

Livro Primeiro das Sentenças Recuperadas de Júlio Paulo¹, para o filho.

Título VII

Sobre a restituição do inteiro²

Tradução de Hilton Queiroz*

1. A restituição do inteiro é a ação para se recuperar a coisa ou o direito.
2. O pretor confere a restituição do inteiro em razão da coação, do dolo, da mudança de estado, do justo erro, da ausência necessária, da fraqueza da idade.
3. A restituição do inteiro não deve ser decretada mais de uma vez: pelo que, conhecida a causa, é julgada.
4. Cabe a restituição do inteiro com fundamento em direito real ou pessoal. Fundada em direito real, cabe a ação para a retomada da própria coisa sobre a qual se demanda. Fundada em direito pessoal, comporta a pena do quádruplo, se dentro de um ano intentada, ou do simples, se depois de um ano.
5. Se alguém transmitiu ou prometeu transmitir alguma coisa, para livrar-se da violência dos ladrões, dos inimigos ou do povo, tal fato não tem a ver com a coação; pois o receio do que decaiu da coisa é que conferiu a recompensa.
6. Tudo aquilo que o escravo, alienado por coação, adquirir ou contratar, tocará àquele que a sofreu.
7. A violência é um impulso maior de fato, que não pode ser repellido.

* Desembargador Federal, Diretor da Revista.

¹ Júlio Paulo, jurista clássico romano, viveu no século III d.C. Escreveu 5 livros de sentenças para o filho. Sobre este trabalho, registra o Professor José Calos Moreira Alves: "Sentenças de Paulo (Pauli sententiarum ad filium libri V) — dessa obra do jurisconsulto PAULO chegou até nós aproximadamente uma sexta parte em forma de epitome elaborado pelos organizadores da Lex Romana Visigothorum (vide n. 37), a qual pôde ser acrescida de fragmentos tirados de outras fontes, como, por exemplo, dos Fragmenta quae discuntur Vaticana (vide n. 37); sobre se a obra realmente seja de Paulo há grande controvérsia entre os romanistas." (in Direito Romano, 4ª edição, 1978, pela Forense, 1º vol., p. 52).

² "Restitutio in integrum significa reposição na situação anterior" (Professor José Carlos Moreira Alves, *op. cit.* 1º vol., p. 321, nota 472).

* Extraído da Edição do *Corpus Juris Civilis*, pela Academicum Parisiense/Paris, edição de 1873, p. 18.

8. Qui quem in domo inclusit, ut sibi rem manciparet aut promitteret, extorsisse mancipationem videtur.
 9. Qui quem ferro vinxit, ut sibi aliquid traderet aut venderet, vim intulisse videtur.
 10. Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est.
8. Pratica extorsão aquele que encerra alguém em casa, para que lhe transfira a coisa ou assim o prometa.
 9. Quem acorrentou alguém para que lhe entregasse ou vendesse alguma coisa, parece ter praticado violência.
 10. Quem encarcerou alguém, a fim de extorquir-lhe algo, o que por esta causa vier a ser feito, de nada vale.

O alienista: poder, liberdade e republicanismo em Machado de Assis

Aníbal Magalhães da Cruz Matos*

1. Prólogo

Em tributo ao escritor Machado de Assis, no centenário de sua morte, analisa-se uma de suas obras sob o prisma da fundamentação do direito, cujo tema — poder e liberdade — atualmente é bastante recorrente, tanto no âmbito da Teoria do Direito quanto no seio da sociedade, principalmente em razão do regime político atualmente em vigor, o qual permite mais abertamente o exercício da liberdade de expressão diante do poder dominante.

Poder e liberdade sempre foram pontos de vital importância para a história humana, algumas vezes tratados de forma antagônica, e em outras paralelamente.

Contudo, seus conceitos são altamente complexos e são estudados há séculos no âmbito da Filosofia e da Teoria do Direito, haja vista serem considerados por alguns teóricos o *big bang* das estruturas jurídicas e políticas.

O memorável escritor, poeta e homem público, é considerado um dos mais importantes da literatura nacional, e o seu trabalho intenso gerou obras sobre diversos temas, incluindo-se aí política e direito.

Não é objetivo aqui abordar a sua obra como um todo, ou mesmo discutir com profundidade os pontos poder, liberdade e republicanismo, pois não há espaço suficiente para um esforço de tal envergadura.

Na verdade, o trabalho aqui desenvolvido se restringe à análise da obra *O alienista* como manifestação de vetores que se prestam a fundamentar o direito, diferentemente do que ocorre comumente em estudos dessa obra, que a tratam precipuamente sob o ângulo da medicina psiquiátrica.

Defende-se a tese de que *O alienista* apresenta a questão da loucura apenas como veículo acessório, pois, na verdade, o ponto principal da narrativa é a manifestação da liberdade e do poder como instrumentos para a modificação da forma de governo e do sistema jurídico-político que vigia durante a construção do conto.

Para demonstrar essa conexão, argumentos históricos, literários, biográficos, jurídicos e políticos são colocados como elementos para a compreensão e interpretação da obra, de forma a revelar como ocorre, no caso, a desconstrução e a construção do Direito na Literatura.

2. Direito da Literatura, Direito como Literatura e Direito na Literatura

Modernamente, tem-se trabalhado a relação entre direito e literatura sob três óticas: Direito da Literatura, que estuda e analisa os direitos referentes à produção e reprodução das obras, bem como de seus autores sobre elas; Direito como Literatura, que analisa a aplicação de mecanismos da literatura ao direito, principalmente no âmbito da hermenêutica e da argumentação; e Direito na Literatura, que estuda o relacionamento e implicações entre Direito e Literatura e como esta última ajuda na solução dos principais problemas do direito.

Aqui, a obra *O alienista* é trabalhada sob esse último enfoque — Direito na Literatura —, considerando que elementos argumentativos são apresentados a fim de revelar que ela pode ser interpretada como uma tentativa de (des) construção do Direito, ao destacar pontos de vista e manifestações advindas da sociedade que servem como instrumentos para a modificação ou derrogação do sistema jurídico posto.

* Juiz Federal em Belo Horizonte (22ª Vara). Especialista em Direito Público (PUC Minas). Mestrando em Teoria do Direito (PUC Minas).

Ost (2004) afirma que entre o direito e a literatura há uma relação de fundamentação e de desfundamentação recíproca, de forma que o primeiro imita a segunda e vice-versa, concorrendo nesse intercâmbio os trágicos e os juristas. O poeta procura descrever a realidade de uma determinada maneira lançando mão da ficção imaginária, convidando os leitores e ouvintes ao debate e ao questionamento, ao passo que o jurista trabalha com a ordenação da realidade, tornando-a imperativa, obrigatória e geral. Há uma função mediadora e criadora da obra de arte, a partir da originalidade do exercício de sua liberdade, considerando-a como uma atividade contracriadora, em face do desafio da experiência humana posta e sedimentada diante de si, por meio da natureza, além do que ela é uma aposta no sentido de que algo novo e essencial está para ser revelado, como condição e instrumento para a reconstrução de um novo modelo.

Referido autor tem a obra de arte como uma atividade renovadora e um exercício constante de memorização e utiliza a teoria da “tríplice *mimesis*” de P. Ricoeur para desenvolver o tema do arraigamento da obra no campo prático da ação, ou seja, os dados representam previamente (I) o artista dá a forma (II) e o leitor-espectador efetua nova caracterização (III).

Na *mimesis* I (estrutura prévia e prática) a arte trabalha com dados oriundos da experiência humana, com suas várias manifestações, significações e símbolos, que estão sempre esperando para serem narradas. A obra de arte, então, efetiva uma ligação com a *mimesis* III, cumprindo o seu papel de intermediadora, de forma que o leitor-espectador inicie uma reconstrução criativa, por meio de uma visão responsável do ponto de vista moral. Há, assim, uma interação entre autor/espectador e leitor. Nesse caso, o trabalho da literatura se circunscreve ao campo axiológico, afastando-se da normatização da conduta.

A partir dessas considerações, feitas para ajudar o leitor a melhor compreender o objetivo deste trabalho, procura-se enquadrar *O alienista* como uma atividade criadora e recriadora do direito, considerando-se os aspectos políticos e jurídicos que pairavam sobre o tempo em que a obra foi escrita, ou seja, durante a transição da monarquia para o republicanismo, permitindo ver, também, que se trata de uma manifestação que retrata as tentativas de modificação da forma e do sistema de governo então vigentes.

3. *O alienista*: manifestações de poder e liberdade como mecanismos de re(criação) do direito

O conto narra os fatos ocorridos na vila de Itaguaí — alusão à cidade de Itaguaí, do Rio de Janeiro, terra natal de Machado de Assis —, onde o médico Simão Bacamarte, “filho da nobreza da terra e o maior dos médicos do Brasil, de Portugal e das Espanhas” (Assis, 2007, p. 11), após estudar medicina na Europa, resolveu construir um manicômio — denominado “a casa verde” em razão da cor das janelas — para tratar e cuidar dos loucos e dementes do lugar — daí o título *O alienista*, médico especialista em doenças mentais —, com autorização da câmara de vereadores, que há muito não ligava para os doidos da vila, fato que descreve exatamente a ineficiência da administração pública no cuidado do povo, o que constitui o primeiro indício para a possibilidade e necessidade de modificação do sistema jurídico-político dominante, tal como Bacamarte revela inicialmente em suas aspirações ditatoriais: “A ciência é o meu emprego único; Itaguaí é o meu universo” (Assis, 2007, p. 11).

Após quatro meses de funcionamento, a casa verde estava quase lotada de pessoas com problemas mentais, provenientes de vários lugares:

[...] De todas as vilas e arraiais vizinhos afluíam loucos à Casa Verde. Eram furiosos, eram mansos, eram monomaniacos, era toda a família dos desertados do espírito. Ao cabo de quatro meses, a Casa Verde era uma povoação. Não bastaram os primeiros cubículos; mandou-se anexar uma galeria de mais trinta e sete. O Padre Lopes confessou que não imaginara a existência de tantos doidos no mundo, e menos ainda o inexplicável de alguns casos. Um, por exemplo, um rapaz bronco e vilão, que todos os dias, depois do almoço, fazia regularmente um discurso acadêmico, ornado de tropos, de antiteses, de apóstrofes, com seus recamos de grego e latim, e suas borlas de Cícero, Apuleio e Tertuliano. O vigário não queria acabar de crer. Quê! um rapaz que ele vira, três meses antes, jogando peteca na rua! (Assis, 2007, p. 17).

Algun tempo depois, pessoas que eram vistas como absolutamente normais foram trancafiadas na casa verde como loucos, pelo simples fato de terem algum desvio moral ou atitudes sentimentais, como inveja, cobiça, ou mesmo sovínice, fato que gerou terror e comoção na população de Itaguaí, que passou a ver o

manicômio como uma espécie de cárcere privado ou campo de concentração.

Iniciaram-se a partir daí manifestações a favor de uma rebelião no seio da sociedade local:

- Devemos acabar com isto!
- Não pode continuar!
- Abaixo a tirania!
- Déspota violento!

Não eram gritos na rua, eram suspiros em casa, mas não tardava a hora dos gritos. O terror crescia; A idéia de uma petição ao governo, para que Simão Bacamarte fosse capturado e deportado andou por algumas cabeças, antes que o barbeiro Porfírio a expendesse na loja com grandes gestos de indignação [...]. (Assis, 2007, p. 39).

Mais tarde, iniciava-se a rebelião. Porfírio e seus seguidores ainda tentaram reverter a situação diplomaticamente, por meio de uma representação à Câmara, que se “recusou a aceitá-la, declarando que a Casa Verde era uma instituição pública, e que a Ciência não podia ser emendada por votação administrativa, menos ainda por movimentos de rua” (Assis, 2007, p. 41). Tal recusa foi, então, o fogo que fez iniciar uma revolução popular:

A irritação dos agitadores foi enorme. O barbeiro declarou que iam dali levantar a bandeira da rebelião, e destruir a Casa Verde; que Itaguaí não podia continuar a servir de cadáver aos estudos e experiências de um déspota; que muitas pessoas estimáveis, algumas distintas, outras humildes mas dignas de apreço, jaziam nos cubículos da Casa Verde [...]. (Assis, 2007, p. 41).

A Casa Verde havia se tornado uma “bastilha da razão humana” (Assis, 2007, p. 43), e o número de revoltosos cresceu vertiginosamente:

Entretanto, a arruaça crescia. Já não eram trinta, mas trezentas pessoas que acompanhavam o barbeiro, cuja alcunha familiar deve ser mencionada, porque ela deu o nome à revolta: chamavam-lhe o Canjica — e o movimento ficou célebre com o nome de revolta dos Canjicas. A ação podia ser restrita — visto que muita gente, ou por medo, ou por hábitos de educação, não descia à rua; mas o sentimento era unânime, ou quase unânime, e os trezentos que caminhavam para a Casa Verde — dada a diferença de Paris à Itaguaí — podiam ser comparados aos que tomaram a Bastilha [...] — Morra o Dr. Bacamarte! Morra o tirano! Uivaram fora trezentas vozes [...]. (Assis, 2007, p. 43).

A rebelião chegou ao clímax quando ocorreu o confronto com os dragões (força armada imperial), em que vários agitadores morreram. Contudo, a vitória final chegou quando um terço dos dragões se uniu aos revoltosos. Após tomar a Casa Verde e a Câmara, o Barbeiro — que recebeu a denominação de “Protetor da vila em nome de Sua Majestade, e do povo” (Assis, 2007, p. 49) — logo comunicou ao povo, da janela, as resoluções do novo governo, bem como mandou de imediato expedir as correspondências oficiais e uma proclamação ao povo, que dizia:

Itaguaíenses!

Uma Câmara corrupta e violenta conspirava contra os interesses de Sua majestade e do povo. A opinião pública tinha-a condenado; um punhado de cidadãos, fortemente apoiado pelos bravos dragões de Sua Majestade, acaba de dissolvê-la ignominiosamente, e, por unânime consenso da vila, foi-me confiado o mando supremo, até que Sua Majestade se sirva ordenar o que parecer melhor ao seu real serviço. Itaguaíenses! Não vos peço senão que me rodeeis de confiança, que me auxiliéis em restaurar a paz e a Fazenda Pública, tão desbaratada pela Câmara que ora findou às vossas mãos. Contai com o meu sacrifício, e ficais certos de que a coroa será por nós. O protetor da vila em nome de Sua Majestade e do povo. Porfírio Caetano das Neves. (Assis, 2007, p. 49).

No final ocorreu uma reviravolta. O novo chefe de governo, o barbeiro Porfírio, fez uma aliança político-científica com o alienista, para “contar não já com a simpatia senão com a benevolência do mais alto espírito de Itaguaí e seguramente do reino” (Assis, 2007, p. 54), que tinha a confiança e o apoio de parte da população. O acordo consistia em manter os trabalhos da Casa Verde, pois o novo governo não poderia eliminar a loucura, que é “matéria de ciência”. Contudo, um dos pontos do pacto dispunha que “aqueles enfermos que estivessem quase curados e bem assim os maníacos de pouca monta” (Assis, 2007, p. 54) deveriam ser libertados, como forma de mostrar à população alguma tolerância e benignidade, com o que concordou o médico alienista.

Cinco dias depois, o médico Simão Bacamarte mandava enclausurar na Casa Verde “cerca de cinquenta aclamadores do novo governo” (Assis, 2007, p. 57), após verificar que eles apresentavam sintomas de loucura revelados nos atos revolucionários que causaram a morte de várias pessoas.

Tal fato causou a queda do barbeiro Porfírio, pois o povo entendeu que ele havia sido “vendido ao ouro de Simão Bacamarte” (Assis, 2007, p. 57), reconstituindo-se o governo anterior, inclusive com a participação do médico alienista à frente da Casa Verde.

Todos os pontos elencados, retirados da obra sob análise, mostram que a questão médico-científica constitui apenas um elemento acessório da verdadeira intenção do escritor, pois a época era de movimentos políticos visando a substituição da forma de governo monárquica pela republicana, conforme se verifica dos dados histórico-políticos ocorridos naquele tempo.

Machado de Assis nasceu em 1839, durante a vigência da Constituição imperial de 1824, época em que o Brasil vivia um clima de transição política a partir dos ideais do liberalismo discutidos proficuamente na Europa, marcada por restaurações e revoluções, após a queda de Napoleão Bonaparte. Naquele período, entre os anos de 1812 e 1829 vários movimentos se desenvolveram como elementos concretizadores do conflito entre as forças liberais, que eram favoráveis ao regime constitucional republicano, e as conservadoras, que defendiam a volta dos regimes absolutistas. Como afirmam Rezende e Didier:

Cerca de quarenta anos após a Revolução Francesa, a burguesia ainda lutava para buscar instaurar de forma definitiva uma nova ordem política que assegurasse seus interesses e seus ideais liberais. Mesmo com tanto tempo de luta, esse projeto não conseguia se consolidar, o que demonstra a resistência dos setores conservadores e o poder de que estes ainda dispunham.

As contradições que levaram aos embates de 1789 continuavam existindo. Monarquistas constitucionais e republicanos divergiam quanto à forma ideal de governo, além de haver sérias divergências quanto à extensão da concessão da cidadania. De um lado falava-se em voto censitário, de outro em voto universal. Naturalmente as concepções elitistas buscavam restringir o poder de massa, segundo elas ignóbil e incapaz de definir o que seria melhor para a nação. (Rezende; Didier, 1996, p. 114).

No Brasil não era diferente. No prisma político-constitucional, a *Constituição Política do Império do Brasil* dispunha em seu art. 1º que o Império do Brasil era constituído pela associação política de todos os brasileiros, formando uma nação livre e independente

“que não admite, com qualquer outro, laço de união ou de federação, que se oponha à sua independência”.

Assim, o governo era monárquico-constitucional e o território era dividido em províncias, e estas estavam subordinadas ao poder imperial, que estava investido do Poder Moderador, exercido privativamente pelo imperador, para manter a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes políticos (art. 98 da Constituição de 1824). As províncias eram representadas na prática pelo seu presidente e pelo chefe de polícia, escolhidos e nomeados pelo Imperador, os quais tinham forte influência sobre os órgãos locais, que deles dependiam. Lembra Oliveira Vianna que:

Este poder não se limita a agir através desses órgãos locais: opulenta-se com atribuições, que lhe dão meio de influir sobre os próprios órgãos da autonomia local. Ele pode anular as eleições de vereadores municipais e juizes de paz. Ele pode reintegrar o funcionário municipal demitido pela Câmara. Ele pode suspender mesmo as resoluções das Assembleias provinciais. (Oliveira Vianna, 1956, p. 260).

Verifica-se, portanto, que tal tessitura jurídico-política determinava a centralização do poder nas mãos do imperador, que o exercia diretamente em relação a todos os órgãos do império, até mesmo aos órgãos locais.

José Afonso da Silva informa que os liberais:

[...] lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A idéia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o império, provocando rebeliões como a “Balaçadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas”, a “República de Piratini”. Tenta-se implantar, por várias vezes, a monarquia federalista do Brasil, mediante processo constitucional (1823, 1831), e chega-se a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela lei de interpretação de 1840. O republicanismo irrompe com a Inconfidência Mineira e com a revolução pernambucana de 1817; em 1823, reaparece na constituinte, despontando outra vez em 1831, e brilha com a República de Piratini, para ressurgir com mais ímpeto em 1870 e desenvolver-se até 1889. (Silva, 2006, p. 76).

Eis o panorama político-constitucional vigente durante a época da construção da obra *O alienista*, publicada entre outubro de 1881 e março de 1882. Dali a cerca de sete anos — em 1889 — venceriam as forças descentralizadoras:

[...] agora organizadas, mais coerentes, e não mera fragmentação e diferenciação de poder como existentes na colônia, mas certamente como projeção daquela realidade colonial que gerou, no imenso território do país, os poderes efetivos e autônomos locais, agora também aliados aos novos fatores que apareceram e se firmaram na vida política brasileira: o federalismo, como princípio constitucional de estruturação do Estado, a democracia, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais.

Tomba o Império sob o impacto das novas condições materiais, que possibilitaram o domínio dessas velhas idéias com roupagens novas, e “um dia, por uma bela manhã, uma simples passeata militar” proclama a República Federativa por um decreto (o de n. 1, de 15/11/1889, art. 1º). (Silva, 2006, p. 77).

Vê-se, portanto, que a narrativa machadiana em *O alienista* constitui o reflexo do embate entre as forças liberais e as conservadoras da época, bem como revela, utilizando como instrumento a revolução popular, o conflito entre o direito posto — positivismo — e o direito natural, na tentativa de modificar o primeiro.

Timido, Machado de Assis participava das atividades políticas por meio da literatura. A partir de 1860, o jovem escritor atuou no *Diário do Rio de Janeiro*, como membro do corpo redatorial, onde permaneceu por sete anos, exercendo a função de resenhar os debates do Senado e escrever crônicas sobre temas literários, artísticos e políticos, ora fazendo críticas literárias, ora criticando os atos do governo e do regime político.

Diante disso, verifica-se que Machado de Assis, muito embora não tenha exercido nenhum cargo político de alta envergadura, participava ativamente das manifestações políticas da época, principalmente entre os anos de 1860 e 1870 — dos vinte e um aos trinta e um anos —, período em que trabalhou como jornalista vinculado ao partido liberal. Nesse sentido, esclarece Magalhães Júnior:

No “O futuro”, anunciando o aparecimento de um novo jornal, o “Jornal do Povo”, diz Machado de Assis: “Para 7 de abril, anuncia-se a publicação de um jornal político que terá o título ‘Jornal do

Povo’. É redigido por dois talentos jovens, mas que já fizeram as suas primeiras armas nesta liça da imprensa. O ‘Jornal do Povo’ não representa escola alguma, não acompanha princípios estabelecidos de nenhuma parcialidade política. É simplesmente um jornal consagrado a doutrinar o povo e a pugnar pelos interesses dele. Sendo assim, o ‘Jornal do Povo’ será logicamente conduzido a por-se ao lado liberal que corresponde exatamente às aspirações populares. E o concurso dele será tanto mais valioso quanto não pode haver dúvida sobre as opiniões liberais dos seus redatores”. (Magalhães Júnior, 1955, p. 7).

Todas essas considerações biográficas, políticas e históricas são necessárias para situar *O alienista* como fonte literária de re(construção) do direito, considerando que essa narrativa sempre é vista pelos estudiosos como um estudo literário sobre questões médico-científicas relacionadas a doenças da mente, principalmente por aqueles que atuam na Psicologia e na Psiquiatria.

É bom registrar, também, que não se quer aqui afirmar que Machado de Assis era a favor do republicanismo. De forma alguma, porque tal assertiva é deveras controversa na sua vida política, diante de sua expressão manifestação em sentido contrário, como mostra Magalhães Júnior:

Muitos liberais acompanharam resolutamente Saldanha Marinho, quando este passou a fronteira e se declarou republicano. Machado de Assis não o fez. Ficou onde estava. Com o Tempo, desinteressou-se da política, desiludido de vê-la praticada nos moldes vigentes no seu tempo [...] O que fez foi deixar de acompanhar aqueles a quem estava mais ligado nesse partido, na grande dissidência, que terminou em 1870 na cisão declarada, no afastamento ostensivo das fileiras e consequente fundação do Partido Republicano. Numa de suas “Cartas Fluminenses”, a de 18 de março de 1867, endereçada “À Opinião Pública”, existe esta confissão: “Quanto às minhas opiniões políticas, tenho duas, uma impossível, outra realizada. A realizada é o sistema representativo. É sobretudo como brasileiro que me agrada esta última opinião, e eu peço aos deuses (creio também nos deuses) que afastem do Brasil o sistema republicano porque esse dia seria o do nascimento da mais insolente aristocracia que o sol jamais alumiou. Não frequento o paço, mas gosto do imperador. Tem as duas qualidades essenciais ao chefe de uma nação: é esclarecido e honesto. Ama o seu país e acha que ele merece todos os sacrifícios”. (Magalhães Júnior, 1955, p. 76).

Diante disso, pode-se afirmar que a obra analisada demonstra o confronto entre o direito positivo e o direito natural, bem como reflete o movimento político da época visando instalar a forma republicana de governo. O positivismo tem a lei como mecanismo para a manutenção do poder dominante, ao passo que o naturalismo utiliza a revolução popular para a modificação da situação posta, a qual não se confunde, no caso, com a simples resistência civil.

4. A revolução como instrumento da liberdade, a lei como instrumento do poder

As definições de liberdade e de poder são discutidas há séculos e até hoje não se chegou a um denominador comum. Não poderia ser de outra maneira, pois liberdade e poder são termos cujos conceitos variam de acordo com o ideal de cada pessoa, e por isso são de difícil definição.

A liberdade, por exemplo, “pode ser definida de várias formas. Aliás, a liberdade pode ser vista e sentida de várias formas [...]. Por isso, existem diversas concepções de liberdade [...]” (Bittar; Almeida, 2006, p. 445). De igual modo a definição de poder sé algo muito complexo de se levantar, considerando a possibilidade de ser exercido e sentido de várias maneiras.

Além disso, algumas vezes liberdade e poder estão intimamente ligados, pois a liberdade permite o exercício do poder e vice-versa, e em outras vezes estão em conflito direto, como é o caso da narrativa analisada.

O alienista é uma narrativa que retrata o confronto entre a liberdade do povo e o poder do Estado, bem como revela seus mecanismos de concretização, a revolta e a lei respectivamente.

Nesse ponto, lembre-se que a revolta dos canjicas não foi um simples ato de desobediência civil, considerando que estava revestido de violência, e esta não é um dos seus elementos constitutivos. A desobediência civil “é um ato não violento.” (Repolês, 2003, p. 19).

Na verdade, a narrativa faz ver claramente indícios de que se trata de uma revolução — no sentido histórico do termo —, a exemplo da Francesa e da desencadeada na América do Norte, principalmente quando compara a Casa Verde à *Bastilha*, e Itaguaí a *Paris*. Até mesmo os termos *déspota*, *tirano*, *tiranía*, além de ou-

tros, revelam que uma revolução popular armada se desenvolveu na pequena vila a fim de destituir do poder os governantes e instituir um novo governo, com leis e diretrizes diversas.

No entanto, as mudanças efetivadas são mais apropriadas para caracterizar a revolução do que a violência utilizada para alcançar seus objetivos, como entende Hannah Arendt:

[...] Mas a violência não é mais adequada para descrever o fenômeno das revoluções do que a mudança; somente onde ocorrer mudança, no sentido de um novo princípio, onde a violência for utilizada para constituir uma forma de governo completamente diferente, para dar origem a um novo corpo político, onde a libertação da opressão almeje, pelo menos, a constituição da liberdade, é que podemos falar de revolução. (Arendt, 1990, p. 28).

Contudo, como se viu no conto, no final não houve mudanças significativas no que concerne ao governo e à conjuntura política de Itaguaí, pois os governantes depostos, inclusive o médico alienista, retornaram ao poder, todos os loucos foram libertados e a pequena vila interiorana continuou sua vida de sempre. Revolução houve, mas não no sentido Arendtiano.

5. Epílogo

À guisa de conclusão, pode-se afirmar, após estudar e analisar o contexto histórico-político existente à época da confecção da obra *O alienista*, além da tendência política e da biografia de Machado de Assis, que o cenário nela descrito é constituído basicamente pelo movimento pró-republicano que crepitava naquele período revolucionário.

A partir daí, assevera-se que a obra estudada trata de questões relacionadas ao direito e suas possibilidades de modificação e re(construção), além da questão da loucura humana, colocada, no caso, como elemento secundário. É claro que mesmo tal afirmação é questionável, pois a loucura pode ser compreendida na narrativa como algo interligado com o poder despótico, já que é comum chamar-se o ditador de louco — vários exemplos podem ser encontrados na História. De qualquer sorte, após a contextualização da obra e sua conexão com as tendências políticas da época, não é possível abordá-la tão-somente do ângulo da alienação mental.

Poder e liberdade são institutos que não são demonstráveis empiricamente, mas têm a força de mudar o destino dos homens, visto que são instrumentos utilizados para submeter ou para ser submetido, para ordenar ou resistir.

Forçoso é observar, portanto, que, assim como ocorre com a mudança de forma de governo — no conto *O alienista*, da monarquia para a república —, e, conseqüentemente, com o direito, atualmente é possível observar manifestações de poder e liberdade como meios para modificar o direito — lembre-se do movimento pela liberação do uso da maconha ocorrido recentemente.

Diante disso, tem-se que *O alienista*, de Machado de Assis, apresenta elementos de re(criação) do direito, ao revelar em sua narrativa o conflito entre o direito posto e o direito ideal, concretizado pelas manifestações de poder e de liberdade como formas de estabelecer a vontade da maioria, transformados em canais veiculadores das opiniões e desejos dos diversos segmentos da sociedade, funcionando, a partir daí, como elementos discursivos tendentes a formar entendimentos de conteúdo democrático que deságuam no direito, onde são filtrados e funcionam como *medium* que alivia a tensão entre o positivismo e o naturalismo.

6. Referências bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. *Da revolução*. 2. ed. Brasília: UnB, 1990.
- ASSIS, Machado de. *O alienista*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005. 2v.
- GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.
- GOMES, Alexandre Travessoni. *Ofundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. *A moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.
- MAGALHÃES JÚNIOR, Raimundo. *Machado de Assis desconhecido*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1955.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- REZENDE, Antonio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. *O Brasil e o mundo contemporâneo*. São paulo: Atual, [1996?].
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo de alguns aspectos das cláusulas gerais e de sua aplicação, já que tal técnica legislativa, como é sabido, foi amplamente acolhida pelo novo Código Civil, de maneira que hoje é imprescindível o seu entendimento para a compreensão do direito privado brasileiro.

Inicialmente tratamos da idéia de ordenamento jurídico como um sistema, demonstrando como se deu a passagem do sistema fechado para o sistema relativamente aberto, bem como a relação entre a mudança de sistema e o surgimento das cláusulas gerais.

Em seguida, passamos a uma análise sobre a origem das cláusulas gerais, seu desenvolvimento na Alemanha e em alguns outros ordenamentos jurídicos e sua importância no novo Código Civil.

Cuidamos também da vagueza, bem como da distinção entre as cláusulas gerais, os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados, o que, apesar de ampla divergência doutrinária, é atualmente basilar, a nosso ver, para se operar no campo do direito privado.

Por último, traçamos um panorama geral acerca da delimitação dos poderes do juiz quando diante das cláusulas gerais, uma vez que muito se discute acerca da existência ou não de discricionariedade por parte do magistrado.

O ordenamento jurídico e a noção de sistema

O ordenamento jurídico, na concepção de Norberto Bobbio, é baseado em uma norma fundamental, a qual dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de “ordenamento”.

É certo que Bobbio aceitou a construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen, servindo tal teoria para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo. Assim, subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, a norma fundamental, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento¹. Por conseguinte, toda a unidade do ordenamento jurídico, na concepção de Bobbio, está fulcrada na norma fundamental, sem ela todo o ordenamento jurídico desmorona.

Superada a questão da unidade do ordenamento jurídico, Bobbio passa, na obra *Teoria do ordenamento jurídico*, ao exame da coerência, esclarecendo que no uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência emergiram três diferentes significados de sistema. O primeiro significado é o mais próximo ao de “sistema” na expressão “sistema dedutivo”, ou seja, diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. O segundo significado de sistema é o encontrado na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos na *Civil Law*, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é autor da obra *Sistema do Direito romano atual*. Por fim, o autor italiano assevera que o terceiro significado, o mais interessante, é aquele que estabelece que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis².

Resta claro, desta forma, que para Bobbio a unidade do ordenamento jurídico está ligada à norma fundamental, já à coerência está relacionada a constituição do ordenamento jurídico como um sistema. Todavia, adverte que o fato de que as normas devam ser compa-

* Juiz Federal substituto da 2ª Vara Previdenciária de São Paulo. Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP.

¹ Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49.

² Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 77/80.

tíveis não quer dizer que se encaixam geometricamente umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito, uma vez que num sistema jurídico a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não a queda de todo o sistema, mas somente de uma das normas ou no máximo das duas³.

Entretanto, Bobbio, nos livros *Teoria do ordenamento jurídico* e *Teoria da norma jurídica*, seguiu a linha da análise estrutural, tendo, assim como Kelsen, colocado de lado a análise funcional do direito, dedicando-se ao aprofundamento do estudo da estrutura. Defendia, em tal período⁴, “uma teoria geral do direito formal isenta de valorações e de considerações sociais, contra os jusnaturalistas e sociólogos do direito, em nome da objetividade da ciência que visa antes conhecer a realidade do que valorá-la, e da ciência normativa que busca o estudo da esfera do dever ser e não do ser”⁵. Daí decorre que o seu conceito de sistema jurídico, se levarmos em conta apenas as obras acima referidas, não podia ser outro que não o de sistema fechado, também aceito por Hans Kelsen.

Por outro lado, no pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, pressupõe-se o ordenamento jurídico como um sistema, sendo a sistematização uma exigência ético-jurídica que emana da própria idéia de Direito. “Ao tratar das características da ordenação (adequação valorativa) e da unidade, refere-se ao ordenamento sistematizado. A unidade do sistema percebida por Canaris assemelha-se à coerência tratada por Bobbio, mas vai além: não se limita à exigência da ausência de antinomias, normas contraditórias; demanda a fixação de critérios e princípios gerais, pouco numerosos, que

garantam que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares e desconexos”⁶.

Ora, a distinção entre o pensamento dos dois juristas supramencionados fica evidente pelo fato de que para Canaris a exigência da ordenação do sistema decorre especialmente do postulado de justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador como o juiz devem observar e considerar os valores possíveis, em toda sua profundidade e consequências singulares, ou seja, devem proceder com adequação. A adequação racional é característica da ordem no conceito de sistema e, por isso, a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na ciência do Direito⁷.

Em suma, Canaris estabelece a unidade do sistema com base em princípios gerais, e não em outros elementos também gerais, como conceitos, normas, institutos jurídicos ou valores, e ainda entende que, qualquer que seja sua definição e a idéia de sistema, nela estão presentes a ordenação e a unidade⁸.

Logo, considerando a visão de sistema dos autores citados, podemos asseverar que durante o positivismo o sistema jurídico era analisado apenas sob o aspecto estrutural, considerava-se apenas as normas, as quais eram aplicadas através de raciocínio lógico-dedutivo. No entanto, com a evolução do pensamento, já na fase pós-positivista, os princípios adquirem caráter plástico e permitem a introdução no direito dos valores assumidos pela sociedade, sendo abandonada a idéia da Teoria Pura de Kelsen, desprovida de valores.

O sistema fechado no positivismo

O Iluminismo já abrigava o conceito fechado de sistema, buscando a ciência como uma ordenação lógica exaustiva. Todavia, com o positivismo jurídico

³ *Ibid.*, p. 80.

⁴ Aqui usamos a expressão “em tal período” para deixar claro que não desconhecemos que com o ensaio “Sulla funzione promozionale del diritto”, Bobbio anunciou sua abertura ao funcionalismo jurídico, o que não significou a rejeição da visão estrutural do direito, mas sim a conservação da explicação estrutural do direito acrescida de uma análise funcional. Portanto, Bobbio passou por um período de alinhamento ao positivismo e por um período de pós-positivismo, o qual não é retratado na obra *Teoria do ordenamento jurídico*, mas tão-somente na obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*.

⁵ Alaôr Caffé Alves. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, Edipro, 2001, p. 18.

⁶ Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 7.

⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁸ Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 161.

nasceu outro conceito de sistema fechado⁹, representado pela crescente importância da lei votada pelos representantes do povo, o que decorreu das críticas dos pensadores iluministas e da necessidade de segurança jurídica na sociedade.

O povo francês, com a Revolução Francesa, pretendia romper com a monarquia, com a nobreza, com o clero e com a magistratura. Em relação à magistratura, “o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só a nobreza, porque inexistindo um sistema de legislação nacional, os juizes, sendo locais, sofriam influência do seu meio, e decidiam no mais das vezes de acordo com a praxe e o costume, evidentemente favoráveis ao *status quo*. E o povo, observando esta situação, bradava que a justiça tardava para os pobres e geralmente favorecia aos ricos e aos nobres, não atendendo os verdadeiros anseios populares. As decisões não seguiam nenhum parâmetro objetivo, imperando o casuísmo, e esse casuísmo invariavelmente contrário à vontade da maioria”¹⁰. Portanto, o povo estava a exigir um sistema legal único, que fosse obrigatório para todos, não estabelecendo distinções odiosas entre os cidadãos, ou seja, uma legislação que garantisse a liberdade do cidadão e a igualdade entre os mesmos.

Com a vitória dos revolucionários, buscou-se a unificação da nação através do direito, bem como afastar a insegurança das decisões por meio de um sistema de direito que possibilitasse maior previsibilidade e segurança, restringindo, assim, a forma de encarar e interpretar o sistema legislativo¹¹. “O direito francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a *boca da lei*, o *escravo da lei*. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei”¹².

O juiz francês devia julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado, uma vez que na época entendia-se que o sistema era completo, que havia uma norma para cada caso, sendo o código um prontuário que o juiz devia seguir infalivelmente e do qual não podia se afastar¹³.

Além disso, o juiz não podia deixar de julgar o caso sob a alegação de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, o que estava, e ainda está expresso no art. 4º do Código Civil francês, senão vejamos: “*Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.

Proclamaram os revolucionários de 1789, por conseguinte, que todos são iguais perante a lei, a qual deve ser una, geral, a todos igualmente aplicável. O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra a sua forma, o código, conjunto unitário de leis provindas de uma só fonte, o Estado. Excluem-se os direitos que não estão na lei, que é geral, exclusiva e excludente¹⁴.

Nasceu assim a Escola da Exegese, pela qual a tarefa do jurista circunscrevia-se à unificação dos juízos normativos e ao esclarecimento de seus fundamentos, limitando o direito à lei. Esta por sua vez, deveria ser clara e precisa, de modo a possibilitar aquela segurança tão almejada pelos burgueses. Buscava-se na interpretação, por isso mesmo, as características de estabilidade, linearidade e, sobretudo, logicidade, sob pena de afronta à “segurança jurídica”¹⁵. Nas palavras de Bobbio, o “caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica”¹⁶.

Com isso, durante muitos anos os magistrados franceses ficaram bastante limitados ao interpretar a

⁹ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 11/12.

¹⁰ Renan LOTUFO. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 16.

¹¹ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

¹² Renan LOTUFO. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo Código*

Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 20.

¹³ Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 121.

¹⁴ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 169.

¹⁵ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In: Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

¹⁶ Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 121.

lei, já que o sistema do Código Civil francês era evidentemente fechado, ou seja, aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial¹⁷, sendo que na Revolução Francesa, como já exposto, encontramos a causa do fechamento do sistema.

Posteriormente, com a mesma visão de sistema fechado, já no século XX, Hans Kelsen circunscreveu a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural, modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo — o único objeto possível de uma teoria científica do direito — e o direito ideal. Entre as intenções de Kelsen estava a *conditio sine qua non* para a fundação de uma teoria científica do direito. Kelsen escreve que a doutrina pura do direito, como ciência, “vê-se obrigada a tão-somente compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma análise da sua estrutura”¹⁸.

Kelsen via o direito como um sistema autônomo ou auto-suficiente em relação ao sistema social, de modo que o trabalho do jurista desenvolve-se inteiramente dentro dele, não havendo que se falar na intromissão da sociologia, antropologia, economia, psicologia etc. no direito, ou seja, a doutrina pura do direito trabalhava com a idéia de sistema fechado.

A contribuição de Kelsen para a sistematização do direito foi imensa, entretanto, a sua Teoria Pura do Direito foi utilizada como justificativa para retirar do âmbito da ciência jurídica qualquer discussão acerca de questões sobre o conteúdo da norma, voltando as atenções para as questões formais¹⁹.

Fica evidente, assim, que durante muito tempo o direito trabalhou com a concepção de sistema fechado, divergindo apenas as razões para a sua adoção, ou seja, buscava-se no período posterior à Revolução Francesa o fim dos abusos da magistratura e no início do século XX a qualificação do direito como ciência, tal qual as ciências naturais.

Dessa feita, ficam evidentes as características fundamentais de um sistema fechado: a) rigidez estrutural formal do sistema; b) hierarquia de normas jurídicas, sendo que a norma retira seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior; c) a norma mais geral e abstrata possui maior hierarquia do que a norma individual e concreta; d) o juiz apenas executa a subsunção do fato concreto à norma jurídica posta; e) rigidez semântica dos termos empregados nas normas jurídicas, com o objetivo de dar à norma apenas uma interpretação possível²⁰.

Do sistema fechado ao sistema relativamente aberto

Com a aceleração da mutabilidade dos valores e a complexidade da realidade social, o dogma do sistema fechado e, conseqüentemente, o da unidade legislativa fatalmente caíram por terra. É que no sistema fechado o juiz está preso à letra da lei e, ante um aumento da complexidade das relações sociais, seria difícil, senão impossível, deduzir das normas jurídicas as soluções para tais casos²¹.

Ainda, a evidente incompletude dos códigos deu espaço a leis especiais e extravagantes, já que os interesses da sociedade não mais se acomodavam nos códigos e se fazia necessário ouvir outras vozes que não as dos detentores do poder.

Entretanto, como esclarece Judith Martins-Costa, “custou-se a perceber, enfim, que, no universo craquelé da pós-modernidade, não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em abstrata arquitetura”²².

Desta maneira, com o decorrer do tempo e a cada nova grande codificação (desde a francesa até a

¹⁷ Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 38.

¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁹ Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 47.

²⁰ Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 48/49.

²¹ *Ibid.*, p. 50.

²² Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 281/282.

alemã), os juristas passaram a perceber os problemas do sistema jurídico tal qual era admitido, o que levou ao início da reação ao fetichismo legislativo e, ao mesmo tempo, ao dogma da completude. Um dos maiores representantes dessa reação foi o jurista alemão Eugen Ehrlich, o qual critica no livro *A lógica dos juristas (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)* a mentalidade tradicional do jurista, ou seja, o conformismo diante do estadismo²³.

Apesar das críticas que a doutrina vinha fazendo ao sistema fechado, na mesma época Kelsen desenvolveu uma Teoria Pura voltada a uma análise apenas estrutural do direito, sem a influência de ideologias, valores, ou outros fatores externos. Tal teoria serviu de sustentação para o Estado Nazista, tendo inclusive os criminosos de guerra do 3. Reich se defendido no Tribunal de Nuremberg argumentando que agiram de acordo com o direito positivo alemão²⁴.

Ora, com isso ficou evidente que o fechamento do sistema jurídico não estava em consonância com as mudanças sociais ocorridas, dava azo a atrocidades, como as que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, bem como dava sustentação a Estados Ditatoriais, o que não era de se admitir no pós-guerra.

Por conseguinte, a ciência jurídica sentiu a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais, deixando de lado, como afirma Bobbio, o seu esplêndido isolamento. Assim, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade²⁵. Diz-se, então, que o direito, como ciência social, é dotado de relatividade, à medida que depende sempre da sociedade em que está colocado²⁶.

Assim, hoje não se pode negar que o direito é “um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o po-

lítico, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles²⁷. Por esta razão, Bobbio, sensível às transformações do mundo que o circundava, publicou os ensaios reunidos na obra *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* como uma abertura à sociologia jurídica, não apenas como um ponto de vista sobre o direito, mas como algo necessário para a própria elaboração da teoria geral do direito.

Daí que a aproximação do direito com as ciências sociais, bem como a constatação dos problemas gerados pelo desenvolvimento acelerado da sociedade e a tentativa de purificação do direito, levaram à relativa abertura do sistema jurídico.

Pode-se definir sistema relativamente aberto como aquele em que há um grande número de normas em estado fluido e em contínua transformação; é aquele em que é atribuída ao jurista a tarefa de colaborar com o legislador e com o juiz no trabalho de criação do novo direito²⁸.

Ao contrário daquele modelo de sistema fechado, no sistema relativamente aberto as hipóteses legais são formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, permitindo maior mobilidade do juiz em cada caso. Mas não apenas maior mobilidade; é preciso também a possibilidade de buscar a precisão e a determinação requeridas em conceitos extrajurídicos, fornecidos pela Economia, pela Ecologia, pela Sociologia, pelas Ciências Biológicas, pelos costumes, pela Engenharia, enfim, por todas aquelas ciências ou áreas de estudo que possam colaborar para uma decisão mais justa do caso concreto²⁹.

No direito brasileiro a relativa abertura do sistema pode ser observada, de maneira absolutamente cristalina, com a inclusão no novo Código Civil das cláusulas gerais, como, *v.g.*, a cláusula geral de boa-fé, a função social do contrato e a função social da propriedade. É que de nada vale um sistema jurídico que oferece segurança jurídica se esse sistema não é atual, mas sim constituído de dogmas ultrapassados. Além da segurança jurídica, grande problema na época das

²³ Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 122.

²⁴ Não se pode esquecer que Kelsen não era adepto do Nacional Socialismo alemão, tanto é que acabou fugindo para os Estados Unidos.

²⁵ Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 46.

²⁶ Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

²⁷ Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. XIII.

²⁸ *Ibid.*, p. 38.

²⁹ Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

grandes codificações, o Direito também deve se preocupar em ser eficiente, justo e atual³⁰.

De fato, a técnica legislativa, em razão da relativa abertura do sistema jurídico atual, foi modificada, valendo aqui transcrever os ensinamentos de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, que entendem que no século XXI “não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”³¹.

Portanto, em busca da eficiência, justiça e atualidade é que se pensou na construção de um sistema jurídico relativamente aberto, com o emprego das cláusulas gerais. Isto porque, as cláusulas gerais são inseridas nas normas para flexibilizar o sistema jurídico e ajustá-lo às rápidas mutações que ocorrem nos valores e práticas sociais, a fim de que a norma não fique desatualizada e contrária à realidade³².

As cláusulas gerais e o Direito Civil contemporâneo

Ingressamos no século XXI debatendo o direito civil, mas não com base na doutrina liberal, típica das codificações oitocentistas, uma vez que, nem de longe, o Estado brasileiro pode ser considerado, tal qual os estados do século XIX, um estado liberal. Na verdade, o direito civil contemporâneo sofre incontestável influxo da Constituição Federal, o que levou à mudança do foco do direito civil, deixando de ter importância o patrimônio e passando a ser considerado como valor fundamental a pessoa humana³³.

Hodiernamente, o Código Civil busca inspiração na Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Diferentemente do que ocorre com os códigos penais, a linguagem de um código civil não está cingida à rigida descrição do *Tatbestand*, à técnica da casuística, que a cada mudança social demanda a elaboração de uma nova lei. Assim, um “código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extrajurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”³⁴.

Márcia de Oliveira Ferreira Aparício, citando Stefano Rodotà, aduz que as cláusulas gerais integrarão essa nova linguagem como o símbolo da mudança de um paradigma; o testemunho de que há uma crise e a tentativa de dar-lhe resposta; o instrumento com que se evitam tensões demasiado fortes entre o sistema jurídico e os dados da realidade, pois elas permitem a adequação da lei à realidade sem a intervenção do legislador³⁵.

No mesmo sentido assevera Judith Martins-Costa que “as cláusulas gerais conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”³⁶.

Por conseguinte, por meio das cláusulas gerais legisla-se com mais amplitude, permitindo-se soluções mais justas e harmonizadas ao caso concreto. Já do ponto de vista de sistema, abre-se caminho à mutabilidade necessária ao direito, pois, à medida que se abran-

³⁰ Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 49.

³¹ Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 160.

³² Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 52.

³³ Paulo NALIN. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005, p. 75.

³⁴ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 285.

³⁵ Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 18.

³⁶ Judith MARTINS-COSTA. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Jus navigandi: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acessado em 21/06/2008.

ge variada gama de interpretações plausíveis, admite-se o importante desapego ao momento político e ao entendimento jurídico que inicialmente determinou a regra³⁷.

Logo, não resta dúvida que a técnica da cláusula geral será decisiva para a construção de um sistema jurídico comprometido com a realidade social concreta e contemporânea³⁸, uma vez que as cláusulas gerais atuam como uma ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade, constituindo um dos instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça³⁹.

A origem das cláusulas gerais

As cláusulas gerais já existiam nas codificações francesa e alemã do século XIX, no entanto, a sua utilização era afastada pela mentalidade juspositivista do aplicador do Direito, que via nesses preceitos a insegurança e a incerteza, decorrente do suposto arbítrio a ser empregado pelo juiz no julgamento do caso concreto⁴⁰.

Aliás, na Alemanha, onde a cultura dominante era a da pandectística, aduz Judith Martins-Costa, citando Franz Wieacker, que a aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1896, deu-se em meio a fortes críticas ao “caráter elástico” de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente freqüente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz”⁴¹.

Com isso, fica claro que, quando da aprovação do BGB, o pensamento prevalente não recebeu as cláusulas gerais como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juizes poderes de criação normativa

similares ao do *praetor* romano⁴². Assim, sob o influxo do positivismo legalista dominante no início do século XX, as cláusulas gerais permaneceram como letra morta por um largo período de tempo⁴³.

Entretanto, “com o advento da Jurisprudência dos Interesses de Philip Heck e com a doutrina do “Direito Livre”, preparou-se o terreno para a utilização das cláusulas gerais como instrumento de conformação do sistema jurídico, para o preenchimento das lacunas presentes no ordenamento, que já não mais necessitava sustentar a ficção de uma plenitude não encontrada na realidade dos fatos”⁴⁴.

No final da segunda década do século XX, em virtude do caos econômico pós-Primeira Guerra Mundial, o poder aquisitivo do marco alemão estava sendo corroído drasticamente pela hiperinflação, atingindo em cheio toda a estabilidade do tecido social na Alemanha. As pessoas faziam compras com sacos de dinheiro e não se chegava sequer a imprimir o verso da cédula, tamanha a desvalorização monetária. Os efeitos imediatos da crise foram sentidos nas relações contratuais, já que se tornou praticamente inviável a manutenção das cláusulas atinentes ao preço, que não previam qualquer índice de correção monetária⁴⁵.

A situação, como não poderia deixar de ser, foi levada ao Poder Judiciário, o qual, para contornar o rígido princípio nominalista da moeda, decidiu fazer uso da cláusula geral para “pôr cobro a situações jurídicas manifestamente iníquas, realçando o papel da boa-fé como fundamento para justificar decisões dos tribunais, até mesmo, *contra legem*”⁴⁶.

O Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), à época, contava com apenas duas décadas de vigência, e, em três de seus parágrafos (§§ 138, 242 e 826), até então praticamente adormecidos, a jurisprudência alemã encon-

³⁷ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

³⁸ Paulo NALIN. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 75.

³⁹ Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. *Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema*. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 23/24.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁴¹ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 288.

⁴² Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 288.

⁴³ Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 62.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁵ Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 10.

⁴⁶ Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 62/63.

traria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais⁴⁷.

Assim, algumas Cortes da Alemanha, como relata Domenico Corradini, citado por Judith Martins-Costa, passaram a aplicar o § 242 do BGB conferindo-lhe o sentido de boa-fé objetiva, recusando-se a considerá-lo uma fórmula meramente pleonástica, norma de interpretação dos contratos ou simples compêndio de deveres previstos em normas diversas⁴⁸.

Essa nova roupagem dada à boa-fé tem como fatores a extraordinária capacidade dos juízes alemães para ousarem em seu *officium* e a técnica na qual foi redigida a referida cláusula no BGB⁴⁹.

Não se pode deixar de destacar que, apesar do mencionado desenvolvimento louvável da jurisprudência alemã, as normas com conteúdo indeterminado, durante os tristes anos do nazifascismo, proporcionaram manipulações ideológicas e afrontas aos direitos humanos, uma vez que os juízes tedescos passaram a fazer uso do poder outorgado pelas cláusulas gerais para inserir no ordenamento jurídico os ideais do 3. *Reich*⁵⁰. Justamente por isso, menciona Franz Wieacker que “em épocas de predomínio da injustiça elas [cláusulas gerais] favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político”⁵¹.

Superado o período da Segunda Guerra Mundial, a técnica das cláusulas gerais novamente se mostrou frutífera na jurisprudência alemã, permitindo a construção ou o desenvolvimento, no direito obrigacional, dos casos de *exceptio doli*, da inalegabilidade de nulidades formais, de culpa na formação dos contratos (culpa *in contrahendo*), de abuso da posição jurídica, de modificação das obrigações contratuais por alteração superveniente das circunstâncias⁵².

Semelhante desenvolvimento, na Itália, somente floresceu nas décadas de sessenta e setenta, quando se

tratou de opor à técnica legislativa da regulamentação (ou técnica de regulamentar, exaustivamente, as *fattispecies* jurídicas, como é tradicional nos sistemas codificados) a técnica da “legislação por princípios”⁵³.

Alberto Gosson Jorge Junior muito bem ilustra a fuga inicial da técnica das cláusulas gerais na Itália, o que também aconteceu em muitos outros países do velho continente: “Além da doutrina, recolhe-se a opinião de que o Judiciário italiano não teria desenvolvido uma experiência similar à do direito alemão, esta, como vimos, estribada fundamentalmente no § 242 do BGB, o que justificaria a assertiva de Pietro Rescigno, no sentido de que os juízes italianos teriam empreendido uma fuga das cláusulas gerais, ao inverso da magistratura germânica, que teria optado por uma fuga nas cláusulas gerais”⁵⁴.

Já no Brasil, na década de 70, o legislador se viu encarregado de produzir grandes modificações legislativas de impacto social, sendo que, para tanto, recorreu a critérios menos descritivos da norma. É que, a partir do surgimento de um Estado assistencialista e intervencionista, setores do Código Civil ficaram desatualizados, assim, partes inteiras da legislação codificada passaram a ter regramentos especiais ou setorizados⁵⁵.

Ocorre que, embora as cláusulas gerais fossem previstas na legislação brasileira do século XX, poucos foram os períodos de regime político democrático no país, o que dificultou a atuação da magistratura, dadas as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência. Por conseguinte, a recusa tácita do emprego das cláusulas gerais e até mesmo a sua adequada compreensão pode ser explicada pela falta de legitimidade de muitos dos governos que se seguiram, o que vem a reforçar as esperanças de que agora elas venham a ser empregadas, haja vista a forma com que foi recebida a Constituição de 1988 pelo povo e, em especial, pelos magistrados brasileiros⁵⁶.

Destarte, fica evidente que as cláusulas gerais tiveram desenvolvimento inicialmente na Alemanha, em

⁴⁷ Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: Revista de Direito do Consumidor, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 10.

⁴⁸ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 289.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 290.

⁵⁰ Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 66.

⁵¹ Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*, p. 546.

⁵² Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 292.

⁵³ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 294.

⁵⁴ Alberto Gosson JORGE JUNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 67.

⁵⁵ Paulo NALIN. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 64-65.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 66

especial a cláusula geral de boa-fé objetiva, uma vez que os juízes alemães, em virtude de problemas enfrentados na sociedade, foram ousados ao interpretar o BGB, cuja redação comportava normas que vinculavam o juiz e, ao mesmo tempo, davam-lhe liberdade. Apesar do sucesso alemão, apenas recentemente as cláusulas gerais se desenvolveram na grande maioria dos países de direito romano-germânico, o que, sem dúvida, está relacionado ao fato de que muitos dos países da *civil law* enfrentaram no século XX regimes políticos não democráticos, que acabavam limitando a atuação dos magistrados.

A vagueza

O caráter vago da linguagem não é um traço característico apenas das cláusulas gerais, podendo ser detectado em termos e expressões de toda a linguagem e, em especial, da linguagem jurídica.

As normas jurídicas podem ser consideradas vagas se o seu enunciado possibilitar a existência de casos-limite⁵⁷.

É evidente que a questão da vagueza não é nenhuma novidade, muito antes das cláusulas gerais os aplicadores do direito já tinham de enfrentar os enunciados que davam margem aos casos-limite, o que não passou despercebido pelos juristas romanos.

Aliás, não só no novo Código Civil, mas também na própria Constituição Federal encontramos muitos casos de vagueza, entre eles o constante do art. 5º, XI, o qual dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Logo, o mandado judicial autoriza a violação do domicílio apenas durante o dia, mas o termo dia, apesar de não estar contido em uma cláusula geral, pode apresentar casos-limite, uma vez que não há norma que estabeleça a quantidade de raios solares necessários para que possamos afirmar que é dia ou noite. É claro que às 12 horas é dia, bem como às 23 horas é noite, porém, no que toca às 18 horas, a situação se complica, ainda mais se considerarmos o horário de

verão. Assim, dia, para José Afonso da Silva, é o período das 6 às 18 horas, já Celso de Mello considera o mesmo termo como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo⁵⁸. De qualquer forma, os critérios oferecidos não afastam a vagueza da expressão.

A problemática da vagueza foi muito bem sintetizada por Luzzatti, citado por Eduardo Sens dos Santos, que ensinou que “todas as expressões lingüísticas são indeterminadas em maior ou menor medida. A vagueza, pois, não é uma qualidade que existe ou não existe, mas é principalmente uma questão de grau”. É dizer, não se tem, *v.g.*, informação precisa de quantas pessoas são necessárias para formar uma turba⁵⁹, nem de quantos fios de cabelo a pessoa precisa perder para ser considerada calva. Portanto, é certo que a vagueza poderá existir em grau maior ou menor, o que poderá dificultar a interpretação do operador do direito; porém, não a encontraremos em alguns termos, especialmente no que toca aos dados matemáticos.

Todavia, a vagueza não deve ser encarada tão somente como um defeito de linguagem, visto que, como assevera Judith Martins-Costa, ela pode ser intencional ou programática, não se confundindo com a obscuridade, antes podendo constituir, em muitos casos, uma vantagem, utilizada na perseguição de certas finalidades. Por isso, ocorre em todo o ordenamento uma composição entre enunciados marcados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite⁶⁰.

Por conseguinte, é de grande valia a distinção entre vagueza comum e vagueza socialmente típica, a qual foi feita por Claudio Luzzatti e sintetizada por Luiz Felipe Amaral Calabró da seguinte forma: “A vagueza comum não remete o magistrado, diretamente, a valores ou princípios, mas, sim, às circunstâncias do caso concreto. Assim, um conceito indeterminado que possua vagueza comum, será determinado pelo magistrado apenas com base nas peculiaridades do caso concreto, plano do ‘ser’. Já a vagueza socialmente típica

⁵⁸ Alexandre de MORAES. *Direito Constitucional*, p. 49/50.

⁵⁹ Eduardo Sens dos SANTOS. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

⁶⁰ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 311/312.

⁵⁷ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 306 e ss.

ca remeterá o magistrado aos princípios e valores que inspiram o ordenamento jurídico. Assim, um conceito indeterminado que possua vagueza socialmente típica, seria uma cláusula geral, posto que remeteria o magistrado aos princípios e valores...⁶¹.

Daí que a expressão vagueza socialmente típica, considerando a distinção apontada, indica gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados⁶².

Destarte, a vagueza, longe de ser prejudicial, encerra noção de grande valia para o direito, permitindo sua maior mobilidade⁶³, uma vez que as normas dotadas de termos ou expressões vagas podem ser constantemente atualizadas pelo operador do direito, o que não ocorre se estivermos diante de norma que contenha termos dotados de grau de vagueza mínima.

Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos

A palavra “princípio”, seja no campo do direito ou fora dele, comporta vários significados, assim sendo, devido a essa multiplicidade de maneiras como podemos encará-la, a diferenciação entre os princípios jurídicos e as cláusulas gerais torna-se bastante complicada. Por isso, devemos limitar o campo de nossa análise a um dos significados de princípio, para só então passarmos à referida diferenciação.

No que toca à equívocidade dos princípios, Alberto Gosson Jorge Junior, fazendo uso dos ensinamentos de Guido Alpa, aduz que: “os juristas usam a expressão ‘princípio’ em diversos contextos: como elemento da disciplina (princípios de direito privado), como valor (o princípio da correção), como instrumento (o princípio do contraditório), mas sobretudo como regra abstrata aplicável às várias hipóteses (*fattispecie*) concretas”.

Já no festejado *Lições preliminares de direito*, Miguel Reale doutrina que “os princípios são ‘verdades

fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”. Mas o tridimensionalista também vê nos princípios enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas⁶⁴.

Considerando o último significado dado por Miguel Reale aos princípios, temos que com estes a técnica legislativa das cláusulas gerais não deve ser confundida. No entanto, há respeitável doutrina entendendo inexistir distinção entre cláusula geral e princípio.

É certo que pelas cláusulas gerais pode-se muito bem inserir no corpo legislativo um princípio, tornando-o expresso, mas isso não quer dizer que toda cláusula geral encerre um princípio. O que ocorre costumemente é que os princípios, que em geral também contêm noções imprecisas por estarem imbuídos de valores, são enunciados em termos vagos, assim como as cláusulas gerais⁶⁵.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa destaca que as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os *contenham* em seu enunciado ou *permitam a sua formulação*⁶⁶.

Aliás, é sabido que, mesmo antes da consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral no novo Código Civil (art. 422), a vanguarda da doutrina nacional já a aplicava como princípio, o que demonstra que um princípio pode estar implícito no ordenamento jurídico, e mesmo assim ser aplicado. O mesmo não ocorre com uma cláusula geral, eis que se trata de técnica legislativa, devendo estar expressa no ordenamento jurídico.

Márcia de Oliveira Ferreira Aparício muito bem sintetiza a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, a qual, a nosso ver, muito se aproxima daquela

⁶¹ Luiz Felipe Amaral CALABRÓ. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 63.

⁶² Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 315.

⁶³ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

⁶⁴ Miguel REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 299/300.

⁶⁵ Eduardo Sens dos SANTOS. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de direito privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

⁶⁶ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 315/316.

feita por Judith Martins-Costa⁶⁷, senão vejamos: “As cláusulas gerais carregam, no mais das vezes, princípios e valores. Nesses casos, poderíamos vislumbrar, cumulativamente, em uma só norma, princípio e cláusula geral. Os conceitos, no entanto, ainda que coincidam em alguns momentos, são diversos. Não pode haver cláusula geral não-expressa, ou implícita [mas admite-se princípio implícito⁶⁸]. Há cláusulas gerais que não contêm princípios, mas apenas referem princípios e valores. É da essência das cláusulas gerais a possibilidade do reenvio a outros espaços do ordenamento que não o dos princípios, e mesmo a valores extrajurídicos e extra-sistemáticos. E, por fim, há princípios jurídicos que não contêm conceitos dotados de vagueza semântica,

⁶⁷ Se nos afigura importante nesta nota a transcrição da distinção entre as cláusulas gerais e os princípios feita por Judith Martins-Costa:

“a) não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua “implicitude”. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais [p. 323];

b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contêm conceitos dotados de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio [p. 323];

c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como “boa-fé”, “correção”, “moralidade pública”, “razoabilidade” etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC [p. 323/324].

⁶⁸ Judith Martins-Costa explana que os princípios inexpressos ou implícitos são “aqueles que, embora não formulados em determinada disposição legislativa, são, à vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, “recolhidos” ou formulados pelo intérprete. Assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, o da razoabilidade da ação administrativa, o da vedação ao enriquecimento sem causa, o princípio da realidade nas relações de emprego, o da autonomia da vontade nos contratos privados, o já aludido princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional, o da boa-fé subjetiva no direito possessório etc. Aí se entende, afirma Guastini, “que os intérpretes, ao formularem um princípio inexpresso, não se submetem ao legislador, mas assumem que tal princípio esteja implícito, latente, no discurso das fontes”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 320).

e que não poderiam integrar a sistemática das cláusulas gerais⁶⁹.

Malgrado ficar evidente a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, a confusão decorre geralmente do fato da norma que configura cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral⁷⁰.

Ademais, constata Alberto Gosson Jorge Junior que num comparativo entre princípios e cláusulas gerais, os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que devem promover o reenvio⁷¹ ao próprio ordenamento, inclusive aos princípios, e até mesmo para fora do sistema jurídico.

Outrossim, vale destacar que no ordenamento jurídico italiano, conforme ensinam Pietro Perlingieri e Pasquale Femia, a distinção também é feita, sendo que as cláusulas gerais, empregadas como técnica legislativa nas leis ordinárias e na Constituição, são consideradas como instrumento de concretização de valorações contidas em outras normas, possibilitando, inclusive, a atuação de princípios. Os mestres italianos, fazendo uso da distinção entre princípio e regra, bastante difundida por Dworkin e Alexy, dão um outro colorido à questão, para asseverar que a cláusula geral “è un frammento vago di una disposizione dalla quale si deve ancora ricavare un significato applicabile e, soltanto dopo aver risolto tale problema, la norma si può dire individuata (principio o regola che sia)”⁷².

Por conseguinte, as cláusulas gerais e os princípios não se confundem, não obstante em regra ambos estejam dotados de vagueza semântica e muitas vezes

⁶⁹ Márcia de Oliveira Ferreira APARÍCIO. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 21.

⁷⁰ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 322.

⁷¹ Alberto Gosson JORGE JUNIOR, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 42.

⁷² Pietro PERLINGIERI; Pasquale FEMIA. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, p. 28 e ss. Tradução Livre: “è um fragmento vago de uma disposição da qual se deve ainda extrair um significado aplicável e, somente após ter resolvido tal problema, a norma poderá ser dita individualizada (princípio ou regra que seja)”.

uma norma veicule ao mesmo tempo uma cláusula geral e um princípio.

Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Mais difícil é a distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, por isso, iniciamos este tópico trazendo seus conceitos para depois passarmos à distinção.

A idéia de conceito indeterminado⁷³, para Antônio Menezes Cordeiro, ocorre sempre que “um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil”⁷⁴.

Já as cláusulas gerais podem ser conceituadas, conforme Judith Martins-Costa, como “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à

vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”⁷⁵.

Ora, sabe-se que os conceitos jurídicos indeterminados podem dizer respeito a realidades fáticas ou a valores, assim, interessante é a separação dos dois tipos de conceitos jurídicos indeterminados para fazer a distinção.

Iniciamos com a lembrança do conceito jurídico indeterminado “loucos de todo o gênero”, que gerou bastante polêmica no período de vigência do Código Civil de 1916. Tal conceito dizia respeito à realidade fática, já que poderia ser precisado com base nas regras de experiência, “às quais deve o juiz recorrer inclusive por força de mandamento legal (CPC, art. 335), podendo ou não se valer do auxílio de *expert*, conforme o caso”⁷⁶. Porém, como estamos diante de um conceito jurídico indeterminado atinente à realidade fática, não há o reenvio às instâncias valorativas, o que é fundamental para a caracterização das cláusulas gerais. Portanto, fica fácil perceber que as cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados que dizem respeito a realidades fáticas.

Entretanto, o maior problema surge na distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados referentes aos valores, os quais também apresentam alto grau de vagueza semântica e reenvio a *standards* valorativos.

Ocorre que, também no caso dos conceitos jurídicos indeterminados referentes aos valores, a distinção pode ser feita, já que “a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação

⁷³ A denominação “conceito indeterminado” decorre da tradução literal de *unbestimmte Begriff*, palavra de origem germânica. É certo que o adjetivo “indeterminado” associado ao substantivo “conceito” já sofreu críticas de muitos juristas, entre eles de Eros Roberto Grau, que diz não se tratar de conceito jurídico indeterminado, mas sim de termo indeterminado (Gisele Santos Fernandes GÔES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 85). Por outro lado, há quem prefira, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a denominação “conceitos legais indeterminados”, derivada de *unbestimmte Gesetzbegriffe*, ao fundamento de que a indeterminação está na norma legal e não na forma – “Die Unbestimmtheit ist Normattribut, nicht Formattribut” (Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. Código Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 161). Entretanto, “conceito jurídico indeterminado” se trata de expressão consagrada pela doutrina nacional e alienígena.

⁷⁴ A. Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, vol. 2. p. 1.177.

⁷⁵ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 303.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 325.

intelectiva do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema⁷⁷.

Na mesma linha, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam que a diferença entre cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta a solução para o caso, cabendo ao juiz apenas a aplicação da norma, sem o exercício de nenhuma outra função criadora. Na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa, pois é ele quem determina os efeitos, as conseqüências práticas, visto que a norma não estabelece a solução a ser dada ao caso concreto⁷⁸.

Logo, nos conceitos jurídicos indeterminados a solução não é criada pelo juiz, já está determinada pela lei, cabendo ao juiz somente a atividade de preenchimento do significado do conceito (v.g., o que se entende por “loucos de todo o gênero”), ou seja, a atividade do magistrado é menos criativa. Por outro lado, nas cláusulas gerais o juiz precisa criar o regramento aplicável ao caso concreto, não somente encontrar o teor dos conceitos formados por termos indeterminados, atividade esta que é imensamente mais criativa⁷⁹.

Para melhor elucidar a diferença vale o exame do art. 421 do novo Código Civil, que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Trata-se, sem dúvida, de uma cláusula geral, pois a *fattispecie* foi posta de maneira vaga, sendo que toda a gama dos efeitos decorrentes de um negócio jurídico que não foi exercido em razão e nos limites da função social do contrato será criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre

⁷⁷ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 327.

⁷⁸ Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 160 e ss.

⁷⁹ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 327/328.

à vista do caso concreto⁸⁰, o que diverge em larga escala da atividade desenvolvida pelo juiz quando diante apenas de um conceito jurídico indeterminado.

Apesar disso, há autores que negam a distinção, como Luzzatti, o qual engloba as duas espécies na categoria das normas vagas socialmente típicas⁸¹. Já Cláudia Lima Marques, baseada na doutrina de Karl Engisch, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, defende um conceito de cláusula geral mais abrangente, entendendo que pode conter um conceito jurídico indeterminado⁸².

Portanto, apesar da existência de doutrina em sentido contrário, entendemos que existe diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, eis que a atividade desenvolvida pelo magistrado nas cláusulas gerais é criadora de direito, fonte de direito e de obrigações, enquanto que nos conceitos jurídicos indeterminados a solução para o caso já está determinada na norma.

Cláusulas gerais e discricionariedade

Como se sabe, cabe ao Poder Legislativo a função de criar o Direito Positivo, o juiz, considerando a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º, CF), não tem a atribuição de criar a lei, no entanto, pode interpretá-lo de forma criativa e construtiva, o que confere às suas decisões a potencialidade de serem democráticas e sensíveis às necessidades da comunidade⁸³.

Ocorre que, quando a atividade jurisdicional envolve cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, atribui-se, muitas vezes, um poder discricionário ao juiz. É que, devido à amplitude dos poderes conferidos ao magistrado, muitos entendem que foram conferidas opções indiferentes no que toca ao cumprimento da norma legal.

⁸⁰ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 328.

⁸¹ *Ibid.*, p. 325.

⁸² Fabiano MENKE. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 16.

⁸³ Emilia Simeão Albino SAKO. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, 129. Curitiba: Genesis, 2003. p. 348.

A oposição entre discricionariedade e vinculação é clássica no âmbito do direito administrativo. Nos atos discricionários o administrador teria margem de atuação, pois poderia, de acordo com a conveniência e oportunidade, examinar qual a solução ótima para se atingir os interesses públicos. O mesmo não ocorre com os atos vinculados, eis que o administrador não teria a mesma liberdade, já que estaria estritamente adstrito à determinação legal, como se fosse uma locomotiva que deve seguir os trilhos, sob pena de descarrilamento.

Daí que, com base nos conceitos do direito administrativo, muitos operadores do direito passaram a ver semelhança entre a vinculação e a atividade do juiz de subsunção do fato à norma, bem como entre a discricionariedade e a criação da solução jurídica fundamentada em cláusula geral.

Entretanto, considerando a visão clássica da discricionariedade, não podemos admitir que o juiz, na aplicação de uma cláusula geral, faça uso do binômio conveniência-oportunidade para atingir a solução correta e justa ou, melhor traduzindo, mais razoável para o caso concreto⁸⁴. Mesmo se tomarmos a discricionariedade como perspectiva ótima da norma, a nosso ver, devemos afastar a utilização desse termo já consagrado pelos administrativistas, evitando assim a confusão entre a conveniência e oportunidade e a atividade do juiz que, por meio de cláusulas gerais, encontra o direito aplicável ao caso concreto.

Eros Roberto Grau, citado por Gisele Santos Fernandes, deixou bastante clara a diferença em exame ao asseverar que “no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma para outra hipótese — são distintas as duas técnicas”⁸⁵.

Não há que se falar em atividade interpretativa na discricionariedade, pois as escolhas não estão qualificadas no universo jurídico, não tem amálgama na lei, mas

em circunstâncias fáticas que denotam a conveniência e oportunidade da situação que se apresenta⁸⁶.

Na discricionariedade o administrador tem à sua disposição vários caminhos, sendo indiferente para a lei qual deles tomará, ou seja, qualquer opção será jurídica, respeitados, logicamente, os limites do poder discricionário. O mesmo não ocorre nas cláusulas gerais, onde o juiz deve encontrar a única solução que seria correta para o caso. A situação poderia ser ilustrada da seguinte maneira: a) na discricionariedade estaríamos diante de várias portas, todas elas levando a soluções protegidas pelo ordenamento jurídico; b) na interpretação das cláusulas gerais a situação é outra, visto que apenas uma das portas leva a uma resposta juridicamente válida.

Igualmente, alerta Teresa Arruda Alvim Wambier, referida por Emília Simeão Albino Sako, que o Poder Judiciário “não tem discricionariedade quando interpreta norma que tenha conceito vago, seja profereindo liminares, seja prolatando sentenças, porque isso implicaria que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Liberdade de interpretação e decisão não significa o exercício do poder discricionário pelo juiz, pois sua interpretação está constrangida pelo princípio da coerência normativa. A decisão que o juiz profere, além de situar-se dentro do sistema jurídico, há de ser adequada, justa, razoável e aceitável”⁸⁷.

Logo, na esfera dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais não há que se falar na vontade do intérprete do direito, mas o mesmo não se pode dizer da discricionariedade, que não requer o sentido da norma jurídica, já que fundamentada em critérios extrajurídicos⁸⁸.

Encontramos a mesma resposta, no âmbito do direito administrativo, nos ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo: “No Direito Civil também se encontram conceitos plurissignificativos, tais como *bom pai de família*, *bom comportamento*, *injúria grave*. Todos

⁸⁴ Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 85.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁸⁷ Emília Simeão Albino SAKO. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, 129. Curitiba: Genesis, 2003. p. 349.

⁸⁸ Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 91.

são conceitos que comportam mais de uma acepção. Porém, no caso concreto, se a matéria estiver *sub judice*, será o juiz que os interpretará e atribuir-lhes-á significado. E nunca houve objeção a que isto assim se passasse. De outra parte, se a matéria estiver perante a Administração Pública, e esta tiver de concretizar a norma, terá de interpretar o conceito e fazer o que Enterría afirma, de maneira tão satisfatória: trazê-lo à zona de certeza. E não é, ainda, nesses conceitos que necessariamente se vai encartar a discricionariedade. Trata-se, pois, como diz Benvenuti, de se encontrar, na dinâmica, correspondência entre ‘significante’ e ‘significado’⁸⁹.

Não obstante até aqui termos afastado a discricionariedade da atuação do magistrado, na realidade ela existe em algumas situações expressamente previstas em lei, o que não significa que ela seja a regra, o modelo de atuação do juiz diante da infundável quantidade de situações fáticas postas em juízo.

Feita a ressalva acima, se a interpretação é regra para o magistrado e não o campo da discricionariedade, isso não significa concluir que ela seja dotada de relativa simplicidade na sua operacionalização. Na verdade, a interpretação se plasma pelo uso dos “princípios gerais do direito e, sobremaneira hoje, por intermédio da lógica do razoável, da aceitabilidade e adequação da decisão judicial, oriunda dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que viabilizam a abertura do sistema jurídico”⁹⁰.

Portanto, o que se tem hoje no tocante às cláusulas gerais é o binômio interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pelos magistrados com a utilização da argumentação⁹¹. Isso mostra que a técnica legislativa das cláusulas gerais não renuncia à fundamentação dos atos decisórios prevista pela Constituição Federal (art. 93, IX), não havendo conduta abusiva por parte do magistrado se a decisão for devidamente fundamentada⁹².

⁸⁹ Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 210.

⁹⁰ Gisele Santos Fernandes GÓES. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006. p. 93.

⁹¹ *Ibid.*, p. 94.

⁹² NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, 23. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2005. p. 73.

O papel do Poder Judiciário

A técnica legislativa na qual foi redigido o novo Código Civil dá ao juiz o poder de criar, em determinados casos, a solução para o caso concreto. Há, sem dúvida, um voto de confiança na magistratura brasileira, que poderá ter participação ativa no preenchimento do espaço legal propositadamente deixado em aberto pelo legislador.

Aliás, é justamente essa postura ativa da magistratura que a sociedade brasileira espera. Por isso, não devem ser esquecidas as oportunidades perdidas no passado, quando, diante de uma legislação que dava certa abertura, como, por exemplo, o Código Comercial de 1850, a magistratura não desempenhou seu papel como deveria, deixando de dar expressivo desenvolvimento à boa-fé objetiva.

De fato, o moderno Direito Civil, ao mesmo tempo em que concede poderes aos julgadores, também exige qualidade superior da magistratura, que não tratará somente da aplicação do direito pelo método lógico-dedutivo, mas estará dotada de um poder criativo⁹³.

Assim, o juiz poderá, com a aplicação da mesma cláusula geral, dar uma solução para um determinado caso e outra solução diferente em outro caso. É que a função do juiz, nesses casos, é integrativa, sendo certo que a sentença proferida tem natureza determinativa, pois, ao integrar a relação jurídica material controvertida, exerce função criadora (Richterrecht)⁹⁴.

O problema é saber se o Judiciário está pronto para assumir os poderes concedidos pelas cláusulas gerais. Nesse ponto, entendemos que é necessária uma mudança de postura dos magistrados, que estavam acostumados a trabalhar em um sistema fechado, onde praticamente apenas faziam uso de raciocínio lógico-dedutivo. Agora tal raciocínio não basta, é mister o uso da tópica no direito, o que exige dos magistrados uma nova visão do direito, visto que passarão a criar a solução para o caso concreto.

⁹³ Rodrigo MAZZEI. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007. p. 62.

⁹⁴ Nelson NERY JUNIOR; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*, p. 163.

Também deverá ser repensado todo o ensino jurídico, uma vez que o aprendizado do Direito no Brasil se dá nos moldes do século das grandes codificações, preparando os operadores do direito, incluindo aqui os magistrados, para atuar em um sistema fechado, onde não existe a abertura dada pelas cláusulas gerais para a inovação na solução dos problemas.

O ingresso na magistratura igualmente demandará reformulação, haja vista que os juízes serão muito mais exigidos em um sistema relativamente aberto. Os julgamentos, pela própria natureza determinativa das sentenças que aplicam as cláusulas gerais, bem como pela necessidade de prestar esclarecimentos à sociedade, deverão ser muito bem fundamentados e alicerçados na Constituição, o que demandará maior tempo e comprometimento do magistrado.

Outro ponto interessante, assinala Rodrigo Mazzei, é que “o Juízo de competência originária (normalmente juiz de primeiro grau) terá sua função prestigiada, diante da necessidade de se colocar mais próximo da questão. Essa necessidade do magistrado primário mergulhar na questão judicial, visando ao preenchimento do proposital vácuo no critério objetivo, fará com que princípios, como o da imediação, da concentração e da identidade física do juiz, refloresçam no sistema”⁹⁵.

A mobilidade pretendida pelo legislador, vale ressaltar, não prejudicará a segurança jurídica, pois os precedentes judiciais indicarão a forma como o juiz deverá se comportar diante de determinada cláusula geral, o que, em certa medida, aproximará nosso sistema daquele da *common law*.

Destarte, diante desse novo panorama, o sucesso das alterações legislativas decorrentes do novo Código Civil somente ocorrerá se o Poder Judiciário adotar medidas repensando o ingresso na magistratura, bem como o seu aperfeiçoamento estrutural e pessoal, haja vista que a atuação em um sistema relativamente aberto exige mais do juiz. Também se faz necessária uma mudança de postura de todos os operadores do direito, o que, sem dúvida nenhuma, entre outros fatores,

depende de uma reestruturação das faculdades de direito.

Considerações finais

Durante muito tempo o direito trabalhou com a concepção de sistema fechado, mas com a modernização da sociedade foi percebido que tal sistema não mais se sustentava. Com isso, em busca de eficiência, justiça e atualidade é que se pensou na construção de um sistema jurídico relativamente aberto, onde novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais seriam estabelecidos pelo direito.

Para a construção do sistema jurídico relativamente aberto, comprometido com a realidade social, a técnica das cláusulas gerais é decisiva, eis que atua como ponte entre o sistema e a realidade social, dando maiores poderes ao magistrado e permitindo a adequação da lei à realidade sem intervenção legislativa.

Porém, não podemos deixar de registrar o paradoxo gerado pelas cláusulas gerais, já que, se por um lado elas deixam um amplo poder de apreciação e decisão nas mãos do magistrado, o que poderia ser considerado um fator de insegurança jurídica; por outro lado, facilitam a atividade legislativa e permitem uma aplicação do direito preocupada com a realidade social e, por conseguinte, com a justiça.

Logo, é certo que a nova codificação civil e a sociedade estão depositando suas esperanças na figura do juiz, pois a ele é dado o poder de operar as cláusulas gerais, podendo construir a solução de cada caso concreto pela incorporação de princípios, usos, costumes e máximas de experiência, o que aproximará o rígido sistema da *civil law* ao da *common law*, apesar das distâncias entre fontes, métodos e estruturas que os separam.

Portanto, não devemos mais ver a segurança jurídica apenas na criação, pelo Poder Legislativo, de normas gerais e abstratas para o caso concreto, mas sim também devemos considerar a segurança jurídica na atuação da magistratura, a qual recebeu da Constituição Federal e do novo Código Civil um voto de confiança da sociedade brasileira.

⁹⁵ Rodrigo MAZZEI. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007. p. 67.

Bibliografia

- APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas Gerais: A Incompletude Satisfatória do Sistema. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. A Real Amplitude das Lacunas nas Cláusulas Gerais. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos Jurídicos Indeterminados: Interpretação ou Discricionariedade Judicial? Ênfase nos Princípios Jurídicos. In: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus navigandi: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acessado em 21/06/2008.
- MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Vol. 2. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Revista de Direito do Consumidor* n° 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n° 23. Rio de Janeiro: Padma, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SAKO, Emilia Simeão Albino. Conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais: a liberdade conferida ao juiz pelo novo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Trabalho*, n° 129. Curitiba: Genesis, 2003.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de Direito Privado*, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Redução da pobreza e ampliação do acesso à justiça através da interiorização da Justiça Federal

Bruno Augusto Santos Oliveira*

No momento em que a Lei 10.772, de 21/11/2003, que deu forte impulso à interiorização da Justiça Federal, se aproxima dos cinco anos de publicação, já é possível apresentar alguns dos resultados do trabalho das Varas do Interior para as populações servidas. Tal é a proposta deste artigo.

O presente estudo tem por base minha experiência na administração da Vara Única de São Sebastião do Paraíso – MG, município com 62.000 habitantes no sudoeste de Minas Gerais, com jurisdição sobre uma população de cerca de 258.000 habitantes em 15 Municípios, e inaugurada há três anos em 19/08/2005.

Os dados estatísticos relativos às partes e espécies de ações foram organizados através do *software* de pesquisa SurveyMonkey¹, e coletados por questionários voluntariamente respondidos por autores em ações previdenciárias (comuns e de juizado especial federal). A esse programa de pesquisa e planejamento, criado para permitir uma melhor gestão dos serviços da Vara através do conhecimento do perfil dos jurisdicionados e da demanda, foi dado o nome projeto Justiça com Rosto. Deve ser ressaltado que não se trata de pesquisa de opinião.

Quanto aos aspectos técnicos e de simplicidade, objetividade e acessibilidade do projeto, foram seguidas as mesmas diretrizes que adotei quando responsável pelo desenvolvimento do Juizado Virtual da Primeira Região no ano de 2003.²

Foi totalizado o número de benefícios previdenciários concedidos e em pagamento desde a inauguração da Vara há três anos, e seu valor global médio calculado de maneira a medir o impacto socioeconômico da Vara Federal na microrregião.

Considerando o perfil majoritário das ações previdenciárias em curso tal qual revelado pelos dados estatísticos da Vara, Estudos do Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea foram utilizados para apresentar os benefícios da interiorização da Justiça Federal na melhoria de vida das populações rurais.

A partir dos dados coletados será apresentada uma análise feita com base em minha experiência pessoal na magistratura e em atividades administrativas junto à Cojef da Primeira Região e na administração da Subseção Judiciária durante seus três anos de funcionamento.

1. A Vara Federal de São Sebastião do Paraíso – Minas Gerais

Inaugurada em 19/08/2005, foram distribuídos até então na Vara Federal de São Sebastião do Paraíso 9.286 processos, proferidas 2.019 sentenças, 2.614 decisões e 17.685 despachos. Pela tramitação ajustada — expressão que, em suma, desconta os processos já “resolvidos” —, tramitam hoje na Vara 5.222 processos. Desses, 2.919 são previdenciários (incluindo juizado especial), 1.223 processos cíveis, 769 execuções fiscais e 311 criminais.

Dessa forma, os feitos previdenciários — objeto específico deste estudo — representam 55,89 % do acervo da Vara Federal.

2. Dos dados utilizados no estudo

Duas foram as fontes primárias dos dados analisados: estatísticas da Vara sobre número de benefícios concedidos e pesquisa de resposta voluntária realizada junto aos autores de feitos previdenciários em momento imediatamente anterior à realização das audiências de conciliação, instrução e julgamento.

O projeto se iniciou há seis meses, sendo feitas coleta, organização e armazenamento de dados pelo

* Juiz Federal substituto.

¹ <http://www.surveymonkey.com>.

² A propósito, Oliveira, Bruno. Juizado Virtual: O Deslocamento do Centro de Gravidade Ontológico do Processo-Papel para a Problemática da Eficiência da Justiça. Disponível em: http://www.trf1.gov.br/setorial/jef/artigos/docs/Juizado_Virtual.pdf.

software SurveyMonkey, em sua modalidade básica — que é grátis.

Os demais dados foram buscados no sistema de informática da própria Vara Federal.

3. Do *software* e do projeto Justiça com Rosto

O SurveyMonkey é um programa inteligente elaborado para permitir a criação de pesquisas *on-line*, dispondo de tutoriais para elaboração e formatação das perguntas e análise estatística dos resultados. É disponível em duas versões: Básica, que é grátis; e Profissional, com custo atual de duzentos dólares por ano. A versão Básica permite a elaboração de 15 tipos de questões, coleta de respostas via *weblink* ou *e-mail*, análise em tempo real dos resultados (i.e., ao mesmo tempo em que os dados são lançados), validação e plena acessibilidade, tendo um limite de cem entrevistas por pesquisa (o que gera a necessidade de criação periódica de novas pesquisas, com posterior aglutinação manual de estatísticas). Já a versão profissional, além dos recursos disponíveis na básica, permite um número ilimitado de pesquisas, tem filtros de respostas e permite *download* de dados para diferentes programas e a criação de uma versão em PDF dos resultados buscados. Ambas dispõem de suporte via *e-mail*.

A fase de planejamento do projeto Justiça com Rosto foi concluída em março de 2008 e o projeto entrou em operação em 11/04/2008 com o objetivo de revelar o perfil do jurisdicionado da Justiça Federal, permitindo com isso o aperfeiçoamento da gestão da Vara. Não se trata de pesquisa de opinião. Os dados são coletados de forma voluntária e sem identificação dos declarantes, em pontos de coleta dentro da própria Justiça Federal. A pesquisa foi elaborada com questões sucintas e objetivas, de modo permitir agilidade e evitar atrasos. Na fase inicial, apenas dados de autores em ações previdenciárias vêm sendo coletados. A opção pela pesquisa no momento da audiência e não na atermação ou protocolo permitirá uma “viagem no tempo”, com a coleta de dados que refletem a situação do jurisdicionado e da demanda existentes alguns meses antes do ato da audiência.

A primeira parte da pesquisa tem por objetivo identificar os efeitos da Vara Federal na ampliação do

acesso à Justiça e na divulgação institucional da Justiça Federal. É composta por cinco perguntas:

- a) É a primeira vez que entra com uma ação na Justiça?
- b) É a primeira vez que entra com ação na Justiça Federal? Qual a espécie desta ação?
- c) Já conhecia a Justiça Federal?
- d) Como ficou sabendo que poderia entrar com ação na Justiça Federal?
- e) Tem advogado?

Na segunda parte as questões têm por fim identificar dados pessoais relevantes para o exercício da jurisdição, gestão da Vara e projeção de demanda (acessibilidade e amplitude real de cobertura geográfica da Vara):

- f) Cidade de domicílio?
- g) Qual meio de transporte usou para chegar à Justiça Federal?

A terceira parte da pesquisa busca dados pessoais e socioeconômicos, e tem por objetivo identificar qual parcela da população vem sendo servida e beneficiada pela interiorização da Justiça Federal:

- h) Qual o sexo do jurisdicionado?
- i) Qual a idade do jurisdicionado?
- j) Qual o grau de instrução do jurisdicionado?
- k) Qual a renda familiar?
- l) Qual o número de familiares vivendo sob o mesmo teto?

4. Acesso à Justiça, divulgação institucional da Justiça Federal e análise dos resultados

Após quase seis meses de pesquisa, foram feitas as seguintes constatações:

- ♦ 88% das pessoas entrevistadas entravam na Justiça (qualquer tipo) pela primeira vez.

O fato de que tamanha porcentagem de autores entrou pela primeira vez na Justiça permite afirmar que a Vara Federal interiorizada amplia significativamente o acesso à Justiça de um modo geral.

- ♦ 95% dos autores entraram pela primeira vez com uma ação na Justiça Federal, sendo que 81% deles nem mesmo conheciam a Justiça Federal.

Esses números demonstram que a Vara Federal no interior tem forte potencial de divulgação institucional e do papel da Justiça Federal. Considerando-se que nessa primeira fase foram entrevistados apenas autores de ações previdenciárias, os dados demonstram apenas que se promove o conhecimento da instituição dentre uma parcela específica da população, mais carente e de idade avançada, conforme informações adiante.

- ♦ 81% dos autores pediram aposentadoria rural; 8% pediram pensão por morte rural; 3% pediram aposentadoria por invalidez rural.

O fato de que 92% dos benefícios buscados são de natureza rural evidencia o perfil majoritário dos jurisdicionados previdenciários da Vara Federal e permite afirmar que a interiorização da Justiça Federal resgatou para dentro das Cortes uma parcela da população até então excluída da proteção previdenciária.

- ♦ 50% dos autores ficaram sabendo que poderiam entrar com ação na Justiça Federal através de advogados, 46% através de conhecidos ou familiares, 3% por outra pessoa que ganhou ação e 3% através da televisão;
- ♦ 98% entraram na Justiça Federal com advogado.

A conclusão é que mesmo com a implantação dos Juizados Especiais o papel dos advogados continuou relevante na divulgação de novos meios de acesso à justiça e fundamental na viabilização desse acesso. Os dados em questão também contribuíram no planejamento e gestão da Vara, pois o alto índice de absorção de demanda por advogados levou a uma baixa utilização dos serviços de atarização — fato que foi levado em conta na estruturação do Juizado Especial Federal.

5. Acessibilidade e amplitude real de cobertura geográfica da Vara

- ♦ 57% dos autores residem no Município Sede; 18% no Município próximo de São Tomás de Aquino; 7% no Município de Monte Santo de Minas; 5% em Guaxupé; 4% em Jacuí; 3% em Itamogi; em Arceburgo, Cabo Verde, Claraval

e Guaranésia 1% cada um; nenhum habitante das cidades de Capetinga, Juruáia, Monte Belo e Muzambinho entrou com ação previdenciária na Vara Federal;

- ♦ 73% vieram de carro (com o advogado, carona e em raros casos veículo próprio); 19% de ônibus; 8% a pé.

A estatística mostra que a maioria dos autores reside no Município Sede da Justiça Federal, sendo que de alguns dos municípios mais distantes da sede não compareceu sequer um autor. Além de demonstrar a cobertura real da Vara Federal, é possível chegar a duas conclusões essenciais para o planejamento dos serviços da Vara: em primeiro lugar, um baixo número de absorção de ações de moradores de municípios fora da sede significa um alto potencial de crescimento de demanda (experiências recentes nesta Vara com mutirões demonstraram que com a aceleração súbita na velocidade de julgamento dos feitos na Justiça Federal ocorre uma migração correspondente de ações que anteriormente eram intentadas na Justiça Estadual dos municípios jurisdicionados).

Por outro lado, a estatística evidencia a necessidade de instrumentos de ampliação do acesso à Justiça, como juizados itinerantes, postos avançados, implantação de novas Varas Federais ou até mesmo o aumento de opções de transporte até a Sede.

6. Dados socioeconômicos

Coletados com o objetivo de identificar qual parcela da população vem sendo servida e beneficiada pela interiorização da Justiça Federal nas ações previdenciárias, os dados socioeconômicos são os que permitem concluir que a Vara Federal do interior desempenha relevante papel na redução da pobreza e melhoria da qualidade de vida das populações servidas. Vejamos:

- ♦ 84,7% dos jurisdicionados são mulheres;
- ♦ 24,4% dos jurisdicionados têm mais de 70 anos de idade; 14,3% têm entre 66 e 70 anos; 21,4% têm entre 61 e 65 anos; e 28,6% têm entre 56 e 60 anos de idade;
- ♦ 29,6% dos autores entrevistados são analfabetos; 8,2% somente lêem e escrevem; 51% não completaram o primeiro grau e apenas 8,2% concluíram o primeiro grau;

- ♦ 69,4% têm renda familiar de até um salário mínimo, e 50,1% têm três ou mais pessoas na família vivendo sob o mesmo teto; 23,5% vivem em famílias com duas pessoas sob o mesmo teto e 16,3% vivem sozinhas.

Os dados, cotejados com a realidade de que 92% dos autores pediram algum benefício rural não contributivo (vide item 4), evidenciam um acentuado caráter social do trabalho das Varas Federais no interior, como se verá adiante.

Além do mais, demonstram que a Justiça Federal vem promovendo o resgate histórico de uma deficiência do Sistema: o Programa de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – Prorural/Funrural, criado pela Lei Complementar 11 de 1971, dava o direito à aposentadoria por idade rural ou por invalidez apenas ao chefe de família. Esse fato, aliado à falta de consciência de seus direitos, ajuda a entender altíssima proporção de mulheres dentre os autores das ações previdenciárias nesta Vara.

7. Justiça Federal no interior: redução da pobreza, redistribuição de renda e fortalecimento da economia local

A constatação de que mais de noventa por cento dos benefícios previdenciários buscados na Vara Federal de São Sebastião do Paraíso pertencem à chamada previdência rural não contributiva torna essencial uma análise dos efeitos de tais prestações para as populações beneficiadas.

De acordo com estudos do Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, os benefícios rurais não contributivos aumentam significativamente a renda das famílias rurais, ajudando a prevenir e reduzir a pobreza. Ademais, além do significativo aumento da qualidade de vida da família do aposentado, os benefícios são sentidos por toda a comunidade. Foram identificados os seguintes efeitos positivos da concessão de benefícios rurais:

- ♦ Dão ao idoso e ao inválido meios financeiros para se deslocarem até os centros urbanos para receber assistência social e médica, além de comprar remédios;
- ♦ Melhoram a qualidade de vida das famílias rurais, pois com os recursos das aposentadorias

rurais as famílias podem pagar por energia, telefone e utensílios domésticos;

- ♦ Permitem que as famílias consertem e melhorem suas casas;
- ♦ Impulsionam a agricultura familiar, pois a renda certa e regular permite a aquisição de sementes e ferramentas;
- ♦ Ajudam a fixar o homem no campo e reduzem o êxodo rural, evitando os problemas urbanos decorrentes;
- ♦ Redefinem o papel do idoso no seio das famílias e comunidades, passando os mesmos a ser mais respeitados e valorizados e, dessa forma, mais efetivos na transmissão de sua experiência de vida para os mais jovens — o que ajuda a estruturar o núcleo familiar;
- ♦ Permitem a contribuição para sindicatos e associações rurais;
- ♦ Promovem a redistribuição de renda;
- ♦ Ajudam a sustentar as economias locais, que se beneficiam dos gastos das pessoas que recebem os benefícios previdenciários mensais.³

8. Justiça Federal no interior: impacto na geração de riqueza dos Municípios

Como já ressaltado no tópico anterior, os benefícios previdenciários não contributivos deferidos pela Justiça Federal ajudam a sustentar as economias locais, que se beneficiam dos gastos dos aposentados.

Avançando nessa análise, é possível dimensionar o impacto global dos benefícios concedidos pela Justiça Federal nas cidades sob sua jurisdição.

A Vara da Justiça Federal de São Sebastião do Paraíso, por exemplo, já concedeu 490 benefícios rurais. Considerando-se que esses benefícios têm o valor de um salário mínimo vemos que atualmente R\$ 203.350,00 (duzentos e três mil, trezentos e cinqüenta reais) são injetados mensalmente na microrregião somente através de benefícios deferidos na Justiça

³ Schwarzer, Helmut e Querino, Ana Carolina. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Benefícios Sociais e Pobreza: Programas não Contributivos da Seguridade Social Brasileira (2002). Disponível em: http://www.mte.gov.br/sal_min/t33.pdf. Acesso em 12/09/2008.

Federal. A projeção anual é de R\$ 2.643.550,00 (dois milhões, seiscentos e quarenta e três mil e quinhentos e cinqüenta reais), com tendência de aumento, pois o número de ações distribuídas é cada vez maior. Além disso, já foram expedidos desde a inauguração da Vara R\$ 6.355.862,28 (seis milhões, trezentos e cinqüenta e cinco mil, oitocentos e sessenta e dois reais e vinte e oito centavos) em Requisições de Pagamento oriundas de ações previdenciárias para pagamento de atrasados.

Destaco que, conforme já revelado pelos dados estatísticos do projeto Justiça com Rosto, os recursos em questão são pagos a idosos de baixa renda, o que evidencia o papel da vara na redistribuição de renda na região. Além disso, falamos aqui de recursos que serão posteriormente aplicados no comércio e serviços locais, ajudando a impulsionar o desenvolvimento da região e criando um círculo virtuoso.

Outro cálculo útil para medir o impacto da Vara Federal pode ser feito em relação à capacidade econômica do Município Sede e os benefícios deferidos pela Vara Federal a seus habitantes. Isso será feito com base no benefício de valor mínimo.

Pela proporção revelada pela pesquisa (57% dos autores moram no Município sede), podemos estimar que moradores de São Sebastião do Paraíso recebam hoje cerca de R\$ 115.909,50 (cento e quinze mil, novecentos e nove reais e cinqüenta centavos) mensalmente e R\$ 1.506.823,50 (um milhão, quinhentos e seis mil, oitocentos e vinte e três reais e cinqüenta centavos) por ano. Para que se tenha uma idéia inicial do que representa essa quantia em termos de distribuição de renda, esse valor *representa 92% (noventa e dois por cento) da média mensal paga a título de bolsa-família no Município, que no ano de 2008 é de R\$ 124.933,70⁴* — que provavelmente será ultrapassado em breve. O Orçamento Anual do Município para 2008 foi de R\$ 60.147.611,00 (dados da Prefeitura), e o PIB *per capita* em 2005 foi de R\$ 8.994,00 (dados do IBGE). Isso significa que em apenas três anos os benefícios previdenciários rurais deferidos pela Vara Federal representam 2,5% do valor do orçamento total do Município para 2008 e um acréscimo de 0,27% no PIB *per capita* de São Sebastião do Paraíso. Ressalte-se que os recursos em questão são direcionados à parcela mais carente da população (idosos sem renda e de baixíssima escolaridade), e que au-

mentam a cada mês, à medida em que novos processos vão sendo decididos. Além disso, é possível afirmar que quanto mais pobre o Município, maior será o impacto do trabalho da Vara Federal.

9. Conclusão

Os números iniciais do projeto Justiça com Rosto já permitem afirmar que a Vara Federal em São Sebastião do Paraíso/MG tem trazido diversos benefícios para a população jurisdicionada, para a economia e para a própria Justiça Federal.

Foi constatada uma real ampliação no acesso à justiça das comunidades rurais carentes, uma significativa entrada de recursos na economia local através dos benefícios previdenciários concedidos judicialmente e a divulgação institucional da Justiça Federal para uma enorme parcela da população que nem mesmo sabia da existência dessa instituição.

Para o futuro, novos questionários serão desenvolvidos para ampliar a base de informações, de maneira a permitir um estudo amplo de todas as ações em tramitação na vara (execuções fiscais, criminais e cíveis) e, com isso, possibilitar a evolução da prestação jurisdicional e o incremento da contribuição da Justiça Federal para a sociedade.

⁴ <http://www.portaltransparencia.gov.br>.

Súmula vinculante e democracia

Vallisney de Souza Oliveira*

Por força da Emenda 45/2004, a Constituição de 1988 previu a possibilidade da edição das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com eficácia obrigatória para casos idênticos existentes em todas as instâncias judiciárias do país.

A súmula vinculante se insere no Direito brasileiro no momento em que o Poder Judiciário está sobrecarregado de inúmeros processos idênticos, como os movidos por funcionários públicos visando à determinada diferença salarial e os de empresas contra a exigibilidade tributária, entre outras causas denominadas de massa.

O aumento avassalador de processos e de recursos gera insegurança e descrédito no corpo judiciário e na população, que precisa resolver os seus conflitos de forma legítima, eficaz, célere e segura.

Para a edição da súmula vinculante são necessários (art. 103-A da CF/1988): *quorum* qualificado, de dois terços, para aprovação; existência de decisões repetitivas no mesmo sentido do próprio STF e que gerem multiplicação de processos sobre questões idênticas; matéria em discussão apenas de direito e não de fato.

O pedido de criação, de revisão ou de extinção da súmula pode ser feito por muitas pessoas e entidades: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador do Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; Defensor Público-Geral da União; Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal

e Territórios; Tribunais Regionais Federais; Tribunais Regionais do Trabalho; Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (art. 3º da Lei 11.417/2006).

Esse rol extenso de autores sumulares tornou flexível e facilitou o mecanismo da edição, da mudança e da supressão da súmula, caindo por terra o argumento de que a criação da súmula *engessar*á a magistratura, conforme defende corrente doutrinária infensa ao instituto. Além disso, ao se dimensionar o acesso das pessoas legitimadas, atenuou-se o risco das dificuldades para a criação, revisão ou cancelamento da súmula, alargando-se, portanto, o acesso à justiça em prol do direito e da jurisdição constitucional.

Conforme a Constituição, a decisão transgressora da súmula vinculante, em casos repetitivos e idênticos, enseja o juízo de controle via reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete cassar a decisão e determinar sua substituição por outra.

Porém, o enunciado vinculante não impede o juiz de continuar, em cada processo, a fazer a devida apreciação e a cuidadosa interpretação de normas, e a aplicar a questão fática particular ao caso concreto. Mesmo na hipótese de matéria cuja controvérsia envolva eventual aplicação de súmula vinculante, o magistrado pode ainda averiguar se o enunciado é cabível ou incabível ao caso em discussão.

Também a súmula vinculante não interfere no Poder Legislativo, pelo fato de não haver óbice para o legislador em editar norma contrária à jurisprudência vinculativa, *revogando-a*.

Consigne-se que, na prática, mesmo as súmulas gerais (não vinculativas) são seguidas por praticamente todos os juizes como uma espécie de vinculação implícita, persuasiva e moral, pois no geral o juiz obedece à súmula de tribunal, sobretudo ao qual está diretamente vinculado.

O ideal seria o Brasil ser dotado de um Poder Judiciário democrático, forte, centrado em pluralismo de idéias e de ações, e não um Judiciário massificado, burocratizado e amarrado a decisões vindas de órgão

*Juiz Federal em Brasília. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor da UFAM e da UnB. Autor dos livros: *Audiência, instrução e julgamento*, *Embargos à execução fiscal e Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. Coordenador e co-autor da obra *Constituição e processo civil*.

judicial superior. Seja como for, a instituição da súmula vinculante não viola o poder judicial de livre apreciação da demanda e traz com ela mecanismos facilitadores de sua modificação e extinção. Configura, ainda, mais uma medida normativa, além das constantes da legislação brasileira e de outras que poderão vir a ser criadas, com vistas a se dar celeridade e utilidade no processo e no julgamento dos feitos, para se poder entregar à sociedade um serviço forense ágil, dinâmico, valorizado e responsável, em benefício, sempre, do povo.

Conquanto a súmula com tais efeitos resolva mais diretamente o problema de sobrecarga de trabalho no STF, indiretamente auxilia na diminuição de demandas repetitivas que sobrecarregam o Judiciário nacional, se pronta e continuamente editada pelo Tribunal de maior hierarquia do país, que, aliás, até agora, limitou-se a editar apenas três súmulas vinculantes.

Por isso deve ser constante o trabalho de edição de novas súmulas vinculantes. Os inúmeros legitimados precisam ficar atentos para verificar situações onde já existe enormidade de ações idênticas e provocar o Supremo. Assim o instituto da súmula vinculante terá grande eficácia e repercussão positiva nos serviços judiciários.

Garantida a liberdade do magistrado para julgar questões particulares e para verificar se àquele fato sob sua apreciação deve aplicar realmente o enunciado obrigatório do STF, a instituição da súmula vinculante auxilia na prestação jurisdicional rápida e eficiente, sem prejuízo de trazer segurança jurídica aos jurisdicionados.

Diante desse relevante *munus* e desse poder nas mãos de seus ministros, cabe ao STF procurar editar súmulas ajustadas aos valores sociais e à justiça que, como inúmeras boas decisões de Tribunais, são seguidas quase sempre voluntariamente (e não obrigatoriamente) pelos demais membros da magistratura do país.

A legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em matéria previdenciária

Roberto Luis Luchi Demo*

A partir da segunda metade da década de 90, o Ministério Público Federal, isoladamente ou em litis-consórcio ativo com os Ministérios Públicos Estaduais, ajuizou diversas ações civis públicas contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em defesa de interesses dos segurados e beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Essa louvável atuação institucional do Ministério Público, no sentido de dar um tratamento molecularizado a determinadas questões envolvendo o direito previdenciário, propiciando destarte uma solução uniforme para o problema e evitando a repetição de processos idênticos, foi perdendo fôlego no início dos anos 2000, de um lado, porque as principais questões ou as irregularidades mais flagrantes e de maior repercussão na esfera jurídica dos segurados e beneficiários foram sendo corrigidas por força de decisões judiciais proferidas no bojo das mencionadas *class actions* e, de outro lado, porque foi ganhando corpo o entendimento jurisprudencial segundo o qual o Ministério Público não tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos de natureza previdenciária.

Este segundo motivo fez com que o Ministério Público direcionasse parcialmente sua atividade como fiscal da ordem jurídica, na perspectiva do direito fundamental à previdência social, para a defesa de outras questões, não menos importantes, é bom registrar, mas que deixam os segurados e beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, geralmente hipossuficientes, incluindo aí aqueles que têm direito aos chamados “benefícios de legislação especial”, sem o devido reconhecimento de seu direito, mormente quando se considera a relativa complexidade da legislação previdenciária e a carência de Defensores Públicos assim no âmbito da Defensoria Pública da União bem como das Defensorias Públicas Estaduais. E, quando têm a oportunidade de contar com uma assistência ju-

diciária, o reconhecimento desse direito previdenciário é geralmente serôdio, não sendo raro as causas previdenciárias se transformarem em causas sucessórias, apesar de todo o esforço que o Poder Judiciário tem empenhado para imprimir celeridade nos milhões de ações previdenciárias individuais (estima-se que existam hoje cerca de 5 milhões de processos judiciais contra o INSS em todo o Brasil, sendo ajuizados 180 mil processos novos por mês, situação que levou à criação do Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS, nos termos da Portaria Interministerial AGU/MPS 8, de 3 de junho de 2008, a fim de solucionar os conflitos jurídicos na própria esfera administrativa e reduzir paulatinamente a quantidade de processos novos).

Nesse contexto, é bastante alvissareira a recente decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública especificamente em matéria previdenciária.

Deveras, a legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva de interesses individuais patrimoniais disponíveis, além daqueles casos previstos pelo legislador ordinário — a exemplo do que ocorre no âmbito das relações de consumo e no Estatuto do Idoso —, é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina desde que configurada a homogeneidade desses interesses e a relevância social. A propósito, registro o seguinte trecho do excelente voto do Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona proferido no EAC 1998.04.01.058926-3, julgado pela 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no dia 14 de setembro de 2006 e que pacificou a divergência entre as Turmas no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para ações previdenciárias, *litteris*:

No que concerne à legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, além daqueles expressamente previstos pelo legislador ordinário, doutrina abalizada posiciona-se no sentido de que a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela poderá justificar a sua legitimação para a proposição

* Juiz Federal substituto em Brasília/DF.

ra de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.

Rodolfo de Camargo Mancuso (*in Ação Civil Pública*, 8ª edição revista e atualizada, editora Revista dos Tribunais, p. 126) preleciona o seguinte: “Quando os interesses forem individuais homogêneos (CDC, art. 81, III), ainda assim remanesce a legitimação ativa do Ministério Público (CDC, art. 82, I; LC 75/1993, art. 6º, XII), e isso sem embargo de aquela espécie de interesse metaindividual não constar no texto do art. 129, III, da CF: é que sua tutela pelo *Parquet* é favorecida pelo art. 129, IX, da CF, que libera a Instituição para o exercício de ‘outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade’. Segundo nos parece, essa compatibilidade exsurgerà *in concreto*, quando presente a nota adicional da indisponibilidade do interesse (CF, art. 127, final), que por sua vez decorre de sua relevância social, já que, de outro modo, isto é, quando o interesse seja puramente individual, ainda que concernente a um cúmulo de indivíduos, o manejo poderá ser feito pelas figuras litisconsorciais, observada a intervenção de advogado, para atendimento do pressuposto processual da capacidade postulatória (CF, art. 133, c/c CPC, art. 36). No ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: ‘Não é, assim, qualquer direito individual (ainda que pertencente a várias pessoas) que admite a tutela por via de ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas apenas aqueles caracterizados por sua relevância social ou por seu caráter indisponível.’”

Hugo Nigro Mazzilli condiciona a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo *parquet* à sua relevância social. Segundo ele, os interesses devem ser “de suficiente expressão ou abrangência social” (*Introdução ao Ministério Público*, 1998, 2ª ed., p. 64). E esclarece Ada Pellegrini Grinover, respondendo a questão da falta de previsão constitucional: “a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva, enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados”. E continua: “a tutela dos direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional dos conflitos de massa” (Das Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade — artigo

publicado em ação civil pública — organizado por Edis Milaré, p. 32).

Teori Zavascki, por sua vez, ensina que: “(...) Entretanto, em casos excepcionais, devidamente justificados e demonstrados, em que a lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente a hipótese de lesão a interesse social, para cuja defesa está o MP legitimado pelo art. 127 da CF. Também nestas hipóteses — cuja configuração estará evidentemente sujeita ao crivo do Poder Judiciário — a atuação do MP, necessariamente em forma de substituição processual autônoma, limitar-se-á à obtenção de provimentos genéricos indispensáveis à restauração dos valores sociais comprometidos, sendo-lhe vedado deduzir pretensões que signifiquem, simplesmente, tutela de interesses particulares, ainda que homogêneos, ou de grupo”. (Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos, artigo publicado em Revista Jurídica, 1995, pp. 17-33)

Seguindo essa linha doutrinária, sendo as atribuições do Ministério Público matéria eminentemente constitucional, a posição do Supremo Tribunal Federal culmina por espancar as controvérsias jurisprudenciais dos tribunais pátrios a respeito do tema. Confira-se o seguinte excerto de recente decisão:

“(...) 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se a proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois, ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patentese a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar

se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso Extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas a defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação” (RE 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 29/06/2001). No mesmo sentido, têm decidido as Turmas (cf. AI 383.919-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11/04/2003; RE 150.073, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 18/10/2000. 6. Adotando, pois, os fundamentos dos precedentes e valendo-me do disposto nos arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/1990, e 557 do CPC, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Int. Brasília, 24 de abril de 2006. Ministro Cezar Peluso, Relator.” (RE 233522/MA, Min. Cezar Peluso, *DJ* 10/05/2006, p. 79).

No mesmo sentido as seguintes decisões: AI 56620/MT, Min. Marco Aurélio, *DJ* 06/04/2006, p. 68; RE 247134/MS, Min. Carlos Velloso, *DJ* 09/12/2005, p. 81; RE 206067/SP, Min. Eros Grau, *DJ* 19/10/2005, p. 51).

Em suas atividades institucionais o Ministério Público busca o interesse público, tendo a Constituição Federal destinado a este órgão o zelo dos mais graves interesses da coletividade. Dentre suas funções institucionais estão a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II, CF) e a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (art. 129, IX, CF).

Ademais, como se viu, não é estranha à Suprema Corte a elevação de certos interesses aparentemente individuais ou mesmo disponíveis à categoria de coletivos, qualificando os interesses individuais homogêneos como subespécies de interesses coletivos. Alguns direitos individuais homogêneos podem ser qualificados como interesses ou direitos coletivos, ou mesmo identificar-se como interesses sociais e individuais indisponíveis e, nessas hipóteses, a ação civil pública é a via adequada para a defesa dos mesmos, estando o Ministério Público legitimado para a causa (CF, art. 127, *caput*, e art. 129, III).

É o que ocorre no presente caso, onde a concepção finalística da ação civil pública visa à proteção de um grupo, classe ou categoria de segurados (beneficiários), tidos por hipossuficientes, que tiveram o cancelamento administrativo de seus benefícios sob a alegação de inobservância do devido processo legal.

A revisão administrativa, conquanto decorrente de lei (Lei 9.032/1995), se pairar dúvidas quanto à observância do devido processo legal, pode ser impugnada pela via da Ação Civil Pública, estando o Ministério Público legitimado para a causa.

Com efeito, do devido processo legal decorrem os princípios do contraditório e da ampla defesa, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 5, LV), e tais interesses, ainda que homogêneos de origem comum, são tidos como subespécies de interesses coletivos, uma vez tutelados prioritariamente pelo Estado por meio de sua lei maior, a Constituição Federal. É que levando-se em conta a natureza de tais interesses (direitos e garantias fundamentais) e visualizando-os em seu conjunto, sobressai o necessário interesse social (coletivo) a legitimar o Ministério Público para a ação civil pública, cujo zelo desses direitos e interesses encontra-se inserido em suas funções institucionais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais patrimoniais disponíveis quando caracterizada a homogeneidade e a relevância social. Nesse sentido:

Ementa: Processual Civil. Embargos de divergência. Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Contratos de financiamento. SFH. Súmula 168/STJ.

1. O Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor ação civil pública objetivando defender interesses individuais homogêneos nos casos como o presente, em que restou demonstrado interesse social relevante. Precedentes.

2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula 168/STJ).

3. Embargos de divergência não conhecidos. (REsp 644.821/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 04/06/2008, *DJ* de 04/08/2008.)

Entretanto, prevaleceu naquela Corte Superior, especificamente em matéria previdenciária, a orientação de não reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública. Confira-se:

Ementa: Processual Civil e Previdenciário. Embargos de divergência em recurso especial. Ação civil pública. Benefício previdenciário. Direito patrimonial disponível. Inexistência de relação de consu-

mo. Ministério Público. Ilegitimidade ad causam.

1. Tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública em defesa de tal direito. Precedentes das Turmas que compõem esta Terceira Seção.

2. Embargos rejeitados. (REsp 448684/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006.)

Ementa: Processual Civil e Previdenciário. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Benefício previdenciário. Renda mensal inicial. Revisão. Ação civil pública. Inexistência de relação de consumo. Ausência de direito indisponível. Ministério público. Ilegitimidade ad causam.

1. Tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para a tutela do direito vindicado. Precedentes.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 762.136/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/06/2006, DJ 01/08/2006.)

Ementa: Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Ação civil pública. Ministério Público. Ilegitimidade. Decisão mantida por seu próprio fundamento.

1. O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública que objetiva discutir a concessão de benefício previdenciário.

2. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão atacada.

3. Agravo a que se nega provimento. (AgRg no REsp 441.815/SC, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 20/03/2007, DJ 09/04/2007.)

Essa diretriz do Superior Tribunal de Justiça refletiu na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, de maneira que algumas Turmas e Seções passaram a adotar esse entendimento, culminando inclusive com a desconstituição, mediante ação rescisória manejada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de importantes julgados sobre questões previdenciárias. Mas o assunto estava longe de estar pacificado, até por-

que se aguardava a manifestação do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra sobre esse tema de envergadura constitucional, dado que a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública tem fundamento no art. 127, *caput*, e art. 129, inc. III, ambos da Constituição Federal.

E essa manifestação veio da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, negando provimento, por unanimidade, na sessão do dia 29 de abril de 2008, a agravo tirado contra decisão do Ministro Celso de Mello que negara monocraticamente provimento a recurso extraordinário, ao fundamento de que o direito do segurado à expedição de certidão parcial de tempo de serviço/contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS é um direito individual homogêneo impregnado de relevante natureza social, legitimando destarte o Ministério Público para o manejo da ação civil pública. Confira-se o acórdão:

Ementa: direitos individuais homogêneos. Segurados da Previdência Social. Certidão parcial de tempo de serviço. Recusa da autarquia previdenciária. Direito de petição e direito de obtenção de certidão em repartições públicas. Prerrogativas jurídicas de índole eminentemente constitucional. Existência de relevante interesse social. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público. A função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art., 129, II). Doutrina. Precedentes. Recurso de agravo improvido.

O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações.

A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a própria ação civil pública.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas. Doutrina. Precedentes. (RE-AgR 472.489, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJ de 28/08/2008.)

Do percuciente voto do Relator, extraio o seguinte excerto:

Cabe destacar, neste ponto, por oportuno, na linha do que se vem acentuando, a correta advertência que a douta Procuradoria-Geral da República fez, em seu pronunciamento, no caso ora em exame:

“Não assiste razão ao recorrente quando pretende, em síntese, demonstrar que a decisão atacada ofendeu o contido no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, que cuida da legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública, mesmo sendo o caso de matéria relativa a direitos individuais homogêneos e disponíveis.

Inicialmente, vale frisar ser incorreta a afirmação genérica de que o *Parquet* não pode defender interesses individuais homogêneos. Tal afirmação é demasiadamente superficial. Se a defesa de tais interesses envolver relevante abrangência social, como a hipótese dos presentes autos, que trata do direito dos segurados da previdência social obterem certidão relativa ao seu tempo de serviço, deverá a ação civil pública correspondente ser intentada pela instituição. Ou seja, se, no caso concreto, a defesa coletiva de interesses transindividuais assumir importante papel social, não se poderá negar ao Ministério Público a defesa desses direitos.

(...)

Destarte, válido ainda destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, traz apenas as expressões ‘interesses difusos e coletivos’, pois foi em 1990, ano da edição do Código de Defesa do Consumidor, que a expressão ‘interesses individuais homogêneos’ foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, quando a Carta Magna diz ‘interesses difusos e coletivos’, na realidade, está a referir-se aos interesses transindividuais lato sensu, nos quais também estão abrangidos os ‘interesses individuais homogêneos’.

(...)

Depreende-se da análise dos autos, sem dúvida alguma, que a *quaestio iuris* é eminentemente social, na medida em que a Carta Magna garante ao segurado a obtenção de certidões perante as repartições públicas, seja para a defesa de seus direitos, seja para esclarecimentos de situações de interesse pessoal. Assim sendo, não pode o INSS impor restrição ao cidadão para obtenção das mencionadas certidões de tempo de serviço, não havendo que se questionar, portanto, a legitimidade do *Parquet* para atuar no feito.”

Esse entendimento — que reconhece a legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social — reflete-se na jurisprudência firmada por esta Supre-

ma Corte (RTJ 185/302, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 491.195-AgR/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – RE 213.015/DF, Rel. Min. Néri Da Silveira – RE 255.207/MA, Rel. Min. Cezar Peluso – RE 394.180-AgR/CE, Rel. Min. Ellen Gracie – RE 424.048-AgR/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence RE 441.318/DF, Rel. Marco Aurélio – RE 470.135-AgR-ED/MT, Rel. Min. Cezar Peluso):

Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. (...).

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

(...)

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11/09/1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirmem interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

(...)

Recurso extraordinário conhecido e provido, para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.” (RTJ 178/377-378, Rel. Min. Mauricio Corrêa.)

Tenho para mim que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando, em sede de processo coletivo — hipótese em que estará presente “o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF, 127, *caput*, e CF, 129, IX)” (Nelson Nery Junior, “O Ministério Público e as Ações Coletivas”, in “Ação Civil Pública”, p. 366, coord. por Édis Milaré, 1995, RT —, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque revestidos de inegável relevân-

cia social, como sucede com o direito de petição e o de obtenção de certidão em repartições públicas (CF, art. 5º, XXXIV), que traduzem prerrogativas jurídicas de índole eminentemente constitucional, ainda mais se analisadas na perspectiva dos direitos fundamentais à previdência social (CF, art. 6º) e à assistência social (CF, art. 203).

Na realidade, o que o Ministério Público postulou nesta sede processual nada mais foi senão o reconhecimento — e conseqüente efetivação — do direito dos segurados da Previdência Social à obtenção da certidão parcial de tempo de serviço.

Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro “defensor do povo” (Hugo Nigro Mazzilli, “Regime Jurídico do Ministério Público”, p. 224/227, item 24, “b”, 3ª ed., 1996, Saraiva, v.g.), incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta Política, “(...) sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas às quais a Constituição cuidou de dar especial proteção”.

A sobredita decisão parece sinalizar o início do fim da polêmica em torno da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em matéria previdenciária, no sentido do seu reconhecimento, forte no art. 127, *caput*, e art. 129, inc. III, ambos da Constituição Federal, quando a questão, a despeito de envolver direito patrimonial individual disponível, traduzir interesse homogêneo e de relevância social, mesmo que não haja previsão legal nesse sentido, prestigiando desse modo a tutela coletiva em matéria previdenciária e o Ministério Público como *enforcement* do ordenamento jurídico posto. A única vedação é a utilização desta *class action* para discutir contribuição previdenciária, por expressa vedação do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, valendo advertir, outrossim, que o

custeio da previdência social mediante contribuições previdenciárias devidas por empresas que nada têm de hipossuficientes não se trata de matéria previdenciária propriamente dita, mas de matéria tributária.

Finalmente, vencida a questão da legitimidade processual do Ministério Público, há diversas outras questões empolgantes sobre a ação civil pública em matéria previdenciária, a exemplo da condenação em honorários advocatícios, limitação da eficácia territorial da decisão judicial, necessidade de parecer do Ministério Público no Tribunal, possibilidade de litisconsórcio entre os *Parquets* Federal e Estadual, competência e honorários advocatícios nas execuções individuais da sentença coletiva etc., mas que desbordam do escopo deste trabalho, naturalmente limitado a repercutir a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2007.01.00.036357-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Impetrante: Jordanah Schroder Fortes de Oliveira
Advogado: Dr. Antônio Torreão Braz Filho e outros
Impetrado: Des. Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Litisconsorte Passivo: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Divulgação: e-DJF1 de 29/08/2008
Publicação: 01/09/2008

Ementa

Processual Civil. MS contra imediata conversão de agravo de instrumento em agravo retido, após concessão do efeito suspensivo: Ilegalidade. Cerceamento de defesa.

I – É de lógica jurídica, que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido como previsto no art. 527, II, do CPC somente tem sentido quando, “incontinenti”, sem que tomado qualquer juízo de valor, o Relator, entendendo que a decisão agravada não é suscetível de causar à parte imediata lesão grave e de difícil reparação, converte o AG em retido.

II – Quando, ao contrário, expressa juízo de valor e, ainda assim, converte o agravo de instrumento em retido, pratica uma ilegalidade, porque submete a parte ao jugo da sua decisão, sem que possa exercer qualquer irresignação contra ela, que lhe foi imposta, uma vez que a decisão monocrática passa a ter efeitos definitivos sem que a parte prejudicada possa ver o seu pleito analisado.

III – Segurança concedida, em parte, para que, decotada da decisão a sua conversão em agravo retido, o AG seja restituído ao Relator e, regularmente processado, seja julgado como se entender de direito.

IV – Peças liberadas pelo Relator, em 31/07/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Corte Especial conceder, em parte, a segurança por maioria.

Corte Especial do TRF 1ª Região, 31/07/2008.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por inicial (fls. 2/13) ajuizada em 21/08/2007, Jordanah Schroder Fontes de Oliveira, absolutamente incapaz, representada por sua genitora, pede segurança, com liminar, para que descon-

tituída a decisão (fls. 136/137) datada de 28/05/2007, do Des. Federal. José Amílcar Machado, nos autos do AG 2007.01.00.015928-8/DF (fls. 21/35), protocolizado em 03/05/2007 pela União Federal, objetivando cassada a antecipação de tutela nos autos da AO

2007.34.00.001903-1 (fls. 36/49) ajuizada contra ela, em 19/01/2007, pela ora impetrante para anular o acórdão do TCU 1.040/2003 para o não pagamento e a devolução da pensão civil que recebe desde agosto de 1992 pelo falecimento de seu genitor, que exerceu os cargos de odontólogo no Exército e na Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Diz a decisão ora impugnada (fls. 19/20):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pela União contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, conhecendo de embargos de declaração opostos por Jordanah Schroder Fortes de Oliveira em ação sob rito ordinário por ela ajuizada objetivando garantir o recebimento de pensão civil cumulativamente com pensão militar, alterou para a seguinte redação anterior decisão de exame de pedido de antecipação dos efeitos da tutela:

“Isto posto, defiro parcialmente os efeitos da tutela, a fim de obstar a cobrança de quaisquer valores recebidos a título de pensão civil por morte instituída por José Krishnamurti Fonte de Oliveira em favor de Jordanah Schroder Fortes de Oliveira até a ciência da autora do Acórdão TCU 3439/2006 (fl. 33).”

De início, verifico que este Relator já apreciou anteriormente, nos autos do Agravo de Instrumento 2007.01.00.008757-2, pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal formulado relativamente a esta mesma decisão, pela autora na ação principal, ora agravada.

Com efeito, ressaltou-se naquele *decisum* o fato de que o ato impugnado — cessação do pagamento de pensão civil no prazo de 15 (quinze) dias e determinação de devolução dos valores recebidos a partir da ciência do acórdão 1.040/2003 (TCU) — na ação ajuizada pela ora agravada, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, revelava-se oriundo do Tribunal de Contas da União.

Nesse ponto, frisou-se que a Primeira Turma desta Corte decidiu, no julgamento do AG 2004.01.00.058500-4, Relator para acórdão o Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, em caso similar, que o magistrado não poderia ter proferido ali decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela, porquanto o ato contestado, que teria ferido direito da parte autora, fora emanado do Tribunal de Contas da União, sujeito, constitucionalmente, à competência de outra instância julgadora.

De fato, deve aplicar-se à espécie, por inafastável interpretação extensiva, o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992, que não admite o cabimento de medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeito, na

via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Assinale-se que na interpretação extensiva aplica-se o argumento *a fortiori*, do qual se permite aplicar certa previsão hipotética, com maior razão, a outros casos não expressamente previstos. Na situação prevista na Lei acima referida, datada de 1992, proíbe-se o ajuizamento de medida cautelar inominada ou sua liminar quando, na técnica do processo, deveria ser manejada a ação de mandado de segurança. Não é de se admitir, portanto, verdadeira transubstanciação de competência em função do instrumento processual utilizado.

Revela-se evidente, pois, a natureza impositiva da decisão do TCU, sendo esta a *vis attractiva* da competência do Supremo Tribunal Federal.

Mostra-se, portanto, incorreto o ajuizamento da ação perante a Justiça Federal de Primeira Instância (art. 102, I, d, da Constituição Federal e Súmula 248 do STF).

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

“Processual Civil. Mandado de Segurança. Decisão do Tribunal de Contas da União. Aposentadoria. Ilegalidade. Registro. Supressão de vantagem do PCCS. Autoridade coatora. Legitimidade passiva Ad Causam.

I — “A aposentadoria é ato administrativo sujeito ao controle do Tribunal de Contas, que detém competência constitucional para examinar a legalidade do ato e recusar o registro quando lhe faltar base legal” (RE 197227-1/ES, Pleno, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ de 07/02/1997).

II — O Tribunal de Contas da União é parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, quando a decisão impugnada revestir-se de caráter impositivo. Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal.

III — A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

IV — Não detendo a autoridade federal impetrada poderes para reformar decisão emanada do TCU, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental que se volta contra aquela decisão.

V — Apelação não provida.” (AMS 1999.01.00.071750-1/BA; Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany dsa Costa; Primeira Turma Suplementar; Publicação: DJ de 12/05/2005, p. 107)

Ante todo o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para cassar os efeitos da decisão impugnada.

Por força do disposto no art. 527, II, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei 11.187, de 19/10/2005, converto o presente agravo de instrumento em agravo retido.

Remetam-se os autos ao Juízo de origem.”

Os autos me foram distribuídos no curso de meu afastamento legal, tramitando em diversos Gabinetes.

Nas informações (fls. 167/169) datadas de 17/09/2007, a MMA. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, em razão das férias do Des. Federal José Amilcar Machado, esclareceu que a antecipação de tutela como deferida em 1º Grau encontra óbice no § 1º do art. 1º da Lei 8.432/1992. Informou, ainda, que, “no entendimento do Relator da decisão guerreada, a tentativa de suspensão imediata de ato impositivo emanado do TCU somente poderia ser veiculada em MS, sob pena de burla do juízo constitucionalmente indicado como competente para o conhecimento e julgamento da matéria. Essa a única forma processualmente apta a provocar a pretendida neutralização de ato impositivo supostamente arbitrário ou ilegal, emanado do Tribunal de contas da União, que atrairia a competência do STF.”

Por decisão (fls. 175/177), datada de 25/10/2007, a Des. Federal Selene Maria de Almeida, em substituição, concedeu a liminar para restabelecer a decisão de 1º grau, nestes termos:

“O presente mandado de segurança afigura-se cabível, apesar de impetrado contra ato judicial. A uma, em razão da inexistência de recurso específico previsto nas leis processuais, apto a impedir a suposta ilegalidade que restou apontada (art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/1951); e, a duas, por força do manifesto prejuízo que a manutenção da decisão irá acarretar à impetrante, por obrigá-la, desde já, a devolver valores que, a princípio, foram recebidos de boa-fé, já que oriundos de pensão civil pela morte de seu genitor.

Como se sabe, o rigor da Súmula 267, do eg. Supremo Tribunal Federal, tem sido abrandado para se admitir o mandado de segurança contra ato judicial em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade, de abuso de poder ou em casos excepcionais, como o dos presentes autos.

A decisão impugnada, fls. 19/20, merece reavaliação.

Deveras, a referida decisão considerou incorreto o ajuizamento da ação contra o TCU perante a Justiça Federal de Primeira Instância e citou jurisprudência que apreciou questão sob o prisma

da ação mandamental, transcrevendo julgado que afirma que ‘não detendo a autoridade federal impetrada poderes para reformar decisão emanada do TCU, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da *ação mandamental* que se volta contra aquela decisão’ (AMS 1999.01.00.071750-1, *DJ* de 12/05/2005, p. 107). Menciona, ainda, outro julgado de conteúdo similar que se ampara no § 1º do art. 1º da Lei 8.437/1992: ‘Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de *mandado de segurança*, à competência originária de tribunal.’ (AG 2004.01.00.058500-4/DF, *DJ* de 11/07/2005, p. 40).

Mesmo o art. da Constituição citado na decisão (art. 102, inciso I, alínea “d”) não se aplica à hipótese dos autos por limitar-se a estabelecer a competência originária do STF para processar e julgar, originariamente, os *mandados de segurança* contra ato do Tribunal de Contas da União. Quanto à Súmula do STF citada, não é outro seu entendimento, *verbis*: ‘é competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal, para *mandado de segurança* contra ato do Tribunal de Contas da União’.

É cediço que as decisões emanadas do Tribunal de Contas da União são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

A prevalecer a tese combatida, não seria possível ao jurisdicionado socorrer-se do Judiciário senão por meio da via estreita do mandado de segurança quando impugnasse decisão daquela Corte de Contas.

Tal limitação, por óbvio, restringiria o acesso à justiça, afrontando o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no art. 5º da Carta Magna.

Correto, portanto, o ajuizamento da ação de rito ordinário perante a Justiça Federal de primeira instância. Confira-se jurisprudência a respeito:

‘Administrativo e financeiro. Ação Cautelar. Incompetência do juízo federal. Nulidade da sentença. Princípio da anualidade. retenção de fundo de participação do Município. Número de habitantes. Decisão Normativa 38/2001 – TCU.

1. As decisões proferidas pelo TCU estão sujeitas a exame pelo Poder Judiciário, cabendo à parte a escolha do meio em que vai atacar a decisão. Se optar pelo Mandado de Segurança, a competência é do STF. Mas, na hipótese de ação ordinária, tem-se como competente a Justiça Federal de Primeiro Grau.

(...)

(AC 2001.33.00.017487-2/BA, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Oitava Turma, *DJII* de 16/10/2006, p. 150)⁷

Nesse contexto, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau nos autos da ação de rito ordinário afigura-se razoável por impedir a cobrança de valores já recebidos, antes da decisão final do TCU, confira-se (fl. 99):

“Ressalto, por oportuno, que antes da decisão final/conclusiva do TCU (fls. 37/33), em sede de pedido de reexame TC-005.508/1996-7 (...), não havia porque imputar à acionante má-fé quanto aos valores recebidos a título de pensão civil por morte instituída por José Krishnamurti Fortes de Oliveira em favor de Jordanah Schroder Fortes de Oliveira, até a ciência da autora do Acórdão TCU 3439/2006 (fl. 33).

Pelo exposto, *defiro o pedido de liminar* para restabelecer os efeitos da decisão antecipatória de tutela proferida nos autos da ação de rito ordinário 2007.34.00.001903-1/DF.” (grifos do original).

Por ofício (fls. 187/190) datado de 19/12/2007, o Des. Federal José Amílcar Machado ratificou as informações anteriores.

Retornando dos meus afastamentos legais, em 14/05/2008, chamei o feito à ordem para determinar à impetrante promovesse a citação da União como litisconsorte passiva necessária, uma vez parte na ação originária e no agravo.

Em contestação (fls. 222/228), a União, em preliminar, sustentou o não cabimento do MS, uma vez que, sendo a Turma o juízo natural do agravo de instrumento, não compete à Corte substituí-lo, como se revisora fosse. No mérito, sustentou que a boa-fé no recebimento de vantagem não impede a revisão do ato e o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos.

A PRR (fls. 194/195) opina pela concessão da ordem, forte em que, inexistindo vedação legal, constitui direito da parte a escolha da espécie de ação judicial que melhor atenda aos seus interesses. O art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992 deve ser interpretado restritivamente portanto, devendo ter aplicação, tão-somente, às medidas cautelares inominadas e às suas respectivas liminares. A PRR (fl. 233), novamente instada a manifestar-se, reiterou o parecer anterior, pela concessão da ordem.

Recebi os autos em Gabinete, em 08/07/2008, com parecer, trago-os nesta assentada (31/07/2008).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — A pretensão, ao que se pode inferir das razões do MS, em verdade, diz com o amplo acesso ao judiciário:

“... Ademais, o agravo de instrumento em questão foi convertido em agravo retido, o que também inviabiliza a interposição de qualquer recurso para impugnar a decisão...”

A mim me parece em lógica jurídica, que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido como previsto no art. 527, II, do CPC somente tem sentido quando, “incontinenti”, sem que tomado qualquer juízo de valor, o Relator, entendendo que a decisão agravada não é suscetível de causar à parte imediata lesão grave e de difícil reparação, converte o AG em retido.

Quando, ao contrário, expressa juízo de valor e, ainda assim, converte o agravo de instrumento em retido, pratica uma ilegalidade, porque submete a parte ao jugo da sua decisão, sem que possa exercer qualquer irrisignação contra ela, que lhe foi imposta, uma vez que a decisão monocrática passa a ter efeitos definitivos sem que a parte prejudicada possa ver o seu pleito analisado.

A situação, como posta, então, merece reparo.

O agravo de instrumento deve ter seu curso regular, com seu julgamento pela Turma. Não é possível, todavia, o enfrentamento da questão meritória, em razão do malferimento ao princípio do Juízo natural, que é a Turma julgadora.

Pelo exposto, concedo, em parte, a segurança, decotando da decisão ora impugnada a sua conversão em agravo retido, para que o AG retorne e, regularmente processado, seja julgado como se entender de direito.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Antônio Ezequiel da Silva e Fagundes de Deus (convocado em substituição ao Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, em férias). Impedido o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Catão Alves. Vencidos em parte os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Fernando Mathias convocado para o STJ), Tourinho Neto e Olindo Menezes. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, João Batista Moreira, Assusete Magalhães e Mário César Ribeiro.

Casso a liminar.

Custas pela Impetrante. Sem verba honorária (Súmula 105/STJ).

É como voto

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel. — Senhor Presidente, com a vênia devida da divergência, acompanho o Relator, por entender que a situação não se enquadrava no art. 527, II, do CPC, que só permite a conversão do agravo em retido quando não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação. No caso, a lesão não é irreparável, mas é de difícil reparação, porque, se mantida a decisão, a parte não vai receber a pensão, e está intimada a, dentro de quinze dias, começar a devolver o que recebeu, e se, no futuro, vier a ganhar a ação por decisão transitada em julgado, vai entrar com outra ação para cobrar aqueles valores que devolveu, por força da decisão agora atacada. Por isso acompanho o Relator, entendendo que o agravo deve ser levado à Turma.

Voto Vogal Vencido em parte

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto. — Senhor Presidente, *data venia*, creio que a Juíza Selene de Almeida tem razão.

Restabeleço também os efeitos da decisão antecipatória da tutela proferida nos autos da ação ordinária pelo Juiz de 1º Grau. Não é possível que ocorra, em pensão alimentícia, tanta divergência em prejuízo da menor, que pode vir a ser vitoriosa. Portanto, *data venia*, concedo a segurança para manter a decisão da Juíza Selene de Almeida.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. — Senhor Presidente, no tocante à primeira divergência do Des. Federal Cândido Ribeiro, de certa forma já me manifestei. Não falei em teratologia, mas que a ilegalidade reside no ponto em que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, dando efeito suspensivo. A conjugação desses dois elementos é que seria ilegalidade.

Em relação à segunda divergência, deixei muito claro no meu voto que, pelo que estou percebendo, os votos divergentes do Des. Federal Tourinho Neto e da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso estão examinando o mérito do agravo. Disse que não entro nessa parte, porque é juízo de valor que o Relator tem, porque entende que só cabe mandado de segurança... Eu não compartilho desse entendimento, mas não toquei nesse ponto. Chamei a atenção, no início do meu voto, de que estava havendo uma vertente, que o Ministério Público opinava no mérito do agravo de instrumento. Eu disse que não, não no mérito do agravo de instrumento, ou seja, nas razões do efeito suspensivo, e não me alonguei sobre a liminar concedida pela Desembargadora Selene, que também foi no mérito. O julgamento, ferindo o mérito da maneira como a segunda divergência faz, acabou; a Turma vai ficar aprisionada por esse entendimento, se prevalecer, e vamos transformar a Corte Especial em corte revisora, o que eu disse no meu voto.

Voto Vogal Vencido em parte

A Exma Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. — Senhor Presidente, a técnica usada pelo douto Relator, agora autoridade impetrada nos autos do agravo, é que Sua Excelência entende a mais coerente com o seu entendimento. Nesse aspecto, não me atreveria a fazer nenhum julgamento de Sua Excelência. Quanto ao fato de ter sido retido um agravo que tem preponderantemente uma questão de *periculum in mora*, também entendo que foi decisão, um juízo de valor de Sua Excelência, a que verifico, no meu juízo de valor, que realmente não se poderia mandar reter este agravo. Acompanho o Senhor Relator, mas em maior extensão, mantendo a decisão da Desembargadora Selene de Almeida, porque aqui, realmente, a parte está protegida pelo que não houve ainda trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Contas da União. Logo, penso que, até que se concretize o ato do Tribunal de Contas da União, a parte, no caso a impetrante, tem o direito de se resguardar para não ter que pagar imediatamente aqueles valores que recebeu de boa-fé, como aqui dito, e que não tenham sido suspensos os seus proventos. Assim, com as vênias também devidas ao Desembargador Relator, acompanho-o em maior extensão, concedendo a segurança.

Primeira Seção

Conflito de Competência

2008.01.00.022840-2/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Autora: Gessy Alves Henrique da Cruz

Advogado: Dr. Antonio Fontes Filho

Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Suscitante: Juízo Federal da 5ª Vara – MG

Suscitado: Juízo Federal da 29ª Vara – MG

Divulgação: e-DJF1 de 29/08/2008

Publicação: 01/09/2008

Ementa

Conflito de competência. Restabelecimento de benefício previdenciário de auxílio-doença. Provimento 68/1999. Competência da Vara especializada em Direito Previdenciário.

I – De acordo com o Provimento 68/1999 da Corregedoria deste Tribunal, somente serão julgadas pela Vara previdenciária as ações previdenciárias, assim entendidas como sendo aquelas tratadas pela Lei 8.213/1991.

II – O restabelecimento de benefício de auxílio-doença, não decorrente de acidente do trabalho, se insere na competência especializada da Vara previdenciária.

III – O pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais é subsidiário ao pedido principal de restabelecimento de benefício previdenciário, não afastando, portanto, a competência da Vara especializada em Direito Previdenciário.

IV – Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado, ou seja, da 29ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 29ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 03/06/2008.

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Relator.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: – Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 5ª Vara/MG, nos autos da Ação Ordinária 2005.38.00.030969-0, ajuizada por Gessy Alves Henrique da Cruz, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando o res-

tabelecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença e o pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A citada Ação Ordinária foi, por primeiro, distribuída ao Juízo Federal da 29ª Vara/MG, que, por entender não se tratar de matéria de natureza previden-

ciária, deu-se por incompetente para processar e julgar a causa, determinando sua redistribuição para uma das varas não especializadas (fls. 12/15).

O Juízo suscitante, da 5ª Vara/MG, entendeu ser a Vara especializada em Direito Previdenciário competente para processar e julgar o feito, por tratar-se de matéria referente a restabelecimento de benefício previdenciário, suscitando o presente conflito negativo de competência (fls. 16/18).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: – O Juízo Federal da 5ª Vara/MG suscitou conflito negativo de competência nos autos da Ação Ordinária 2005.38.00.030969-0, ajuizada por Gessy Alves Henrique da Cruz, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença e o pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A citada Ação Ordinária foi, por primeiro, distribuída ao Juízo Federal da 29ª Vara/MG, que, por entender não se tratar de matéria de natureza previdenciária, deu-se por incompetente para processar e julgar a causa, determinando sua redistribuição para uma das varas não especializadas, nos seguintes termos:

Assim, as demandas afetas à alçada de atuação deste Juízo são aquelas em que as partes requerem a concessão ou revisão de benefícios previdenciários concedidos com base na citada Lei 8.213/1991 ou, como também já decidiu a eg. Corte Regional, lides envolvendo os benefícios assistenciais, uma vez que estes estariam compreendidos no conceito de matéria previdenciária (vide Conflito de Competência 2000.01.00.021912-3/DF).

Não vislumbramos como possam ser enquadradas como “ações previdenciárias” aquelas que contem pedido indenizatório, ainda que tendo como pano de fundo a concessão ou não de um benefício ligado ao RGPS. (...) Sem adentrar no mérito da questão, nota-se que o pano de fundo tem como ingrediente o não pagamento dos valores devidos

pelo INSS (RGPS) a tempo e modo, o qual não permitiu o tratamento de saúde. Entretanto, esse pedido, ao nosso sentir, não pode ser enquadrado, para efeitos de competência, como uma ação previdenciária.

Ora, se não se está discutindo nenhuma questão afeta à aplicação da Lei 8.213/1991 ou matéria previdenciária em sentido estrito, não há razão para que tal feito tramite perante este Juízo. (fl. 14)

O Juízo suscitante, da 5ª Vara/MG, entendeu ser a Vara especializada em Direito Previdenciário competente para processar e julgar o feito, e assim se manifestou, *verbis*:

Entendo, na espécie vertente, que há incompetência desta Vara Cível para conhecer e julgar a ação em tela.

Isso porque, ainda que este Juízo seja competente para conhecer os pedidos de indenização por danos materiais e morais, ao proferir uma decisão acerca do pleito, como posto nestes autos, estaria analisando necessariamente também a matéria previdenciária em questão.

Desse modo, para se aferir se a autora terá direito ou não a receber uma indenização por danos materiais/morais, o que é apenas parcela de sua pretensão, já que busca o restabelecimento do benefício, com a recuperação dos valores da prestação em atraso, necessário será decidir se foi indevida ou não a cessação de seu benefício de auxílio-doença. Assim, imprescindível a averiguação no sentido de ter a requerente, realmente, direito à percepção continuada da prestação, desde a sua cessação, o que demonstra que a demanda em tela requer processamento próprio das ações previdenciárias de restabelecimento de benefício, a evidenciar a competência para processamento do feito na Vara Especializada.

Diante deste contexto, afigura-se a incompetência desta Vara Cível para processar e julgar a presente demanda, eis que a matéria de fundo é de cunho eminentemente previdenciário, dela decorrendo o pedido de indenização por danos (Fl. 17)

O Provimento 68 da Corregedoria deste Tribunal, que “*regulamenta a instalação de Varas Federais criadas pelas Leis 9.624, de 25/05/1998 e 9.788, de 19/02/1999, a redistribuição dos processos nas Seções e Subseções Judiciárias e adota outras providências*”, dispõe, em seu art. 2º, § 10, o seguinte:

§ 10 Na Sede da Seção Judiciária de Minas Gerais serão redistribuídas para as Varas Previdenciárias, todas as ações ordinárias previdenciárias

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil (convocado). Ausentes, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

(subclasse 1200), juntamente com os feitos distribuídos por dependência a elas e seus apensos, cabendo a todas as demais Varas identificar as ações de outras classes relativas a benefícios previdenciários e encaminhá-las para a devida redistribuição.

Tal dispositivo, a meu ver, se aplica somente àquelas ações que tratam de benefícios previdenciários previstos na Lei 8.213/1991.

Na espécie, a autora pleiteia o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, não decorrente de acidente do trabalho, razão pela qual a Vara especializada em Direito Previdenciário é a competente para o processo e julgamento do feito.

Cabe destacar que o pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais é subsidiário ao pedido principal de restabelecimento de benefício previdenciário, não afastando, portanto, a competência da Vara especializada em direito previdenciário.

Nesse sentido já se manifestou esta Corte, conforme precedente a seguir transcrito:

Conflito de competência entre Seções do Tribunal — Reintegração de servidor militar temporário, dispensado por acidente, cumulada com indenização por danos morais — Competência da Primeira Seção.

I – Evidenciado que o pedido primeiro ou principal da AO é a reintegração do servidor militar temporário aos quadros do Exército Brasileiro, de onde fora dispensado por incapacidade em virtude de acidente, firma-se a competência da Primeira Seção, ainda que pedida indenização por danos morais como consequência e em razão da reintegração.

II – Conflito de competência de que se conhece para declarar a competência da Primeira Seção (art. 8º, § 1º, I).

III – Peças liberadas pelo Relator em 01/12/2005 para publicação do acórdão. (TRF 1ª Região, 1ª Seção, CC 1998.01.00.076027-7/RO, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, unânime, DJ 12/12/2005, p. 1).

Com tais fundamentos, tenho que a competência é do Juízo suscitado, especializado em questões previdenciárias.

Isso posto, conheço do conflito e declaro a competência do Juízo Federal da 29ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitado.

É o meu voto.

Segunda Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

1998.39.01.000536-8/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (Convocada)

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto (para Acórdão)

Embargante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra

Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias

Embargado: Agropecuária Umuarama Ltda.

Advogado: Dr. Gildo Correa Ferraz

Divulgação: e-DJF1 de 05/09/2008

Publicação: 08/09/2008

Ementa

Processo Civil. Embargos Infringentes. Desapropriação por interesse social. Fins de reforma agrária. Avaliação. Laudo.

I – A nova metodologia criada por alguns peritos, surgida em face da “necessidade de realização de um grande número de avaliações de imóveis rurais, em curto espaço de tempo” é nefasta, por *homogeneizar* terra nua e benfeitorias, sob o pretexto de ser difícil a avaliação da terra nua sem considerar um mínimo de benfeitoria. Metodologia confusa, cheia de fórmulas, mais parece uma tábua de logaritmos. Rejeição do laudo que, na verdade, não revela o valor real da terra nua.

II – Embargos infringentes improcedentes.

Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencida a relatora, Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho, negar provimento aos embargos infringentes.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 06/08/2008.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator p/ Acórdão.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — 1. Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra, contra o acórdão de fl. 727, da 3ª Turma, que, por maioria, vencido o eminente Relator, deu parcial provimento à apelação da expropriada.

2. O Exmo. Sr. Desembargador Federal Tourinho Neto divergiu do eminente Relator, asseverando, em resumo, *verbis*:

Não concordamos com esse critério. Além de, data venia, confuso – cheio de fórmulas, atributos, não espelha o real valor do imóvel. Tanto assim, que o perito acabou por avaliar destacadamente a terra nua e as benfeitorias (valor da terra nua: R\$ 1.480.686,00; valor das benfeitorias: R\$ 393.600,00) – v. fl. 354.

Observe que o próprio relator não concordou com esta metodologia, ao dizer: “Tenho que há no laudo conteúdo passível de ser aproveitado na

fixação da indenização, evitando-se a confecção de nova perícia”.

O laudo oficial fixou o valor de R\$ 1.480.686,00 para a terra nua, enquanto o Incra ofertou R\$ 549.694,30, e seu assistente técnico R\$ 701.036,91. Fico com o laudo pericial porque, apesar de confuso, deu um valor que se aproxima da realidade, em face do que foi nele contido. Logo, a indenização da terra nunca ficará em R\$ 1.480.686,00.

Quanto às benfeitorias, admito a oferta feita pelo Incra R\$ 1.984.673,70. O perito oficial e o assistente técnico do expropriante fixaram o valor de R\$ 393.600,08.

A divergência está na área de pastagem. A avaliação administrativa encontrou 8.375 hectares e o perito e o assistente técnico do expropriante 3.613. Observe-se, no entanto, que a primeira avaliação se deu em abril de 1998, e a do perito, em julho de 1999, e a do assistente técnico do Incra, em setembro de 1999. Portanto, mais de um ano depois da avaliação administrativa, tempo suficiente para uma passagem ser destruída, se não for bem conservada. Ademais, atente-se que eram 8.000 (oito mil) cabeças de gado. Logo, não podiam ser apenas 3 mil e poucos hectares de terra.

As máquinas e equipamentos deslocáveis, retiráveis, não podem ser objeto de avaliação como fez o Incra. Logo, deve ser abatido o valor das seguintes máquinas:

MÁQUINA	VALOR
Macaco virador de toras, modelo MV 7	R\$ 4.084,00
Guincho arrastador, modelo GA – 200	R\$ 5.841,60
Serra circular, modelo SCG – 2	R\$ 3.593,60
Serra circular, modelo SCG – 2	R\$ 6.095,52
Serra circular, modelo SP – 2	R\$ 2.310,40
Conjunto de afiação, modelo AFB	R\$ 7.201,60
Chanfador, modelo CH – 1	R\$ 1.261,60
Gerador 330YT	R\$ 2.032,41
Espelho de serra fita convencional com volts de 1350 mo	R\$ 20.000,00
TOTAL	R\$ 52.136,73

Subtraindo-se tal valor da oferta feita pelo Incra — R\$ 1.984,70 —, termos R\$ 1.934.673,70.

Em resumo temos:

Valor da terra nua	R\$ 1.480.686,00
Valor das benfeitorias	R\$ 1.934.673,70
TOTAL	R\$ 3.415.359,70

A sentença fixou o total da indenização em R\$ 1.874.286,00.

Condenado fica, deste modo, o Incra no pagamento das despesas processuais e honorários periciais e advocatícios, estes fixados, em 3% (três por cento) sobre a diferença entre a oferta e a condenação. Incidentes, também, juros compensatórios de 12% a.a. a partir da imissão sobre a diferença retro apontada (cf. Súmula 74/TFR ou 213/STJ) e juros de mora a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que deverá ser pago.

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e dou provimento, parcial, à apelação da Agropecuária Umuarama Ltda. (fls.723/724).

O ilustre Relator, Juiz Federal Saulo Casali em seu voto vencido, consignou, conforme partes que pinço, que:

A prova técnica, segura, criteriosa e lastreada — após o devido saneamento das amostras — em quinze fontes de consulta, avaliou o imóvel (terra nua e benfeitorias) em sintonia com o mercado local, não devendo ser acolhida a alegação de ofensa às normas baixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT. Os próprios expertos, após certificarem que o trabalho por eles desenvolvido tem fundamento naqueles preceitos, afirmam que a utilização de uma ferramenta de homogeneização ainda não aprovada pela ABNT “deve-se em primeiro lugar ao fato de termos convicção de não estarmos ferindo este diploma com o uso de uma metodologia reconhecida internacionalmente que vem a somar aos trabalhos de avaliação, e, em segundo lugar, à morosidade das mudanças promovidas pela ABNT, pois não raro as normas são discutidas por 5, 6 ou mais anos até que sejam efetivamente alteradas” (fl. 295), valendo anotar, de resto, que as normas da ABNT, cingindo-se a fixar diretrizes, não são cogentes. Logo, não têm força vinculante.

Consideraram os peritos na sua avaliação todas as características do imóvel — inclusive os diversos tipos de terra segundo a capacidade de uso —, tendo ressaltado que o nível de precisão da avaliação se classifica como rigoroso, pois foram observadas todas as exigências da NBR 8799 da ABNT (fls. 320/322). Já o preço das benfeitorias foi tido como valor agregado e não como custo de reposição, pois o adquirente de um imóvel rural não tem interesse no “padrão construtivo” ou na depreciação. O que interessa, segundo o laudo, é o “material empregado na construção (alvenaria, madeira ou adobe) e se a benfeitoria está em condições de uso ou se necessita reformas (...)”. Os investimentos “são amortizados ao longo dos anos, justificando o fato dos ruralistas não pagarem o equivalente ao custo de reposição das benfeitorias no momento das transações imobili-

liárias, pois estas já foram pagas ao longo dos anos” (fl. 342).

Acresça-se que a sentença considerou, quanto às benfeitorias, ter havido excesso na quantificação da área de pasto (8.375 ha quando da avaliação administrativa e 3.613 ha quando da perícia), bem ainda, na oferta, a indevida inclusão de máquinas e equipamentos.

Intimada para falar sobre as conclusões da vistoria judicial, a apelante limitou-se a renovar a argüição de suspeição dos peritos, criticando a metodologia por eles utilizada (fls. 455/456), sem, contudo, opor laudo técnico que embasasse a sua impugnação.

Em face do exposto, é de ser mantida a sentença quanto à fixação do valor da indenização nos termos do laudo oficial, que, elaborado por profissional da confiança do juízo e equidistante dos interesses das partes, traduz o preço de mercado do imóvel, na data da perícia. (fl. 716).

3. O embargante pretende que prevaleça o voto vencido, argumentando que:

a) “Primeiramente, há que se ressaltar que a perícia judicial, adotada pela sentença e pelo voto vencido (que pretende ver-se mantido), foi desenvolvida de maneira profissional, não pairando qualquer sombra de parcialidade. Ademais, foram coletadas amostras abrangentes, levando em consideração todos os fatores que influenciam no preço de mercado do imóvel.” (fls. 762/763);

b) “O ponto nodal, então, é o valor atribuído para a indenização das benfeitorias. Isso porque a oferta inicial do Incra, conforme ressaltado pelo juiz *a quo*, estava maculada por graves equívocos que aumentaram, e muito, o valor da indenização. Gize-se que o Incra avaliou as benfeitorias em R\$ 1.984.673,00, enquanto que o perito oficial avaliou as benfeitorias indenizáveis em R\$ 393.600,08.” (fl. 763);

c) “As divergências entre o laudo administrativo e o laudo oficial, no que tange a avaliação das benfeitorias, resumem-se em: 1) área de pastagem a ser indenizada; 2) inclusão equivocada da indenização de máquinas e equipamentos.” (fl. 763);

d) “E o pior, o fundamento utilizado pelo Exmo. Desembargador condutor do voto vencedor para considerar a avaliação administrativa foi o quantitativo de gado existente no imóvel (8.000 cabeças). Ocorre que, conforme já aduzido, não está comprovado nos autos a existência de tamanho efetivo pecuário. Aliás, o que

existe nos autos é a comprovação da tentativa do expropriado em conseguir uma superavaliação!” (fl. 765);

e) “Desse modo, necessária a análise dos autos, levando-se em conta que o voto vencedor se apóia em dados inverídicos (a existência de 8.000 cabeças de gado). Isso porque o mencionado efetivo pecuário não foi comprovado nos autos (ressaltando-se, inclusive, que os documentos colacionados demonstram que o gado pertence a terceiro). Aliás, existe determinação para que sejam encaminhados documentos à polícia federal para instauração de inquérito (sentença – fl. 684)! Assim, não se pode desprezar a perícia técnica que deixou clara a impossibilidade de ser indenizada mais de 70% da área do imóvel a título de pastagens!” (fl. 766);

f) “Por outro lado, seria impossível que não existisse qualquer vestígio da existência de 8.375 hectares de pastagens já que a imissão na posse da autarquia expropriante ocorreu em 13/05/1998 (consoante atesta o auto de fl. 138) enquanto que a perícia judicial ocorreu em junho/1999 (apenas 1 ano depois)! Nesse passo, dever-ser reformar o acórdão recorrido, a fim de que seja adotado o Voto Vencido, de lavra do eminente Relator (fls. 715/717).” (fl. 766);

g) “Ademais, não existe supedâneo hábil a fixar a indenização pelo ‘maior valor’, mesclando-se o maior valor apontado para a terra nua com aquele encontrado para a indenização das benfeitorias, sob pena de violação ao art. 458, II e III do CPC (*ausência de fundamentação*).” (fl. 766);

h) “No que tange a condenação do Incra no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (fixados em 3% sobre a diferença entre a oferta e a condenação); juros compensatórios (12% a.a. a partir da imissão sobre a diferença retro apontada) e juros de mora (a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que deverá ser pago), *indispensável também é a manutenção da sentença e do votos vencido que bem excluíam tais condenações impostas à autarquia.*” (fls. 766/767); e

i) “Por outro lado, gize-se que não há nos autos fixação de base de cálculo dos juros moratórios, tampouco a aplicação do art. 3º da MP 1.577, de 11/06/1997 (já que a imissão na posse do imóvel ocorreu em 11/05/1998 – durante a vigência de referida norma – requisito do STJ para determinar-se a incidência de 6% de juros moratórios durante a vigência da citada Medida Provisória).” (fl. 767).

4. Às fls. 769/777, a ora embargada, Agropecuária Umarama Ltda, contra-arrazou os presentes embargos infringentes, pugnando pelo seu improvimento.

5. O Ministério Público Federal, à fl. 780, manifestou pelo provimento dos embargos infringentes.

Processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal, em 11/06/2008.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conheço dos embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Pleiteia o embargante, em síntese, sejam adotadas “(...) as razões do Voto Vencido de fls. 715/717 a fim de manter a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.” (fl. 767)

O v. acórdão embargado, proferido pela colenda 3ª Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal, em

30/08/2005, por maioria, vencido o Relator convocado Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali, deu parcial provimento à apelação que fora interposta pelo expropriado, nos seguintes termos:

Processo Civil. Desapropriação. Laudo Pericial oficial rejeitado.

A nova metodologia criada por alguns peritos, surgida em face da ‘necessidade de realização de um grande número de avaliações de imóveis rurais, em curto espaço de tempo’ é nefasta, por homogeneizar terra nua e benfeitorias, sob o pretexto de ser difícil a avaliação da terra nua sem considerar um mínimo de benfeitoria. Metodologia confusa, cheia de fórmulas, mais parece uma tábua de logaritmos. Rejeição do laudo que, na verdade, não revela o valor real da terra nua. (AC 1998.39.01.000536-8/PA, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ de 16/09/2005, p. 78)” (fl. 727).

Por meio do acórdão citado, foi reformada a v. sentença (fls. 674/684) que havia adotado, *in totum*, os valores indenizatórios estabelecidos pelo laudo oficial (fls. 291/435 e 647/654), laudo esse que foi, também, acolhido pelo voto vencido da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali (fls. 715/717), com divergência no voto vencedor apenas quanto às benfeitorias.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, segue o quadro a seguir:

	DATA	TERRA NUA	BENFEITORIAS	TOTAL
Laudo Administrativo	Abril/1998	549.630,90	1.984.673,00	2.534.368,00
Laudo Oficial (adotado pela sentença a quo e pelo voto vencido)	Junho/Julho/1999	1.480.686,00	393.600,08	1.874.286,08
VOTO VENCEDOR		1.480.686,00	1.934.673,70	3.415.359,70

Concluo, após detido exame dos autos, *data venia*, que deve prevalecer o voto-vencido, como pretende o embargante, pelas razões que passo a expor.

O laudo oficial foi admitido por unanimidade, no tocante ao valor da terra nua, o que faz concluir por sua pertinência metodológica, ainda que inovadora.

A questão é, servindo para aferir o valor da terra nua, estaria com alguma mácula quanto às benfeitorias. Segundo o eminente Des. Tourinho Neto, a oferta do Incra melhor atende porque considerou 8.373 hectares

de pastagem, que estaria confirmada pelo quantitativo de 8.000(oito mil) cabeças de gado mantidas no local. No entanto, o perito oficial, em seu levantamento *in locu* concluiu pela existência de pouco mais de 3 mil hectares de pastagem.

A mim, salvo melhor juízo, afigura-se pertinente o levantamento feito pelo perito oficial, notadamente pelo fato consignado no final do voto-vencido, qual seja, esse quantitativo não foi comprovado, veja-se:

(...) A irresignação da apelante sequer deveria ser conhecida, pois os insistentes pedidos de ressarcimento das despesas com a remoção de 8.040, cabeças de gado, supostamente de sua propriedade, foram objeto da decisão de fl. 632, quando o juízo a

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado).

quo colocou uma pá de cal sobre a controvérsia em torno da indenizabilidade do item — já que a desapropriada não logrou demonstrar, diante da oportunidade que lhe foi conferida pelo magistrado à fl. 628, a quantidade e a propriedade dos semoventes existentes no imóvel, bem como a autenticidade e regularidade das notas fiscais apresentadas —, competindo à interessada, naquela feita, manifestar o devido agravo de instrumento, o que não ocorreu, tratando-se, portanto, de matéria preclusa ao exame do Tribunal. (fls. 716/717).

A dimensão da área de pastagem, igualmente, não se confirmou, como manifestou o Ministério Público Federal, na primeira instância:

(...) Avaliação Administrativa do Inkra

II – Avaliação das Benfeitorias:

4. Como benfeitorias reprodutivas foi considerado 8.375 ha de pastagem, ou seja 71,15% da área do imóvel, isto é, parte dela dentro da área da reserva legal, o que não seria passível de indenização;

5. Com relação às benfeitorias não reprodutivas incluiu máquinas e equipamentos que não são

consideradas como tal e, portanto, também não são passíveis de indenização (fl. 669).

Avaliação do Perito Judicial

IV – Avaliação das Benfeitorias:

11. De acordo com a avaliação dos peritos, consubstanciada em imagens de satélite, a área de pastagem é de apenas 3.613 ha, o que corresponde a 32% da área do imóvel (fl. 670).

Considerações Finais

É cediço que a metodologia adotada pelos peritos foi pela primeira vez adotada neste Estado. Também há de se reconhecer que o trabalho desenvolvido pelos mesmos foi cercado de profissionalismo e isenção, não pairando sobre eles qualquer sombra de parcialidade. As amostras foram por deveras abrangentes, levando em consideração todos os fatores que influenciam no preço de mercado de um imóvel rural. Tanto é verdade que o valor encontrado está em consonância com os valores praticados pelo Inkra, na época da realização do laudo, a teor da tabela baixo.

SR/27 Marabá, Planilhas de Preços Referenciais de Terras e Imóveis Rurais (Em R\$ 1,00).

SR/27 Marabá

Planilha de Preços Referenciais de Terras e Imóveis Rurais (Em R\$ 1,00)

Microrregião Geográfica	Valor da Terra Nua/ha						Valor do Imóvel/ha			Custo/Família (Valor do Imóvel)		
	Mínimo		Médio		Máximo		Mínimo	Médio	Máximo	Mínimo	Médio	Máximo
	Nota	R\$	Nota	R\$	Nota	R\$	R\$	R\$	R\$	R\$	R\$	R\$
18 – São Felix do Xingu	0,586	80,00	0,711	100,00	0,795	120,00	123,96	165,28	206,61	3.718,80	4.958,40	6.198,30

Por outro lado, na elaboração do laudo administrativo, o profissional não se cercou da atenção e zelo que o caso merece, não só pela sua finalidade, mas, principalmente, por envolver valores expressivos, cujo menor deslize pode acarretar prejuízos ao erário. De fato, não restou demonstrado como se chegou ao valor da terra nua, foram relacionadas máquinas e equipamentos como benfeitorias, há erro de soma no valor das benfeitorias e, o que é pior, considerou 4.762 ha de pasto a mais do que aqueles constatados pelos peritos e pelos próprios assistentes da autarquia que acompanham a perícia (fls. 671/672).

As imprecisões do laudo administrativo são reconhecidas no voto-vencedor, que, inclusive, concluiu por decotar alguns valores, para, posteriormente a esse cálculo, fixar o valor considerado justo para as benfeitorias.

Destarte, o laudo pericial não pode, a meu sentir, ser afastado para adotar referenciais não comprovados nos autos, e, ademais, em contraposição à própria lógica da desapropriação para fins de reforma agrária, pois é inconciliável que se mais de 71% (setenta e um) por cento do imóvel fosse coberto por pastagem artificial, seria, mesmo assim, improdutivo o bem, como incontroversamente definido nos autos.

Ademais, reitera-se que o laudo pericial deu-se passado o período de pouco mais de 12 meses, lapso insuficiente para fazer desaparecer a pastagem e seus vestígios. Por outro lado, a avaliação dos peritos veio consubstanciada em imagens de satélite, concluindo que a área de pastagem é de apenas 3.613 ha, o que corresponde a 32% da área do imóvel. Se ainda presente esse percentual, como justificar o desaparecimento do

restante, para chegar-se à conclusão segura de que se cuidava de mais de 8 mil hectares de benfeitorias (?).

Logo, adoto por inteiro os fundamentos utilizados no voto vencido exarado pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali no tocante à adoção da avaliação para as benfeitorias, tal como a sentença de primeiro grau.

Assim, ante tais considerações, *dou provimento* aos embargos infringentes, para que prevaleça o voto-vencido, *in totum*, inclusive quando às verbas sucumbenciais, visto que não se destinam os embargos infringentes a mudar os votos no seu conteúdo, mas apenas para que faça prevalecer um ou outro.

É o voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, *data venia*, mantenho o voto que proferi na Turma. Os peritos criaram uma metodologia, em razão do grande número de avaliações a fazer, e essa nova metodologia criada por alguns peritos, como disse no meu voto, que surgiu em face da necessidade da realização de grande número de avaliações de imóveis rurais em um curto espaço de tempo, como dizem eles, é nefasta por homogeneizar terra nua e benfeitorias sob o pretexto de ser difícil a avaliação da terra nua, sem considerar um mínimo de benfeitoria. Uma metodologia confusa, cheia de formas, mais parece uma tábua de logaritmos, por isso, rejeitei. Nestes embargos, a divergência está na área de pastagem. A avaliação administrativa encontrou 8.375 hectares, como eu disse no voto, e o perito e o assistente técnico do expropriante encontraram 3.613 hectares. Observe, no entanto, que a primeira avaliação se deu em abril de 1998, a do perito em julho de 1999 e a do assistente técnico do Incra em setembro de 1999, portanto, mais de um ano depois da avaliação administrativa, tempo suficiente para uma pastagem ser destruída. Ademais, atente-se que eram oito mil cabeças de gado; oito mil cabeças de gado não podem ser criadas em três mil e poucos hectares; isto é uma verdade crua e nua. Assim, nego provimento aos embargos infringentes, *data venia* da eminente Relatora.

Terceira Seção

Embargos Infringentes na AC

2000.34.00.018291-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Embargante: União Federal

Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos

Embargados: Marcos Antônio Bonfim da Silva e outros

Advogados: Aldir Guimarães Passarinho e outros

Divulgação: e-DJF1 de 10/10/2008

Publicação: 13/10/2008

EMENTA

Constitucional e administrativo. Embargos infringentes. Responsabilidade civil do Estado (CF, art. 37, § 6º). Concurso público. AFTN. Candidatos que ingressaram em cargo público por força de decisões judiciais. Pretensão indenizatória. Pedido de averbação de tempo de serviço retroativo.

I – O pronunciamento judicial emanado do STJ, que assegurou a candidatos que se classificaram acima do número de vagas oferecidas no concurso público para provimento do cargo de AFTN o direito de prosseguir no certame em tela (Edital 18/1991), ostenta eficácia restrita a tal desiderato, não possuindo, portanto, a abrangência e o alcance suficientes a gerar o afirmado direito a indenização pelos estípidios que deixaram de receber, nem tampouco à averbação retroativa do tempo de serviço.

II – Por outro lado, o mesmo tema tem recebido solução jurídica diametralmente oposta na Corte Suprema, guardiã e intérprete maior da Lei Magna (RE 207.663-5/RN, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/03/1998 e RMS 22.063/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Ministro Maurício Correa, DJ de 07/12/1995). De tal sorte, havendo dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de se limitar o número de convocados de acordo com a conveniência administrativa, não se afigura juridicamente adequado imputar-se à Administração atitude de preterição no concernente aos candidatos não classificados dentro do número de vagas oferecidas no concurso (1.500 vagas). Exsurge, em consequência, descaracterizada a responsabilidade civil objetiva da União, presentes que se acham tais aspectos circunstanciais peculiares, dado que não se adotou, no ordenamento constitucional positivo, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral (RE 78.569/PR, Rel. Ministro Firmino Paz, DJ de 02/10/1981).

III – Revela-se ilegítima a pretensão de se averbar, retroativamente, tempo de serviço relativo a período em que não houve o efetivo desempenho de cargo público.

IV – Embargos infringentes da União providos para fazer prevalecer o voto vencido.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Seção do TRF 1ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes.

3ª Seção do TRF 1ª Região, 19/08/2008.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: —
Trata-se de embargos infringentes manejados a fls.

700/705 pela União contra o acórdão de fl. 647, o qual deu provimento à apelação dos Autores, a fim de “re-

formar a sentença e julgar procedente o pedido para condenar a União a pagar a título de indenização a remuneração do cargo de Auditor Fiscal no período compreendido entre o dia 13/06/1995, data da publicação da Portaria 367 até a data de posse dos autores, com desconto apenas de vencimentos que os mesmos eventualmente tenham recebido no período pelo exercício de algum outro cargo público inacumulável, bem assim para assegurar aos mesmos a averbação do tempo de serviço retroativo, para efeitos funcionais, no período respectivo, com desconto apenas do tempo de serviço que tenham exercido em algum outro cargo público inacumulável”.

Sustenta a Embargante que “o prosseguimento dos embargados no certame em referência deveu-se à decisão proferida nos autos do MS 3137-6/DF, que tramitou no STJ, em que foi reconhecido o direito dos mesmos de participarem da Segunda Etapa do Concurso Público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, aberto pelo Edital 18/1991, da Esaf”. Salienta que “Não se verifica (...) a existência de nexos causal entre o afirmado pelos embargados na inicial e o ato praticado pela Administração Pública, ante a inexistência de qualquer ato ilegal praticado por parte desta, tendo em vista que nos autos do mandado de segurança 3.137/DF, os mesmos só tiveram reconhecido o direito de participarem da segunda etapa do certame, também de caráter eliminatório” (fl. 702). Afirma que os Embargados não sofreram lesão a direito, de modo a justificar a pretendida reparação econômica. Pede a prevalência do voto vencido, da lavra da ilustre Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Foram apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Sob a minha ótica jurídica, os embargos infringentes merecem provimento.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Antônio Ezequiel da Silva e os Exmos. Srs. Juizes Federais Carlos Augusto Pires Brandão (em substituição ao Des. Federal Daniel Paes Ribeiro) e Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (em substituição ao Des. Federal João Batista Moreira).

Importa anotar, inicialmente, que os Apelantes, ora Embargados, tiveram reconhecido seu direito de prosseguir no concurso público para provimento do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, em decorrência do julgamento de mandados de segurança impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em tais circunstâncias, parece-me pertinente a conclusão de que a coisa julgada se operou *inter partes* e nos limites da pretensão deferida pelo STJ (prosseguimento nas demais etapas do certame) e, nessa perspectiva, deve ser considerada, apesar de que esta Corte já julgou casos análogos, adotando posicionamento jurídico antagônico, ou seja, proclamando a ausência do direito subjetivo de os candidatos prosseguirem no certame, se não foram classificados dentro do número de vagas oferecidas no concurso (1.500 vagas). Como exemplo de tais precedentes, cito, entre outros, a seguinte ementa de acórdão da Quinta Turma:

Processual Civil. Administrativo. Concurso público. AFTN. Edital Esaf 18/1991. Pretensão à participação na 2ª fase do certame. Candidatos não classificados dentro do limite estabelecido após o advento da Lei 8.541/1992 (art. 56). Prazo de validade do concurso.

I – O art. 56 da Lei 8.541/1992 autorizou a convocação extraordinária de candidatos para realização da segunda etapa do concurso público para provimento do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional – AFTN, mas reservou à Administração definir, segundo a necessidade do serviço, o quantitativo que seria convocado.

II – Prevendo a citada lei que essa convocação estendia-se até 16/10/1993, e não tendo a Administração optado pela prorrogação facultada pelo mesmo diploma, não há que se falar, após tal data, em direito subjetivo de candidato aprovado na 1ª etapa à convocação para o curso de formação, que constitui a segunda fase do certame.

III – Apelação improvida. (AC 1997.34.00.019578-1/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 01/07/2002, p. 91.)

Vê-se, portanto, que a fundamentação de tais julgados, emanados da 5ª Turma, baseia-se, precisamente, na tese de que o art. 56 da Lei 8.541/1992, ao autorizar a convocação extraordinária de candidatos, não estabeleceu nenhum limite quantitativo para os novos convocados, ao revés, deixou à conveniência do administrador tal convocação, em atenção ao critério da necessidade do serviço e ao número de vagas, então

existentes, no cargo. Entendeu-se, demais disso, que o dito preceito legislativo restringe o prazo para a referida convocação extraordinária até 16/10/1993, após o que se apresenta regular a abertura de novos concursos, não ocorrendo preterição de candidatos que obtiveram classificação acima do 1.500º lugar.

Reputo relevante, de logo, afirmar que a tese essencial posta no apelo, aliás muito bem desenvolvida, seria, em princípio, passível de acolhimento, notadamente se se cuidasse de casos de desvio de poder, em que o agente público, para satisfazer interesse próprio, houvesse nomeado concursados com classificação inferior, retardando, conseqüentemente, a posse de outros em melhor posição classificatória. Não é esta, porém, a hipótese em causa.

Estamos, portanto, diante de situação fático-jurídica que encerra peculiaridades, em função das quais passo a desenvolver meu voto, adotando a motivação que se segue.

Observo, em primeiro plano, que, segundo consta da Portaria 344/1997 (fls. 134-140), todos os ora Recorridos obtiveram classificação acima do 1.500º lugar. Aliás, achavam-se eles nas seguintes posições no concurso:

NOME	CLASSIFICAÇÃO
Marcos Antônio Bonfim da Silva	3.787
Margarete Calsolari Zanirato	5.671
Mário Aidar Nascimento	5.002
Mário Paulo dos Santos	2.294
Maurício Ferreira Guariento	3.654
Mauro Fernando Gallo	1.548
Milene Nakayama Missaka	5.229
Moacir Dias Leal	3.782
Nilza Eliane Silva da Costa	4.470
Rejane Ramos do Nascimento	5.525

De qualquer sorte, como já dito, os Embargados obtiveram, na via judicial, o direito de prosseguir no concurso e, em conseqüência, de ser nomeados para o cargo de AFTN. Ainda que os respectivos provimentos judiciais tenham reconhecido, em sua motivação, a ocorrência de preterição, a meu ver, *data venia*, a coisa julgada que se operou não tem a abrangência capaz de fazer constituir o alegado direito à averbação retroativa do tempo de serviço, nem tampouco à indenização pelo que deixaram de receber, calculada levando-se em consideração o valor da remuneração dos Auditores

Fiscais desde a data de nomeação dos candidatos do concurso subsequente.

A análise do conteúdo dos acórdãos em tela não autoriza, como é natural, a conclusão de que hajam eles admitido essa possibilidade. Ao contrário, deles resulta apenas o reconhecimento do direito líquido e certo de os candidatos prosseguirem no concurso, não tendo havido, pois, comando determinante no sentido de reconhecer o direito à nomeação.

Aspecto importante, que merece ser salientado, é o que diz respeito à matéria subjacente ao mérito principal da causa. Com efeito, a matéria de fundo, consistente no direito conferido a candidatos posicionados além do 1.500º lugar de serem convocados para a 2ª etapa do certame, mostra-se bastante controvertida, com julgados, inclusive desta Turma, desfavoráveis a tais pretensões, consoante observação anterior.

Até mesmo no âmbito do STF, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu-se que esse direito não é reconhecível em favor de candidatos, fundamentando-se não caber “*ao Poder Judiciário, que não é árbitro de conveniência e oportunidade administrativas, ampliar, sob fundamento de isonomia, o número de convocações*”. Tal precedente (RE 207.663-5/RN, DJ de 27/03/1998) está assim ementado:

Concurso público: se, além dos 500 candidatos melhor colocados na 1ª fase, lei superveniente autorizou a convocação de outros, “conforme as necessidades do serviço”, não afronta o princípio da isonomia que a Administração haja limitado a 1.000 o número dos chamados à segunda, eis que, para tanto, observou a ordem de classificação.

Acresce observar que, no âmbito do próprio STF, outro precedente sustentou não ser devida nem sequer a indenização, *verbis*:

Recurso em mandado de segurança. Advogado-de-ofício substituto da Justiça Militar: não provimento dos cargos por ato da administração; desnecessidade de provimento dos cargos vagos para os quais foi realizado concurso público de provas e títulos. Entendimento da Súmula 15 do STF. Indenização por falta de nomeação. I – A doutrina e a jurisprudência têm-se orientado no sentido da discricionariedade quanto à oportunidade e conveniência de prover os cargos públicos. I – Não vicia a legalidade e a legitimidade o ato administrativo que, fundamentado na inexistência de necessidade, decide não prover os cargos vagos. II – A simples convocação, sem motivo explicitado, de candidato classificado em

situação inferior não significa certeza de nomeação nem demonstra interesse da Administração em preencher as vagas existentes, não gerando direito ao provimento do cargo. 2 – Na interpretação da Súmula 15, desta Corte, o que se assegura ao concursado habilitado é o direito à nomeação, no prazo de validade do concurso, quando ele é preterido por candidato em situação inferior na ordem de classificação dos aprovados. 3 – A norma constitucional insita no art. 37, § 6º, refere-se à responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não ensejando qualquer indenização ao candidato habilitado em concurso público mas não nomeado por interesse da Administração. 4 – Recurso ordinário improvido. (RMS 22063/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Ministro Mauricio Correa, DJ de 07/12/1995, p. 42.608.)

A pretendida responsabilidade objetiva do Estado, portanto, não pode ser reconhecida nas circunstâncias da causa. Isso porque, diante da controvérsia jurisprudencial sobre a matéria, não se me afigura juridicamente possível imputar à Administração atitude de preterição no que concerne aos candidatos não classificados dentro do número de vagas oferecidas no concurso, não se podendo concluir que tenha havido vulneração à norma inscrita no inciso IV do art. 37 da Carta Magna. Nessa perspectiva, não cabe, da mesma forma, assacar à sentença recorrida a pecha de ofender a norma inserta no § 6º do art. 37 da Carta Magna.

Logo, parece-me seguro que a Administração agiu sem ultrapassar os lindes de sua conveniência e oportunidade, pautada que estava no regramento legal que a tanto a autorizava (art. 56 da Lei 8.541/1992).

Não está, pois, o Julgador autorizado a concluir pela responsabilização objetiva da União, se até mesmo no âmbito das mais altas Cortes Judiciárias remanesce controvérsia jurídica acerca da retidão da atitude da Administração ao limitar o número de convocados de acordo com sua conveniência. E, tendo presente que não existia, em rigor, no concurso em tela, candidatos que pudessem ser considerados aprovados, pois os ora Recorrentes aprovados não o foram (tão-somente por decisão judicial prosseguiram nas etapas subseqüentes do concurso, tendo sido nomeados), é bem de ver que também nenhuma infringência houve da regra legal apontada, qual seja, a do § 2º do art. 12 da Lei 8.112/1990.

Surge, em conseqüência, descaracterizada a responsabilidade civil objetiva da União, presentes que se

acham tais aspectos circunstanciais peculiares, dado que não se adotou, no ordenamento constitucional positivo, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral (RE 78.569/PR, Rel. Ministro Firmino Paz, DJ de 02/10/1981).

De há muito tenho firmado entendimento na linha do voto vencido, da lavra do Ministro Edson Vidigal, em mandados de segurança impetrados no STJ em casos idênticos, no sentido de que, tendo a Lei 8.541/1992 facultado à Administração aproveitar mais candidatos habilitados na 1ª etapa, a atitude de não preencher todas as vagas com um único concurso, pautada em sua conveniência, mostra-se bastante razoável, na medida em que a finalidade maior do concurso público é selecionar os melhores candidatos.

É importante destacar que, em processos análogos, tem-se invocado precedente da Primeira Turma deste Tribunal, da relatoria do Desembargador Federal Eustáquio Silveira, cuja ementa está vazada nestes termos:

Constitucional. Responsabilidade civil do estado. Candidata aprovada em concurso público para a policia federal que deixou de ser nomeada no tempo certo, em virtude de ato considerado ilegal pelo judiciário. Indenização.

I – A autora deixou de ser nomeada e tomar posse juntamente com seus colegas de concurso, em virtude de ato ilegal da administração, assim considerado pelo Poder Judiciário, tanto que a portaria que a nomeou retrotraiu os seus efeitos para considerá-la incluída em outra anterior, que nomeou os demais candidatos.

II – É certo que o pagamento de vencimentos só pode se dar mediante o efetivo exercício das atribuições do cargo, sendo indubitável, porém, que a autora sofreu prejuízos por ato ilícito de agente do poder público, devendo, assim, a união ser responsabilizada pelo dano causado.

III – As pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (CF. art. 37, § 6º), bastando, para tanto, a existência de relação de causalidade entre o ato ou fato administrativo e o resultado lesivo.

IV – No caso, nada impede que o valor da indenização seja fixado tendo em conta os vencimentos que a autora receberia se tivesse sido nomeada e empossada juntamente com os demais aprovados no concurso.

V – Apelação provida. (AC 91.01.03131-7/DF, REPDJ de 11/05/1992, p. 11.906.)

Este acórdão, porém, não reflete orientação idêntica à dos precedentes já trazidos à colação, porquanto, além de se referir a outro concurso (Concurso Público para Agente de Polícia Federal), pode-se observar, claramente, uma característica a ele inerente, qual seja, o fato de a Administração ter reconhecido a preterição, tanto é que o próprio ato que nomeou a candidata retroagiu seus efeitos à data de nomeação dos demais candidatos, o que ensejou, por conseguinte, a propositura de ação com o escopo de obter indenização relativa ao período em que a preterição foi reconhecida administrativamente.

Conclui-se, portanto, que a situação dos Apelantes encerra peculiaridades, que merecem ser levadas em consideração, uma vez que a nomeação deles somente se protraiu no tempo devido ao fato de sua pretensão achar-se, ainda, *sub judice*. A alegada demora da Administração em efetuar a nomeação dos Apelantes é acontecimento natural, não implicando resistência à ordem judiciária, porquanto: a) de um lado, os Procuradores da União se achavam no dever jurídico-processual de exaurir as vias recursais, notadamente porque, em se tratando de causa de competência originária do STJ, cabia RE para o STF e b) de outro, tem-se de observar que os próprios Autores não alegaram demora ou resistência por parte da Administração no cumprimento da ordem judicial que lhes reconheceu o direito de prosseguir no concurso.

A preterição na ordem classificatória do concurso, inclusive segundo entendimento do STF, somente se verifica por ato espontâneo da Administração. Não ocorre a preterição “quando a atuação da Administração Pública consubstancia o cumprimento de ordem judicial” (STF, RMS 23153/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, *DJ* de 30/04/1999).

Dessarte, a coisa julgada que se estabeleceu entre as partes neste caso, *data venia*, não possui o condão de produzir eficácia jurídica que transcenda os limites do que decidido no acórdão do STJ.

De igual modo, penso que não é cabível a contagem e a averbação do tempo de serviço referente a período em que não houve o efetivo exercício de cargo público, ou seja, a prestação *pro labore facto*.

Na linha do que já foi dito, não vejo, por conseguinte, como prosperar, também, essa última parte do pedido, até porque somente a partir do efetivo exercício da função pública é que o servidor passa a ter di-

reitos e vantagens inerentes ao cargo, entre os quais o direito à contagem do tempo de serviço.

Ante o exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido de fls. 688-695.

É o meu voto.

Voto Vogal Pela Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, perante a colenda 6ª Turma, no julgamento do acórdão recorrido, tive a oportunidade de acompanhar o brilhante voto do eminente Juiz Federal convocado Carlos Brandão, com as letras seguintes: “Senhora Presidente, em caso similar, no julgamento da AC 2000.34.00.020997-0/DF, fiquei vencido na inteligência do voto vogal que proferi naquele julgamento, nos termos seguintes: ‘Como já esclarecera o eminente Relator, os recorrentes somente realizaram o curso de formação, por força de decisão judicial, e, logicamente, a realização desse programa de formação, por determinação da justiça, não corrige a demora e seus efeitos, que resultaram da resistência da administração em observar aquilo que a justiça terminou afastando, como obstáculo ao exercício do direito dos recorrentes. Resulta daí, inevitavelmente, a responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37 e respectivo § 6º da Constituição Federal, pois os autores recorrentes sofreram prejuízo por ação dos agentes da administração pública na criação de obstáculos indevidos — e tão indevidos que a justiça terminou por afastá-los —, possibilitando-lhes a conclusão do certame e a posterior nomeação e posse para o cargo perseguido nos autos. Ademais, há de se registrar que, se não fossem tais obstáculos, não teria a administração pública nomeado candidatos aprovados em concurso posterior, com prioridade em relação aos recorrentes, até porque, quando esses candidatos aprovados no concurso posterior foram nomeados, os recorrentes ainda estavam realizando o programa de formação, somente garantido pela eficácia da decisão judicial, mas conduzindo no seu patrimônio a carga do prejuízo sofrido pelos obstáculos administrativos assim gerados.’ No caso dos autos, evidentemente que a situação dos recorrentes se assemelha ao do precedente ora citado, posto que seu direito à nomeação e posse no cargo público por eles perseguido no concurso de Auditor Fiscal do

Tesouro Nacional foi violentado, na medida em que a administração pública, desrespeitando a norma expressa no art. 37, inc. IV, da Constituição Federal, na determinação de que ‘durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira’, nomeou para aqueles cargos, que já deveriam ter sido ocupados pelos recorrentes, não fossem os óbices injusta e ilegalmente criados por ela. Não poderiam candidatos do concurso posterior serem nomeados para aqueles cargos. E se assim o foram, praticou-se o fenômeno da preterição dos candidatos recorrentes, com violação expressa do inc. IV do art. 37 da Carta Política Federal, a gerar para os mesmos candidatos, ora recorrentes, o direito à indenização que ora postulam, inclusive o direito à contagem do tempo de serviço a que fazem jus. De outro lado, diante do dano objetivamente aferível com essa preterição praticada pela administração pública, em manifesta violação do dispositivo constitucional em referência, há de se considerar que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal trata da responsabilidade objetiva do Estado, na dicção de que ‘as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.’ Merece, assim, ser dada eficácia plena à norma constitucional em referência, que objetivamente responsabilize o Estado pelos danos causados por seus agentes perante a realidade dos autos que ora se aprecia. Tal norma, pelo visto, foi repetida literalmente no corpo da Lei 8.112, de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações públicas federais. Não vejo como não reconhecer o direito à postulação formulada pelos recorrentes, até mesmo porque, como bem lembrado pelo ilustre advogado na tribuna, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 221.170-6, Rio Grande do Sul [aqui abro um parêntese para lembrar que o Relator desse precedente do Supremo Tribunal Federal, salvo engano, foi o respeitável Octávio Gallotti], acolheu em tese o direito de candidatos, em situações similares, de serem ressarcidos por não terem sido nomeados anteriormente, em face do que determina a Constituição Federal no sentido de proibir tal preterição. De outro lado, há de se considerar que situações como essa, pos-

ta nos autos, levam-nos à reflexão de que, em situações outras também similares, quando o direito da parte já se encontra cristalinamente provado nos autos e assim proclamado por este Tribunal, mesmo que a decisão desta Corte ainda possa ser passível de recurso para os tribunais superiores. Mas diante da evidência do Direito, a lembrar aqui, como ilustração, a tese sustentada brilhantemente pelo Ministro Luiz Fux, em sua obra exemplar, sob o título: “Tutela de Evidência”, quando Sua Excelência mostra com total maestria que o direito evidente, sinônimo de direito líquido e certo, deve ser reconhecido, afirmado, garantido e tutelado de plano, sob pena de responsabilidade civil do Estado, uma outra forma de se praticar justiça, quando, por exemplo, em matéria de exigência abusiva de exame psicotécnico a candidatos de concurso público, em que até mesmo o Supremo Tribunal Federal já declarou o caráter abusivo da técnica de aferição desses candidatos por meio de um psicotécnico em que não se assegura a ampla defesa constitucional. Tem esta Turma, com base em sólida jurisprudência dos tribunais superiores, afastado esse exame, a permitir que o candidato prossiga sem o óbice ali contido no referido exame. Uma vez aprovado no certame, mesmo sem ter realizado o exame psicotécnico e proclamado o direito do candidato a exercer o cargo público a que faz jus, deixá-lo na expectativa de assumir esse cargo, quando esgotadas todas as vias recursais e protelatórias até o Supremo Tribunal Federal, sujeito, assim, a todos os percalços abusivos das fases recursais que se seguem à decisão do tribunal de apelação, não é só penalizá-lo, é também abrir caminho arriscado para o Erário Público, posto que, quando após cinco ou dez anos, transitar em julgado essa decisão do tribunal, quando contra ela não couber mais recurso algum, esse candidato não só vai ser nomeado tardia e injustamente pela demora abusiva da administração, e diria até do próprio Poder Judiciário, que não cumpriu a garantia fundamental da razoável duração do processo e não lhe reconhecendo, de logo, o direito à nomeação e posse ao cargo a que faz jus, deverá esse candidato buscar junto ao Erário Público a indenização devida pela morosidade injusta e abusiva que resultou dos trâmites recursais dos feitos de que fez parte.”

De outro lado, Senhor Presidente, e *a latere* da questão ora *sub judice*, mas sem dúvida alguma com um liame esclarecedor do abuso administrativo em casos que tais, verifico que *a contrario sensu* do princípio da razoabilidade consagrado como garantia fundamen-

tal no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional 45/2004, cria-se, no espaço da administração pública brasileira, um poder paralelo, quase um tribunal de exceção no seio da administração pública no Brasil. Estou a me referir ao poder absoluto que têm os assessores administrativos e diretores gerais que ocupam altos cargos em comissão na administração pública direta, indireta e fundacional, criando uma exegese, lamentavelmente, tupiniquim, e afrontando a obra genial de Seabra Fagundes, sob o título: “O Controle Judicial dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”. O poder a que se arvoram esses condutores da administração pública no Brasil, na esfera administrativa, é tamanho, que se sobrepõe à própria administração e à ordem jurídica do país, a ponto de já podermos considerar no espaço da abusividade uma nova obra informal contrária àquela de Seabra Fagundes, a quem posso rotular, sem sombra de dúvidas, como o “Controle Administrativo dos Atos do Poder Judiciário pela Administração Pública”. São essas posturas arrogantes, abusivas, ilegais, imorais e flagrantemente inconstitucionais, com a devida vênia, que geram um pesado ônus para os cofres públicos, impondo a toda a sociedade, inclusive aos membros do Poder Judiciário, que também são pessoas integrantes da sociedade, de pagar o preço pela cultura da ignorância no seio da administração pública brasileira. Portanto, não posso concordar com a falta de razoabilidade aqui posta nos autos (o princípio maior do direito é o princípio da razoabilidade). Que o Poder Judiciário proclame o direito da parte como líquido e certo e determine, por força do irracional texto normativo do regime de exceção, que se aguarde o trânsito em julgado dessa decisão, já tendo sido proclamado o direito evidente para que o titular desse direito evidente possa usufruir os efeitos jurídicos desse seu direito assim proclamado judicialmente. Isso cristaliza gravíssima injustiça, isso cristaliza o abuso de direito sobre o aval da voz autorizada do Poder Judiciário, que se soma, assim, à protelação administrativa no reconhecimento dos direitos do administrado. Mais do que nunca, firmo convicção de que a tutela jurisdicional do Estado, a que se refere o inciso XXXV do art. 5º da Carta Política Federal, requer do juiz mais do que inteligência, requer do juiz, sobretudo, coragem. Portanto, a Constituição nos convoca a um exercício de uma tutela jurisdicional de urgência e de coragem, fiando de um direito evidente para reconhecê-lo e torná-lo eficaz. Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho

integralmente o voto divergente do eminente Desembargador Carlos Brandão, pedindo vênia ao eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, Relator, e, por isso, nego provimento aos embargos infringentes da União Federal. Este é meu voto.

Senhor Presidente, em aditamento a meu voto, trago recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 785.719-DF, da relatoria do eminente Ministro Humberto Martins, que, confirmando matéria similar, decisão similar a essa que ora apreciamos, disse o seguinte: “De fato, o acórdão recorrido deve se adequar à jurisprudência do STJ, que em casos análogos assim vem se manifestando, *verbis*: Recurso especial administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal. Erro da administração. Retardamento da posse. Manifesta ilegalidade. Indenização. Preterição da ordem classificatória no concurso para o cargo de auditor fiscal. A ação indenizatória proposta em desfavor de entes da federação, ante a tardia nomeação dos autores, que resultou de ato ilícito da administração, reconhecida judicialmente em decisão trânsita por manifesta ilegalidade na correção das provas do certame, razão pela qual os candidatos, ora recorrentes, deixaram de exercer o cargo para o qual restaram aprovados em concurso público, tendo sido preteridos por outros candidatos, nomeados em 19/07/1995, razão pela qual incide o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados aos seus administrados; 2) o pleito indenizatório é devido, porquanto comprovada a responsabilidade civil do Estado, que excluiu os recorridos do concurso público em ato posteriormente invalidado pelo Poder Público. Precedentes: (RESP 767.143-DF, Relator Ministro Luiz Fux, *DJ* de 31/05/2007); (RESP 763.835-RN, *DJ* de 26/02/2007); (RESP 506.808-MG, *DJ* de 03/08/2006); (RESP 642.008-RC, *DJ* de 01/08/2005); 3) o Supremo Tribunal Federal segue o mesmo entendimento consoante a seguinte ementa, *in verbis*: Administrativo. Constitucional. Concurso Público, direito à nomeação e posse. Ilegalidade do ato omissivo reconhecido em decisão judicial transitada em julgado. Superveniência de suspensão dos direitos políticos com base no AI5-68. Nova omissão, após transcorrido o prazo da medida excepcional. Responsabilidade do Estado. Indenização pelo ato ilícito. 1) Transitada e julgada a decisão judicial que determinou a nomeação e a posse da candidata, restou caracterizada a responsabilidade da administração pela sua inércia até a su-

perveniência do ato de exceção, que suspendeu por 10 (dez) anos os direitos políticos da autora; 2) Após o decênio, instaura-se novo período para a administração cumprir a decisão judicial, persistindo a responsabilidade do Estado — exatamente neste momento é que se arvora o poder paralelo da administração, e começam os assessores administrativos a rescindir as decisões do Poder Judiciário —, hipótese em que não contempla a pretensão de receber vencimentos atrasados de cargo não exercido, mas reconhecimento do direito de indenização pela prática ilícita de ato omissivo do agente público. Recurso Extraordinário não conhecido (RE 188.093-RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, de 08/10/1999); 4) Vencido o concurso, o primeiro colocado a ter direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a administração se disponha a prover o cargo ou o emprego público, mas a conveniência e oportunidade do provimento não ficam a inteira discrição do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá a preterição do seu direito, salvo à exceção do art. 37, IV (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, Malheiros, página 411); 5) Recurso especial provido para restaurar a indenização constante do acórdão de folhas 162 (RESP 825.037-DF, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 23/10/2007, *Diário da Justiça*, de 29/11/2007, página 188). Ante o exposto, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento. Publique-se. Intimem-se. Brasília-DF, em 30/05/2008”. Portanto, este é um precedente recentíssimo do Superior Tribunal de Justiça, que restabelece os nossos votos vencidos perante esta douta Corte revisora de Justiça. Mantenho o meu voto, nego provimento aos embargos infringentes da União.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão: — Senhor Presidente, ouvi atentamente a preocupação e a pesquisa desenvolvida pelo Relator nos presentes embargos infringentes, trazendo à colação outros julgados. Permaneço, todavia, com a nossa Constituição Federal. A Constituição dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o res-

ponsável nos casos de dolo ou culpa.” O que ocorrera no presente caso, que a distância me permite lembrar, é que houve por parte do Superior Tribunal de Justiça, entendimento de preterição nas classificações, e esses candidatos tiveram por sentença trânsita em julgado o direito à nomeação. Parece-me que o único tema que se discute nos presentes autos é se eles têm direito à indenização ou não por esse tempo de resistência administrativa bem como a averbação por tempo de serviço. Passado esse tempo em que a Administração Pública resistiu a essa pretensão dos candidatos, teria ela agora o dever de responder à vista de que, ao fim do curso processual, o direito pleiteado pelos candidatos fora reconhecido definitivamente legítimo pelo Superior Tribunal de Justiça. Não nos cabe fazer revisão do julgado do Superior Tribunal de Justiça, aferindo-lhe a certeza e precisão jurídica o que decidimos, neste momento, é se, partindo do ponto em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito desses candidatos à nomeação, de serem aprovados e nomeados, se agora merecem indenização pelos danos advindos da resistência administrativa. Parece-me evidente o direito à indenização, porque, de alguma maneira, o candidato ficou sem trabalhar, com prejuízos que inclusive alcançam a aposentadoria, pelo tempo de serviço não computado. Pensar de outro modo é suscitar na Administração Pública o interesse em resistir às nomeações quando devidas e, muitas vezes, protelar efeitos que o direito evidencia. Daí por que, em alguns casos, Senhor Presidente, tenho trazido a compreensão de que, quando o direito é evidente, a nomeação imediata independe do trânsito em julgado da decisão. Nessas hipóteses, deve-se nomear logo, face ao manifesto prejuízo ao candidato e à Administração nesses casos sou pela nomeação imediata, exatamente para evitar futura ação indenizatória, de restituição de direito que fora maltratado pela própria Administração Pública. Diante das premissas fáticas que se me apresentam no momento, em que o Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito ao prosseguimento no concurso desses candidatos, é de se admitirem agora devidos, como uma conseqüência lógica e jurídica do direito à nomeação, judicialmente reconhecido, o direito à contagem do tempo de serviço e o pagamento de uma indenização pelo fato de ter sido obstaculizada a permanência no concurso.

Senhor Presidente, continuo firme nesse entendimento, negando provimento aos presentes embargos infringentes, com a conclusão de que a União deve pa-

gar essa indenização em valor da remuneração respectiva ao cargo de auditor fiscal, no período compreendido do dia 13 de junho de 1995, trinta e cinco dias após a publicação da portaria, que era o prazo que o servidor tinha para entrar em exercício, e o dia em que os mesmos começaram, efetivamente, a perceber seus vencimentos, com desconto apenas de vencimentos que os autores, eventualmente, tenham recebido no período pelo exercício de algum outro cargo público inacumulável. Pode ter exercido um outro cargo público, então, tem-se que fazer a devida compensação, desde que seja inacumulável, e assegurar aos autores a contagem do tempo de serviço nesse tempo respectivo.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhor Presidente, gostaria de entender, porque efetivamente não entendo, a situação retratada nos autos, sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, quando deferiu aos ora recorridos o direito de prosseguir no certame, uma vez que o número inicial de vagas era de quinhentas. O art. 56 da Lei 8.541/1992 autorizou a convocação extraordinária de um certo número de candidatos para a realização da segunda etapa. A administração convocou, dentro do número de vagas, mais mil, completaram-se mil e quinhentas vagas preenchidas. Esses candidatos situavam-se na colocação 3.787 (três mil setecentos e oitenta e sete), 5.671 (cinco mil seiscentos e setenta e um), 5.229 (cinco mil duzentos e vinte e nove), 5.521 (cinco mil quinhentos e vinte e um). Perfilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, todos os demais candidatos que ingresassem em juízo, até pelo menos o de número 5.525 (cinco mil quinhentos e vinte e cinco), com base na tese aquela Alta Corte Judiciária, teriam direito de continuar participando do certame. Neste caso, não seriam mais 1.500 (mil e quinhentos), não seriam 2.000 (dois mil), seriam mais de 5.000 (cinco mil), extrapolando, às escâncaras, o número de vagas existentes. Por que reconhecer somente em favor desses que ingressaram em juízo, posicionados em classificações tão elevadas, se o número de vagas era limitado a apenas 1500, e, se é certo, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal, no precedente citado, reconheceu a legitimidade da convocação, pela Administração Pública, dos 1.000 (um mil) candidatos, além dos primitivos 500 candidatos inicialmente classificados?

Ratificação de Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão: — Reafirmo que, quanto aos pressupostos fáticos que sustentaram a decisão do STJ, não me cabe aqui aferir os fundamentos, os motivos pelos quais o STJ chegou a essa conclusão. Não cabe a mim sua aferição jurídica ou fática, porque teria a União os remédios processuais disponíveis para expungir do cenário jurídico essa decisão do STJ. Sequer tenho elementos nos autos para aferir se está certa ou errada essa decisão do STJ. O que temos é uma decisão que transitou em julgado, que concedeu a esses candidatos o direito de prosseguir no concurso. Eles prosseguiram, passaram no concurso, foram nomeados, só que foram nomeados tempo depois. Estou aqui na companhia do Ministro Teori Albino Zavascki, que dispõe: “Por força do princípio da *restitutio integrum*, a indenização deve ser equivalente aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que teria percebido, não fosse ilegítimo óbice à sua posse, bem assim a determinação para o cômputo do tempo de serviço respectivo.” Essa ilegitimidade da atuação administrativa foi reconhecida pelo STJ, e, agora, estamos apenas restituindo direitos dos candidatos.

Voto Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz: — Os autores postulam o pagamento de indenização e a contagem de tempo de serviço relativamente ao período compreendido entre a nomeação de candidatos aprovados em concurso posterior e sua nomeação para o cargo de Auditor Fiscal.

O acórdão embargado decidiu, por maioria:

“a) condenar a União a pagar a título de indenização a remuneração respectiva ao cargo de Auditor Fiscal no período compreendido entre o dia 13 de julho de 1995, ou seja, trinta dias após a publicação da Portaria 367 o dia em que os mesmos começaram efetivamente a perceber seus vencimentos, com desconto apenas de vencimentos que os autores eventualmente tenham recebido no período pelo exercício de algum outro cargo público inacumulável.

b) assegurar aos autores a contagem do tempo de serviço no período compreendido entre o dia 13 de julho de 1995, ou seja, trinta dias após a publicação da

Portaria 367 e o dia em que os mesmos começaram efetivamente a perceber seus vencimentos”.

Opostos embargos infringentes, o eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus proferiu voto lhes dando provimento.

Divergiram o Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão e o Desembargador Federal Souza Prudente.

Pedi vista para melhor exame da controvérsia.

Extrai-se do conjunto probatório que os autores, por força de acórdão transitado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tiveram assegurado o direito de participarem da segunda etapa do concurso para o cargo de Auditor Fiscal (Programa de Formação).

Diante disso, não cabe mais perquirir se eles tinham ou não o direito de participarem da última fase do certame, porquanto se trata de questão acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Participaram do Programa de Formação e nele foram aprovados.

A homologação desse resultado ocorreu em 16 de julho de 1997 (fls. 127/132) e a nomeação dos autores se deu no dia 24 do mesmo mês (fls. 134/140).

Ocorre que, no dia 12 junho de 1995, foram nomeados candidatos aprovados em concurso aberto posteriormente ao dos autores (fls. 150/155).

Logo, consoante jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, os autores têm direito a indenização e a contagem de tempo nos moldes definidos pelo acórdão embargado.

Sobre o assunto:

Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Concurso público. Edital. Ilegalidade reconhecida por decisão judicial. Indenização. Danos materiais. Cabimento. Danos morais. Súmula 7/STJ.

I – A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícito ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O prejuízo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica violada.

II – Ocorre dano material em razão da exigência de exame psicotécnico, somente afastada por decisão judicial definitiva, pois os recorrentes

tiveram a sua nomeação diferida para o trânsito em julgado do processo.

III – Em indenização pela prática de ato ilícito do Estado, não há que se falar em geração de prestações, porém é possível a utilização do valor dos proventos como parâmetro para fixar o quantum que deve ser pago pelo ente público.

IV – O montante a ser indenizado diz respeito aos valores que seriam recebidos no exercício da função pública e às demais vantagens inerentes ao cargo, bem como à contagem do tempo de serviço.

V – O termo inicial para aferição do valor a ser pago deve ser o da nomeação do candidato de classificação imediatamente inferior ao dos recorrentes, pois só nesse momento nasce a ilegalidade, que justifica o pagamento da indenização.

VI – A aferição dos danos morais demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

VII – Recurso especial provido em parte. (STJ). 2ª Turma. REsp 942361/AP. Relator: Ministro Castro Meira. Data do julgamento 13/05/2008. DJ de 26/05/2008, p. 1).

Processual civil. Recurso especial. Servidor público impedido de tomar posse por ato da administração reconhecido como ilegal por sentença transitada em julgado. Indensização devida.

I – A falta de prequestionamento das normas insertas nos dispositivos indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Da mesma forma, não pode ser conhecido pela alínea a o especial em que os dispositivos de lei apontados como ofendidos não contêm comando suficiente para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido.

II – A ausência de indicação do dispositivo de lei a que teriam dado interpretação divergente os acórdãos recorrido e paradigma obsta o conhecimento do recurso especial interposto com base na alínea c. 3. Não se conhece do recurso quanto às questões que envolvam controvérsia a respeito de fato, negado pelo acórdão e tido como existente pelo recorrente (Súmula 7/STJ).

(...)

IV – Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

V – O surgimento da responsabilidade civil do Estado decorre da conjugação de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. No caso em exame, o autor, em função de

ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado, foi impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público. Configurada, portanto, a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes.

VI – Por força do princípio da *restitutio in integrum*, a indenização deve ser equivalente aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que teria percebido não fosse o ilegítimo óbice à sua posse, bem assim a determinação para o cômputo do tempo de serviço respectivo.

VII – Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. (STJ). 1ª Turma. REsp 506808/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Data do julgamento 29/06/2006. DJ de 03/08/2006, p. 206).

Ressalvo apenas que a contagem de tempo deve ser acompanhada do pagamento das contribuições a que estariam sujeitos os autores caso tivessem efetivamente entrado em exercício no dia 13/07/1995.

Caso contrário, haveria ilegítimo enriquecimento sem causa na medida em que obteriam vantagem sem arcarem com seus custos ordinários.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos embargos infringentes tão somente para submeter a contagem de tempo assegurada pelo acórdão embargado ao recolhimento das respectivas contribuições devidamente corrigidas.

É o voto.

Voto de desempate

O Exmo Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva: — Os Embargos Infringentes em julgamento foram interpostos pela União contra acórdão proferido pela 6ª Turma deste Tribunal, que, ao julgar a Apelação Cível 2000.34.00.018291-8/DF, de relatoria do Juiz Convocado Carlos Augusto Pires Brandão, por maioria, deu provimento à apelação dos autores para condenar a União a pagar, a título de indenização, remuneração do cargo de Auditor Fiscal, no período compreendido entre 13/07/95 e o dia de sua posse no cargo, descontado apenas eventual pagamento de outro vencimento público em cargo inacumulável. Reconheceu, ainda, o direito dos autores ao cômputo do tempo de serviço no referido período (fls. 679/683).

Ficou vencida, no referido julgamento, a Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, que,

na forma do voto de fls. 688/695, negava provimento ao recurso, por entender que não houve ilegalidade no concurso que prestaram os autores e, assim sendo, não há lesão a ser indenizada, ainda que tenham obtido decisão judicial favorável à continuidade no certame, com posterior aprovação e posse no cargo.

Iniciado o julgamento dos embargos infringentes, o Relator, *Desembargador Federal Fagundes de Deus*, proferiu voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, sob o fundamento de que *a situação dos Apelantes encerra peculiaridades, que merecem ser levadas em consideração, uma vez que a nomeação deles somente se protraiu no tempo devido ao fato de sua pretensão achar-se, ainda, sub judice*. Concluiu que a coisa julgada que se estabeleceu entre as partes não pode extrapolar os limites do que decidido pelo colendo STJ, bem assim que a contagem de tempo de serviço e o pagamento de remuneração só são cabíveis se houver o efetivo exercício do cargo (fls. 742/747).

Divergiram do Relator o *Desembargador Federal Souza Prudente* e o nobre *Juiz Federal Convocado Carlos Augusto Pires Brandão*, que negavam provimento aos embargos infringentes, por entenderem que a resistência da Administração em assegurar aos impetrantes a possibilidade de prosseguir no concurso, realizando a 2ª Etapa e a nomeação para o cargo, se aprovados, causou-lhes danos, em decorrência da demora, e, portanto, devem ser indenizados com o pagamento dos vencimentos devidos e o cômputo do tempo de serviço (fls. 748/749, 751 e 753/758).

Houve pedido de vista do *Juiz Federal Convocado Marcelo Velasco Nascimento Albernaz*, que, na sessão de 24/06/2008, prosseguindo no julgamento do feito, proferiu voto-vista pelo parcial provimento dos embargos infringentes, por considerar cabível o direito de indenização, em face da preterição do direito dos apelantes, pela nomeação de candidatos de outros concursos, mas para submeter a contagem do tempo de serviço ao recolhimento das contribuições devidas (fls. 761/763).

Verificado o empate, quanto ao cômputo do tempo de serviço, vieram os autos ao meu Gabinete, em 25/07/2008, para proferir o voto de desempate.

Considero que a melhor solução para o caso em julgamento é aquela apontada pelo ilustre Relator, pelas razões que passo a expor.

É incontroverso nos autos que, por decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça, tiveram os apelantes reconhecido o direito de prosseguir nas demais etapas do Concurso Público para o Cargo de Auditor Fiscal, objeto do Edital 18/1991 da ESAF, e, se aprovados, de serem nomeados para o cargo, o que ocorreu em 24/07/1997, após a homologação do resultado final pelo Edital 25, de 16/07/1997, em cumprimento à decisão judicial.

Com base em precedente do colendo STF (RE 188093/RS), no sentido do direito à indenização de candidatos preteridos em concurso público, com a nomeação de outros candidatos, os apelantes requereram o pagamento dos vencimentos do cargo no período compreendido entre a nomeação de candidatos do concurso posterior, realizada em 12/06/1995, e as suas nomeações (16/07/1997), bem como o cômputo do tempo como se de efetivo exercício, a título de indenização.

Verifico, de início, que o precedente da Corte Constitucional trata de hipótese diversa, relativa a decisão judicial que assegurou a posse e a nomeação de candidato com direitos políticos suspensos, com base no AI 5/1968, em que houve resistência da União ao seu cumprimento, o que em nada se assemelha ao caso dos autos, que trata de hipótese em que a demora na nomeação, como ressaltou o Relator, decorreu do fato de se encontrar a situação dos apelantes *sub judice*, constando da petição inicial que os editais dos concursos que se sucederam previam a reserva de vagas para o cumprimento de decisões judiciais relativas ao Concurso objeto do Edital 18/1991.

Na forma da jurisprudência pacífica da Terceira Seção do colendo STJ, não se reconhece o direito subjetivo de nomeação ao candidato *sub judice* antes do trânsito em julgado da decisão judicial, e cabe à Administração, nesse caso, proceder à reserva de vagas, conforme demonstra o seguinte aresto:

Mandado de Segurança. Administrativo. Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Reprovação no teste de capacidade física. Prosseguimento no certame em virtude de liminar em sede de Ação Ordinária. Preterição. Candidatos com classificação inferior. Inocorrência. Reserva de vaga. Citação dos demais candidatos aprovados no concurso. Desnecessidade.

I – Conforme precedentes, em tema de mandado de segurança impetrado contra atos rela-

tivos a concursos públicos, não se impõe a cientificação dos demais candidatos aprovados que detêm mera expectativa de direito de serem nomeados.

II – A Terceira Seção firmou entendimento de que, embora não se reconheça direito líquido e certo à nomeação, ao candidato *sub judice* aprovado e classificado em concurso público deve ser reservada vaga até o trânsito em julgado da decisão judicial que lhe garantiu a participação no certame.

III – A espécie, no entanto, tem peculiaridade própria, pois o ato contra o qual se insurge o mandamus, expressamente, determina que ‘as vagas remanescentes, autorizadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ficam reservadas aos candidatos habilitados no referido concurso público, consoante Edital de Homologação 22, de 26 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 2002, na condição *sub judice*, para cumprimento de decisões judiciais definitivas’.

IV – Segurança denegada. (MS 9.052/DF, Rel. Ministro Paulo Medina, Rel. p/ acórdão Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 12/05/2004, DJ de 20/09/2004, p. 182)

Ora, no caso em apreço, houve a reserva de vagas para os candidatos *sub judice*, e, após o trânsito em julgado da decisão do STJ, que favoreceu os apelantes, foram eles convocados para a segunda etapa do concurso e, após a aprovação e homologação do resultado final, foram nomeados para os cargos a que se candidataram.

Desse modo, não se caracteriza nos autos o ato omissivo ou ilegal do Estado, a ensejar o direito de indenização, pois não se pode reconhecer direito subjetivo à nomeação retroativa a uma data em que o candidato nem sequer se achava, ainda, aprovado no concurso.

Há, inclusive, precedente do excelso Supremo Tribunal Federal, no qual se reconhece que a responsabilidade objetiva do Estado, de que trata o § 6º do art. 37 da CF, não ampara pedido de indenização pela demora na nomeação de candidato aprovado em concurso público, cuja ementa é a seguinte:

Recurso em Mandado de Segurança. Advogado-defício substituto da Justiça Militar: Não Provimento dos cargos por ato da Administração; Desnecessidade de provimento dos cargos vagos para os quais foi realizado Concurso Público de Provas e Títulos. Entendimento da Súmula 15 do STF. Indenização por falta de nomeação.

I – A doutrina e a jurisprudência têm-se orientado no sentido da discricionariedade quanto

à oportunidade e conveniência de prover os cargos públicos.

1. Não vicia a legalidade e a legitimidade o ato administrativo que, fundamentado na inexistência de necessidade, decide não prover os cargos vagos.

2. A simples convocação, sem motivo explicitado, de candidato classificado em situação inferior não significa certeza de nomeação nem demonstra interesse da Administração em preencher as vagas existentes, não gerando direito ao provimento do cargo.

II – Na interpretação da Súmula 15, desta Corte, o que se assegura ao concursado habilitado é o direito à nomeação, no prazo de validade do concurso, quando ele é preterido por candidato em situação inferior na ordem de classificação dos aprovados.

III – *A norma constitucional insita no art. 37, § 6º, refere-se à responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não ensejando qualquer indenização ao candidato habilitado em concurso público mas não nomeado por interesse da Administração.*

IV – Recurso ordinário improvido. (RMS 22063/RJ, Relator p/ acórdão Ministro Mauricio Corrêa, publicado no DJ de 07/12/1995, destaques acrescidos)

Não bastasse isso, há de se ressaltar que o posicionamento da Primeira Turma do colendo STJ, que afirma o direito à indenização pelo retardamento da posse, não é seguido pela Quinta Turma daquela Corte, que entende que o pagamento de vencimentos e o cômputo de tempo de serviço a título de indenização são incabíveis, uma vez que para o recebimento das vantagens pecuniárias relativas a cargo público é imprescindível a efetiva prestação de serviços. Confirmam-se, por exemplos, os seguintes arestos:

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional. Edital 18/1991. Lei 8.541/1992. Preterição. Ocorrência. Reconhecimento judicial. Direito aos vencimentos atrasados. Inexistência. Contraprestação. Imprescindibilidade.

I – Alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil não subsiste, porquanto o acórdão hostilizado, solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, ainda que de forma sucinta.

II – É desnecessário o denominado prequestionamento explícito, bastando que a matéria

aduzida no recurso especial tenha sido objeto de manifestação pelo Tribunal a quo, sem que seja necessário o pronunciamento específico sobre os dispositivos legais correspondentes. Precedentes.

III – Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta, inclusive, reconhecida judicialmente, não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. Precedentes.

IV – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 508.477/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/06/2007, DJ de 06/08/2007, p. 604)

Administrativo. Processo Civil. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Servidor. Concurso público. Indenização. Posse e nomeação tardia. Dissídio jurisprudencial não-comprovado. Ausência de similitude fática entre o Acórdão recorrido e os paradigmas. Agravo Regimental improvido.

I – O Superior Tribunal de Justiça entende que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.

II – Para comprovação da divergência jurisprudencial, é necessário que os acórdãos confrontados guardem similitude fática, o que não ocorreu na hipótese.

III – Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 819.726/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/04/2007, DJ de 07/05/2007, p. 362)

Embargos de Declaração no Agravo Regimental. Embargos acolhidos sem efeitos infringentes. Concurso público. Posse tardia. Danos materiais. Inviabilidade. Recurso especial desprovido.

I – Constatado erro de fato sobre o qual se fundou o acórdão embargado, os declaratórios devem ser acolhidos.

II – Esta Corte entende que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativo.

III – Embargos acolhidos sem efeitos infringentes para negar provimento ao recurso es-

pecial. (EDcl no AgRg no REsp 745.554/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/02/2006, *DJ* de 27/03/2006, p. 322)

A matéria, portanto, ainda não se encontra pacificada no âmbito daquela Corte Superior e, como já exposto, não há direito subjetivo de candidato antes da homologação final do resultado do concurso em que foi aprovado.

Diante do exposto, com a devida vênia dos autores dos entendimentos divergentes, *acompanho o relator e dou provimento aos embargos infringentes.*

É como voto.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2005.38.00.027414-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende (Conv.)
Embargante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Embargado: Luiz Alberto de Alvarenga Lage e outros
Advogado: Dr. Luiz Gonzaga Pinto Coelho e outro
Divulgação: e-DJF1 de 10/10/2008
Publicação: 13/10/2008

Ementa

Processual Civil – Embargos Infringentes – Imposto de Renda. Verbas Indenizatórias. Decadência. Termo a quo do prazo para pleitear a repetição de indébito tributário. Inaplicabilidade da LC 118/2005.

I – O prazo para que o contribuinte peça a restituição do imposto de renda indevidamente pago mediante desconto na fonte obedece à mesma sistemática adotada para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, devendo ser contado, quando não ficar comprovada nos autos a ocorrência de homologação expressa, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos concedidos ao Fisco para tal homologação (teoria dos 5 + 5), prazo esse que tem início com o término do ano-base a que se refere o tributo indevidamente retido.

II – Inaplicabilidade da LC 118/2005, por se tratar de ação em que se discute repetição de valores indevidamente recolhidos em data anterior à vigência do citado diploma legal (EREsp. 644.736/PE).

III – Embargos infringentes da Fazenda Nacional não providos.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes da Fazenda Nacional.

4ª Seção do TRF/1ª Região – 27/02/2008.

Juíza Federal *Anamaria Reys Resende*, Relatora Convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Anamaria Reys Resende*: — Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela *Fazenda Nacional* (fls. 132/138) contra acórdão proferido pela Oitava Turma desta Corte, que deu provimento à apelação dos autores e recebeu a seguinte ementa:

Tributário. Processual Civil. Imposto de Renda. Prescrição. LC 118/2005. Inaplicabilidade. Julgamento do mérito. Possibilidade. Art. 515, § 3º do CPC.

Verbas Indenizatórias. Extinção da Licença-Prêmio. Convenção Coletiva do Trabalho. Não Incidência.

1. Nos casos em que o lançamento do tributo se processar por homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, a contagem do prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN, somente começa a fluir após o decurso de cinco anos do pagamento antecipado do tributo, ocasião em que se dá efetiva extinção do crédito tributário vinculado a condição resoluti-

va. Especificamente no caso do imposto de renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual por parte do contribuinte.

2. A aplicabilidade da LC 118/2005 se restringe aos tributos cuja extinção, pelo pagamento antecipado (art. 3º), se deu após o início da vigência da mencionada norma, pois, admitir-se a retroatividade da norma para as situações consumadas anteriormente à sua vigência, quando se entendia a extinção do crédito tributário somente quando da homologação, expressa ou tácita, seria aceitar a retroatividade em prejuízo aos contribuintes, o que é inaceitável, pois o contribuinte seria penalizado pela nova interpretação estabelecida pela lei, pois perderia o prazo tal como repetida e pacificamente assegurado pelo Poder Judiciário.

3. Tendo sido extinto o processo, com julgamento de mérito, pelo acolhimento da prescrição ou decadência, é aplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, podendo o Tribunal prosseguir no julgamento do feito, caso superada a questão prejudicial, desde que verse o processo sobre questão unicamente de direito, em homenagem ao princípio da celeridade processual, que embasou a criação do instituto.

4. O imposto de renda somente pode incidir em proventos que configurem aumento de riqueza ou patrimonial, estando isentas as parcelas indenizatórias tais como as férias vencidas, e licença-prêmio não gozadas e convertidas em pecúnia, ainda que a Lei 7.713/1988 restrinja com impropriedade ímpar essas hipóteses, as quais se subsumem às regras das Súmulas 125 e 136 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Não se faz necessária a prova de que tenha havido necessidade de serviço à qual se reportam as Súmulas 125 e 136, do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o fato de ter havido pagamento do abono a esse título pressupõe existência da aludida necessidade. Não obstante, a jurisprudência majoritária tem entendido pela impossibilidade de incidência do imposto de renda, ainda que a conversão dos benefícios em pecúnia tenha se dado por interesse do empregado.

6. No caso em tela, contudo, a licença-prêmio foi extinta e convertida em pecúnia, em razão de convenção coletiva de trabalho, ficando clara a necessidade do empregador.

7. Em razão da metodologia de cálculo, sendo a taxa Selic constituída por duas parcelas no mesmo período, quais sejam a taxa juros reais e a taxa de inflação, sua aplicação, conforme determina a Lei 9.250/1995, não pode acumular juros de mora e correção monetária, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

8. Apelação dos autores a que se dá provimento. (fl. 107)

Na oportunidade, ficou vencido o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias (voto às fls.110/111), que negava provimento ao apelo do autor, por entender que às ações propostas após 09/06/2005 aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, conforme interpretação do art. 3º da Lei Complementar 118/2005.

Pretende a embargante a prevalência do voto vencido, ao argumento de que o acórdão embargado divergiu, totalmente, do entendimento consagrado na jurisprudência do STJ.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Anamaria Reys Resende: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da lavra da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, da 8ª Turma, a fim de que prevaleça o voto vencido do Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, que entendia ser aplicável ao caso a Lei Complementar 118/2005, no que diz respeito à prescrição/decadência.

A questão do termo *a quo* do prazo para pleitear a repetição de indébito, no tocante aos descontos de imposto de renda feitos na fonte, vinha ensejando divergência jurisprudencial nesta Corte e no STJ, ora entendendo-se que a contagem do prazo dos 5 (cinco) anos ocorre a partir do desconto na folha de pagamento¹, ora entendendo-se que esse prazo só poderia ser contado após os 5 (cinco) anos destinados à homologação do lançamento, pelo Fisco, a qual, quando tácita,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos, Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho e Roberto Carvalho Veloso (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo.

¹ Consultem-se, a propósito, os seguintes precedentes: AGREsp 281.745/DF, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma do STJ, unânime, DJ de 11/03/2002, p. 228; AC 2002.34.00.014789-5/DF, rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJ de 26/09/2003, p. 119; AC 2001.34.00.002886-0/DF, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJ de 13/12/2002, p. 65.

ocorre, também, em 5 (cinco) anos, contados do dia da retenção indevida do tributo².

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 289.398/DF, em sessão de 27/11/2002, pacificou entendimento no sentido de que a retenção do imposto de renda na fonte é mera antecipação do imposto devido na declaração anual de rendimentos, devendo tal prazo obedecer à mesma regra da repetição de tributos lançados por homologação, ou seja, observando-se o prazo de 5 (cinco) anos para homologação expressa ou tácita do lançamento, pelo Fisco, *contado esse prazo do término do ano-base a que se refere o tributo* e mais 5 (cinco) anos para o ajuizamento da ação. Nesse sentido, entre outros, o EREsp 262.475/DF, rel. Min. Franciulli Netto, 1ª Seção do STJ, unânime, DJ de 04/08/2003, p. 213.

Passai a adotar referido entendimento, pacificado na Primeira Seção do STJ, ressalvando, porém, que ao Fisco cabe o ônus de provar a data da homologação do lançamento, dentro do quinquênio a tanto destinado, data que coincidirá com o termo *a quo* do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, I, do CTN, para o ajuizamento do pedido de repetição de indébito.

Contudo, a Lei Complementar 118/2005, em seu art. 3º, estabeleceu que, “para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”, adotando, assim, a teoria da *actio nata*.

Ressalto, porém, que o STJ, por meio de sua Primeira Seção, decidiu que a mencionada lei complementar aplica-se, tão-somente, às ações ajuizadas posteriormente ao início da sua vigência, que se deu em 09/06/2005 (EResp 327.043/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/04/2005, cujo acórdão pende de publicação).

No mesmo sentido voltou a decidir aquele Órgão, no julgamento do EREsp 489.105/PR, rel. Ministro

Franciulli Netto, Primeira Seção, DJ de 01/02/2006 p. 417.

Recentemente, o mesmo Tribunal, já agora pela sua Corte Especial, entendeu que dita lei só é aplicável aos casos de pagamentos indevidos feitos após a sua vigência (EResp 644.736/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ do dia 27/08/2007), tendo declarado a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005.

Na hipótese em apreço, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 29/07/2005, obviamente, os valores do imposto de renda que se pretende repetir têm fato gerador anterior à vigência da Lei Complementar 118/2005, aplicando-se, portanto, na repetição do indébito, a denominada “teoria dos 5+5”.

Assim, não tendo o Fisco demonstrado a data em que ocorreu a homologação, é de admitir-se que houve homologação tácita, contando-se o prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir do término do ano-base a que se refere o tributo retido sobre cada parcela.

Entendo, portanto, correto o entendimento esposado no voto vencedor, no sentido de que não ocorreu a prescrição/decadência no caso dos autos.

Por todo o exposto, *nego provimento* aos embargos infringentes da Fazenda Nacional.

É o voto.

2 Nesse sentido, decidiram os seguintes julgados: EREsp 289.031/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção do STJ, unânime, DJ de 19/12/2002, p. 326; AC 1998.38.00.031473-0/MG, rel. Des.Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJ de 12/09/2003, p. 108.

Primeira Turma

Remessa *ex officio* em MS 2006.32.00.004176-5/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Impetrante: Robson Oliveira Alicatia

Advogado: Dr. Hamilton Novo Lucena Júnior e outro

Impetrado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara – AM

Divulgação: *e-DJF1* de 01/09/2008

Publicação: 02/09/2008

Ementa

Previdenciário. Auxílio-doença. Requisitos Legais. Lei 8.213/1991. Processamento do benefício condicionado à apresentação do impetrante à seção de exames médicos do Detran. Princípio da legalidade. Segurança Concedida. Remessa Oficial não provida.

I – “O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos” (art. 59 da Lei 8.213/1991).

II – A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade absoluta, só podendo agir dentro do que a lei determina.

III – A exigência, por parte do INSS, de manifestação prévia do Detran acerca da necessidade de retenção da Carteira Nacional de Habilitação do autor para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, é medida que viola o princípio da legalidade.

IV – Remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 21/05/2008

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: – Robson Oliveira Alicatia, qualificado nos autos, impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando, inclusive em sede de liminar, obter provimento jurisdicional para que seja determinado o pagamento normal de seu benefício de auxílio-doença, sem

a determinação de retenção de sua Carteira Nacional de Habilitação.

Às fls. 23/24, foi indeferida a liminar.

Após o processamento do feito, foi proferida a r. sentença de fls. 32/34, concedendo a segurança para determinar que a autoridade coatora proceda à imediata implementação do benefício de auxílio-doença em

favor do impetrante, desde que preenchidos os requisitos legais, independentemente da retenção da Carteira Nacional de Habilitação junto ao Detran/AM. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

Sem recurso das partes, os autos subiram a este Tribunal por força do reexame necessário.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de remessa oficial da r. sentença de fls. 32/34, que concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora proceda à imediata implementação do benefício de auxílio-doença em favor do impetrante, desde que preenchidos os requisitos legais, independentemente da retenção da Carteira Nacional de Habilitação junto ao Detran/AM. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

O autor apresentou os seguintes documentos:

1. cópia de sua Carteira Nacional de Habilitação (fl. 9);
2. protocolo de benefícios, no qual consta que o autor requereu auxílio-doença aos 30/06/2006 (fl. 11);
3. receituário médico datado de 21/06/2006, indicando que o autor deve ser submetido a tratamento odontológico com correção e ajustamento da arcada dentária (fl. 12);
4. atestado médico datado de 28/06/2006, informando que o autor não apresenta condições de executar suas atividades laborativas como motorista de ônibus, devendo ser mantido afastado do trabalho por 6 (seis) meses, em razão de estar em tratamento de nevralgia de nervo trigêmeo, evoluindo com dor facial desencadeada pelo estresse físico e mental (fl. 13);
5. formulário fornecido pela perícia médica do INSS encaminhando o autor para a Seção de Exames

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Itelmar Raydan Evangelista (convocado) e Sônia Diniz Viana (convocada). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Médicos do Detran, a fim de que esse órgão avalie a necessidade de retenção da Carteira Nacional de Habilitação do requerente (fl. 14).

O formulário de fl. 14 indica que o INSS condicionou o processamento do benefício de auxílio-doença à apresentação do impetrante à Seção de Exames Médicos do Detran.

Ao prestar informações, a autoridade coatora esclareceu que a conclusão da perícia médica do INSS é sobrestada até que o segurado apresente o documento expedido pela perícia médica do Detran, informando sobre a necessidade ou não de retenção da Carteira Nacional de Habilitação do autor (fl. 20).

O art. 59 da Lei 8.213/1991 estabelece que o auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

São requisitos para a concessão do benefício de auxílio-doença a qualidade de segurado da Previdência Social, com o preenchimento do período de carência de 12 (doze) contribuições mensais, salvo nas hipóteses previstas no art. 26, II, e a comprovação de incapacidade total para o exercício de atividade que garanta a subsistência.

Assim, para a concessão do benefício de auxílio-doença, há necessidade apenas de comprovação da incapacidade total e temporária, bem como da qualidade de segurado da Previdência Social e do cumprimento da carência exigida.

Na lei que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social (8.213/1991) não há qualquer norma condicionando o processamento do auxílio-doença à apresentação do segurado perante o Detran, para fins de avaliação médica com a finalidade de apreciar a necessidade de retenção de sua Carteira de Habilitação.

Observo que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade absoluta, só podendo agir dentro do que a lei determina.

Desse modo, a exigência, por parte do INSS, de manifestação prévia do Detran acerca da necessidade de retenção da Carteira Nacional de Habilitação do autor para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, é medida que viola o princípio da legalidade.

Diante desse quadro, não merece censura a r. sentença que concedeu a segurança.

Isso posto, nego provimento à remessa oficial.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2005.33.00.018809-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves

Apte.: Universidade Federal da Bahia – UFBA

Proc.: Dra. Adriana Maia Venturini

Apte.: Ana Thereza de Oliveira Sampaio

Adv.: Dr. Nilton da Silva Correia e outros (as)

Remte.: Juízo Federal da 16ª Vara – BA

Divulgação: e-DJF1 de 12/09/2008

Publicação: 15/09/2008

Ementa

Administrativo. Servidor público. Médico. Jornada de trabalho. Adicional por tempo de serviço.

I – Sendo a autoridade indicada como coatora a responsável pelo pagamento da remuneração do impetrante, não se há cogitar de ilegitimidade passiva *ad causam*, nem, muito menos, de incompetência absoluta do Juízo, questão preliminar, aliás, suscitada a partir da falsa premissa de que, na hipótese em causa, passivamente legitimada para a impetração haveria de ser autoridade do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

II – O parágrafo 3º do art. 8º da Lei 9.436, de 05/02/1997, ao estabelecer que o adicional por tempo de serviço previsto no art. 67 da Lei 8.112, de 11/12/1990, em qualquer situação de jornada de trabalho, será calculado sobre os vencimentos básicos estabelecidos no anexo do diploma legal, que só cogita de valores para o regime de vinte horas semanais, não está a significar que o vencimento básico do cargo de médico, para os fins de incidência da vantagem pecuniária em referência, seja o mesmo para os dois regimes, assim para o de vinte como para o de quarenta horas semanais.

III – Por força da Lei 8.852, de 04/02/1994, vencimento básico é definindo como o padrão fixado em lei para retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público. Se, portanto, a Lei 9.437/1996 foi categórica no sentido de que “a opção pela jornada de trabalho de quarenta horas semanais corresponde a *um cargo efetivo* com duas jornadas de vinte horas semanais de trabalho”, vencimento básico desse único cargo de provimento efetivo será, evidentemente, o padrão base correspondente à dupla jornada, e não a só uma delas.

IV – Ilegalidade, pois, do ato administrativo determinante da redução do valor do adicional por tempo de serviço recebido pela impetrante, mediante sua incidência tão só “sobre o vencimento correspondente à jornada legal de 20 horas semanais”, e ainda da restituição de importâncias supostamente recebidas a maior, a tal título.

V – Recurso de apelação e remessa oficial não providos.

Acórdão

Decide a Segunda Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 30/07/2008.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: – O Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, em mandado de segurança impetrado ao Sr. Superintendente de Pessoal da Universidade Federal daquela unidade da Federação por Ana Thereza de Oliveira Sampaio, médica vinculada à instituição de ensino, concedeu a ordem postulada, determinando à ilustre autoridade indicada coatora

“(…) que se abstenha de reduzir o valor do adicional por tempo de serviço percebido pelo impetrante, vedando, ainda, a cobrança de valores supostamente pagos a maior.

(…)

Custas ex lege.

Incabíveis honorários na espécie (Súmula 512, STF)” (fls. 83/84).

Inconformada, a instituição de ensino manifesta recurso de apelação, insistindo na questão preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, em conseqüência, na incompetência absoluta do Juízo, por ser o Distrito Federal o lugar da sede do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. No mérito, insiste igualmente na legitimidade da mudança de critério, sob fundamento de que a Lei 9.436, de 05/02/1997, ao permitir aos médicos opção por jornada de trabalho de vinte ou quarenta horas semanais, preconizou, sem embargo, de forma expressa, a incidência dos anuênios tão somente sobre o valor da jornada básica, autorizando a correção, por dever de ofício, da ilegalidade verificada.

Com contra-razões às fls. 101/115, subiram os autos a esta Corte também para fins de reexame necessário do julgado, sobrevindo parecer do Ministério Público Federal, às fls. 122/124, opinando pela confirmação do decidido.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — A questão preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* foi corretamente repelida pela ilustre autoridade judiciária

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil (convocado). Ausente, por motivo de licença médica, a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva.

ria de primeiro grau, pois a autoridade de pessoal da instituição de ensino é a responsável pela paga da remuneração da impetrante, não se podendo, ademais, cogitar de incompetência absoluta do Juízo, levantada, aliás, a partir da falsa premissa de que, no caso em exame, passivamente legitimada para a impetração haveria de ser autoridade do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O Decreto-Lei 1.445, de 13/02/1976, fixou, para os ocupantes de cargos e empregos integrantes da categoria funcional de Médico a jornada de trabalho de quatro horas diárias, permitindo, a critério e no exclusivo interesse da pública administração, o exercício de dois cargos ou empregos da espécie, inclusive no mesmo órgão ou entidade. No tocante aos Médicos de Saúde Pública e aos Médicos do Trabalho, porém, estabeleceu que o ingresso nas respectivas categorias funcionais far-se-ia, obrigatoriamente, no regime de oito horas diárias de trabalho, a ser cumprido sob a forma de dois contratos individuais de trabalho, definindo, em anexo, os valores de vencimentos ou salários correspondentes à jornada estabelecida.

O Decreto-Lei 1.525, de 28/01/1977, a seu turno, a exemplo do que fizera o Decreto-Lei 1.445/1976 em relação aos médicos de saúde pública e do trabalho, estabeleceu que o ingresso na categoria funcional de Médico Veterinário far-se-ia obrigatório, também, no regime de oito horas diárias.

Sobreveio o regime jurídico único instituído pela Lei 8.112, de 11/12/1990, com a transformação de empregos em cargos públicos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional e, sob seu império, foi editada a Lei 8.216, de 13/08/1991, dispondo sobre os vencimentos dos servidores civis do Poder Executivo e estabelecendo que o regime de quarenta horas semanais, concernente aos médicos de saúde pública, do trabalho e veterinário, corresponderia a um cargo com duas jornadas de vinte horas semanais. Dispôs o diploma legal em referência, no quanto interessa ao caso em exame:

“Art. 4º Os vencimentos dos servidores das categorias funcionais de Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, integrantes do Plano de Classificação de Cargos regido pela Lei 5.645, de 1970, aos quais é incorporada a gratificação prevista no Anexo XVIII da Lei 7.923, de 1989, são os constantes do Anexo I desta lei.

§ 1º Os vencimentos fixados aos servidores referidos neste artigo corresponderão ao cumpri-

mento de jornada de vinte horas semanais de trabalho.

§ 2º Será majorado, em cinquenta por cento, o vencimento dos servidores a que se refere este artigo, quando cumprirem jornada de seis horas diárias.

§ 3º *O regime de quarenta horas semanais de trabalho corresponde a um cargo com duas jornadas de vinte horas semanais de trabalho. O adicional por tempo de serviço previsto no art. 67 da Lei 8.112, de 11/12/1990, será calculado sobre os vencimentos, sendo assegurada a aposentadoria integral aos atuais ocupantes dos referidos cargos.*” (o grifado não consta no original).

A Lei 8.460, de 17/09/1992, concedeu antecipação de 20% (vinte por cento), a título de reajustamento a ser compensado por ocasião da revisão geral remuneratória do funcionalismo público federal, promoveu o enquadramento dos servidores civis do Poder Executivo nas tabelas constantes de seus anexos, e discriminou os vencimentos básicos para jornadas de trabalho de trinta e quarenta horas semanais, sendo que em 05/02/1997 veio a lume a Lei 9.436, para disciplinar a dos integrantes das categorias funcionais de médico, o fazendo nos seguintes termos:

“Art. 1º *A jornada de trabalho de quatro horas diárias dos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes das Categorias Funcionais de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, de qualquer órgão da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, corresponde aos vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta Lei.*

§ 1º Os ocupantes dos cargos efetivos integrantes das Categorias Funcionais de que trata este artigo poderão, mediante opção funcional, exercer suas atividades em jornada de oito horas diárias, observada a disponibilidade orçamentária e financeira.

§ 2º *A opção pelo regime de quarenta horas semanais de trabalho corresponde a um cargo efetivo com duas jornadas de vinte horas semanais de trabalho, observados, para este fim, os valores de vencimentos básicos fixados na tabela constante do anexo a esta Lei, assegurada aposentadoria integral aos seus exercentes.*

§ 3º *O adicional por tempo de serviço, previsto no art. 67 da Lei 8.112, de 11/12/1990, em qualquer situação de jornada de trabalho, será calculado sobre os vencimentos básicos estabelecidos no anexo desta Lei.*

§ 4º As disposições constantes dos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo produzem efeitos a partir de 15 de agosto de 1991, data da edição da Lei 8.216, de 13/08/1991, não importando na percepção de vencimentos anteriores; sendo convalidadas as situações constituídas até a data de publicação desta Lei” (o grifado não consta do original).

O exame conjugado das normas legais em apreço põe em evidência que todas elas visaram a disciplinar a jornada de trabalho dos médicos no âmbito do serviço público, em nada tendo alterado a Lei 9.436, no tocante ao adicional por tempo de serviço, a sistemática da Lei 8.216, porque em ambas, sem embargo das diferenças redacionais, a incidência da prestação em causa se fazia sobre o vencimento básico dos respectivos cargos, fixados em tabela anexa, e em ambas o regime de quarenta horas semanais correspondia a um único cargo efetivo, com duas jornadas de vinte horas semanais. Aliás, o propósito da edição da Lei 9.436/1997 não foi o de alterar o cálculo da gratificação por tempo de serviço, nem tão pouco de modificar a jornada de trabalho dos integrantes das categorias funcionais de Médico, Médico Veterinário, Médico de Saúde Pública e Médico do Trabalho, mas apenas o de unificar as regras a eles relativas e regularizar as respectivas situações funcionais. Nesse sentido, se fez explícita a exposição de motivos encaminhada ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos seguintes termos:

“Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência a inclusa proposta de projeto de Lei visando regularizar a jornada de trabalho dos servidores, integrantes das Categorias Funcionais de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais.

2. A medida tornou-se necessária tendo em vista que a Lei 8.112, de 11/12/1990, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores, no seu art. 19, com a redação dada pelo art. 22 da Lei 8.270, de 17/12/1991, determina que os servidores cumpram jornada de trabalho de quarenta horas semanais, excluindo aqueles cargos, cuja duração seja estabelecida em leis específicas, e, considerando que a Lei 8.460, de 17/09/1992, ao estabelecer nos seus Anexos II e III, os valores dos vencimentos, criou duas colunas, sendo uma de quarenta horas e outra de trinta horas, sem contudo determinar a quem se destinaria e em que condições o servidor poderia se enquadrar na Tabela de trinta horas.

3. A jornada de trabalho e a tabela de vencimento dos médicos regidos pela Lei 5.645, de 10/12/1970, estão disciplinados no Decreto-Lei 1.445, de 1964, e com o objetivo de proporcionar idêntico tratamento, a Lei 8.216, de 23/08/1991, no seu art. 4º, menciona as categorias de Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, igualando a situação dispensada aos primeiros, ou seja a jornada de trabalho de quatro horas diárias.

4. *A partir da vigência da Lei 8.112, de 1990, e das Tabelas de Vencimentos anexas à Lei 8.460, de 1992, todos os servidores, inclusive os das fundações públicas passaram para o Sistema de Pessoal Civil, havendo, pois, necessidade de que se unifiquem as regras traçadas pelos já citados Decreto-Lei 1.445, de 1976, e Lei 8.216, de 1991, bem como o disposto na Lei 3.999, de 15/12/1961.*

5. *Com estas providências, Senhor Presidente, ficará legalizada a vinculação de cada jornada de trabalho à Tabela de Vencimento correspondente, sem que disto resulte aumento de despesas.*” (grifei).

Dentro desse contexto, não há como se reconhecer legitimidade no ato impugnado na impetração, determinante da redução do valor do adicional por tempo de serviço recebido pela impetrante, mediante incidência do mesmo tão só “sobre o vencimento correspondente à jornada legal de 20 horas semanais” (fl. 21), e da devolução de importâncias supostamente recebidas a maior, a tal título. A jornada de quarenta horas não é, evidentemente, ilegal, pela singela razão de que contemplada por lei, nem representa, muito menos, jornada extraordinária, até porque o trabalho em sobrejornada é remunerado com acréscimo em relação à hora normal trabalhada, e na de quarenta horas dos médicos, permitida pelo legislador não só no interesse do servidor, mas fundamentalmente no do serviço, a retribuição básica pelo exercício do cargo efetivo corresponde exatamente ao dobro da outorgada para a de vinte semanais.

Não tem sentido, pois, se pretender, pela circunstância de que a Lei 9.436/1997 só se fez acompanhar de tabela explicitando os valores básicos de retribuição pecuniária em jornada de vinte horas semanais, que para ela o vencimento básico do cargo efetivo desempenhado em jornada de quarenta horas seja o mesmo do desenvolvido em jornada reduzida, como não tem sentido, da mesma forma, se concluir que, pelo fato de a literalidade do parágrafo 3º de seu art. 1º preceituar que o adicional por tempo de serviço, “em qualquer

situação, será calculado sobre os vencimentos básicos estabelecidos no anexo desta Lei”, tal prestação deverá incidir, em qualquer caso, sobre o padrão básico estipulado para a jornada menor. E não tem sentido porque a conceituação normativa de vencimento básico é dada pela Lei 8.852, de 04/02/1994, o definindo como o padrão fixado em lei para retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público: se a Lei 9.437/1996 foi categórica no sentido de que “a opção pela jornada de trabalho de quarenta horas semanais corresponde a *um cargo efetivo* com duas jornadas de vinte horas semanais de trabalho”, é evidente que o vencimento básico desse único cargo de provimento efetivo será o padrão base correspondente a essa dupla jornada, e não ao só a uma delas.

Ademais, a conclusão de que o adicional de tempo de serviço, quanto aos médicos optantes pelo regime de quarenta horas, deverá incidir sobre o vencimento correspondente à jornada de vinte, conduz a iniquidade e discriminação inaceitáveis, sem qualquer fundamento lógico ou jurídico que as autorizem, por fazer com que sejam a única categoria de servidores públicos em que a base de cálculo não será correspondente ao valor da retribuição básica pelo exercício dos cargos de que são titulares, mas apenas a metade dele. E pior. Se é certo que os médicos, por força de autorização da ordem constitucional, podem cumular dois cargos da espécie no serviço público, aqueles que exercessem um único cargo, em regime de quarenta horas semanais, teriam, a título de adicional por tempo de serviço, metade do valor atribuído aos que prestassem o mesmo serviço, sob dois vínculos de vinte horas semanais cada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Voto Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil:
— Cuida-se, na espécie, de Apelação em Mandado de Segurança impetrado por Servidor(es) Médico(s) da Administração Pública, questionando ato que renunciou a redução do *Adicional por Tempo de Serviço* (art. 67 da Lei 8.112/1990), bem como a devolução do quanto pago a maior conforme interpretação dada ao art. 1º, § 3º, da Lei 9.436/1997.

A orientação contida no aludido adminículo determinou, ao sentir da Administração, que o ATS (anuênios) dessa categoria de servidores deveria ser calculado apenas sobre o vencimento básico do cargo efetivo, estabelecido no anexo da Lei 9.436/1997, “*em qualquer situação de jornada de trabalho*”, é dizer, mesmo para aqueles que tenham optado pelo regime de quarenta horas semanais, assim considerado “*um cargo efetivo*”.

Entendeu o eminente Relator, Des. Federal Carlos Moreira Alves, em voto fundamentado que vai fincar fundamentos até na Exposição de Motivos da Lei 9.436/1997, que o fato deste Diploma normativo somente ser acompanhado de tabela explicitando os valores básicos de retribuição pecuniária *em jornada de vinte horas semanais*, não deve importar na conclusão de que o vencimento básico do cargo efetivo desempenhado em *regime de quarenta horas semanais* seja o mesmo daquele desenvolvido em jornada reduzida, como quer a Administração mediante literal dicção da letra legal.

A informação de que este Juiz signatário estaria impedido num dos processos trazidos a julgamento, sobre o qual havia exercido jurisdição de primeiro grau enquanto Titular da 3ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, e de que o posicionamento assumido naquela oportunidade confrontava o que agora sustentava o eminente Relator, conduziu-me ao pedido de vista, fim de melhor refletir sobre a questão, inclusive sob as novas luzes lançadas sobre o tema.

E, nesse sentido, realizando nova — e inexitosa — busca de jurisprudência específica (salvo julgado isolado, proveniente de Turma Suplementar, que havia ilustrado o comando monocrático que proferi alhures), quedo-me convencido acerca dos argumentos esgrimidos no judicioso Voto Relator, refluindo do posicionamento d'antanho — consonante com o da Administração Pública e, por isso, padecendo do mesmo lapso hermenêutico — para acompanhar S. Exa. e o em. Des. Francisco de Assis Betti que, na assentada anterior, adiantou seu voto.

Diz alto em prol dessa conclusão a circunstância de que, abonando aquele entendimento pautado na consideração, em qualquer hipótese, do vencimento da jornada de vinte horas para o cálculo do anuênio dos profissionais médicos da Administração Pública, e estando estes últimos autorizados à acumulação de dois cargos no serviço público mercê de disposição

constitucional, os que exercessem um único cargo em regime de quarenta horas semanais perceberiam apenas a metade daqueles que, prestando a mesma carga horária, o fizessem mediante dois vínculos de vinte horas semanais cada.

Com efeito, nenhuma interpretação razoável da norma legal poderia conduzir a tal resultado, flagrantemente antiisonômico.

Forte em tais considerações, peço vênias para acompanhar o eminente Relator.

Terceira Turma

Habeas Corpus

2008.01.00.033306-4/AP

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro

Impetrante: Celso Sanchez Vilardi

Impetrante: Renata Horovitz Kalim

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara – AP

Paciente: Leonardo Pedrosa

Paciente: Alberto dos Santos Lopes

Paciente: Renato Camargo dos Santos

Divulgação: e-DJF1 de 04/09/2008

Publicação: 05/09/2008

Ementa

Habeas Corpus. Acesso do Advogado aos autos do inquérito. Diligências já realizadas. Possibilidade. Ordem concedida.

I – O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que o *habeas corpus* é o instrumento cabível para assegurar ao patrono do indiciado o acesso aos autos do inquérito. Precedente.

II – O advogado tem o direito de ter acesso aos autos do inquérito policial para prestar uma melhor assistência ao indiciado durante as investigações, devendo-se limitar, contudo, às diligências já completadas, a fim de não comprometer o trabalho em relação às que ainda não foram realizadas.

III – Ordem que se concede para garantir o acesso do advogado apenas às diligências já realizadas no inquérito e cautelares eventualmente deferidas.

Acórdão

Decide a 3ª Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 05/08/2008.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Cândido Ribeiro*: — Celso Sanchez Vilardi e outros impetram ordem de *habeas corpus* em favor de Alberto dos Santos Lopes, Leonardo Pedrosa e Renato Camargo dos Santos, com pedido liminar, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Macapá/AP que indeferiu vista do inquérito policial que tramita em segredo de justiça.

Afirmam que o pedido de vista dos autos foi indeferido com o fundamento de que subsiste a prevalência, no caso em tela, do interesse público sobre

o privado, o que configura patente constrangimento ilegal, pois, além de ferir lei federal, ofende garantias constitucionais que permitem aos investigados o acesso aos autos.

Alegam que o Código de Processo Penal não autoriza a existência de procedimentos secretos e que o Estatuto da Advocacia confere ao advogado o direito de ter acesso aos autos da investigação, ainda que o inquérito esteja protegido pelo sigilo, sendo esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Requerem, pois, a concessão da liminar para que seja reconhecido o direito dos pacientes de terem vista dos autos do inquérito policial ou procedimento inominado, mesmo que cautelar, ou, ainda, procedimentos decorrentes de inquérito, em trâmite na Superintendência Regional da Polícia Federal do Amapá, nos termos do art. 7º, incisos XIII a XV, da Lei 8.906/1994, inclusive a obtenção de cópias reprográficas. No mérito, pugnam pela concessão da ordem para que se declare a ilegalidade da proibição da vista dos autos de investigação.

Solicitei informações a fl. 50, prestadas a fls. 73/76, em que a autoridade coatora, em síntese, reafirma sua convicção de que não tem que informar aos impetrantes sobre a existência, ou não, de eventual investigação sigilosa envolvendo os pacientes.

Deferi a liminar a fls. 63/65.

Em parecer do Procurador Regional da República Dr. Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, o Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem (fls.79/80 v.).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Atacam os impetrantes a decisão que indeferiu pedido de vista dos advogados a eventuais inquéritos policiais que tramitam perante a 1ª Vara da Seção Judiciária do Amapá e em que figure como indiciados os Pacientes.

Como é cediço, o acesso de advogado habilitado a procedimentos investigatórios, ainda que protegidos por sigilo, configura direito inerente às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

In casu, a existência de investigação não foi descartada pela autoridade impetrada, de sorte que se afigura manifesto o interesse dos impetrantes em ter acesso a eventual investigação que envolva os pacientes.

O Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência, firmou entendimento no sentido de que o *habeas cor-*

pus é o instrumento cabível para assegurar ao advogado o acesso aos autos do inquérito policial. Tal acesso é imprescindível como meio de garantir o direito do indiciado de ser assistido por advogado no curso das investigações, o que ficaria inviabilizado se restrito o seu acesso aos autos. É também a jurisprudência desta Turma, *verbis*:

Processo Penal. Habeas Corpus. Acesso do advogado aos autos do inquérito ou do processo.

1. *É direito do advogado examinar, em qualquer repartição dos Poderes da República, autos de inquérito ou de processo, fundos ou não, ainda que sem procuração, e deles tirar cópias, em face do que dispõem o art. 7º da Lei 8.906, de 04/07/1994, e o inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, sob pena de o indeferimento do pedido, caracterizar crime de abuso de autoridade.*

2. *Os atos que ainda estão sendo processados sob sigredo de justiça, como quebra de sigilos fiscal e telefônico, não poderão ser dado conhecimento à defesa, sob pena de serem prejudicadas as investigações. Mas os atos já realizados, estes o advogado tem o direito de ler e tirar cópia. (HC 2006.01.00.012791-1/BA, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Dr. Tourinho Neto, DJ2 de 02/06/2006, p. 69.)*

1. *Habeas Corpus: Inviabilidade: Incidência da Súmula 691 (“Não Compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “Habeas Corpus” Impetrado contra decisão do Relator que, Em “Habeas Corpus” requerido a tribunal superior, indefere a liminar”).*

II. *Inquérito Policial: Inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos Autos do Inquérito Policial.*

1. *Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.*

2. *Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado — interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial —, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual — ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas — não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.*

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca. Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas. (STF, HC 90.232/AM, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 02/03/2007, p. 38.)

Ressalte-se, no entanto, que a bem das investigações carreadas no bojo do inquérito, conforme salientado no acórdão acima e no parecer ofertado pelo Minis-

tério Público Federal, o acesso aos autos do inquérito policial não deve ser de todo irrestrito, devendo cingir-se às decisões cautelares eventualmente deferidas (art. 118 e seguintes do CPP) e outras, porque, segundo melhor doutrina e jurisprudência, desafiam o recurso, além de providências já completadas. Contudo as demais diligências determinadas, mas ainda não realizadas, devem ser preservadas, mantendo-se a restrição ao acesso com relação aos documentos pertinentes a elas, bem como às futuras, no sentido de garantir sua eficácia e a das demais medidas a serem tomadas no curso das investigações.

Assim, há que ser garantido o direito de vista a inquérito e/ou diligências já concluídas, ainda que protegidas por sigilo, preservando-se, entretanto, o segredo quanto às demais providências ainda não realizadas e documentos a elas pertinentes, a fim de não comprometer a própria apuração.

Com essas considerações, concedo a ordem de *habeas corpus* para garantir aos advogados o acesso às investigações existentes contra seus pacientes no âmbito da 1ª Vara Federal do Amapá, limitando-o, contudo, às diligências já realizadas e decisões cautelares eventualmente deferidas, nos termos do voto.

É como voto.

Habeas Corpus

2008.01.00.043283-2/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães

Impetrante: Rogério de Oliveira

Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara de Uberlândia – MG

Paciente: Ricardo Ferreira de Melo

Divulgação: e-DJF1 de 30/10/2008

Publicação: 31/10/2008

Ementa

Penal e Processual Penal – Habeas Corpus – Crime contra a inviolabilidade de segredo – Art. 153, § 1º-A, do CP – Ação Penal – Atipicidade da conduta – Ausência de justa causa – Ordem concedida, para trancamento da Ação Penal – Co-ré – Aceitação da proposta de suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei 9.099/1995 – Constrangimento ilegal verificado – Ausência de elementos para o oferecimento da denúncia – Trancamento da Ação Penal, também em relação à co-ré – Incidência do art. 580 do Código de Processo Penal – Ordem estendida.

I – A verificação, de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, da atipicidade da conduta enseja o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa para o seu prosseguimento.

II – O núcleo do tipo incriminador do art. 153, § 1º-A, do Código Penal, o verbo divulgar, exige a difusão extensiva do conteúdo secreto pelo sujeito ativo, sendo insuficiente a transmissão a um número restrito de indivíduos.

III – A apresentação de documentos do banco de dados da Receita Federal para defesa de interesse legítimo – instrução de reclamatória trabalhista, que tramita em segredo de justiça – configura justa causa para a conduta, afastando a tipicidade penal, por ausência do elemento normativo exigido pela figura típica.

IV – O dolo, como elemento subjetivo do tipo, representado pela vontade livre e consciente de divulgar o conteúdo de documento confidencial, abrange o conhecimento, pelo agente, da ilegitimidade de sua conduta e da qualidade confidencial do conteúdo divulgado.

V – “A suspensão do processo, operada a partir do disposto no art. 89 da Lei 9.099/1995, não obstaculiza impetração voltada a afastar a tipicidade da conduta” (STF, HC 85.747-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJU de 14/10/2005).

VI – “Evidenciada a atipicidade da conduta, é irrelevante o fato de ter sido aceita proposta de suspensão condicional do processo, pois, não havendo sequer elemento para oferecimento da denúncia, não é lícito ao Estado propor qualquer tipo de restrição” à denunciada (STJ, HC 46.880/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/08/2006, DJU de 04/09/2006).

VII – A decisão, fundamentada em elementos comuns aos co-réus, deve ser aproveitada ao outro, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

VIII – Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente, com extensão à denunciada Viviane de Moura Figueira Lopes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Acórdão

Decide a Turma conceder a ordem, com extensão à denunciada Viviane de Moura Figueira Lopes, nos termos do art. 580 do CPP, por unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 13/10/2008.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, Relatora.

Relatório

A *Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães*:
— Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ricardo Ferreira de Melo, denunciado como incurso no art. 153, § 1º-A, do Código Penal (divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública), em co-autoria com Viviane de Moura Figueira Lopes, contra ato do ilustre Juiz Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, que, nos autos do Inquérito Policial 2008.38.03.000909-0/MG, recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o ora paciente e a co-ré (fl. 67).

Narra a inicial que Viviane de Moura Figueira Lopes, ex-prestadora de serviços terceirizados na Secretaria da Receita Federal de Uberlândia/MG, procurou o ora paciente, com a finalidade de contratar serviços advocatícios, para a propositura de reclamação trabalhista contra a União Federal e a empresa PH Serviços de Administração Ltda., por desvio de função, pois, contratada para trabalhar como recepcionista, exercia função análoga à de Técnico Administrativo da Receita Federal, durante a vigência do seu contrato de trabalho; que a reclamação trabalhista foi instruída com documentos sigilosos, que continham a assinatura da servidora terceirizada, aposta em carimbos de recebimento,

a fim de comprovar o vínculo trabalhista e a equiparação funcional; que Viviane entregou os documentos ao paciente, para instruir a reclamação trabalhista, sem mencionar seu caráter sigiloso, e deles também não constava informação ou indicação de sigilo; que na audiência de instrução e julgamento da reclamatória trabalhista, o representante da União Federal requereu que o processo tramitasse em segredo de justiça, de vez que continha documentos sigilosos; que, a partir desse fato, o paciente tomou conhecimento do caráter sigiloso dos documentos que acostara à reclamação trabalhista, o que lhe causou grande surpresa; que, indagada pelo paciente sobre o sigilo dos documentos, Viviane respondeu que não tinha conhecimento de seu caráter sigiloso; que a Secretaria da Receita Federal de Uberlândia/MG representou contra Viviane junto ao Ministério Público Federal, que requisitou a instauração de inquérito, pela Polícia Federal; que Viviane – mas não o paciente – foi indiciada pela Polícia Federal; que, em virtude da divulgação de informações sigilosas da Administração Pública, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Viviane e o paciente, imputando-lhes a prática do delito previsto no art. 153, § 1º-A, do Código Penal (divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública).

Sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de justa causa para a instauração da ação penal, uma vez que a conduta do paciente limitou-se ao exercício profissional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal e das disposições legais do Estatuto da OAB, mormente porque não tinha conhecimento do caráter sigiloso dos documentos, os quais não apresentavam qualquer ressalva nesse sentido.

Requer, por esses motivos, a concessão da ordem, para determinar o trancamento da ação penal, originada do Inquérito Policial 2008.38.03.000909-0 (fls. 2/17).

O pedido liminar restou indeferido (fls. 70/71).

As informações solicitadas foram prestadas pela ilustre autoridade apontada como coatora (fls. 74/76).

A PRR/1ª Região opinou pela concessão da ordem (fls. 80/83).

É o relatório.

Voto*

A Exma Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
— Como se viu do relatório, pretende o impetrante o trancamento da ação penal, ao argumento de que não há justa causa para a sua instauração, porquanto a conduta do paciente limitou-se ao exercício profissional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal e do Estatuto da OAB, mormente porque não tinha conhecimento do caráter sigiloso dos documentos.

Está consagrada, na jurisprudência nacional, a diretriz no sentido de que, na via estreita do *habeas corpus*, o trancamento de ação penal é medida excepcional, possível somente quando demonstrada, de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, a atipicidade da conduta, a falta de prova da materialidade ou de indícios de autoria, ou a extinção da punibilidade.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte Regional, *in verbis*:

“Processo Penal. Habeas Corpus. Trancamento de Ação Penal. Matéria de prova. Atipicidade da conduta. Ocorrência. Ausência de justa causa demonstrada. Ordem concedida.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, juridicamente possível apenas quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a atipicidade dos fatos narrados ou a inexistência de indícios que o fundamentem, o que se constata nos presentes autos, ante a atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Tem-se por demonstrada a necessária ausência de justa causa à ação penal.

3. Vislumbra-se fundamento jurídico a ensejar a concessão do *writ*.

4. *Habeas corpus* concedido”. (HC 2008.01.00.021833-0/PA, Rel. Convocada Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, Quarta Turma, e-DJFI de 25/07/2008, p. 143).

No caso, entendo que está configurada hipótese extraordinária, a autorizar o trancamento da ação penal.

Consta dos autos que foi oferecida denúncia contra o paciente e Viviane de Moura Figueira Lopes,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

imputando-lhes a prática do delito previsto no art. 153, § 1º-A, do Código Penal, em decorrência dos seguintes fatos, a saber:

“Reportam os autos do presente inquérito policial que o primeiro e o segundo inculpados, em comunhão de desígnios, praticaram *dolosamente* o crime previsto no §1º – A do art. 153 do Código Penal.

Com efeito, a inculpada exercia diversas funções perante a Receita Federal, dentre as quais se destacam a recepção de documentos trazidos pelos contribuintes em atendimento a intimações da autoridade fiscal.

Os documentos que *Viviane* manuseava eram acobertados pelo sigilo fiscal, instituto que tem proteção em diversas normas legais, entre as quais citam-se, exemplificativamente, os arts. 116, VIII, da Lei 8.112/1990 e 198 do Código Tributário Nacional.

Depois de sua saída do quadro de pessoal da Receita Federal, *Viviane* ingressou com reclamatória trabalhista, mediante o auxílio técnico de *Ricardo*, perante a 1ª Vara do Trabalho em Uberlândia, em face de PH Serviços e Administração Ltda. e da União Federal.

No bojo dos autos, não obstante a proibição legal quanto à divulgação das informações contidas em tais documentos, *Viviane*, de posse da senha de acesso restrita aos servidores da Receita Federal, retirou livre e conscientemente várias cópias de documentos com informações acobertadas pelo sigilo fiscal, como declarações de contribuintes, intimações fiscais e notificações aos contribuintes.

Em comunhão de desígnios com a inculpada, *Ricardo* utilizou tais documentos, juntando-os aos autos da reclamatória, para fazer prova em favor da primeira inculpada, corroborando, assim, com a publicação indevida de tais informações.

Divulgando dolosamente e sem justa causa informações sigilosas em processo trabalhista, contidas em sistema de informações da Administração Pública, *Viviane de Moura Figueira Lopes* praticou o delito previsto no § 1º-A do art. 153 do Código Penal.

Por sua vez, *Ricardo Ferreira de Melo*, colaborando com os desígnios da primeira inculpada e *orientando-a técnica e juridicamente a cometer o ilícito acima descrito*, mediante a juntada de documentos que *sabia* serem sigilosos em processo exposto à publicidade, encontra-se também incurso nas penas do § 1º-A do art. 153, c/c o *caput* e do art. 62, I, do Código Penal.

Destarte, o Ministério Público Federal requer seja recebida e regularmente processada a presente,

citando-se os inculpados para interrogatório e demais termos do processo.” (fls. 62/63 – grifos meu).

Ato contínuo, o órgão acusador ofereceu proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995. Em 14/07/2008, foi recebida a denúncia e deferido o pedido ministerial de suspensão processual (fl. 67).

Na audiência admonitória, apenas *Viviane* aceitou a proposta, sendo suspenso o processo em relação à denunciada, pelo prazo de 2 (dois) anos, ocasião em que o paciente foi citado para a apresentação de defesa preliminar (fls. 75/76).

Descrita a situação fática, passo à análise da pertinência dos fundamentos apresentados pelo impetrante.

Na hipótese, a denúncia imputa, ao paciente e à co-ré, a divulgação dolosa de documentos com informações acobertadas pelo sigilo fiscal, como declarações de ajuste, intimações fiscais e notificações aos contribuintes.

O tipo penal imputado na peça acusatória está descrito no art. 153, § 1º-A, do Código Penal, que prevê a seguinte conduta: “divulgar, *sem justa causa*, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas por lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública”.

O sigilo fiscal é resguardado pela Constituição Federal, que protege o sigilo de dados e a intimidade, e pelo Código Tributário Nacional, em seu art. 198, que veda “a divulgação, por parte da Fazenda Pública e de seus servidores, de informação obtida em razão de ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios e atividades”. Ambos os dispositivos têm função integradora da norma penal em branco.

O núcleo do tipo incriminador, o verbo divulgar, exige que o conteúdo secreto seja difundido a um número indeterminado de pessoas, independentemente do meio escolhido pelo agente, por se tratar de delito de forma livre. Assim, segundo o saudoso Nelson Hungria, não é suficiente a transmissão a um número restrito de indivíduos, sendo necessária a “difusão extensiva (publicação pela imprensa, radiofusão, afixação em lugar público) ou pelo menos, exposição que torne possível o conhecimento de indeterminado número de pessoas” (*in* Comentários ao Código de Processo

Penal, vol. 6, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 242).

Verifica-se que a documentação, protegida por sigilo fiscal, utilizada na reclamatória trabalhista, restringiu-se ao âmbito das partes envolvidas no litígio, uma vez que determinada, pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia, a tramitação dos autos em segredo de justiça (fl. 26). Portanto, não atingiu a abrangência imposta pela figura típica.

Ademais, sendo o delito definido por um tipo anormal, é imprescindível a presença do elemento normativo, consubstanciado na expressão “sem justa causa”, a qual necessita de complementação valorativa de natureza jurídica.

Tem-se por “justa causa”, na lição de Nelson Hungria, “toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica”, tais como: “(a) o consentimento do interessado (pois se trata, na espécie, de direito disponível); (b) a faculdade de comunicação de crime de ação pública (art. 5º, § 3º, do Cód. de Proc. Penal); (c) o dever de testemunho em Juízo; (d) a defesa de direito ou interesse legítimo; (e) a comprovação de crime ou a sua autoria (art. 240, § 1º, letra f, do Cód. de Proc. Penal)”. (*op. cit.*, p. 243/244 – grifos meu).

Nessa linha, ensina Cezar Roberto Bittencourt (*in* Tratado de Direito Penal, vol. 2, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 441):

“Poderão justificar a divulgação de segredo, por exemplo, entre outras, as seguintes condições: *delatio criminis* (art. 5º, § 3º, do CPP); exercício de um direito (exibição de uma correspondência para comprovar a inocência de alguém; não há infração na conduta de quem, na defesa de interesse legítimo, junta aos autos de interdição documento médico de natureza confidencial); estrito cumprimento de dever legal (apreensão de documento em poder de alguém – art. 240, § 1º, letra f, do CPP); o dever de testemunhar em juízo (art. 206 do CPP); consentimento do ofendido (trata-se de direito disponível); ou qualquer excludente de criminalidade ou mesmo dirimentes de culpabilidade. Concluindo, *havendo justa causa para a divulgação de segredo, o fato é atípico; constitui constrangimento ilegal o indiciamento de agente em inquérito policial, sendo passível de habeas corpus*”. (sem grifos no original)

Sobre o tema, complementa Luiz Régis Prado, “admite-se como justa causa, por exemplo, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de di-

reito, o estado de necessidade que, *in casu*, funcionam como excludentes da própria tipicidade” (*in* Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2, 6ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 381). Veja-se, ainda, JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 153; CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 2, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 360.

No caso, penso que não houve a demonstração da presença do elemento normativo do tipo penal, a ausência de justa causa. Ao contrário, não há dúvida de que a apresentação dos documentos, extraídos do banco de dados da Receita Federal, teve por finalidade a defesa de interesse legítimo, a instrução de reclamatória trabalhista, conforme taxativamente reconhecido no seguinte trecho da denúncia:

“em comunhão de designios com a inculpada, Ricardo utilizou tais documentos, juntando-os aos autos da reclamatória, para fazer prova em favor da primeira inculpada, corroborando, assim, com a publicação indevida de tais informações”. (fl. 64).

Por conseguinte, a conduta do advogado, ora paciente, decorreu do exercício legal da sua profissão, a defesa dos direitos trabalhistas de sua cliente, em Juízo.

Além dos elementos do injusto penal, consistentes nas informações sigilosas ou reservadas, na divulgação do seu conteúdo e na ausência de justa causa, é imprescindível a existência do dolo, na medida em que não é prevista a modalidade culposa para o delito.

O dolo, como elemento subjetivo do tipo, é representado pela vontade livre e consciente de divulgar o conteúdo de documento confidencial. Para tanto, o agente deve ter conhecimento da ilegitimidade de sua conduta e da qualidade confidencial do conteúdo divulgado (Bittencourt, *op. cit.*, p. 442 e Capez, *op. cit.*, p. 361).

Contudo, diante das considerações acima expostas, tenho que a conduta foi dirigida à proteção de interesse trabalhista, sem a intenção de divulgar segredo, nem o conhecimento da ilegitimidade da conduta e da confidencialidade do conteúdo divulgado, conforme, aliás, reconhece o Ministério Público Federal, na manifestação do ilustre Procurador Regional da República Luiz Francisco Fernandes de Souza, *litteris* (fl. 82):

“6. A Sra. Viviane, cliente do advogado Ricardo Ferreira de Melo, não sabia que os documentos eram sigilosos. O advogado também não sabia do caráter sigiloso dos documentos. Aceitar o processo

contra o advogado é admitir a modalidade culposa do crime de divulgação de informações sigilosas, o que não foi previsto pelo art. 153 do Código Penal. Como o direito penal brasileiro só admite a modalidade culposa quando expressamente prevista em lei, não é possível o prosseguimento da ação penal contra o paciente”.

7. Ademais, a Receita Federal ofereceu representação apenas contra a Sra. Viviane, nada disse a respeito do Sr. Ricardo Ferreira de Melo. Como bem destacou o paciente: ele não foi objeto da representação pela autoridade administrativa e nem foi indiciado pela autoridade policial. Os fatos imputados ao paciente decorrem do exercício legal da profissão. O objetivo do advogado era defender os interesses trabalhistas da Sra. Viviane.

8. O Advogado, Dr. Ricardo, não cometeu crime algum. Apenas ajuizou uma ação anexando as provas documentais entregues pela cliente. No máximo, caberia ao juiz colocar os autos sob sigilo, como realmente fez. A Sra. Viviane é uma trabalhadora que laborou na Receita, com desvio de função. A coitada foi forçada a aceitar o SURSIS processual. No entanto, mesmo a Sra. Viviane não cometeu crime, pois tinha direito de pleitear seu direito trabalhista. Se houve erro, foi o da Receita, ao admitir que empregados terceirizados trabalhem com desvio de função, compulsando documentos fiscais. O Dr. Ricardo e a Sra. Viviane não divulgaram documento algum. Não cometeram crime algum.” (fls. 82/83)

Logo, ausentes os elementos indispensáveis à configuração do tipo penal, deve ser reconhecida a atipicidade absoluta da conduta e, conseqüentemente, determinado o trancamento da ação penal.

Por fim, considerando o entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que “a suspensão do processo, operada a partir do disposto no art. 89 da Lei 9.099/1995, não obstaculiza impetração voltada a afastar a tipicidade da conduta” (STF, HC 85.747-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJU de 14/10/2005), adotado também no âmbito do STJ e desta Corte (HC 46.880/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma do STJ, julgado em 15/08/2006, DJU de 04/09/2006; HC 2007.01.00.048395-5/MG, Rel. Convoado Juiz Federal Saulo Casali Bahia, Terceira Turma do TRF 1ª Região, DJU de 30/11/2007), entendo que a ordem concedida deve ser estendida a Viviane de Moura Figueira Lopes, em relação à qual foi suspenso o processo, pelo prazo de dois anos, mediante o cumprimento das seguintes condições (fls. 65/66 e 74/76):

“a) proibição de ausentar-se da comarca de Uberlândia sem autorização do juiz;

b) fornecimento mensal de cestas básicas, no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), durante o período de avaliação de dois anos, em favor de entidade beneficente a ser designada pelo juízo”. (fl. 65).

De fato, “*não havendo sequer elemento para oferecimento da denúncia, não é lícito ao Estado propor qualquer tipo de restrição*” à denunciada (HC 46.880/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma do STJ, julgado em 15/08/2006, DJU de 04/09/2006).

Assim, considerando que a presente decisão fundamenta-se em elementos comuns a ambos os denunciados, e não em motivos de caráter exclusivamente pessoal, deve ser aproveitada ao outro, nos termos do que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, concedo a ordem impetrada, para determinar o trancamento da Ação Penal, em relação ao paciente Ricardo Ferreira de Melo, com extensão à denunciada Viviane de Moura Figueira Lopes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto.

Voto Vogal

O Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:
— Senhor Presidente, penso que, concretamente, não há o dolo para o tipo levantado na denúncia. Fui olhar no Delmanto e há uma jurisprudência em um caso muito parecido, quando trata de justa causa, e a jurisprudência levantada aqui é que “não pratica delito do art. 153 o advogado que junta documento médico confidencial para instruir ação judicial, pois, havendo justa causa, o fato é atípico”. Na verdade, não é o dolo de dar publicidade a esses documentos; eles foram usados para um fim específico que não se destina à publicidade. A experiência tem me mostrado que a aceitação de suspensão condicional de processo não traz em si, subjacente, nenhuma conotação de admissão de culpabilidade, não é isso que, realmente, tenho visto. Acompanho completamente a Relatora.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2004.38.02.000772-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz

Apelante: Fernando Abdanur

Advogados: Dr. Silvano Lacerda e outros

Apelada: Justiça Pública

Procuradora: Dra. Daniela Batista Ribeiro

Divulgação: e-DJF1 de 01/09/2008

Publicação: 02/09/2008

Ementa

Penal. Processual Penal. Art. 171, § 3º, do CP, c/c o art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996. Sentença absolutória em relação a crime de estelionato. Esterilização cirúrgica. Desacordo com a lei. Manifestação de vontade. Ofensa ao bem jurídico tutelado. Não configuração. Recurso de apelação provido.

I – O réu foi absolvido em primeiro grau do crime de estelionato, sob o fundamento de “ausência de tipicidade material”.

II – Em que pese inexistir autorização por escrito, a esterilização ocorreu de forma voluntária, à medida que a paciente autorizou verbalmente seu médico a realizar a laqueadura de trompas, conforme se infere de seu depoimento nos autos.

III – A absolvição do acusado, com fundamento na ausência de tipicidade material, também para o segundo delito (art. 15, parágrafo único, I, da Lei 9.263/1996), é perfeitamente possível, à medida que, embora a conduta do réu tenha sido formalmente típica, esta não causou nenhuma ofensa intolerável ao bem jurídico tutelado pela legislação penal.

IV – Apelação provida para absolver o réu do delito previsto no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.236/1996, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 12/08/2008.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Ney Bello*: — Cuida-se de apelação interposta por Fernando Abdanur, já devidamente qualificado nos presentes autos, contra a sentença de fls. 400/419, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para absolver o acusado das sanções previstas no art. 171, §

3º, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do CPP, e condenar pela prática do delito previsto no art. 15 da Lei 9.263/1996, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto (art. 33, § 2º, “c”, do CP), e 46 (quarenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário

mínimo vigente à época do fato, atualizado monetariamente. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal foram acolhidos (fls. 426/427) para declarar a existência de erro material na sentença, sem, contudo, alterar a pena definitivamente imposta ao réu.

Inconformado, o apelante requer, em síntese, em suas razões de apelação (fls. 439/442) a sua absolvição, sob o argumento de que não praticou crime, e que agiu em conformidade com o disposto no art. 10 da Lei 9.263/1996. Afirma que apesar de não existir autorização por escrito, a laqueadura foi realizada em virtude de pedido oral, sendo certo que a paciente preenchia os requisitos legais para a intervenção cirúrgica.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 445/446.

A PRR 1ª Região, nesta instância, opinou pelo provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Esse é o teor do requerimento ministerial, iniciando o feito:

O Ministério Público Federal, pela Procuradora da República que esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais (art. 129, I) e legais (Lei Complementar 75/1993, art. 6º, V), vem oferecer denúncia em face de

Fernando Abdanur, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade M-1.279.536-SSP/MG, inscrito no CPF sob n. 389.365.936-68, natural de Uberaba/MG, nascido em 04/12/1960, filho de Fued Abdanur e de Marilda Batituci Abdanur, residente na Rua Elias Ferreira 107, bairro Cidade Jardim, em Uberaba/MG;

pelos fatos delituosos que passa a expor.

No dia 07/03/1999, Vanusa Elisete Luís Mendonça Santana deu entrada junto ao Hospital Vera Cruz, em Uberaba/MG, uma vez que entrara

em trabalho de parto, contando com aproximadamente nove meses de gestação.

Ressai do anexo procedimento investigativo que Vanusa Elisete foi atendida pelo denunciado, uma vez que fizera todo o pré-natal com referido médico. Procedendo o atendimento e internação de Vanusa naquele nosocômio, o denunciado preencheu o laudo médico para emissão de AIH fazendo constar que a paciente foi submetida a parto normal, tendo referida AIH (n. 209485095-6 – fl. 36) sido emitida pelo Hospital Vera Cruz com o código de procedimento n. 35001011, equivalente ao processo de parto normal. Ocorre, no entanto, que a paciente na realidade foi submetida a parto cirúrgico (cesariana) e laqueadura de trompas, conforme afirmado pela própria Vanusa (fls. 51 e 118) e confirmado pelo denunciado (fls. 57 e 136).

Tais fatos vieram a tona em razão da carta emitida pelo SUS à paciente (fl. 32), dando conta que ela fora submetida a parto normal ao custo de R\$ 194,78. Ocorre, no entanto, que a paciente pagou ao denunciado a importância de R\$ 530,00, referente ao parto cirúrgico (cesariana) e laqueadura de trompas, os quais foram realizados na mesma ocasião.

Como se pode ver, o denunciado inseriu declaração falsa no laudo para emissão de AIH, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, pois o Sistema Único de Saúde pagou o procedimento como sendo parto normal quando na realidade a paciente foi submetida à cesariana e laqueadura de trompas. Nesse aspecto, note-se a declaração do médico auditor do SUS ao afirmar que tais práticas provocam “alterações nos índices de cesarianas do município com todas as suas complicações, laqueaduras de trompas não registradas, atos anestésicos idem e um prontuário médico que não reflete a realidade da assistência efetuada no paciente.” (fl. 65).

Não obstante tais fatos, incorreu o denunciado na figura típica descrita no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996, uma vez que no dia 07/03/1999, por ocasião de parto cesáreo efetuado na paciente Vanusa Elisete Luís Mendonça Santana, também realizou esterilização cirúrgica (laqueadura de trompas) na mesma.

A autoria é patente, ante a confissão do acusado por ocasião de suas declarações à autoridade policial (fls. 137/137), quando afirmou que “realmente operou Vanusa Elisete Luís de Mendonça Santana no dia 07/03/1999 tendo feito duas cirurgias, sendo uma de cesariana e outra de ligadura de trompas”. Corroboram, ainda, os depoimentos de fls. 88, 118 e 128.

A materialidade ressei do procedimento administrativo instaurado pela auditoria médica

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada). Afastado, justificadamente, por motivo de defesa de tese de Doutorado, o Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes.

da Secretaria de Saúde (fls. 14/77), onde consta o prontuário da paciente (fls. 45/46) indicando que a mesma foi submetida a parto cesariano e laqueadura de trompas, bem assim, a Autorização de Internação Hospitalar (fl. 36) indicando o procedimento parto normal custeado pelo SUS.

Assim agindo, o denunciado livre e conscientemente fez constar informação falsa no laudo para emissão de AIH, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, além de ter realizado esterilização cirúrgica (laqueadura de trompas) na paciente Vanusa Elisete Luis Mendonça Santana na mesma ocasião em que efetuara o parto cesáreo na aludida paciente, incorrendo, portanto, na conduta típica descrita no art. 299 do Código Penal c/c o art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996 na forma do art. 69 do Código Penal.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer seja recebida e atuada a presente denúncia contra Fernando Abdanur, pela incidência comportamental prevista no art. 299 do Código Penal c/c o art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996, na forma do art. 69 do Código Penal, instaurando-se, por consequência, a competente ação penal, citando-se o mesmo para interrogatório, e demais atos processuais, até sentença final condenatória, que se espera, ouvindo-se as testemunhas ao final arroladas, sobre os fatos aqui narrados, sob as penas da lei, de tudo ciente este órgão.” (fls. 2A/5A).

Processada a causa, a juíza assim a decidiu:

3. Do Mérito

a) Do Delito de Estelionato

A materialidade do delito ficou comprovada através do Processo Administrativo 002/2000-SUS (fls. 12/78), especialmente, pela carta de fl. 32, pelo recibo de fl. 53 e o laudo médico de fl. 35, cujo original foi juntado às fls. 214, bem como pelos depoimentos de fls. 191/193, 208, 223/224, que confirmam a realização, na verdade, de cesariana, e não de parto normal.

A autoria, por sua vez, também restou indubitosa.

O réu, em sede administrativa, policial e judicial, assim esclareceu os fatos:

“(…) O procedimento real efetuado na Sra. Vanusa foi uma cesariana, o que confirmou após rever suas anotações pessoais (o que não havia feito antes do primeiro depoimento) (…).” (fl. 57).

“(…) *Que*, pode precisar que a mesma foi internada no Hospital Santa Helena para parto, e foi realizado na mesma cesariana; *Que*, então acredita o declarante que houve desencontro de informações, e a Sra. Vanusa foi cobrada pelos serviços prestados pelo declarante, e o SUS também pagou pela cirur-

gia e todo o atendimento disponibilizado à mesma (…); *Que*, foi o declarante quem preencheu a ficha de Vanusa para cobrança junto ao SUS, mas salienta que ‘a ficha dela ficou junto com a das pacientes do SUS e como atende muitos pacientes não se recordou que já tinha cobrado da mesma por seus serviços particulares (…)’ (fls. 96 e 96V).

“(…) *Que* o interrogado realmente operou Vanusa Elisete Luis de Mendonça no dia 07/03/1999 tendo feito duas cirurgias, sendo uma de cesariana e outra de ligadura de trompas; *Que* o interrogado preencheu AIH 20948095-6, de fl. 35 dos autos, reconhecendo como sua a caligrafia nela constante, tendo o SUS pago a importância de R\$ 194,78 efetivamente recebido (…).” (fls. 137/138).

“(…) procedeu à uma cesariana na Sra. Vanusa Elisete, provavelmente em março de 1999; fez pré-natal em Vanusa Elisete, não sabendo precisar a partir de que mês de gestação; que recebeu uma certa importância de Vanusa Elisete para fazer o parto cesariana mais a ligadura de trompas, mas não sabe precisar o valor em razão do tempo já passado; que ofereceu e a Sra. Vanusa recebeu uma certa importância em dinheiro para fins de devolver aquilo que recebera dela; que a guia do SUS, relativa ao parto, foi encaminhada ao órgão público erroneamente (…), que foi o próprio depoente que, por engano, preencheu o laudo médico que mais adiante gerou guia de solicitação de pagamento ao SUS; preencheu referido laudo mencionando parto normal em vez de cesária por engano (…); que acertou com Vanusa Elisete ‘um pacote mais em conta, contemplando a cesariana e a laqueadura’ (…).” (fls. 191/192).

A testemunha Vanusa Elisete Luis Mendonça Santana informou que combinou previamente e pagou, mediante convênio, ao réu, pelo parto cesariana e laqueadura de trompas, recebendo, ao depois, correspondência do SUS indicando o pagamento de parto normal ao réu:

“(…) Tem um plano de saúde cartão Santa Helena onde por ele paga por ano quatro parcelas de R\$ 25,00 reais, sendo que a cada visita pré-natal teve que pagar R\$ 30,00 reais correspondentes a meia consulta. Fez o pré-natal com o Dr. Fernando Abdanur, em seu consultório. Próximo aos dias da internação, ocorrido em 07/03/1999 foi combinado entre a depoente e seu médico, que a cesariana e a ligadura de trompas ficaria em R\$ 530,00 reais, já que a paciente possuía cartão Santa Helena. (…) Que a depoente pediu o recibo do valor entregue ao hospital e este não lhe foi fornecido nem pelo médico e nem pelo hospital. Quando o médico lhe disse o valor que cobraria, este falou que seria para o pagamento da equipe e médica (anestésista, pediatra e parte do hospital). Ficou em quarto particular (…).” (fl. 18).

“(…) foi internada no dia 07/03/1999, para cirurgia cesariana e ligadura de trompas, cirurgias estas as quais se submeteu no mesmo dia (...); No início do mês de julho foi procurada pelo Dr. Fernando Abdanur para fazer um acordo de 300,00 reais, que aceitou, indo ao hospital Santa Helena no dia seguinte, onde recebeu no escritório da diretoria este valor, tendo assinado recibo do qual apresenta cópia (...)” (fls. 51/52).

“(…) *Que*, saliente que o parto de seu filho do dia 07/03/1999 foi parto Cesariana; *Que*, diante do acordo que fez com o Sr. Fernando Abdanur, deseja que o presente inquérito não tenha continuidade (...)” (fl. 90).

“(…) *Que* a depoente no ano de 1999 se submeteu a duas cirurgias, uma para fazer cesariana e outra ligadura das trompas; (...) *Que* a depoente já possuía um plano de saúde particular com o próprio Hospital (‘Cartão Saúde Santa Helena’) e mesmo assim o Dr. Fernando Abdanur cobrou ainda mais a importância de R\$ 500,00, pelas duas cirurgias; *Que* passado cerca de 2 meses das cirurgias a depoente, recebeu em sua casa uma carta do SUS informando que o Hospital estava cobrando ao Ministério da Saúde as importâncias, de suas cirurgias e pedindo informação se tinha corrido tudo bem; *Que* a depoente então ficou indignada em ficar sabendo que o Ministério da Saúde estava pagando as cirurgias uma vez que a mesma já tinha pago pelas mesmas o valor de R\$ 500,00, tendo então ligado para o telefone que estava na carta onde recebeu orientação para comparecer perante o SUS desta cidade, o que fez; (...) *Que* a depoente recebeu anestesia peridural; *Que* posteriormente o Dr. Fernando Abdanur chamou a depoente em seu consultório no Hospital Vera Cruz e lhe devolveu R\$ 300,00 (...)” (fl. 119).

“(…) a depoente confirma que no dia 7 de março de 1999, no Hospital Vera Cruz nesta cidade foi submetida a uma cesariana e, concomitantemente, no mesmo ato, também foi submetida a uma laqueadura, sendo que ambos os procedimentos cirúrgicos foram realizados pelo acusado. Segundo a depoente, por todo o trabalho médico, pagou o valor correspondente a seiscentos reais, diretamente ao acusado. Depois de um mês, a depoente recebeu a carta de fl. 32, expedida pelo Ministério da Saúde, na qual foi-lhe comunicado o pagamento de R\$ 194,78 ao acusado pela realização de um parto normal, na mesma data em que nasceu a sua filha Jéssica. Em consequência disso, a depoente procurou o Ministério da Saúde, para esclarecer a situação, sendo posteriormente ouvida em sindicância administrativa. A depoente procurou o Hospital e o acusado, oportunidade te último devolveu-lhe trezentos reais, mediante acordo; (...) a depoente informa que todo o procedimento foi realizado me-

dante convênio firmado com o próprio Hospital Vera Cruz (...)” (fls. 223/224).

As testemunhas arroladas pela defesa se limitaram a trazer informações a respeito da conduta pessoal do acusado, não carreando aos autos nenhum dado novo quanto aos fatos ora apurados.

Constata-se, pelas provas colhidas durante a instrução do feito, que a cesariana de Vanusa foi patrocinada pelo convênio mantido com o Hospital Santa Helena, acrescido de parcela paga por ela ao acusado. Posteriormente, foi preenchido laudo médico e emitida a respectiva AIH referente a parto normal, por ser mais simples e não necessitar de maiores esclarecimentos para a sua indicação (fl. 107), o que ensejou o pagamento, através de recursos pertencentes ao SUS, de procedimento não realizado pelo médico.

Inverossímil a alegação do acusado de que a guia do SUS, relativa ao parto, foi encaminhada ao órgão público erroneamente, pois “preenchia conjuntamente as guias de pacientes do sistema de saúde e daqueles atendidos de modo individualizado, mediante pagamento de honorários (paciente particular)”.

Ora, cumpre tecer as seguintes considerações: o réu acompanhou todo o pré-natal de Vanusa, por vários meses, procedeu ao parto cirúrgico, pelo convênio do Hospital, e, no mesmo dia, preencheu Laudo Médico de Emissão de AIH, exclusivo de pacientes do SUS, anotando a realização de parto normal inexistente, e, ainda, negando-se a dar recibo de seus honorários, por mero equívoco? Tal versão não se me apresenta plausível e digna de credibilidade.

A opção por indicação de parto normal, consoante depoimento da testemunha Luiz Carlos Rodrigues da Cunha, auditor responsável por averiguar os fatos administrativamente, deveu-se ao fato de que para o preenchimento de Laudo Médico para emissão de AIH referente a uma cesariana, o acusado ‘precisaria justificar porque optou em fazer o parto cirúrgico, colocando o código correto no campo “procedimento cirúrgico” (...)’ (fl. 107).

Esclarece a referida testemunha que a Autorização de Internação Hospitalar – AIH não demonstra a verdade dos fatos, pois foi emitida com base no Laudo Médico falso, cujo preenchimento é obrigatório para a emissão de AIH, em caso de paciente do SUS, acrescentando que “(...) quando o paciente é atendido pelo SUS o médico nada lhe pode cobrar a título de complementação, e quando o paciente é atendido ou internado como particular o médico não pode emitir a AIH, conforme Resolução 283/91-Inamps, hoje SUS (...)”.

Com efeito, não houve complementação, mas cobrança em duplicidade, eis que o preenchi-

mento da AIH nem deveria ter sido efetuado — só o foi, ante a informação falsa emitida pelo laudo de fl. 214, com a finalidade de se obter vantagem ilícita, em detrimento do SUS. Impende observar, inclusive, que o laudo médico contendo informação falsa é de preenchimento exclusivo para emissão de AIH.

O que se dizer, ainda, da falta de prontuário médico, folha de sala de cirurgia, comprovação de ato anestésico, anotações conflitantes e rasuras? Como justificar a rasura no Relatório de Enfermagem de fl. 45, senão para encobrir a falsa notícia de parto normal, considerando que o atendimento da enfermagem é realizado diretamente à paciente.

Ressalte-se que o próprio acusado confirmou ter recebido do SUS o valor de R\$ 194,78 (cento e noventa e quatro reais e setenta e oito centavos), relativos ao parto normal não realizado (fls. 137/138).

Com efeito, a denúncia se refere ao crime do art. 171, § 3º, do Código Penal Brasileiro, com a seguinte dicção:

“Art. 171 Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º A pena aumentar-se-á de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.”

O crime caracteriza-se como um fato típico, ilícito e culpável, exigindo-se assim, que a conduta do agente esteja descrita na norma incriminadora e que inexistam justificativa ou causa de exclusão da ilicitude, bem como requer a presença dos elementos integrantes da culpabilidade.

A tipicidade da conduta requer a concorrência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, isto é, além da ação material praticada pelo agente, há de se agregar o elemento psíquico, representado pelo dolo ou pela culpa.

O dolo, que consiste na vontade livre e consciente de praticar a conduta tipificada como criminosa, manifestou-se claramente, *in casu*, conforme já amplamente demonstrado.

A alegação do acusado de que tudo decorreu de um engano, não procede, eis que os depoimentos da vítima Vanusa e do Auditor do Ministério da Saúde, trazem aos autos esclarecimentos relevantes para o deslinde da questão, consoante explanado acima.

Não há dúvida de que o réu, visando ao recebimento de um plus, ao utilizar-se de meio fraudulento, consistente no falso preenchimento do

Laudo Médico, induziu em erro o SUS, obtendo vantagem ilícita em prejuízo do erário.

Não se me afigura plausível a argumentação do acusado, uma vez que o conhecimento do ilícito praticado e a intencionalidade de sua conduta são perfeitamente delineados nos autos, o que traduz a presença do dolo.

É que, ao preencher o laudo médico com informações falsas, relativas ao parto normal não realizado, ele tinha plena consciência de seus atos, mesmo sabendo o caráter criminoso de sua conduta, expressou claramente, através de sua atitude, a sua vontade em persistir no comportamento ilícito.

Todavia, a mera justaposição da conduta sobre a descrição legal não é suficiente para configurar a sua tipificação, eis que há que se perquirir acerca da denominada tipicidade material, ou seja, se do comportamento do agente adveio efetiva afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A doutrina moderna tem esposado a tese de que o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais, e per esta razão, deve necessariamente possuir um conteúdo social próprio, existente antes mesmo de nascedouro da norma penal. Para Jescheck, “o bem jurídico, como pedra angular da estrutura dos tipos penais, permite as condições necessárias para a classificação e formação dos diversos grupos de tipos penais”.

Para a configuração do delito há que se verificar a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal que, *in casu*, trata-se de valores pertencentes ao SUS. É o que denominamos de tipicidade material. Não basta a justaposição da conduta praticada pelo agente sobre a descrição contida na lei penal para justificar a deflagração da ação penal, já que a tipicidade formal nada vale sem a efetiva afetação do bem jurídico que autoriza a intervenção estatal, através da incidência do direito penal na esfera da liberdade do indivíduo.

Se, na espécie, a cobrança do valor pertencente ao tesouro estatal é por ele próprio dispensada, consoante as determinações das Leis 9.469/1997, 10.522/2002 e 11.033/2004, não há dúvidas de que se refere à importância mínima, cujo extravio não é suficiente para afetar o bem jurídico tutelado pelo art. 171, § 3º, do Código Penal, afastando, assim, a tipicidade material da conduta atribuída ao indiciado.

Quanto ao prejuízo sofrido pela vítima Vanusa, observo que ela própria admite que o acusado ressarciu a maior parte do valor pago indevidamente, o que enseja a aplicação do princípio da bagatela também em relação a este delito.

Nesse sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. É indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade. Com base em um enfoque de modernização da Justiça Criminal, não mais se discute que os responsáveis por lesões aos bens jurídicos só devem ser submetidos à sanção criminal quando esta se torna indispensável à adequação da justiça e à segurança dos valores da sociedade. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significância social do fato.’

Os Tribunais vêm se posicionando neste sentido, ao entenderem pela ausência de afetação do bem jurídico, a saber:

Penal. Processual Penal. Recurso Criminal. Estelionato. Seguro-Desemprego. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Possibilidade.

1. Não há que se falar na configuração de crime de estelionato, se a conduta tida por delitosa consistiu no recebimento fraudulento de seguro-desemprego no valor de R\$ 370,32.

2. Afigura-se, portanto, juridicamente aplicável, no caso, o princípio da insignificância, face o valor irrisório recebido fraudulentamente.

3. Recurso criminal improvido. (TRF 1ª Região, 4ª Turma, RCCR 1998.01.00.015390-0/DF, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ05/09/2005, p. 129).

Assim, a insignificância da lesão provocada pela conduta do acusado ao bem jurídico tutelado pela lei desautoriza a atuação do direito penal na esfera da liberdade do indivíduo, o que se justifica por força do princípio da intervenção mínima, consoante Luiz Flávio Gomes:

‘... o Direito tem condições de oferecer aos bens uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal, etc. A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, ao estritamente necessário (nesse ponto o princípio da intervenção mínima coliga-se com o princípio da proporcionalidade, como veremos). Ataques ínfimos, irrisórios, devem ser regidos pelo princípio da insignificância (leia-se: são atípicos – STJ, RHC 4.311, rel. Vicente Cernicchiaro, DJLI 19/06/1995). O princípio da insignificância tem como fundamento a fragmentariedade do Direito Penal. Não é exatamente a mesma coisa que intervenção mínima, senão uma manifestação dela.’

Ausente a tipicidade material, a conduta do acusado não se constitui em fato típico, não sendo, para tanto, necessário perscrutar-se sobre a presen-

ça dos demais elementos do crime, o que leva à sua absolvição.

b) Do delito do art. 15, parágrafo único, I, da Lei 9.263/1996.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada nos autos, por meio do Processo Administrativo 002/00-SUS (fls. 12/78), inclusive pela resposta à carta do SUS e recibo de reembolso (fls. 33 e 53), pelas declarações prestadas pelo réu (fls. 30, 137/138 e 191/193), e pela prova testemunhal fls. 18/19, 107 e 223/224.

A autoria, também, se apresenta irrefragável.

O acusado confessou ter procedido “à uma cesariana na Sra. Vanusa Elisete”, informando ter recebido uma certa importância ‘para fazer o parto cesariana mais ligadura de trompas’. Alega que ‘durante o acompanhamento do pré-natal, Vanusa Elisete manifestou interesse na laqueadura de trompas’, não tendo apresentado, no entanto, documento escrito autorizando-o a realizar tal procedimento.

Os arts 10 e 15 da Lei 9.623/1996, cuja incidência se afirma para o caso, tem a seguinte dicção:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da

laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. (destaquei).

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I – durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

Verifica-se que é vedada qualquer forma coercitiva de esterilização, tanto por parte de instituições oficiais, como privadas. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.263/1996 é enfático ao proibir a utilização do planejamento familiar para qualquer tipo de controle demográfico.

A lei proíbe a esterilização de mulheres durante o estágio de parto ou aborto, ‘exceto nos casos de comprovada necessidade’, o que não ocorre no caso *sub judice*. A esterilização voluntária é permitida pelo mencionado diploma legal somente a homens e mulheres capazes, maiores de 25 anos de idade ou que, pelo menos, já tenham dois filhos vivos. Os requisitos ‘idade’ e ‘número de filhos’ não são cumulativos. Basta um ou outro.

No entanto, a pessoa interessada na esterilização obrigatoriamente, antes da cirurgia, deverá se inscrever num programa de planejamento familiar para, durante dois meses, receber informações sobre várias formas de evitar a gravidez. Caso a pessoa opte, em sã consciência, pela esterilização, terá que expressar sua vontade, por escrito, assim como o seu cônjuge, e os médicos deverão comunicar ao Ministério da Saúde todas as cirurgias de esterilização que procederem.

Mister se faz destacar, novamente, que, se a pessoa interessada em submeter-se a esterilização for casada, como na espécie, indispensável será o consentimento de ambos os cônjuges, para que a cirurgia se realize.

José Henrique Pierangeli, antes mesmo da promulgação da Lei 9.263/1996, sustentava ser imprescindível o consentimento de ambos os cônjuges para a realização da cirurgia, sob o argumento de que a capacidade procriativa não constitui bem estritamente individual, mas, sim, bem comum do casal.

Para completar, toda esterilização cirúrgica deve ser objeto de notificação compulsória à direção do SUS, sendo do obstetra este encargo.

Como ato voluntário, a falta da documentação comprobatória da opção da paciente e de seu cônjuge pode sugerir que a intervenção cirúrgica é resultante de induzimento ou instigação do próprio médico.

Do exposto, constata-se, no caso sob apuração, amplamente demonstrada a concorrência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, traduzindo, pela prova coligida, a perpetração do delito previsto no art. 15 da Lei 9.623/1996, atribuído ao acusado.

A conduta atribuída ao réu se justapõe, com perfeição, ao tipo penal supramencionado, confirmando-se o elemento subjetivo do tipo (dolo), em face da inegável consciência de que sua conduta é prevista como delito, pela norma penal, fato este, inclusive, confessado nos seguintes termos:

“(…) não sabe informar se em relação à paciente Vanusa Elisete tem documento escrito autorizando-o a fazer o procedimento de laqueadura de trompas, sendo necessário consultar seus arquivos; é certo que, em relação a outras pacientes, tem referida autorização; (...) que observa a regra segundo a qual a laqueadura deve ser iniciativa da paciente, exceto nos casos de patologia (...)” (fl. 192).

Não prospera a alegação de que não restou configurado o delito, pois além de não existir nos autos prova da autorização escrita para se efetuar a esterilização, é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, o que não se configura na espécie.

O dolo, *in casu*, se configura em face do dever que incumbe ao indivíduo, no sentido de se informar sobre o exercício de determinada profissão, que, na espécie, é a de médico obstetra. O acusado, ao escolher o exercício de sua profissão, especialmente por lidar diariamente com a vida e a saúde humana, possui o dever de se informar acerca de toda a legislação que regulamenta a sua atuação, não se eximindo, portanto, de sua responsabilidade sob a alegação do desconhecimento da lei.

Ausentes causas de exclusão da ilicitude, verifico, ainda, que a imputabilidade do acusado é patente. Configuram-se, também, como elementos da culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Por conseguinte, ao violar disposição expressa de lei que estabelece os requisitos necessários ao procedimento médico em questão, o acusado debandou da normalidade jurídica exigida para o

exercício de direito assegurado no ordenamento pátrio, amoldando-se à figura típica traçada no art. 15 da Lei 9.263/1996.

III – *Dispositivo*

Ante o exposto, à vista da fundamentação expendida, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal veiculada na denúncia, motivo porque *absolvo* o acusado *Fernando Abdanur*, devidamente qualificado nos autos, das sanções previstas no art. 171, § 3º, do Código Penal, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP; e *condeno-o* nas penas do art. 15 da Lei 9.263/1996.

Atenta ao comando dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, passo à dosimetria das penas da acusada, fazendo-o consoante os fundamentos a seguir expostos.

Culpabilidade, devidamente comprovada, merece reprovação, em grau médio.

Antecedentes penais maculados (fls. 175, 182, 184/186, 189, 198/199, 204, 219/220 e 251/254).

A despeito dos fatos, possui *conduta social* satisfatória, o que se depreende através do depoimento das testemunhas ouvidas durante a instrução criminal (fls. 225/228).

Possui personalidade de pessoa comum, denotando ter plena capacidade de discernimento, especialmente pela sua condição de médico, possuindo educação superior, o que não é compartilhado pela grande maioria dos brasileiros.

Os *motivos* da infração são desfavoráveis, considerando-se a natureza do crime e o desprezo pelas disposições expressas em lei.

As *circunstâncias* são desfavoráveis, já que o acusado agiu abusando da credulidade da paciente e de seu esposo.

As *conseqüências* dos crimes são graves, já que a reversão da laqueadura de trompas é praticamente impossível, o que dificulta a procriação da família.

Diante de tais circunstâncias, fixo, para o crime do art. 15 da Lei 9.263/1996 – a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Incide, na espécie, a atenuante relativa à confissão espontânea, motivo pelo qual, com fulcro no art. 65, III, “d”, do Código Penal, diminuo a pena em 4 (quatro) meses, restando em 2 (dois) anos. Ausentes circunstâncias agravantes e causas de diminuição de pena, deverá incidir, ainda, o acréscimo de 1/3 (um terço), por força da causa de aumento de pena prevista no § 3º do mesmo dispositivo legal, ou seja, 8 (oito) meses, totalizando 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a qual torno definitiva.

A pena de multa, em proporção à punição antes aplicada, é fixada em 40 (quarenta) dias-

multa, atenuada pela confissão espontânea, motivo pelo qual, com fulcro no art. 65, III, “d”, do Código Penal, diminuo a pena em 5 (cinco) dias, restando em 35 (trinta e cinco) dias-multa, e acrescida de 1/3, por força da causa de aumento de pena, o que resta no total de 46 (quarenta e seis) dias-multa, sendo o dia-multa correspondente ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizado monetariamente.

Da Substituição da Pena Privativa de Liberdade pela Restritiva de Direitos:

Nos termos do art. 44, inciso I, do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 9.714/1998, “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (...)”.

No caso dos autos, o acusado Fernando Abdanur foi condenado, em concurso material, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 46 (quarenta e seis) dias-multa, em infração cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, estão presentes os requisitos objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

De acordo, ainda, com o inciso III, do citado art. 44, CP, com a redação introduzida pela Lei 9.714/1998, a substituição somente será feita quando ‘a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente’.

Pois bem, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, CP, já analisadas, encontram-se também presentes os requisitos subjetivos exigidos para a substituição da pena.

Além do mais, o acusado preenche os requisitos do inciso II, art. 44, CP, redação dada pela Lei 9.714/1998, pois não há nos autos prova de que seja reincidente na prática de crime doloso.

Diante disso, com fulcro nos arts. 43, incisos I e IV, 44, incisos I, II e III, e § 2º, do Código Penal, redação dada pela Lei 9.714/1998, substituo a pena privativa de liberdade imposta ao acusado Fernando Abdanur por duas restritivas de direitos, assim estabelecidas:

a) prestação de serviços à comunidade pelo período de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, que deverá ser cumprida na forma a ser disciplinada pelo Juízo da Execução Penal;

b) doação de uma cesta básica mensal, pelo tempo integral da condenação, no valor individual de 1 (um) salário-mínimo, a ser revertida em prol

de entidade assistencial designada pelo Juízo da Execução Penal.

A jornada mensal e diária para a respectiva prestação de serviço, nunca inferior a 8 (oito) horas semanais, deverá ser estabelecida em conjunto e de comum acordo com o acusado, de modo a não lhe prejudicar suas atividades normais de trabalho, nos termos do art. 46 e seus parágrafos, do Código Penal.

No caso de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, estabelecido o regime aberto para o início do cumprimento da pena (CP, art. 33, § 2º, letra “c”).

Custas processuais pelo condenado (art. 804, CPP).

O condenado poderá apelar em liberdade.

Transitada em julgado esta sentença, o condenado Fernando Abdanur terá o seu nome lançado no rol dos culpados (art. 393, II, CPP e art. 5º, LVII, CF/1988), com a observância, ainda, das disposições contidas no art. 15, inciso III, da Constituição Federal.

Oficie-se o Juízo da 1ª Vara Criminal desta Comarca, informando-o desta sentença, relacionada aos fatos apurados nos autos 701.01.011.306-9.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (fls. 407/419).

Aprecio o recurso.

Narra a denúncia que Fernando Abdanur, ora apelante foi denunciado por ter, em tese, praticado crime previsto no art. 299 do CP, falsidade ideológica, combinado com o art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996, em virtude da presença de indícios de irregularidades, quando do preenchimento do AIH 2.094.850.956 do Hospital Vera Cruz Ltda., em Uberaba/MG, referente ao atendimento da paciente Vanusa Elisete Luís Mendonça Santana, ocasionando prejuízo ao INSS, à medida que este instituto teria pago procedimento médico que na prática não foi realizado.

A paciente Vanusa realizou os exames pré-natal no consultório do apelante, obstetra Dr. Fernando Abdanur, tendo este cobrado a importância de R\$ 530,00 (quinhentos e trinta reais), com vistas à realização das cirurgias de cesariana e de ligadura de trompas.

Após a prestação dos serviços médicos, a paciente tomou conhecimento, através da “*carta ao usuário do SUS*” (fls. 32/33), que o procedimento executado foi também custeado pelo SUS e que o motivo daquela internação seria a realização de parto normal.

A par disso, a paciente Vanusa informou o fato, por telefone, ao Ministério da Saúde, que resultou na instauração de Processo Administrativo criminal, sendo certo que o apelante restituiu à paciente a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais) – (fl. 53).

A juíza *a quo* ao proferir a sentença, nos termos do art. 383 do CPP decidiu, com acerto, por enquadrar uma das condutas do acusado Fernando no tipo penal constante no art. 171, § 3º, do Código Penal, permanecendo a segunda conduta, qual seja, a do delito previsto no art. 15, parágrafo único, I, da Lei 9.263/1996, na forma como apresentada na denúncia.

O réu foi absolvido da prática do crime de estelionato (art. 171, § 3º, do CP), sob o fundamento de “*ausência de tipicidade material*”, tendo sido condenado tão-somente pela prática do delito previsto no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996.

Na verdade, a magistrada decidiu condenar o apelante, uma vez que este efetuou um parto cesariano seguido de uma ligadura de trompas, sob o fundamento de inobservância dos requisitos legais contidos no art. 10 da Lei 9.263/1996.

Da sentença extrai-se o entendimento da juíza que “a falta de documentação comprobatória da opção da paciente e de seu cônjuge pode sugerir que a intervenção cirúrgica é resultante de induzimento ou instigação do próprio médico” (fl. 415).

A despeito destas afirmações e, embora de fato não existir uma autorização por escrito, a esterilização da paciente Vanusa ocorreu de forma voluntária, à medida que esta autorizou verbalmente ao seu médico a realização da laqueadura, conforme se infere das informações prestadas em juízo, na condição de testemunha, nesses termos:

“No tocante ao procedimento de laqueadura, a depoente informa que, embora não tenha assinado nenhuma autorização, assentiu verbalmente com a realização da cirurgia.” (fl. 224).

Frise-se que o objetivo da lei é evitar a arbitrariedade, quando da realização dos procedimentos cirúrgicos com recursos do SUS.

No presente caso, restou comprovado o consentimento de Vanusa, no sentido de realizar o parto cesariano seguido da laqueadura de trompas, conforme se depreende do depoimento prestado administrativamente, nesses termos:

“Fez o pré-natal todo com o Dr. Fernando Abdanur, em seu consultório.

Próximo aos dias de internação, ocorrido em 07/03/1999 foi combinado entre a depoente e seu médico, que a cesariana e a ligadura de trompas ficaria em R\$ 530,00 reais, já que a paciente possuía cartão Santa Helena.” (fl. 18).

A inexistência de autorização por escrito, por si só, não basta para alicerçar um decreto condenatório, até porque restou devidamente comprovado que a cirurgia foi realizada a pedido da própria paciente.

Ressalte-se, ainda, que o fato de a paciente possuir dois filhos (fl. 57) e possuir mais de 30 (trinta) anos no dia do parto (fl. 223), evidencia que o bem jurídico tutelado pela Lei 9.263/1996, não restou, materialmente infringido.

Assim, da mesma forma que o réu foi absolvido em primeiro grau, pelo cometimento do crime de estelionato, por ausência de tipicidade material, entendo ser perfeitamente aplicável este fundamento como razão para a absolvição do apelante pela prática do delito capitulado no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996, à medida que, embora a sua conduta seja formalmente típica, esta não causou nenhuma ofensa intolerável ao bem jurídico tutelado pela legislação penal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação da defesa para reformar a sentença e absolver o réu Fernando Abdanur, das sanções previstas no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.263/1996, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fl. 460.

A presente apelação foi interposta por Fernando Abdanur contra a v. sentença de fls. 400/419 que, ao julgar parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, absolveu-o das sanções previstas no art. 171, § 3º, do Código Penal, e o condenou pela prática do delito previsto no art. 15 da Lei 9.263/1996.

Data venia de posicionamento outro, entendo que o apelo merece provimento.

Embora a materialidade e autoria do crime contido no art. 15 da Lei 9.263/1996 estejam devidamente comprovadas por meio do procedimento administrativo do SUS (fls. 12/78) e pelas provas orais colhidas em juízo (fls. 191/193 e 223/224), o tipo não se configurou na espécie, uma vez que se constatou a inocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma em apreço.

Para melhor elucidação da matéria, cumpre transcrever os dispositivos da Lei 9.263/1996 que regem a conduta do acusado, *verbis*:

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I – durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

O art. 10 da supracitada lei assim dispõe:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional.)

I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

Conforme se vê, o tipo penal ora examinado censura a conduta do profissional médico ou outrem que realiza esterilização cirúrgica sem a prévia observância dos requisitos previstos em lei.

Tais requisitos, em última análise, visam à proteção ao livre exercício do direito ao planejamento familiar, assegurado pela Carta de 1988, em seu art. 226, § 7º.

Com efeito, a esterilização, por ser um procedimento de grande impacto na vida da família, é uma decisão exclusiva do casal, e deve se realizar sob a forma de um ato de vontade livre e consciente.

Daí se conclui que, ao mesmo tempo em que busca promover o salutar exercício do planejamento familiar, o tipo penal tem por fim prevenir a ocorrência de arbitrariedades, induzimentos, negligências ou qualquer outra conduta perniciososa do profissional de saúde que possa acarretar prejuízo à formação de vontade da família quando da opção por não mais conceber filhos.

In casu, o acusado infringiu duas regras contidas no tipo penal em comento, a saber, realizar o procedimento de esterilização durante período de parto e sem exigir a formalização da manifestação de vontade da paciente.

A infringência destes requisitos é inconteste, e resulta na tipicidade formal da conduta praticada.

No entanto, no caso concreto ora analisado, por meio do depoimento judicial do réu (fls. 191/193) e da própria paciente (fls. 223/224), bem como pelos docu-

mentos que constam nos autos, verifica-se que o procedimento de esterilização foi realizado em atendimento à própria vontade da então paciente Vanusa Elisete Luis Mendonça Santana, a qual desejava submeter-se ao procedimento por ocasião do parto, muito embora à revelia dos requisitos previstos em lei.

Veja-se, a propósito, trecho do depoimento em juízo da ex-paciente do acusado Vanusa Elisete Luis Mendonça Santana, em que demonstra convicção na decisão que culminou na cirurgia de ligadura de trompas:

No tocante ao procedimento de laqueadura, a depoente informa que, embora não tenha assinado nenhuma autorização, assentiu verbalmente com a realização da cirurgia (fl. 224).

Portanto, uma vez que o direito ao planejamento da família — a despeito da transgressão dos requisitos legais que o protegem — foi exercido de forma plena pela vítima, não há o que se falar em lesão ao bem jurídico tutelado e, por consequência, inexistente a tipicidade material na hipótese.

Diante do exposto, dou provimento à apelação, e absolvo o réu Fernando Abdanur da prática do crime previsto no art. 15 da Lei 9.263/1996.

É o voto.

Habeas Corpus

2008.01.00.040438-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Impetrante: José Petan Toledo Pizza

Impetrante: Iza Karol Gomes Luzardo Pizza

Impetrante: Jonhan Amaral Toledo

Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara – MT

Paciente: Antônio Reginaldo Galdino Delgado (Réu Preso)

Paciente: Cláudio Maurício Barro Brito (Réu Preso)

Paciente: Joamir Santana Duarte (Réu Preso)

Paciente: José Nicolau Fuezi Leite de Oliva (Réu Preso)

Paciente: Carlos Leite Filho (Réu Preso)

Paciente: Antônio Luiz Souza Meira (Réu Preso)

Paciente: Antônio José Cintra Filho (Réu Preso)

Paciente: Domingos Savio Santana (Réu Preso)

Paciente: Itamar Moreira de Souza (Réu Preso)

Paciente: Osvaldo das Neves Viana (Réu Preso)

Paciente: Rogério Beghini (Réu Preso)

Paciente: Elion Leopoldo de Anunciacao (Réu Preso)

Paciente: Ibere de Figueiredo (Réu Preso)

Paciente: Maria da Penha Silva Teotônio (Réu Preso)

Divulgação: 30/10/2008

Publicação: 31/10/2008

Ementa

Processual Penal. Habeas Corpus. Uso de algemas. Súmula vinculante 11/STF. Regramento. Irregularidade. Medidas. Ministério Público Federal. Inquérito Policial. Trancamento. Impossibilidade. Ausência de justa causa. Ordem denegada.

I – O uso de algemas pela autoridade policial, quando não configurar caso de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia por parte do preso ou de terceiro, expõe o indivíduo a situação degradante e afrontosa à dignidade da pessoa humana.

II – A Súmula Vinculante 11/STF foi editada para coibir o uso abusivo de algemas pela polícia. Todavia, a sua utilização em desacordo com os regramentos da aludida súmula, não é causa de trancamento de inquérito policial, uma vez que este nada mais é do que mero procedimento investigatório, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados por meio de *habeas corpus*, para não se incorrer no risco de coactar as atividades próprias da polícia judiciária e do Ministério Público.

III – O trancamento de inquérito policial somente poderá ocorrer quando for possível identificar, *à primeira vista*, que o *fato imputado sequer em tese constitui ilícito penal, quando não houver indícios de autoria* ou quando *resultar evidenciada a inexistência da materialidade em razão das provas apresentadas*.

IV – Ocorrida a utilização irregular de algemas durante a investigação caberá ao Ministério Público Federal adotar as medidas próprias visando apurar eventuais irregularidades.

V – Caso em que, conforme ressaltam os Impetrantes, a utilização indevida de algemas deu-se por ocasião do cumprimento dos *mandados relativos às prisões temporárias*, que não mais subsistem, por isso que ocorridas em 12/08/2008, e não tendo sido prorrogadas, exauriram-se em 16/08/2008, quando, então, foram decretadas as prisões preventivas, sendo certo que a Súmula Vinculante 11/STF foi editada em 13/08/2008 e publicada em 22/08/2008.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª — 14/10/2008.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*: — Trata-se de *Habeas Corpus* (fls. 2/30), com pedido de liminar, impetrado por José Petan Toledo Pizza, Iza Karol Gomes Luzarodo Pizza e Jonham Amaral Toledo, advogados, contra ato do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso (fls.

98/103), visando o *trancamento do Inquérito Policial 2006.36.00.001717-2/MS* e, em consequência, a *Concessão de Alvarás de Soltura a Antônio Reginaldo Galdino Delgado, Cláudio Maurício Barroso Brito, Joamir Santana Duarte, José Nicolau Fuezi Leite de Oliva, Carlos Leite Filho, Antonio Luiz Souza Meira, Antônio José*

Cintra Filho, Domingos Sávio Santana, Itamar Moreira de Souza, Osvaldo das Neves Viana, Rogério Beghini e Elion Leopoldo de Anunciação, cujas prisões preventivas foram decretadas em 16/08/2008, após o decurso do prazo de suas respectivas prisões temporárias, ocorridas em 12/08/2008, em face da operação policial denominada “Dupla Face”, que investiga a existência de esquemas criminosos “*envolvendo processos de certificação de imóveis rurais no Incra*”, com ramificação na Receita Federal de Diamantino/MT – Inquérito Policial 2008.36.00.011324-3/MT (547/2005-SR/DPF/MT) e Medida Cautelar 2006.36.00.006051-3/MT.

Requerendo, ao final, a confirmação da ordem, sustentam os Impetrantes, a ocorrência de constrangimento ilegal em virtude de violação aos princípios da presunção de inocência e da dignidade humana, bem como do enunciado da Súmula Vinculante 11/STF, alegando, nesse contexto, em síntese, que:

- ♦ todos os Pacientes são funcionários públicos federais e “em 12/08/2006 foram presos por força de mandados de prisão temporária, sob acusação de envolvimento em ilícitos penais e que se transformou no Processo 2006.36.00.00.001717-2/MT”
- ♦ “todos os Pacientes depois de presos, foram sem piedade algemados como bandidos perigosos, expostos ao ridículo, em frente de seus familiares, vizinhos e populares que passavam no momento das prisões (residências) e nos locais por onde passavam com a Autoridade Policial”;
- ♦ todos os Pacientes, “sem exceção (...)” almoçaram algemados, o que se demonstra desrespeito, humilhação e sobretudo mata o princípio da dignidade para com o ser humano, tratados como Bicho, enjaulados e perigosos”;
- ♦ a “Autoridade Coatora foi expressa em decisão para negar a liminar que não mencionou, não mandou, não determinou o uso de algemas, ou seja, o Delegado que presidiu toda a operação Dupla Face é que lançou mãos de um ‘direito’ que acha que tem, o de algemar, passando por cima de uma decisão judicial e rasgando todas as garantias de um cidadão”;
- ♦ as fotos e “a imagem do DVD, os jornais, anexos, não deixam quaisquer margens de dúvidas dos acontecimentos no emprego do uso exagerado e indiscriminado das algemas pela Polícia Federal em pessoas presas que não apresenta qualquer risco, a integridade física dos policiais, de terceiro e sua própria vida, e ainda não resistiu a prisão”;
- ♦ a Súmula Vinculante 11/STF, “restringe o emprego de algemas por autoridades policiais a casos

excepcionais, e nestes casos com justificativa por escrito”;

- ♦ os Pacientes “são primários, possuem bons antecedentes, residente com suas famílias, mulher/filhos/mãe/netos, residência fixa, todos funcionários públicos federais (...) e não representam qualquer risco para a sociedade e ao bom andamento do processo”.

Prestadas as informações (fls. 132/133), por Decisão de fls. 144/148 indeferi o pedido de liminar.

Mediante o Ofício de fls. 153/154 foram prestadas informações complementares, que vieram acompanhadas de cópia da denúncia (fls. 155/185).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem “para que os pacientes respondam ao processo em liberdade, e prejudicado em relação ao paciente Carlos Leite Filho, cuja prisão foi revogada” (fls. 188/195).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de *Antônio Reginaldo Galdino Delgado, Cláudio Maurício Barroso Brito, Joamir Santana Duarte, José Nicolau Fuezi Leite de Oliva, Carlos Leite Filho, Antonio Luiz Souza Meira, Antônio José Cintra Filho, Domingos Sávio Santana, Itamar Moreira de Souza, Osvaldo das Neves Viana, Rogério Beghini, Elion Leopoldo de Anunciação e Maria da Penha Silva Teotonio*, visando o *trancamento* do Inquérito Policial 2006.36.00.001717-2/MT, decorrente da operação policial denominada “Dupla Face”, e, em conseqüência “*pondo fim a coação que ainda repousa sobre os pacientes*” *Antônio Reginaldo Galdino Delgado, Cláudio Maurício Barroso Brito, Joamir Santana Duarte, José Nicolau Fuezi Leite de Oliva, Carlos Leite Filho, Antonio Luiz Souza Meira, Antônio José Cintra Filho, Domingos Sávio Santana, Itamar Moreira de Souza, Osvaldo das Neves Viana e Rogério Beghini*, a expedição dos respectivos “*Alvarás de Soltura*” (cf. fls. 29/30).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada). Afastado, justificadamente, por motivo de defesa de tese de Doutorado, o Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes.

Releva observar que, conforme consignado na Inicial (fl. 2), não foi decretada a prisão preventiva dos Pacientes *Elion Leopoldo de Anunciação*, *Iberê de Figueiredo* e *Maria da Penha Silva Teotonio*, embora tenham sido “*inicialmente presos e algemados pelos Mandados de Prisão Temporária*”.

Por outro lado, segundo consta das informações complementares prestadas pela Autoridade Impetrada, “em 15/08/2008 foi expedido alvará de soltura para a investigada Maria da Penha Silva Teotonio, por força da decisão proferida no HC 2008.02.00.038740-5/MT, impetrado perante esse e. Tribunal e em 03/09/2008, proferi decisão nos autos do Pedido de Liberdade Provisória 2008.36.00.012256-8, *revogando a prisão preventiva de Carlos Leite Filho*, sendo expedido alvará de soltura na mesma data” (cf. fl. 154).

Quanto ao pedido de trancamento do referido inquérito policial, sustentam os Impetrantes que a Polícia Federal, por ocasião do cumprimento dos *mandados de prisão temporária* dos Pacientes, algemou-os sem que houvesse determinação da Autoridade Impetrada, expondo-os “*ao ridículo, em frente de seus familiares, vizinhos e populares que passavam*”, sem que tal medida fosse necessária por não representarem “*qualquer risco a integridade física dos policiais, de terceiros e sua própria vida*” e não terem resistido à prisão.

Nesse contexto narram situações ocorridas em razão do uso indevido de algemas, notadamente em relação aos pacientes *José Nicolau* (que teria sido algemado “*com as mãos para trás*” e depois “*nos braços da cadeira*” em que prestava depoimento); *Elion Leopoldo* (que teria sido preso dentro do Inbra, “*na frente dos colegas (...) sem qualquer reação*”) e *Carlos Leite Filho* (que “*é portador de insuficiência renal crônica grave, com uma cirurgia recente de fistulas no braço*” e que teria “*sido algemado com as mãos para traz*”).

Com base nesses fatos e argumentos, pedem o *trancamento do referido inquérito*, afirmando violação do enunciado da Súmula Vinculante 11/STF, dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, e, *em razão disso, a soltura dos Pacientes*.

Por sua vez, consigna o MM. Juiz *a quo*, no ato impugnado, que “não foi expedida qualquer determinação a respeito da utilização, ou não, de algemas, ficando esta sujeita à análise de sua necessidade pela autoridade que iria cumprir o mandado” (fls. 136/137) e que a “jus-

tificativa apresentada pelo Delegado de Polícia Federal é plausível e procedente, principalmente tratando-se de primeiro contato com a pessoa que deve ser presa e que, até aquele momento, não tinha conhecimento da medida” (fl. 138).

Acrescenta, por outro lado, que a impetração “não expõe quais os motivos tornariam prescindível a utilização de algemas em cada um dos casos concretos, salvo em relação a José Nicolau e Elion Leopoldo”, não apresentando “qualquer elemento que comprove esses fatos apontados pelos impetrantes” (fl. 138).

Salienta, também, a Autoridade Impetrada que “nos requerimentos de *relaxamento das prisões temporárias dos pacientes* (...) não há qualquer relato de abuso ou desnecessidade da utilização de algemas pela Polícia Federal” e que “também não houve, ainda, *qualquer formalização, quando do interrogatório*, de alguma impugnação quanto ao uso de algema” (fls. 138/139 – grifei).

Vejamos.

Tem a Súmula Vinculante 11/STF o seguinte teor:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Pois bem, têm razão os Impetrantes ao alegarem o uso de algemas pela autoridade policial expõe o indivíduo à situação degradante, afrontosa à dignidade da pessoa humana, quando não configurado casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, a teor do enunciado da aludida Súmula Vinculante do excelso Pretório, que foi editada para coibir o seu uso abusivo pela polícia (Sessão Plenária de 13/08/2008, DJ 157, de 22/08/2008, p. 1).

Ocorre, porém, que a utilização de algemas em desacordo com os regramentos estabelecidos na Súmula Vinculante 11/STF *não é causa de trancamento de inquérito policial*.

Com efeito, conforme leciona Vicente Greco Filho: “No sistema brasileiro, o inquérito policial simples-

mente investiga, colhe elementos probatórios (...) — in “Manual de Processo Penal”, Ed. Saraiva, 1991, p. 82. Ora, ocorrida a utilização irregular de algemas durante a investigação, caberá ao Ministério Público Federal adotar as medidas próprias visando apurar eventuais responsabilidades.

Nessa linha de orientação, aliás, assim se pronunciou o eminente Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme informam os próprios Impetrantes às fls. 19/20:

“(…) ao Ministério Público incumbe essa missão de zelar pelos direitos humanos, inclusive propondo inquéritos e ações penais de responsabilidade, se for o caso” (grifo original).

De acrescentar, nesse contexto, que sendo o inquérito policial mero procedimento investigatório, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados por meio de “*Habeas Corpus*”, para não se incorrer no risco de coactar as atividades próprias da polícia judiciária e do Ministério Público, é certo que o seu trancamento somente poderá ocorrer quando for possível identificar, à primeira vista, que o fato imputado sequer em tese constitui ilícito penal, quando não houver indícios de autoria ou quando resultar evidenciada a inexistência da materialidade em razão das provas apresentadas.

A propósito, assim já decidiu, reiteradamente, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Quando os fatos aos quais se prende a fase inquisitorial demandam valoração probatória e a necessidade da instrução criminal, o writ of *habeas corpus* não se configura em procedimento hábil a desconstituir a pretensão persecutória, pois as razões da peça defensiva não ofertam e recomendam o reconhecimento imediato de conduta atípica.

(…)”

(RHC 12.611/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/04/2003)

“(…) Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, o que, *primo oculi*, não se verifica.

(…)”

(RHC 18.346/PB, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/02/2006)

“(…) O trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado ou a atipicidade da conduta.

(…)”

(RHC 17.373/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 09/05/2005)

“(…) Pacífico entendimento desta Corte de que o trancamento do inquérito policial, por ser uma medida excepcional, somente se apresenta cabível quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a atipicidade da conduta, a falta de indícios de autoria ou a extinção da punibilidade, incorrentes na espécie.

(…)”

(RHC 17.424/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 15/05/2006)

Deste modo, não identifico, no particular, a alegada existência de elementos concretos que conduzam ao trancamento do inquérito em questão; sendo certo, por outro lado, que os fatos imputados aos Pacientes, em tese, constituem crime.

Finalmente, cabe assinalar que, na espécie, a utilização das algemas, conforme ressaltam os Impetrantes, deu-se por ocasião do cumprimento dos mandados relativos às prisões temporárias, que não mais subsistem, por isso que, ocorridas em 12/08/2008, e não tendo sido prorrogadas, exauriram-se em 16/08/2008, quando, então, foram decretadas as prisões preventivas, sendo certo que a Súmula Vinculante n. 11/STF foi editada em 13/08/2008 e publicada em 22/08/2008.

Releva observar, além do mais, conforme consignado retro, que embora não se tenha notícia quanto ao seu recebimento, já cuidou o Ministério Público Federal de oferecer a denúncia, o que, em princípio, prejudica a apreciação do pedido de trancamento do inquérito policial.

Isto posto, *denego* a ordem de “*habeas corpus*”.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2004.31.00.002669-8/AP

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida

Apelante: Estado do Amapá

Procurador: Dr. Néelson Adson do Amaral

Apelado: Tocantins Mineração S/A

Advogado: Dr. Antônio Tavares Vieira Netto e outros

Apelado: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara – AP

Divulgação: e-DJF1 de 09/10/2008

Publicação: 10/10/2008

Ementa

Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito Minerário. Ação reivindicatória do Estado do Amapá para reaver produto de lavra. Concessão para a exploração de minério de manganês. Constituição Federal. Código de Mineração. Contrato firmado no interesse da União por meio do extinto Território Federal do Amapá. Propriedade da União com relação aos bens reversíveis, à linha de transmissão elétrica, à estrada de ferro e ao porto fluvial. Produto da lavra. Reversão ao patrimônio da empresa concessionária que o extraiu.

I – O magistrado de primeiro grau aplicou à espécie o contido no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o art. 15 da Lei Complementar 41/1981 e considerou a sentença que o contrato para exploração do manganês em Serra do Navio foi inteiramente voltado para o interesse do ex-Território Federal do Amapá.

II – A fundamentação expendida na sentença não encontra amparo no Direito Constitucional, no Direito Administrativo e nem tampouco no Direito Minerário. No Brasil, os recursos minerais são propriedades da União desde 1934, quando o Código de Minas daquele ano estabeleceu que as jazidas conhecidas pertenciam aos proprietários do solo e as desconhecidas, quando descobertas, seriam incorporadas ao patrimônio da Nação. A Constituição da República de 1988 veio reforçar esta tese na medida em que dispôs que as jazidas e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, na redação da EC 6/1995).

III – O contrato objeto do presente litígio foi firmado no interesse da União: a uma porque o atendimento ao interesse público, da coletividade em âmbito nacional é característica intrínseca aos contratos minerários e de direito administrativo, como acima demonstrado e, a duas, porque o interesse nacional (até mesmo intitulado estratégico pelo Governo Dutra) foi sobejamente evidenciado sucessivas vezes pelo Poder Público Federal.

IV – O Decreto-Lei 9.858/1946, editado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra, decretou que as reservas de Serra do Navio constituíam reserva nacional, cujo estudo e aproveitamento deveriam ser feitos pelo Governo do Território Federal do Amapá sob a orientação do Conselho Nacional de Minas e Metalurgia. Dada a importância da jazida, quatro anos depois, o Congresso Nacional autorizou, por meio da Lei 1.235/1950, o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a empréstimo contraído pela Icomi, para que o produto do empréstimo fosse aplicado, sob fiscalização do Governo Federal, nas obras de aproveitamento das jazidas, nas instalações de um porto, na construção e aparelhamento de uma estrada de ferro para ligar as jazidas ao porto, bem como noutras, conexas com a lavra, transporte e embarque do minério. Posteriormente, o Decreto 39.762/1956, autorizou a cessão para

utilização de duas áreas de terras devolutas no Território Federal do Amapá à empresa arrendatária das jazidas de manganês e concessionária da estrada de ferro e do porto, com reversão das benfeitorias ao patrimônio da União.

V – O Código de Mineração, a respeito das reservas, estabelece que “Em zona que tenha sido declarada Reserva Nacional de determinada substância mineral, o Governo poderá autorizar a pesquisa ou lavra de outra substância mineral, sempre que os trabalhos relativos à autorização solicitada forem compatíveis e independentes dos referentes à substância da Reserva e mediante condições especiais, de conformidade com os interesses da União e da economia nacional.” (Decreto-Lei 227/1967, art. 54).

VI – Bens reversíveis: o art. 6º do citado Decreto 39.762/1956 estabelece que, ao fim do prazo do contrato, “as benfeitorias, construções, melhoramentos e instalações reverterão ao patrimônio da União”. Bens que aderem ao solo e não puderem ser retirados sem a perda de sua capacidade econômica não são reversíveis à concessionária. Tal raciocínio inclui todos os bens imóveis deixados pela Icomi na “Vila Serra do Navio” (próxima à mina) que deram origem ao atual Município de Serra do Navio, ou à então denominada “Vila Amazonas” (próxima ao Porto de Santana).

VII – Linha de transmissão elétrica: entre as competências da União, previstas na Constituição, está a de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dentre outros, os serviços e instalações de energia elétrica (Constituição Federal, art. 21, XII, “b”). A Lei 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica estabeleceu que cabe à autarquia promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos (art. 3º, II). Acrescenta a lei, em seu art. 20, § 1º, I, a impossibilidade de descentralização dos serviços e instalações relativos à transmissão elétrica situados em unidades da Federação. As disposições legais e constitucionais apenas confirmam e reforçam a supremacia (sempre calcada no interesse público) da União em relação aos Estados também com relação à exploração dos serviços de energia elétrica. Motivo pelo qual, a linha de transmissão elétrica que liga a UHE Coaracy Nunes ao município de Serra do Navio, a respectiva subestação e demais acessórios devem reverter à União.

VIII – Estrada de Ferro do Amapá – EFA: o fato de haver decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça concedendo prazo para o Estado do Amapá assumir a estrada de ferro não vincula esta Corte em razão da peculiaridade do caso concreto, apreciado por aquela Corte em abril de 2004 nos autos de ação Medida Cautelar 8.048, proposta pela Icomi no STJ para desobrigar a concessionária de gerir a estrada de ferro após o término do contrato. A matéria, como sói acontecer em ações cautelares, foi apreciada do ponto de vista estritamente processual, não tendo sido ventilada qualquer questão relativa ao domínio da União quanto ao bem ou ao mérito da reversão dos bens oriundos do contrato de concessão.

IX – A Constituição, em seu art. 21, XII, “d”, estabelece compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte ferroviário. As estradas de ferro incluem-se entre os bens imóveis da União, conforme se extrai do Decreto-Lei 9.760/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União.

X – O Decreto 1.832/1996, que aprovou o Regulamento dos Transportes Ferroviários estabelece em seu art. 2º, que a construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte ferroviário poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas, estas mediante concessão da União.

XI – As normas atinentes ao tema privilegiam a supremacia da União igualmente com relação à exploração dos serviços de transporte ferroviário que, se não realizadas pelo poder público, o serão por empresas concessionárias. Devem reverter ao patrimônio da União a estrada de ferro do Amapá – EFA, seus acessórios, equipamentos e instalações.

XII – Porto fluvial de Santana/AP: a Constituição dispõe que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, “f”); estabelece,

ainda, que compete privativamente à União legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (art. 22, X). O Decreto-Lei 9.760/1946, recepcionado pela Constituição e que dispõe sobre os bens imóveis da União estabelece que se incluem entre os bens imóveis da União as instalações portuárias. A Lei 8.630/1993 (Lei dos Portos), que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias dispõe que cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado. O porto (terminal de uso privativo) está localizado em área do domínio da União.

XII – Produto da lavra: o minério de manganês extraído e cuja comercialização está suspensa por decisão judicial deve reverter ao patrimônio da empresa concessionária que o extraiu (Constituição Federal, art. 176). “A concessão de lavra, que viabiliza a exploração empresarial das potencialidades das jazidas minerais, investe o concessionário em posição jurídica favorável, eis que, além de conferir-lhe a titularidade de determinadas prerrogativas legais, acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legitima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico. Essa situação subjetiva de vantagem atribuí, ao concessionário da lavra, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do Poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral.”(STF, RE-AgR 140254 / SP, Relator: Min. Celso de Mello, DJ 06/06/1997 PP-24876 Ement Vol. 01872-05 PP-00907)

XIII – Não se vislumbra eficácia nas disposições contidas no Decreto Estadual 1008/2006. A abordagem do tema pela Lei dos Portos (Lei 8.630/1993), no sentido de que cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado, revela-se suficiente para que o Poder Executivo estadual a ela se conforme.

XIV – Apelação do Estado do Amapá improvida.

XV – Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Estado do Amapá e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 01/10/2008.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Amapá (fls. 221/249) em face de sentença (transposta para estes autos) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amapá nos autos de oposição (AC 2005.31.00.000418-9/AP) apresentada pela União em desfavor do Estado do Amapá e da Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi (que litigavam perante a Justiça Estadual em oito ações), na qual se discute a propriedade dos bens reversíveis inerentes ao término do contrato celebrado pela Icomi com o extinto Território Federal do Amapá, que teve por objeto o aproveitamento de minério de manganês no atual Município de Serra do Navio/AP.

A sentença recorrida julgou o pedido parcialmente procedente nos seguintes termos (fls. 161/182):

a) afastar o porto fluvial localizado em Santana (terminal de uso privativo) do rol dos bens a serem revertidos ao patrimônio do Estado do Amapá, ficando, assim, mantido o domínio direto da União sobre a área e a autorização de exploração veiculada pelo contrato de adesão MT/DPH 008/1993, em favor da Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para a verificação da caducidade do ato (cláusula quarta c/c cláusula oitava);

b) afastar o produto da lavra (minério de manganês explorado e não comercializado), as máquinas, os

equipamentos e os demais bens móveis utilizados na extração do minério do rol daqueles a serem revertidos ao patrimônio do Estado do Amapá, ficando assegurada a propriedade à Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi;

c) assegurar ao Estado do Amapá a reversibilidade da Estrada de Ferro do Amapá – EFA, seus acessórios, equipamentos e instalações, assim como da linha de transmissão elétrica que liga a UHE Coaracy Nunes ao Município de Serra do Navio (subestação e demais acessórios) e demais bens que não estejam incluídos nas ressalvas anteriores;

d) declarar a inconstitucionalidade, com a conseqüente inaplicabilidade para o presente caso (controle difuso), dos Decretos 2771, 2772, 2773 e 2774, de 23/05/2005, editados pelo Governador do Estado do Amapá;

e) extinguir, com julgamento de mérito, nos termos dos itens anteriores, os Processos 2004.31.00.002666-7, 2004.31.00.002667-0, 2004.31.00.002665-3, 2004.31.00.002671-1, 2004.31.00.002672-5, 2004.31.00.002669-8 e 2004.31.00.002668-4.

f) extinguir, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa, o Processo 2004.31.00.002670-8, bem assim a reconvenção apresentada no Processo 2004.31.00.002667-0, pela superveniente falta de interesse;

g) revogar as liminares concedidas pela Justiça Estadual nos autos dos Processos OS 2004.31.00.002665-3 e 2004.31.00.002672-5, ficando a Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi autorizada a comercializar o minério estocado em Serra do Navio e no porto fluvial de Santana.

Inconformado, o Estado do Amapá interpôs recurso sustentando, em síntese:

a) o Estado é “herdeiro” (fl. 448) de todo o acervo de bens reversíveis resultantes de contratos celebrados pela União (ou em seu nome) em prol do extinto Território Federal do Amapá, por força do disposto no art. 14 do ADCT e no art. 15 da Lei Complementar 41/1981;

b) a sentença erra ao determinar que o estado acate que fique facultado à Icomi ‘a recuperação, conservação e utilização da referida linha férrea após considerar que a exploração da estrada de ferro seja sujeita a licitação;

c) a sentença estabelece que o minério pertence à Icomi, desconsiderando que o Estado requereu autorização para vendê-lo nos autos do processo 2004.31.00.002669-8;

d) o direito de explorar o Porto de Santana, de propriedade da União, deve passar para o Estado por ser um dos direitos amealhados ao fim da concessão mineraria;

e) indevida a exclusão de máquinas e equipamentos que, igualmente, deveriam reverter ao Estado;

f) igualmente indevida a exclusão do minério lavrado (explorado e não comercializado) residual, porque o fato de não ter sido comercializado dentro do prazo do contrato faz com que o bem siga o mesmo destino dos demais bens reversíveis;

g) os processos conexos 2004.31.00.002667-0, 2004.31.00.002668-4 e 2004.31.00.002669-8 devem ser julgados procedentes;

Contra-razões da empresa Tocantins Mineração S/A (fls. 271/281).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — A presente matéria foi apreciada em processo conexo a este (AC 2005.31.00.000418-9/AP). Transcrevo, a seguir, trechos do voto que proferi naquela apelação cível e que adoto como razões de decidir:

A Constituição estabelece o seguinte sobre a matéria:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

(...)

Art. 176. *As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*

§ 1º *A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.*

§ 2º *É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.”*

Dos bens reversíveis

A leitura da sentença revela que o magistrado de primeiro grau aplicou à espécie o contido no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o art. 15 da Lei Complementar 41/1981, *verbis*:

ADCT:

“Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

§ 1º A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.

§ 2º Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.”

Lei Complementar 41, de 22/12/1981:

“Art. 15. Ficam transferidos ao Estado de Rondônia o domínio, a posse e a administração dos seguintes bens móveis e imóveis:

I – os que atualmente pertencem ao Território Federal de Rondônia;

II – os efetivamente utilizados pela Administração do Território Federal de Rondônia;

III – rendas, direitos e obrigações decorrentes dos bens especificados nos incisos I e II, bem como os relativos aos convênios, contratos e ajustes firmados pela União, no interesse do Território Federal de Rondônia.

Assim sendo, considerou a sentença que o contrato para exploração do manganês em Serra

do Navio “foi inteiramente voltado para o interesse do ex-Território Federal do Amapá”.

Todavia, tal raciocínio não encontra amparo no Direito Constitucional, no Direito Administrativo e nem tampouco no Direito Minerário.

Não se olvida aqui o disposto no art. 20 da Carta Magna, no sentido de que “é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

Mas tal participação não afasta a constatação de que o contrato objeto do presente litígio foi firmado no interesse da União: a uma porque o atendimento ao interesse público, da coletividade em âmbito nacional é característica intrínseca aos contratos minerários e de direito administrativo, como acima demonstrado e, a duas, porque o interesse nacional (até mesmo intitulado estratégico pelo Governo Dutra) foi sobejamente evidenciado sucessivas vezes pelo Poder Público Federal.

Por oportuno, repito o que afirmei no início desse voto: desde a década de 40 o manganês era considerado um minério estratégico, pois, em plena “guerra fria”, a antiga União Soviética, detentora das maiores reservas mundiais de manganês — insumo indispensável à indústria do aço, havia suspenso a sua exportação. Nesse contexto, as reservas da Serra do Navio ganharam enorme importância, a ponto de serem declaradas, em setembro de 1946, por Decreto-Lei do Presidente Eurico Gaspar Dutra, como “reserva nacional”, cujo estudo e aproveitamento deveriam ser feitos pelo Governo do Território Federal do Amapá sob a orientação do Conselho Nacional de Minas e Metalurgia.

Confira-se o teor do Decreto-Lei 9.858/1946:

“Decreto-Lei 9.858, de 13/09/1946 – Dispõe sobre as jazidas de minério de manganês existentes no Território Federal do Amapá.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição; e

Considerando a importância das jazidas de minério de manganês descobertas recentemente no Território Federal do Amapá;

Considerando a relativa escassez dos minérios desse metal no mundo e sua capital importância na indústria siderúrgica;

Considerando que as jazidas em apreço estão em terras devolutas,

Decreta:

Art. 1º *Constituem reserva nacional as jazidas de minério de manganês existentes no Território Federal do Amapá.*

Art. 2º O Governo Federal fará proceder imediatamente ao estudo do aproveitamento dessas jazidas por intermédio do Governo do Território Federal do Amapá, com a colaboração direta do Departamento Nacional da Produção Mineral, quanto ao estudo das jazidas, e dos órgãos competentes do Ministério da Viação e Obras Públicas, quanto aos serviços de transporte, saneamento e porto exigidos para o aproveitamento das mesmas.

Art. 3º *Os resultados desses estudos serão submetidos ao Conselho Nacional de Minas e Metalurgia, que proporá ao Governo as bases para o aproveitamento das jazidas.*

Art. 4º O aproveitamento das jazidas poderá ser, se assim o entender o Governo Federal, contratado com entidades particulares ou de economia mista.

Art. 5º *Fica assegurada ao Território Federal do Amapá participação direta nos proventos auferidos com o aproveitamento das jazidas, de que trata o presente Decreto-Lei.*

Art. 6º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 13/09/1946, 125º da Independência e 58º da República.

Eurico G. Dutra.”(destaques ausentes no original)

Dada a importância da jazida, quatro anos depois, o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a empréstimo contraído pela Icomi. Confira-se:

“Lei 1.235, de 14/11/1950

Autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a empréstimo a ser contraído pela empresa “Indústria e Comércio de Minérios S.A. Icomi”.

O Presidente da República, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a dar a garantia do Tesouro Nacional a um empréstimo, até o montante principal de trinta e cinco milhões de dólares americanos (US\$ 35.000.000,00), ou seu equivalente em outras moedas, a ser contraído pela empresa brasileira de mineração “Indústria e Comércio de Minérios, S.A. – Icomi”, com o *International Bank for Reconstruction and Development*.

Parágrafo único. O Governo brasileiro ficará subrogado nas garantias reais e outras que a Indústria e Comércio de Minérios, S.A. – Icomi dará ao *International Bank for Reconstruction and Development*.

Art. 2º *O produto desse empréstimo será destinado a financiar o aproveitamento das jazidas de minério de manganês, existentes na região do rio Amapari, município de Macapá, no Território Federal do Amapá, constituídas reserva nacional pelo Decreto-Lei 9.858, de 13/09/1946, e objeto da escritura de revisão de contrato, celebrada em 06/06/1950, entre o Governo do dito Território e a empresa, a que se refere o art. 1º desta Lei, no 21º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, segundo as bases e a autorização previstas no Decreto 28.162, de 31/05/1950.*

§ 1º *O produto do empréstimo será aplicado, sob fiscalização do Governo Federal, nas obras de aproveitamento das jazidas, nas instalações de um porto, a localizar-se na margem esquerda do rio Amazonas, na construção e aparelhamento de uma estrada de ferro, que ligará as jazidas ao porto, com a extensão que for necessária, bem como noutras, conexas com a lavra, transporte e embarque do minério.*

§ 2º O contrato de empréstimo deverá estabelecer normas sobre a verificação, pelo Governo Federal, da efetiva aplicação dos fundos obtidos para os fins deste artigo.

Art. 3º No exercício da autorização contida no art. 1º desta Lei, poderá o Poder Executivo obrigar o Tesouro Nacional como fiador e principal pagador da quantia mutuada e seus acessórios e praticar todos os atos julgados necessários ao aludido fim.

Art. 4º O pagamento do principal e acessórios do empréstimo e os atos inerentes à operação de crédito, autorizada nesta Lei, serão livres de impostos, taxas e contribuições federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Ao serviço de empréstimo, contraído na forma da presente Lei, serão concedidos os mesmos privilégios dos serviços dos empréstimos externos federais, estaduais e municipais.

Art. 5º O Poder Executivo poderá aceitar, nos termos da legislação vigente, quaisquer cláusulas e condições habitualmente estabelecidas pelo *International Bank for Reconstruction and Development* nos contratos de empréstimo feitos com governos estrangeiros participantes do mesmo Banco.

Art. 6º Para firmeza do empréstimo, de que trata esta Lei, fica plenamente ratificada, para todos os efeitos de direito, a revisão de contrato referida no art. 2º.

Art. 7º Será válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento tôdas as controvérsias, que surgirem com relação ao empréstimo; e o Poder Executivo é autorizado a assumir êsse compromisso.

Art. 8º O contrato de garantia poderá conter disposições, destinando diretamente ao serviço do empréstimo parte do câmbio resultante da exportação do minério, no que fôr suficiente.

Art. 9º O contrato de garantia deverá mencionar a presente Lei, que o autoriza a ser registrado a priori no Tribunal de Contas, na conformidade do art. 77, III, § 2º, da Constituição Federal, e, para isso, elevado ao dôbro o prazo legal da sua publicação no Diário Oficial.

Art. 10. A presente Lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 14/11/1950; 129º da Independência e 62º da República.

Eurico G. Dutra” (destaques ausentes no original)

Por oportuno, transcrevo o Código de Mineração, a respeito das reservas nacionais:

“Art. 54. Em zona que tenha sido declarada Reserva Nacional de determinada substância mineral, o Governo poderá autorizar a pesquisa ou lavra de outra substância mineral, sempre que os trabalhos relativos à autorização solicitada forem compatíveis e independentes dos referentes à substância da Reserva e mediante condições especiais, *de conformidade com os interesses da União e da economia nacional.*” (destaquei)

Novamente, cumpre ressaltar que o fato de o extinto Território Federal do Amapá ter tido assegurada a participação direta nos proventos auferidos com o aproveitamento das jazidas (Decreto-Lei 9.858/1946, art. 5º), por óbvio não é suficiente para afirmar que o contrato foi firmado em seu benefício.

Assim, considero que a legislação citada na sentença recorrida (art. 14 do ADCT e art. 15 da LC 41/1981) não se presta a ser aplicada na hipótese dos autos, dadas as suas peculiaridades e a conhecida supremacia das disposições constitucionais.

Na lição do Professor William Freire, o respeito à hierarquia entre os entes políticos impede os estados, o Distrito Federal e os municípios de interferirem ou criarem obstáculos à atividade mineral. E acrescenta:

“Se não se pode afirmar que uma lei federal seja superior a uma estadual ou municipal, há de se ter em mente a existência de uma hierarquia material, que J. Cretella Jr. denomina de variação de

intensidade entre as normas jurídicas e, ‘sob esse aspecto, o direito federal corta direito local (Bundesrecht bricht Landesrecht). Em outras palavras, os dispositivos constitucionais federais são de maior intensidade e, por isso, prevalecem sobre todos os outros dispositivos federais (ordinários ou não constitucionais), estaduais e municipais, porque a União o determinou originariamente, ao proceder à distribuição das competências. A primazia ou exclusão existem em função dos respectivos campos de competência, oriundos da delimitação constitucional.’”¹

Por fim, confira-se o texto do Decreto 39.762, de 09/08/1956.

“Decreto 39.762, de 09/08/1956. – Autoriza a cessão para utilização, de duas áreas de terras devolutas no Território Federal do Amapá à empresa arrendatária das jazidas de manganês e concessionária da estrada de ferro e do pôrto, com reversão das benfeitorias.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o art. 87, número I, da Constituição e na conformidade do resolvido no processo 102.129, de 1955, do Ministério da Fazenda,

Decreta:

Art. 1º Fica autorizada a cessão, de acôrdo com os arts. 125 e 126 do Decreto-Lei 9.760, de 05/09/1946, das duas áreas de terras devolutas no Território Federal do Amapá em seguida apontadas e caracterizadas nas plantas e memoriais constantes do processo número 102.129-55 do Ministério da Fazenda, na região conhecida por Serra do Navio à Indústria, Comércio de Minérios S/A – Icomi. – para complementação do programa de exploração das jazidas de manganês de que é a mesma arrendatária.

Art. 2º *As áreas cedidas à* Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi. –, para utilização pelo prazo do arrendamento das jazidas de manganês de que trata o contrato de 06/06/1950, publicado no Diário Oficial de 13/06/1950 são as seguintes, as quais são contíguas e passam a constituir um todo, como servidão da mina:

a) área de 2.500 ha (dois mil e quinhentos hectares) que cobre o subsolo concedido à Icomi pelo referido contrato para lavra do minério de manganês;

b) área de 2.320 ha (dois mil e trezentos e vinte hectares) em seguimento a da letra anterior.

¹Freire, William; Comentários ao Código de Mineração, Rio de Janeiro, Editora Aide, 1996, pág. 33.

Art. 3º A cessionária não poderá realizar nas terras não objeto do arrendamento de jazidas de manganês trabalhos de pesquisa e lavra relativas a esse ou de quaisquer outros minérios, a menos que para tal venha futuramente a ser autorizada, prévia e expressamente, pela autoridade competente, na forma da lei.

Art. 4º A cessionária entregará independentemente de qualquer indenização, os terrenos compreendidos nas duas áreas que é autorizada a utilizar e que forem de futuro classificados, pela sua destinação, como bens de uso comum ou público, assim como àqueles necessários para a instalação de escolas, mercados, campos de pouso ou repartições públicas civis e militares, do Governo Federal, do Governo do Território, ou Municipal.

Art. 5º Não poderá a Cessionária dar destinação diferente do objeto de seu pedido, no referido processo 102.129-55, do Ministério da Fazenda às terras cedidas, sendo-lhe defeso qualquer forma de transferência das mesmas, no todo ou em parte, por arrendamento, subrogação ou outra qualquer forma, implicando isso no inadimplemento das cláusulas do contrato a ser assinado entre a mesma e o Serviço do Patrimônio da União, em virtude deste Decreto.

Art. 6º As áreas cuja utilização é cedida à Indústria e Comércio de Minérios S/A – Icomi –, de que trata este Decreto reverterão ao patrimônio da União, findo o prazo do contrato a que se refere o art. 2º deste Decreto com todas as benfeitorias, construções, melhoramentos e instalações montadas ou existentes na mesma, independentemente de quaisquer indenização à Cessionária ou a terceiros, devendo ser feito, desde o início da vigência do contrato de cessão autorizado pôr este Decreto, inventário, registro ou tombamento das mesmas benfeitorias e instalações na Divisão de Terras e Colonização do Território, incumbido ao Governador do Território, enquanto não for instalada a Delegacia do Serviço de Patrimônio da União, exercer pôr si ou pôr agente seu, para tal designado, com ciência do Ministério da Fazenda, a necessária fiscalização a respeito.

Art. 7º A cessão de que trata este Decreto será regulada pôr contrato a ser assinado no Serviço do Patrimônio da União na forma da lei.

Art. 8º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 09/08/1956; 135º da Independência e 68º da República.

Juscelino Kubitschek” (destaques ausentes no original)

Assim, quando o art. 6º do Decreto 39.762/1956, transcrito na sentença, estabelece que, ao fim do

prazo do contrato, “as benfeitorias, construções, melhoramentos e instalações” reverterão ao patrimônio da União, há que se proceder à uma interpretação literal do texto, sem a influência da citada LC 41/1981, ou seja, *todos os bens reversíveis são de propriedade da União*.

Além disso, bens que aderem ao solo e não puderem ser retirados sem a perda de sua capacidade econômica igualmente não são reversíveis à concessionária. Tal raciocínio inclui todos os bens imóveis deixados pela Icomi na “Vila Serra do Navio” (próxima à mina) que deram origem ao atual Município de Serra do Navio, ou à então denominada “Vila Amazonas” (próxima ao Porto de Santana). Cito, novamente, trecho do estudo transcrito no início deste voto e que relata o início das atividades da empresa no Amapá:

“Nos anos seguintes, foram edificados os equipamentos de infra-estrutura que envolviam as instalações industriais para a mineração e beneficiamento do minério, a estrada de ferro, um embarcadouro de minério, além de vilas residenciais para os funcionários A Icomi também construiu a Estrada de Ferro do Amapá, com 193 quilômetros de extensão. Das duas vilas residenciais construídas pela Icomi, uma localiza-se às proximidades do porto de Santana e foi denominada Vila Amazonas. A outra, denominada Vila Serra do Navio, localiza-se perto da mina. Nesta foram construídas 334 casas residenciais de pelo menos quatro diferentes tipos. Cada modelo de casa destinava-se à moradia de diferentes segmentos da hierarquia da empresa. Além de alojamentos para operários, dois clubes sociais, uma escola de ensino fundamental, um hospital, dois restaurantes, uma igreja ecumênica e um centro de compras. Na Vila Amazonas foram construídas quase o mesmo número de casas residenciais, alojamentos, como também dois clubes sociais, uma escola de ensino fundamental, um hospital, dois restaurantes e um centro de compras. Em 1959, no segundo ano de operação industrial, a população da Serra do Navio já era de 2.212 habitantes.”²

Para que não parem dúvidas, *não se incluem como bens reversíveis as máquinas, as máquinas,*

²“A Icomi no Amapá”, março de 2003; Observatório Social – Comportamento Social e Trabalhista – Relatório Geral de Observação”; Pesquisadores: Maurílio de Abreu Monteiro - Doutor em Desenvolvimento sócio-ambiental, professor e pesquisador; do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, UFPA (Coordenador); Maria Célia Nunes Coelho – PhD. em Geografia, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro e pesquisadora do CNPq; Regiane Paracampos da Silva – Assistente de Pesquisa. Site www.observatoriosocial.org.br.

equipamentos móveis e o produto da lavra (este será objeto de apreciação em separado, adiante).

Outro aspecto da controvérsia que deve ser ressaltado é a natureza do contrato entabulado entre as partes.

Novamente, a professora Sandra Helena Serra é precisa ao tratar do tema, ao afirmar que “a cessão temporária, conhecida largamente por ‘arrendamento’, sofre de imprecisão técnica. Isto porque, no contrato de arrendamento do direito comum, não há alteração, e muito menos subtração, do objeto arrendado, sendo ele devolvido no estado em que foi recebido. Não é o que ocorre no contrato de arrendamento de direito minerário, em que não se devolve a coisa (jazida) no estado em foi recebida, uma vez que os produtos dela retirados não são recompostos.”³

A sentença, acertadamente, menciona que o contrato, “embora se refira a arrendamento, deve ser entendido, para todos os efeitos, como contrato de concessão” (fl. 398).

Na lição de Hely Lopes Meirelles, “concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica.”⁴

A concessão é um ato administrativo pelo qual se institui um direito de uso, de aproveitamento e exploração. Por meio da concessão se constitui um direito real sobre coisas de domínio público. Contudo, é de sua essência a revogabilidade. Não há transmissão do domínio pleno e a exploração que venha a ocorrer será sempre limitada por esse domínio público.

A doutrina subdivide a concessão em duas modalidades: a de serviço público e concessão domínial. A concessão para a exploração das jazidas de manganês está nessa última espécie. O conteúdo domínial da concessão altera o princípio da inalienabilidade do domínio público, mas não significa, *ipso facto*, em transmissão da propriedade do bem do Estado. Como qualquer outra modalidade de concessão, a dos presentes autos é passível de caducidade, revogabilidade, tem profundas limitações quanto à disponibilidade, à forma de uso, além de outros gravames impostos pelo Poder Público.

Inexiste na doutrina e na jurisprudência tese de que a concessão do domínio público, qualquer

que seja, afaste a soberania do Estado das áreas dadas em concessão.

Da linha de transmissão elétrica

Segundo informações oficiais da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel⁵, as linhas de transmissão no Brasil costumam ser extensas, porque as grandes usinas hidrelétricas geralmente estão situadas a distâncias consideráveis dos centros consumidores de energia. Hoje o País está quase que totalmente interligado, de norte a sul. Apenas o Amazonas, Roraima, Acre, Amapá, Rondônia e parte dos Estados do Pará ainda não fazem parte do sistema integrado de eletrificação.

Nesses Estados, o abastecimento é feito por pequenas usinas termelétricas ou por usinas hidrelétricas situadas próximas às suas capitais. Tal peculiaridade, no entanto, não retira da União sua competência constitucional para explorar os serviços de energia elétrica.

A sentença estabeleceu que a linha de transmissão elétrica que liga a UHE Coaracy Nunes ao município de Serra do Navio, a respectiva subestação e demais acessórios deverão ser revertidos ao Estado do Amapá, novamente com base no já citado art. 6º do Decreto 39.762/1956.

Também nesse aspecto o *decisum* merece ser reformado.

Entre as competências da União, previstas na Constituição, está a de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dentre outros, os serviços e instalações de energia elétrica (Constituição Federal, art. 21, XII, “b”).

Aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios cabe a competência comum, juntamente com a União, de registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (Constituição Federal, art. 23, XI).

Nesse contexto, a Lei 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica estabeleceu que cabe à autarquia promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos (art. 3º, II).

Diz a lei sobre a reversibilidade do bem:

³ *Op. cit.* p. 60.

⁴ Meirelles, Hely Lopes; *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006, p. 527.

⁵ Site www.aneel.gov.br

“Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

(...)

II – a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

(...)

Art. 18. A Aneel somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.” (destacamos)

Acrescenta a lei a impossibilidade de descentralização dos serviços e instalações relativos à transmissão elétrica situados em unidades da federação:

“Art. 20. Sem prejuízo do disposto na Lei, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A descentralização abrangerá os serviços e instalações de energia elétrica prestados e situados no território da respectiva unidade federativa, exceto:

I – os de geração de interesse do sistema elétrico interligado;

II – *os de transmissão integrante da rede básica.*” (destacamos)

Além disso, cumpre citar os ditames da Lei 9.074/1995, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Ressalto as disposições acerca dos serviços de energia elétrica:

“Dos Serviços de Energia Elétrica

Seção I

Das Concessões, Permissões e Autorizações

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei 8.987, de 1995, e das demais.

§ 1º As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União.

(...)

§ 3º *As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.*” (destacamos)

Assim, as disposições legais e constitucionais acima apenas confirmam e reforçam a supremacia (sempre calcada no interesse público) da União em relação aos estados (também com relação à exploração dos serviços de energia elétrica. Por isso, *a linha de transmissão elétrica que liga a UHE Coaracy Nunes ao município de Serra do Navio, a respectiva subestação e demais acessórios devem reverter à União.*

Da estrada de ferro do Amapá – EFA

Novamente não pode prevalecer o entendimento contido na sentença apelada no sentido da reversão da estrada de ferro do Amapá – EFA para o Estado membro.

A sentença afirma que “acerca da Estrada de Ferro, tem-se que o Estado do Amapá, por decisão do Superior Tribunal de Justiça, já deveria tê-la assumido, em definitivo, no ano transato.” (fl. 400).

No entanto, o fato de haver decisão do Superior Tribunal de Justiça concedendo prazo para o Estado do Amapá assumir a estrada de ferro não vincula esta Corte em razão da peculiaridade do caso concreto, apreciado pelo Ministro Franciulli Netto:

a) o Estado do Amapá ajuizou ação cautelar perante a justiça estadual e obteve liminar para que a Icomi continuasse a manter os serviços da estrada de ferro pelo prazo de sessenta dias, posteriormente reduzido para trinta dias;

b) contra o deferimento da liminar, a concessionária interpôs agravo de instrumento que teve indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal;

c) interposto agravo regimental contra esta decisão, a turma julgadora do Tribunal de Justiça do Amapá negou provimento ao recurso;

d) inconformada, a Icomi interpôs recurso especial e manejou a referida medida cautelar com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recurso especial interposto.

Observe-se que o objeto da citada controvérsia, desde o início, foi a intenção do Estado em impor à Icomi a continuidade da administração do serviço ferroviário até que pudesse assumi-lo por si só.

A liminar da cautelar foi deferida para desobrigar a concessionária de gerir a estrada de ferro e,

posteriormente a própria requerente pediu a desistência da ação, devidamente homologada.

Por oportuno, transcrevo a decisão citada na sentença, exarada em abril de 2004 sobre a estrada de ferro do Amapá nos autos da Medida Cautelar nº 8048, proposta pela Icomi no STJ:

“Medida Cautelar 8048 – AP(2004/0041219-3) Relator: Min. Franciulli Netto Requerente: Indústria e Comércio de Minério S/A. Icomi Advogado: Marília Moraes Soares e outros Requerido: Estado do Amapá. Ementa Medida Cautelar. Pretendida Suspensão dos efeitos de julgado proferido em Agravo Regimental Proveniente de decisão proferida em Agravo de Instrumento. Recurso Especial com juízo positivo de admissibilidade. Alegado encerramento do contrato de concessão de exploração de jazida de manganês e de estrada de ferro. Reconhecida a presença dos requisitos autorizadores à concessão liminar. Determinada assunção, por parte do Estado do Amapá, da Gerência da estrada de ferro, observado o prazo de 180 dias a contar da publicação da presente Decisum. Liminar ad referendum da 2ª Turma.

Decisão:

Vistos.

Versam os autos sobre medida cautelar ajuizada por Indústria e Comércio de Minério S/A – Icomi, cujo escopo é obter “a concessão de medida liminar, *inaudita altera parte*, para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial já interposto e admitido no Agravo de Instrumento 1.177/2003, sustentando-se os efeitos do acórdão proferido no respectivo Agravo Regimental, suspendendo-se também os efeitos da decisão liminar proferida nos autos da Ação Cautelar 6.304/2003, em curso perante a 2ª Vara Cível de Santana, Estado do Amapá” (fl. 18).

Adverte a requerente que a matéria trazida na presente cautelar não é nova para esta colenda Corte Superior, uma vez que já foi agitada por ocasião do julgamento do Resp 606.035-AP, oportunidade em que a douta Segunda Turma, por meio do voto condutor deste relator, houve por bem não conhecer da pretensão recursal contra o da lavra do Senhor Ministro João Otávio de Noronha. Rememore-se, também, que o pleito acautelatório já foi apresentado com a finalidade de conferir efeito suspensivo ao prefalado recurso especial (MC 7.323-AP), oportunidade em que a liminar almejada não restou deferida.

Com a finalidade de relembra a matéria fática, permita-se trazer à balha os principais relanços que deram ensejo ao presente pedido.

A requerente é empresa que atua no ramo de extração mineral. Relata que, no ano de 1947, celebrou, com o então Governo do Território Federal do Amapá, Contrato de Arrendamento das

Jazidas de Minério de Manganês, por um período de 50 (cinquenta) anos. Ocorre, porém, que, após constatar que a quantidade do manganês estaria a justificar a construção de estrada de ferro, afirma a requerente que firmou, em março de 1953, com a União Federal, um termo de concessão para construção, uso e gozo de estrada de ferro ligando Porto de Santana às jazidas da Serra do Navio e que, ao término do ajuste, reverteria em favor do ente público. A referida concessão da ferrovia deveria vigorar até o término da exploração das jazidas do referido minério.

Obtempera a demandante que, considerado o prazo de 50 (cinquenta) anos, o contrato de arrendamento e o termo de concessão findou-se em maio de 2003. Adverte, entretanto, que desde 1999, em face da proximidade do termo final do ajuste, notificou o Estado do Amapá no intuito de que o requerido observasse as providências necessárias para a assunção da posse dos bens.

Diante dessa peculiaridade, afirma a requerente que o Estado do Amapá aforou medida cautelar, em primeiro grau de jurisdição, fincado na premissa de que a Icomi deveria cumprir obrigações sociais. Sustenta que, a um tempo, a liminar foi deferida pelo MM. Juízo de 1ª instância para determinar que a requerente continuasse a manter os serviços da Estrada de Ferro do Amapá por um prazo de 60 (sessenta) dias e posteriormente reduziu esse lapso temporal para 30 (trinta). Sobreveio, pois, agravo de instrumento, cujo pedido liminar apresentado não foi acolhido, de modo que foi aforado agravo regimental. Não provido o regimental, foi apresentado o suso mencionado recurso especial o qual, repita-se, não foi conhecido por este colendo Superior Tribunal de Justiça.

Aduz a demandante, todavia, que, ao depois, a eficácia da decisão do MM. Juízo singular foi estendida até final julgamento da ação principal. Uma vez mais interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado o almejado efeito suspensivo. Novamente apresentou agravo regimental que, por força de seu improvimento, brotou o recurso especial fundado no art. 105, inciso III, letra “a”, da Constituição da República. Em vista do juízo positivo de admissibilidade desse recurso excepcional, pugna pela suspensão dos efeitos do julgado colegiado e, por conseguinte, da decisão liminar proferida na Ação Cautelar a qual tramita na Primeira Instância da Corte Estadual do Amapá.

Ancorada nessas premissas, entende corporificados os requisitos necessários à concessão da liminar pretendida.

Aduz a requerente que se acha demonstrado o *fumus boni iuris*, em vista da afronta a dispositi-

vos da Lei de Concessões. Destaca, também, que não está sendo respeitada a liberdade de contratar, a evidenciar inobservância ao preceito contido no art. 421 do Código Civil vigente.

Em relação ao *periculum in mora* assegura que “não subsiste qualquer perigo reverso capaz de ensejar a manutenção da liminar recorrida” (fl. 14). Alega, ainda, que o requerido, por ocasião da interposição da cautelar em 1º grau, consignou que o Estado do Amapá somente necessitaria dos serviços da Icomi em relação à Estrada de Ferro até o final de 2003. Registra, outrossim, que está a suportar dano de difícil ou improvável reparação, explicitando que, para manter o funcionamento da Estrada de Ferro durante esses 10 (dez) meses, tem um custo operacional mensal no importe de R\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais).

É o relatório.

De início, merece advertir que a Corte Estadual, por decisão de sua egrégia Vice-Presidência, afastou a retenção do especial prevista na hipótese do art. 542, § 3º, do Diploma Processual Civil, em face das peculiaridades da controvérsia e, bem assim, por força de iterativos pronunciamentos desta Corte Superior de Justiça que têm mitigado o rigor da predita norma.

Feita essa observação, passa-se ao exame do pedido de liminar.

Sabem-no todos, ocioso lembrar, que, *in specie*, o acolhimento do pleito liminar reclama a presença conjunta dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Nesse passo, constata-se, sem maiores esforços, que a relevância de fundamento abarca a pretenção deduzida pela requerente.

Em verdade, a extinção do contrato de concessão e a ausência de legislação que torne obrigatória a permanência na exploração do serviço na Estrada de Ferro do Amapá, demonstra que o *decisum* de 1ª instância, referendado por meio de r. decisão da Corte de origem, impõe uma obrigação divorciada de uma relação contratual previamente estabelecida e, bem assim, afasta-se da legislação que regula as concessões. Para agravar ainda mais, restou estabelecido que a requerente deve suportar com essa obrigação, indevidamente imposta pela instância ordinária, até final decisão a ser proferida na demanda principal que tramita no MM. Juízo de 1º grau. Ora, não se concebe que possa perpetuar uma situação anômala de prorrogação do contrato de concessão e desprovida de embasamento legal.

Nesse contexto, repita-se, o *fumus boni iuris* se mostra patente.

Por seu turno, o perigo da demora na prestação jurisdicional, conquanto não mereça maiores digressões, se apresenta de modo incontestável.

A primeira peculiaridade a ser lembrada diz respeito ao pronunciamento da Corte Estadual, que se reproduz, na parte em que interessa: “... a imposição à Icomi, de que continue investindo na administração do serviço ferroviário, cujo término penso tenha ocorrido quando chegada a termo a concessão, representa expressivo encargo financeiro cuja futura recomposição patrimonial me parece até difícil de ser ajustadamente acertada, na medida em que, se estivesse a deslocar esses investimentos para outra atividade lucrativa de seus empreendimentos, de certo auferiria rendimentos e ganhos absolutamente insusceptíveis de adequada mensuração e justa reparação a oportuno momento” (fl. 67).

Outra particularidade que não deve ser desprezada é a observação feita pela requerente de que o próprio Estado requerido, quando aforou a cautelar, em maio de 2003, advertiu que, para o ano seguinte, teria condições de receber o acervo deixado pela Icomi. A propósito, essa é a inferência que se extrai da inicial apresentada pelo Estado do Amapá (cf. fl. 140).

Não se sustém, *data venia*, o entendimento segundo o qual a hipótese vertente estaria a configurar o denominado dano inverso. No particular, é impossível reconhecer a possibilidade de o Estado suportar eventual dano, uma vez que a assunção da Estrada de Ferro decorre de previsão legal e contratual. A rigor, denota-se que esse dano tem sido experimentado pela requerente.

Com efeito, em vista da demonstração da presença dos pressupostos autorizadores à concessão liminar, defiro-a, *ad referendum* da colenda 2ª Turma (art. 288, § 2º, RISTJ), assinando ao Estado do Amapá, em face das providências e trâmites burocráticos que deverão ser observados, o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, a contar desta data (01/04/2004), para assumir, em definitivo, a Estrada de Ferro do Amapá. Por conseguinte, ultrapassado o lapso temporal assinado, a ora requerente fica desobrigada em dar continuidade ao contrato de concessão, pois caberá ao Estado a responsabilidade de gerir a mencionada Estrada de Ferro.

Posto isso, cite-se o Estado requerido, para, querendo, responder, no prazo de 20 (vinte) dias (art. 188 c.c. o art. 802, ambos do Código de Processo Civil).

Com a resposta, ou decorrido *in albis* esse lapso temporal, ouça-se a douta Subprocuradoria-Geral da República para emitir parecer, com a urgência que o caso requer.

P. e I.

Brasília (DF), 01/04/2004.

Ministro Franciulli Netto, Relator”

A matéria, como sói acontecer em ações cautelares, foi apreciada do ponto de vista estritamente processual, não tendo sido ventilada qualquer questão relativa ao interesse da União pelo bem ou ao mérito da reversão dos bens oriundos do contrato de concessão.

Passo apreciá-la.

A Constituição, em seu art. 21, XII, “d”, estabelece o seguinte:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

d) os serviços de transportes ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;”

As estradas de ferro incluem-se entre os bens imóveis da União, conforme se extrai do Decreto-Lei 9.760/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União:

“Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União:

(...)

g) as estradas de ferro, instalações portuárias, telégrafos, telefones, fábricas oficinas e fazendas nacionais;”

A página da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT tece o seguinte histórico acerca do sistema ferroviário nacional:

“Em 1922, ao se celebrar o 1.º Centenário da Independência do Brasil, existia no país um sistema ferroviário com, aproximadamente, 29.000 quilômetros de extensão.

Destacam-se alguns fatos relevantes para o sistema ferroviário do país, ocorridos no período de 1922 a 1974, tais como:

- ♦ Introdução da tração elétrica, em 1930, para substituir em determinados trechos à tração a vapor;

- ♦ Substituição da tração a vapor pela diesel-elétrica, em 1939; Criação da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, em 1942, que absorveu a Estrada de Ferro Vitória a Minas (construída a partir de 1903);

- ♦ Reorganização e saneamento, no final da década de 30, das estradas de ferro existentes, com a encampação de empresas estrangeiras e nacio-

nais, inclusive estaduais, criando a Inspeção Federal de Estradas – IFE, órgão do Ministério de Viação e Obras Públicas, encarregado de gerir as ferrovias e rodovias federais;

- ♦ Instituição do Departamento Nacional de Estradas de Ferro – DNEF e do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, pelo Decreto Lei 3.155, de 28/03/1941;

- ♦ Criação da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA pela Lei 3.115, de 16/03/1957, unificando administrativamente as 18 estradas de ferro pertencentes à União, que totalizavam 37.000 quilômetros de linhas distribuídas pelo país;

- ♦ Unificação das estradas de ferro do Estado de São Paulo, com a criação da FEPASA - Ferrovia Paulista S.A., em 1971, pela Lei 10.410/SP;

- ♦ Extinção, em dezembro de 1974, do DNEF e transferência de suas funções para a Secretaria-Geral do Ministério dos Transportes, bem como para a RFFSA.

- ♦ Início do processo de desestatização do setor ferroviário, pelo Decreto 473/1992, a partir da inclusão da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA no Programa Nacional de Desestatização.

(...)

A inclusão da Rede Ferroviária Federal S.A. no Programa Nacional de Desestatização através do Decreto 473/1992, propiciou o início da transferência de suas malhas para a iniciativa privada, durante um período de 30 anos, prorrogáveis por mais 30. Esse processo também resultou na liquidação da RFFSA, a partir de 07/12/1999.

(...)

As privatizações ocorreram entre 1996 a 1998, concentradas em 1997. A ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, foi criada através da Lei 10.233, de 05/06/2001, e efetivamente, iniciou suas atividades em 20/02/2002.”

O Decreto 1.832/1996, que aprovou o Regulamento dos Transportes Ferroviários traz importantes regras acerca da exploração dos serviços de transporte ferroviário:

“Decreto 1.832, de 04/03/1996 – Aprova o Regulamento dos Transporte Ferroviários

Art. 1º Este Regulamento disciplina:

I – as relações entre a Administração Pública e as Administrações Ferroviárias;

II – as relações entre as Administrações Ferroviárias, inclusive no tráfego mútuo;

III – as relações entre as Administrações Ferroviárias e os seus usuários; e

IV – a segurança nos serviços ferroviários.

Parágrafo único. Para os fins deste Regulamento, entende-se por:

- a) Poder Concedente: a União;
- b) Administração Ferroviária: a empresa privada, o órgão ou entidade pública competentes, que já existam ou venham a ser criados, para construção, operação ou exploração comercial de ferrovias.

Art. 2º A construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte ferroviário poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas, estas mediante concessão da União.” (destacamos)

Mais uma vez, as normas atinentes ao tema privilegiam a supremacia da União igualmente com relação à exploração dos serviços de transporte ferroviário que, se não realizadas pelo poder público, o serão por empresas concessionárias. *Devem, portanto, reverter ao patrimônio da União a estrada de ferro do Amapá – EFA, seus acessórios, equipamentos e instalações.*

Do produto da lavra

Por oportuno, transcrevo novamente o caput do art. 176 da Constituição:

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, *garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*”

A Icomi e sua sucessora Tocantins Mineração S/A arcam com os custos da respectiva extração. Eventual apropriação do minério já extraído pela União ou pelo Estado do Amapá ensejará indenização.

A sentença acima transcrita ressalta inclusive manifestação da União quanto ao seu interesse na exportação do manganês para que possa recolher os impostos decorrentes (fl. 396).

Julgado basilar sobre o tema foi relatado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no qual restou patente que a concessão de lavra acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legitima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico, atribuindo, ao concessionário, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do Poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral. Transcrevo:

“Direito de Propriedade. Proteção Constitucional. Instituição de servidão de passagem de linhas de transmissão de energia elétrica. Garantia de indenização plena. Jazidas minerais existentes no imóvel

afetado pela servidão de passagem. Ressarcibilidade dos direitos inerentes à concessão de lavra. A questão constitucional da propriedade do solo e da propriedade mineral. Recurso improvido. Recursos minerais e domínio constitucional da União.

O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil — fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 — instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribuiu, à União Federal, a titularidade da propriedade mineral, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial.

A propriedade mineral submete-se ao regime de dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, achando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal.

Concessão de Lavra. Indenizabilidade. O sistema minerário vigente no Brasil atribui, à concessão de lavra — que constitui verdadeira res in commercio —, caráter negocial e conteúdo de natureza econômico-financeira.

O impedimento causado pelo Poder Público na exploração empresarial das jazidas legitimamente concedidas gera o dever estatal de indenizar o minerador que detém, por efeito de regular delegação presidencial, o direito de industrializar e de aproveitar o produto resultante da extração mineral.

Objeto de indenização há de ser o título de concessão de lavra, enquanto bem jurídico suscetível de apreciação econômica, e não a jazida em si mesma considerada, pois esta, enquanto tal, achase incorporada ao domínio patrimonial da União Federal.

A concessão de lavra, que viabiliza a exploração empresarial das potencialidades das jazidas minerais, investe o concessionário em posição jurídica favorável, eis que, além de conferir-lhe a titularidade de determinadas prerrogativas legais, acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legitima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico. Essa situação subjetiva de vantagem atribui, ao concessionário da lavra, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do Poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral.”

(STF, RE-AgR 140254/SP, AG.Reg.No Recurso Extraordinário, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 05/12/1995, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ 06/06/1997 PP-24876 Ement Vol-01872-05 PP-00907, destaques ausentes no original)

Confirmam-se outros julgados sobre o tema:

“Lavra de Minério. Segurança pedida em decorrência da prática de atos, pelo governo local, no sentido de criar embaraço na lavra de areia quartzosa. Se a União concede autorização de lavra de produto mineral, não cabe ao estado, o qual não tem poderes para tanto, tolher, direta ou indiretamente, a execução dos respectivos trabalhos.

Recurso extraordinário provido, concedendo-se a segurança.”

(RTJ 76/531)

“Constitucional. Monopólio. Conceito e classificação. Petróleo, Gás Natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Bens de propriedade exclusiva da União. Art. 20, da CF/1988. Monopólio da atividade de exploração do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Art. 177, I a IV e §§ 1º e 2º, da CF/1988. Regime de monopólio específico em relação ao art. 176 da Constituição. Distinção entre as propriedades a que respeitam os arts. 177 e 176, da CF/1988. Petrobras. Sujeição ao Regime Jurídico das Empresas Privadas [Art. 173, § 1º, II, da CF/1988]. Exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público. Art. 26, § 3º, da Lei 9.478/1997. Matéria de Lei Federal. Art. 60, caput, da Lei 9.478/1997. Constitucionalidade. Comercialização administrada por Autarquia Federal [ANP]. Exportação autorizada somente se observadas as políticas do CNPE, aprovadas pelo Presidente da República [Art. 84, II, da CF/1988].

(...)

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

9. Embora o art. 20, IX, da CF/1988 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.

10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

11. A EC 9/1995 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

(...)

19. Ação direta julgada improcedente.”

(STF, ADI 3273/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator: Min. Carlos Britto, Relator p/Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 02/03/2007 PP-00025, Ement Vol-02266-01 PP-00102)

Correta a sentença nesse aspecto: *o produto da lavra, ou seja, o minério de manganês extraído e cuja comercialização está suspensa por decisão judicial nos autos da Medida Cautelar 2006.01.00.041964-4/AP deve reverter ao patrimônio da empresa concessionária que o extraiu.*

Do porto fluvial de Santana/AP

Não procede o inconformismo do Estado do Amapá com o reconhecimento, na sentença, de que o porto fluvial de Santana pertence à União.

A Constituição estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, “f”); estabelece, ainda, que compete privativamente à União legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (art. 22, X).

O Decreto-Lei 9.760/1946, recepcionado pela Constituição e que dispõe sobre os bens imóveis da União estabelece:

“Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União:

- a) os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- b) os terrenos marginais dos rios navegáveis, em Territórios Federais, se, por qualquer título legítimo, não pertencerem a particular;
- c) os terrenos marginais de rios e as ilhas nestes situadas na faixa da fronteira do território nacional e nas zonas onde se faça sentir a influência das marés;
- d) as ilhas situadas nos mares territoriais ou não, se por qualquer título legítimo não pertencerem aos Estados, Municípios ou particulares;
- e) a porção de terras devolutas que fôr indispensável para a defesa da fronteira, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais;
- f) as terras devolutas situadas nos Territórios Federais;

g) as estradas de ferro, instalações portuárias, telégrafos, telefones, fábricas oficinas e fazendas nacionais;” (destacamos)

A Lei 8.630/1993 (Lei dos Portos), que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias dispõe o seguinte acerca da exploração dos portos e das operações portuárias:

“Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

§ 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se:

I – Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;

II – Operação Portuária: a de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários;

III – Operador portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado;

IV – Área do porto organizado: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e píeres de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto, referida na Seção II do Capítulo VI desta lei.

V – Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

VI – Estação de Transbordo de Cargas: a situada fora da área do porto, utilizada, exclusivamente, para operação de transbordo de cargas, destinadas ou provenientes da navegação interior;

VII – Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte: a destinada às operações portuárias de movimentação de passageiros, de mercadorias ou ambas, destinados ou provenientes do transporte de navegação interior.

§ 2º A concessão do porto organizado será sempre precedida de licitação realizada de acordo

com a lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos.”

Igualmente correta a sentença ao afirmar que o porto localizado em Santana (terminal de uso privativo) está localizado em área do domínio da União. Acrescenta a sentença que há, *in casu*, autorização da União em favor da Icomi para a respectiva exploração, tendo sido adotado o regime jurídico previsto na Lei dos Portos, acima transcrita.

IV

Pelo exposto, *nego provimento à apelação do Estado do Amapá e dou parcial provimento à remessa oficial*, para determinar que: a) todos os bens reversíveis, sejam móveis ou imóveis (inclusive os que aderem ao solo e não puderem ser retirados sem a perda de sua capacidade econômica), são de propriedade da União; b) devem reverter ao patrimônio da União a linha de transmissão elétrica que liga a UHE Coaracy Nunes ao município de Serra do Navio, a respectiva subestação e demais acessórios c) devem reverter ao patrimônio da União a estrada de ferro do Amapá – EFA, seus acessórios, equipamentos e instalações; d) as máquinas, os equipamentos móveis e o produto da lavra, ou seja, o minério de manganês extraído e cuja comercialização está suspensa por decisão judicial nos autos da Medida Cautelar 2006.01.00.041964-4/AP devem reverter ao patrimônio da empresa concessionária que o extraiu.

É como voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2007.34.00.016179-1/DF

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

Apelante: Carolina de Almeida Mesquita e outro

Advogado: Dr. Rodrigo Albuquerque de Victor e outro

Apelado: União Federal

Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos

Divulgação: 26/09/2008

Publicação: 29/09/2008

Ementa

Constitucional. Administrativo. Concurso Público. Procurador do Trabalho. Comprovação de atividade jurídica. Momento. Inscrição definitiva. ADI 3.460. Exegese da expressão atividade jurídica. Interpretação Manifestada Na reclamação 4.906/PA.

I – Segundo consignado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.460/DF, é constitucional a norma que exige, do candidato a concurso público para provimento de cargos da carreira do Ministério Público, a comprovação de 3 (três) anos de atividade jurídica, a qual deve ser feita no momento da inscrição definitiva.

II – Não prevalece, por outro lado, a pretensão das apelantes de que essa atividade seja comprovada mediante a realização de 5 (cinco) atos privativos de advogado, em 3 (três) exercícios forenses distintos, independentemente do transcurso dos três anos, sob pena de violação ao princípio da igualdade entre os candidatos no certame.

III – Sentença confirmada.

IV – Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 15/08/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:
— Carolina de Almeida Mesquita e Celeste Maria Ramos Marques ajuizaram, contra a União, ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando a anulação do ato administrativo que as excluiu do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador do Trabalho, regido pelo Edital 1/2006.

Afirmaram que foram aprovadas nas três primeiras fases do certame, porém a inscrição definitiva foi indeferida, ao argumento de que não preenchiam o requisito previsto no § 3º do art. 129 da Constituição Federal, na Resolução 4/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, e nos itens 4.7 e 4.8 do edital, ou seja, possuir 3 (três) anos de atividades jurídicas no momento da inscrição definitiva.

Sustentaram que o ato se encontra eivado de ilegalidade, pois atendem, sim, ao requisito, argumentando que (fl. 9):

A caracterização da atividade efetiva da advocacia é de finida pelo Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que em seu art. 5º estabelece como critério a promoção de pelo menos 5 (cinco) atos privativos de advogado em 5 (cinco) processos distintos por ano. Assim, se em determinado ano o indivíduo promoveu essa quantidade de procedimentos, ainda que todos concentrados em um único mês do ano, tem-se que o mesmo exerceu efetivamente a advocacia naquele ano.

Aduziram que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da ADI 3.460, o Relator, eminente Ministro Carlos Ayres Brito, asseverou que “na contagem do triênio para investidura nos cargos de magistrado e membro do Ministério Público não seria considerado o ‘fechamento’ de 3 anos de atividade, mas sim o efetivo exercício de atividade jurídica em 3 exercícios forenses distintos” (fl. 10).

Acrescentaram, de outra parte, que, caso não seja acolhido esse entendimento, o momento correto para a comprovação da exigência de três anos de formado é a investidura, e não a inscrição definitiva, conforme preceitua a Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão que consta das fls. 125/127 deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, “para homologar as inscrições definitivas”, garantindo o prosseguimento das autoras no certame.

Contestação da União, às fls. 141/149. Alega, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que não é permitido ao Poder Judiciário “pronunciar-se sobre o mérito administrativo, alterando as disposições editalícias”, além da necessidade de citação “de todos os candidatos mais bem colocados” que as autoras, para integrar a lide como litisconsortes passivos.

Quanto ao mérito, defendeu a legalidade das exigências constantes do edital, peça básica do concurso, que vincula tanto a Administração quanto os candidatos, pelo que a pretensão das autoras representa ofensa ao princípio da isonomia.

Na réplica as autoras informaram que lograram êxito no concurso, pelo que formularam novo pedido

de antecipação dos efeitos da tutela, para que fossem nomeadas para o cargo. A decisão de fls. 182/183, porém, não autorizou a nomeação e posse, mas, tão-somente, a reserva de vaga.

A sentença (fls. 193-199) julgou improcedente o pedido, ao entendimento, em síntese, de que o requisito da prática jurídica somente se aperfeiçoa mediante o transcurso dos três anos, não prevalecendo a exegese apresentada, sob pena de violação do princípio da isonomia.

Inconformadas, apelam as autoras, com razões às fls. 201/207, reafirmando os mesmos argumentos trazidos com a inicial. Defendem o entendimento de que o “magistrado de planície” (fl. 206), embora possa ter entendimento diverso dos Ministros do STF sobre determinada questão jurídica, não pode deixar de aplicar o entendimento manifestado pelo Pleno da Corte Máxima, no que concerne à interpretação constitucional.

Postulam, ao final, a reforma da sentença, para que prevaleça o entendimento esposado pelo Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da ADI 3460, a fim de que seja anulado o ato que indeferiu as suas inscrições, e, em caráter cautelar e incidental, pedem a reserva de vagas no cargo de que se trata.

Contra-razões às fls. 211/217.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de recurso de apelação, mediante o qual as apelantes, candidatas excluídas de Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador do Trabalho, regido pelo Edital 1/2006, por não preencherem o requisito de 3 (três) anos de prática jurídica, pretendem a reforma da sentença, a fim de que seja invalidado o ato de indeferimento de suas inscrições definitivas, uma vez que, segundo seu entendimento, satisfazem os requisitos mínimos necessários.

O cerne da controvérsia posta a exame cinge-se a definir o momento e a forma de comprovação da exigência de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira do Ministério Público, prevista na atual re-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

dação do § 3º do art. 129 da Constituição Federal, que as apelantes consideram atendida mediante a comprovação da prática de 5 (cinco) atos privativos de Advogado, nos termos do art. 5º do Estatuto da Advocacia, em três anos distintos, considerando, ainda, que tal exigência deve ser demonstrada por ocasião da posse no cargo, e não na inscrição definitiva no concurso, como exigido, no caso.

A questão é conhecida dos tribunais, já tendo sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, ao apreciar a ADI 1.040-9/DF, que impugnava o art. 187 da Lei Complementar 75/1993, assim decidiu:

Ação Direta de inconstitucionalidade. Art. 187 da Lei Complementar 75/1993. Exigência de um biênio na condição de bacharel em direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União. Alegada ofensa aos arts. 5º, I, XIII e 37, I da CF.

1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei Complementar 75/1993, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende.

2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional 45/2004, o lapso temporal foi aumentado para três anos. No âmbito do Ministério Público foi editada a Resolução 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, regulamentando a exigência constitucional, tendo sido, dita Resolução, objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.460-0/DF), relatada pelo Ministro Carlos Brito, e cujo resultado foi resumido na ementa a seguir transcrita:

Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 7º, caput e parágrafo único, da Resolução 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da Resolução 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes às carreira (sic) ministerial pública.

Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado “*atividade jurídica*” é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito.

O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos.

Ação improcedente.

As apelantes pretendem que prevaleça entendimento constante do voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Brito, nesse julgamento, posto nestes termos, *verbis*:

(...)

21. Já me encaminhando para o fecho do voto, averbo que a exigência dos três anos de atividade essencialmente jurídica, após a obtenção do título de bacharel, não quer dizer, necessariamente, o *matemático perfazimento de 365 dias “vezes” 3*, segundo o calendário que é próprio do ano civil. Bem pode ser interpretado à luz de um peculiar “*calendário forense*”, de sorte a comportar o exercício profissional que se der em pelo menos três destacadas unidades de tal calendário. Quero dizer: o profissional do Direito que fizer a prova de regular atuação em três autonomizados “exercícios forenses”, no mínimo, ficará habilitado a prestar concurso para cargo integrante da carreira jurídica do Ministério Público.

22. À derradeira, anoto que o prazo de três anos de atividade jurídica é exigido do bacharel em direito *para o ingresso na carreira do Ministério Público*. E esse ingresso — que é sinônimo de investidura —, se dá com a posse no respectivo cargo, e não com o ato de mera inscrição no pertinente concurso. Motivo pelo qual não se pode exigir dos aspirantes à carreira ministerial pública, no ato de inscrição no concurso, o atendimento ao requisito temporal de três anos de atividade jurídica, referido no § 3º do art. 129 da Constituição. Afinal, o que deseja a Constituição é a comprovada experiência profissional para o efetivo desempenho do cargo posto em competição pública (vide MS 25.504-MC, de minha relatoria).

Ocorre que esse entendimento ficou vencido, como se pode observar não só da leitura da ementa, já transcrita, como pela certidão do julgamento, na qual consta que o Relator ficou vencido, em parte.

Prevaleceu o entendimento de que o requisito deve ser comprovado no momento da inscrição defini-

tiva, como resulta claro do voto da eminente Ministra Carmen Lúcia, *verbis*:

Quando ao momento de se comprovar a atividade jurídica, o Supremo Tribunal Federal vem dizendo, reiteradamente, que é o momento da posse, porque, neste momento, é que se tem que comprovar as condições. A despeito do conhecimento dessa jurisprudência, o meu voto é no sentido de que a exigência seja feita tal como posta na resolução, no momento da inscrição, porque isso tanto dá segurança à sociedade quanto a todos os candidatos, e não apenas àqueles interessados. Além do que os editais de concurso normalmente fixam: são condições de inscrição – ser bacharel em direito.

Tenho dito, tanto em sala de aula quanto nos meus trabalhos como advogada, que quem faz a inscrição descumprindo isso, no mínimo, está mentindo. E, portanto, estamos acolhendo, nos quadros, alguém que não tem compromisso com a verdade.

(...)

Portanto, quanto ao momento em que é necessário provar, quando a resolução estabelece o momento como o da inscrição, não vejo inconstitucionalidade aí. O momento pode ser perfeitamente o da inscrição.

(...)

Esse entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação 4.906-0/PA, atinente ao mesmo tema, da relatoria do eminente Ministro Joaquim Barbosa, cuja ementa do acórdão ficou assim redigida:

Reclamação. Mérito. Acórdão parâmetro. Declaração de constitucionalidade de norma diversa daquela cuja aplicação é invocada pelos reclamantes. Identidade material. Conhecimento da reclamação. Concurso para ingresso na carreira do ministério público do estado do Pará. Exigência de requisito temporal. Constitucionalidade afastada pelas decisões reclamadas. Violação ao que decidiu na ADI 3.460/DF. Atividade privativa de Bacharel em Direito. Particularidades do caso concreto. Reclamação parcialmente procedente. Agravos Regimentais prejudicados.

1. A decisão paradigma, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica.

2. A norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas, que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará, possui idêntico

conteúdo ao daquela declarada constitucional por esta Corte na ADI 3.460/DF, razão pela qual a presente reclamação deve ser conhecida.

3. As decisões reclamadas, ao questionarem a constitucionalidade da exigência de três anos de bacharelado dos candidatos ao cargo de promotor, reservando vaga para candidatos que não haviam obtido o grau de bacharel no triênio anterior à nomeação, efetivamente afrontaram o que foi decidido no julgamento da ADI 3.460/DF. Procedência da Reclamação nesta parte.

4. Em relação às decisões reclamadas que reservaram vaga para duas candidatas que cumpriram o requisito temporal, embora as atividades por elas desempenhadas não fossem, no Estado do Pará, privativas de Bacharel em Direito à época da nomeação, não é possível vislumbrar afronta ao acórdão apontado como paradigma, tendo em vista particularidades dos respectivos casos concretos, sobre as quais não se pronunciou o Supremo Tribunal Federal naquele julgamento, que se deu em controle abstrato de constitucionalidade.

5. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público vieram a considerar que os cargos ocupados pelas referidas candidatas, de oficial de justiça e de escrivã de polícia, preencheriam o requisito previsto no edital, tendo em vista as atividades por elas desempenhadas. Situação em que é impossível ao bacharel em direito o exercício da advocacia, dada sua incompatibilidade com o cargo público ocupado.

6. Assim, por não ter cuidado diretamente das situações específicas verificadas nessas duas decisões, não há de se falar em afronta ao acórdão da ADI 3.460/DF.

7. Reclamação conhecida e julgada parcialmente procedente.

8. Agravos regimentais prejudicados.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 21.426, relatado pelo eminente Ministro Felix Fischer, acórdão publicado no DJ de 26/03/2007.

Assim, sem razão as apelantes no que concerne ao momento de verificação do requisito da prática jurídica.

Cumprе apreciar, ainda, a alegação de que as apelantes teriam, no momento da inscrição definitiva, os 3 (três) anos de atividade jurídica, segundo a exegese que fazem, do julgamento do Supremo Tribunal Federal, *verbis* (fl. 204):

(...)

O MM. Juízo *a quo*, adotando sem qualquer questionamento o posicionamento do Pretório Excelso, entendeu que o momento adequado para se exigir a comprovação de prévia atividade jurídica das Apelantes seria a inscrição definitiva no concurso.

No entanto, a sentença ora objurgada foi mais além e, ao contrário do entendimento do Supremo exarado naquele mesmo julgado, decidiu que as Apelantes não teriam preenchido, mesmo no momento da inscrição, o requisito constitucional de atividade jurídica.

Ora, o STF, no julgamento da mencionada ADI 3.460/DF, deixou consignado que, para aferição do triênio de atividade jurídica dos profissionais da advocacia, seria levado em conta o exercício da atividade em cada exercício forense de forma autônoma, e não a contagem “aritmética” de 3 vezes 365 dias.

Por esse critério, as Apelantes já teriam atendido, no momento da inscrição definitiva, a exigência constitucional, visto que exerceram a advocacia nos exatos termos do Regulamento da Advocacia e da OAB, nos exercícios de 2005, 2006 e 2007.

Esse posicionamento das apelantes, como já demonstrado, está equivocado, visto que, apesar de constar do voto do Relator, não prevaleceu no julgamento esse entendimento.

O ilustre juiz sentenciante, ao apreciar a questão, ponderou que (fls. 197/198):

De outra parte, sobre a comprovação pelas Autoras do exercício de atividade jurídica em três anos distintos, na hipótese vertente, nos anos de 2005, 2006 e 2007, extraio da Resolução 4, de 20/02/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o conceito de atividade jurídica para fins de inscrição em concurso público de ingresso na carreira do Ministério Público, o seguinte:

“Art. 1º Será considerada como atividade jurídica, desempenhada exclusivamente após a obtenção do grau de bacharel em direito, aquela exercida por ocupante de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, nos quais prepondera a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Parágrafo único. Serão admitidos, no cômputo do período de atividade jurídica, os cursos de pós-graduação na área jurídica realizados pelas Escolas do Ministério Público, da Magistratura e da Ordem dos Advogados, de natureza pública, fundacional ou associativa, reconhecidos pelas respectivas instituições, bem como os cursos de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação. (Incluído pela Resolução 11, de 07/08/2006)

Art. 2º A comprovação da exigência do período de três anos de atividade jurídica deverá ser formalizada no ato da inscrição definitiva do concurso por intermédio de documentos e certidões que demonstrem efetivamente o exercício da atividade jurídica no período exigido.”

Igualmente dispõe o Edital 7, de 10/04/2007, que regulou a comprovação do exercício dos três anos de atividade forense no concurso prestado pelas Autoras, estabelecendo que seria feito conforme o art. 5º, parágrafo único, letras “a”, “b” e “c”, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia da OAB, *litteris*:

“X – Comprovação do requisito relativo ao exercício de atividade jurídica, por prazo não inferior a 3 (três) anos (CF, art. 29, § 3º), observado o disposto na Resolução 4 do Conselho Nacional do Ministério Público e nos itens 1.1 e 4.8 do Edital 1, de 01/09/2006, publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, de 04/09/2006. O exercício da advocacia será comprovado na forma do art. 5º, parágrafo único, letras a, b e c, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.”

Por sua vez, o art. 5º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, tem o seguinte teor, *verbis*:

“Art. 5º Considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos previstos no art. 1º do Estatuto, em causas ou questões distintas.

Parágrafo único. A comprovação do efetivo exercício faz-se mediante:

- a) certidão expedida por cartórios ou secretarias judiciais;
- b) cópia autenticada de atos privativos;
- c) certidão expedida pelo órgão público no qual o advogado exerça função privativa do seu ofício, indicando os atos praticados.”

Do cotejo das normas acima transcritas, é razoável mesmo a tese das Autoras, no sentido de que, se em determinado ano o advogado promoveu 5 atos privativos em 5 processos distintos, ainda que todos concentrados em um único mês do ano, “tem-se que o mesmo exerceu efetivamente a advocacia naquele ano. Como as autoras comprovaram que atuaram como advogadas nos anos de 2005, 2006 e 2007, encontra-se preenchido o requisito exigido dos candidatos ao cargo em questão” (fl. 9).

Esse foi, efetivamente, o entendimento perflhado pelo eminente Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADI 3.460/DF, o qual, entretanto, não logrou a aprovação da maioria, *verbis*:

(...)

21. Já me encaminhando para o fecho do voto, averbo que a exigência dos três anos de atividade essencialmente jurídica, após a obtenção do título de bacharel, não quer dizer, necessariamente, *o matemático perfazimento de 365 dias “vezes” 3*, segundo o calendário que é próprio do ano civil. Bem pode ser interpretado à luz de um peculiar *“calendário forense”*, de sorte a comportar o exercício profissional que se der em pelo menos três destacadas unidades de tal calendário. Quero dizer: o profissional do Direito que fizer a prova de regular atuação em três autonomizados *“exercícios forenses”*, no mínimo, ficará habilitado a prestar concurso para cargo integrante da carreira jurídica do Ministério Público.

Daí que não acolho, com a devida vênia, tal exegese, uma vez que isso significaria uma forma de descumprir o requisito de três anos de atividades jurídicas, estipulado pela norma, bem como poderia configurar violação ao princípio da isonomia entre os candidatos, como assinalado pela sentença (fls. 198/199):

Deveras, figurem-se três candidatos que colaram o grau em Direito no mesmo dia, por exemplo, 20 de fevereiro de 2005. No dia 1º de abril de 2005, o primeiro candidato tomou posse no cargo de Analista Judiciário na Justiça Federal. Os outros dois ingressaram na Ordem dos Advogados, por exemplo, no dia 01/10/2005 e promoveram 5 atos privativos de Advogado em 5 processos distintos no referido ano. No ano de 2006, o primeiro candidato fez um curso de pós-graduação em Direito e os demais candidatos continuaram atuando como Advogado e promoveram 5 atos privativos em 5 processos distintos. No dia 01/01/2007, o segundo candidato abandona a advocacia para se dedicar exclusivamente ao magistério superior de Direito. O terceiro candidato continuou atuando como advogado e promoveu, em janeiro de 2007, 5 atos privativos em 5 processos distintos.

Nessa figuração, a prevalecer a tese das Autoras, ter-se-ia que o primeiro candidato completaria o requisito de três anos de atividade jurídica somente em maio de 2008, o segundo candidato completaria o requisito em janeiro de 2008 e o terceiro candidato, por sua vez, em janeiro de 2007. Em outras palavras, o primeiro candidato, que mais tem prática jurídica, pois galgou um cargo privativo de bacharel em Direito no início de 2005 e ainda tem um curso de pós-graduação em Direito, alcançaria o requisito constitucional mais de um ano depois que o terceiro candidato, que somente se tornou Advogado e iniciou sua militância no final de 2005, tendo desse modo menos prática jurídica. E isso não se pode admitir que aconteça na realidade,

até porque não se pode admitir que uma determinada função, no caso, Advogado, tenha uma prática jurídica mais intensa que os outros operadores do Direito.

Entendo que essa exegese é a mais razoável e lógica para o julgamento da questão e ressalto que este foi o posicionamento adotado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, ao decidir a Reclamação n. 4.906/PA, posterior ao julgamento da ADI 3.460/DF. Confira-se:

(...) Na ADI 3.460/DF o plenário deste Tribunal se pronunciou sobre duas questões:

1. Primeiro, decidiu sobre o *momento* em que o candidato deveria *comprovar* a prática de 3 anos de atividade jurídica. Concluiu-se pela *constitucionalidade* da exigência de comprovação no ato da *inscrição definitiva*;

2. Segundo, decidiu sobre a interpretação a ser dada à expressão “atividade jurídica” *prevista na Resolução disciplinadora do concurso em análise naquele processo*, com base no art. 129, § 3º, da Constituição da República. *Este é o ponto de debate da presente Reclamação.*

Considerou-se, na ADI 3.460/DF, que os três anos de “atividade jurídica” contam-se *da data da conclusão do curso de Direito e em atividades* para cujo desempenho se faça *imprescindível* a conclusão do curso de bacharelado em Direito.

(...)

Assim, a constitucionalidade da norma de referência do concurso do Ministério Público do Estado do Pará, por ser idêntica à norma examinada na ADI 3.460, não poderia ter sido afastada, em abstrato, como o foram nas decisões judiciais reclamadas, das quais colho o seguinte:

“Observe-se, entretanto, que a ADI 3.460 atacou um ponto específico do referido edital, ou seja, o termo ‘verificada no momento da inscrição definitiva’. A par disto *conclui-se que não há efeito extunc na referida decisão, simplesmente porque a decisão foi pelo indeferimento da ADI, ou seja, o plenário apenas afirmou que aquele edital era constitucional, mas não se posicionou de forma definitiva a respeito de qual era o verdadeiro e definitivo alcance do § 3º do art. 129, com a redação dada pela Emenda 45.*”

O equívoco se explica em razão de que, à época em que proferidas as decisões reclamadas, o acórdão da ADI 3.460/DF não havia, ainda, sido publicado. Comparando, agora, a ementa do acórdão paradigma e os fundamentos das decisões de origem, fica claro que, em alguma medida, houve negativa de aplicação do que foi decidido por esta Corte naquele julgamento.

Senão, vejamos:

Uma das decisões agravadas reservou vaga para a Interessada Lorena de Moura Barbosa, que somente obteve o grau de Bacharel em Direito em 21/01/2005, como ela mesma afirmou em seu agravo (fls. 451 e 467/468 – cópia do diploma expedido pela Unama – Universidade da Amazônia).

Ou seja, nem mesmo *na data de hoje* o requisito temporal estaria preenchido, uma vez que, *somente em janeiro de 2008, a Interessada completará os três anos de formada em direito*. É clara, neste ponto, a afronta ao que decidido na ADI 3.460/DF, em que ficou fixado: “Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito”.

(...)

O mesmo se dá com os seguintes Interessados-Agravantes:

1. *Priscila Mamede Mousinho*, que *colou grau em 31/03/2005* (fls. 499/500, cópia do diploma expedido pela Universidade Federal do Pará), e, mesmo assim, logrou ser nomeada promotora em 11/10/2006, ou seja, *um ano e seis meses antes de completar três anos de formada*. (Agravo Regimental às fl. 480 e ss.);

2. *Diogo Costa Arantes*, graduado em 31/03/2005, e nomeado em 11/10/2006 (fls. 525/526, cópia do diploma expedido pela Univer-

sidade Federal do Pará) (Agravo Regimental às fls. 510 e ss.); e de

3. *Janyce Maria de Almeida Varella*, graduada em 23/04/2004 e nomeada em 11/10/2006 (fl. 586, cópia do diploma expedido pela Universidade Federal do Pará) (Agravo Regimental às fl. 555 e ss.).

Portanto, nenhum dos interessados-agravantes acima apontados ostentava a condição de *Bacharel em Direito há três anos quando foram nomeados*, menos ainda poderiam demonstrar o preenchimento do segundo requisito, qual seja, o exercício de atividade jurídica durante três anos após a colação de grau.

Não há, assim, como considerar que tinham direito à nomeação sem afrontar, claramente, o acórdão da ADI 3.460/DF.

(...)

Como visto, naquele caso ficou completamente afastada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa a tese que as apelantes defendem, estando a conclusão da sentença em perfeita sintonia com o julgado da Suprema Corte.

Pelo exposto, confirmo a sentença.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Exceção de Suspeição

2007.33.00.024500-9/BA

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Souza Prudente

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Andrea Carlos Leão

Reú: Município de Salvador Bahia/BA e outro

Procurador: Dr. Pedro Augusto Cista Guerra

Reú: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

Excipiente: Associação dos comerciantes em barracas de praia da orla de Salvador – ACBPOMS

Advogado: Dr. João Oliveira Maia Filho

Excepto: Juízo Federal da 13ª Vara – BA

Divulgação: e-DJF1 de 15/08/2008

Publicação: 18/08/2008

Ementa

Processual Civil. Exceção de Suspeição. Inimizade capital entre juiz e advogado das partes. Aconselhamento de uma das partes, pelo Magistrado. Não ocorrência. Suspeição não configurada. Preliminar de intempestividade. Acolhimento.

I – O direito à arguição de impedimento (CPC, art. 134) e de suspeição (CPC, art. 135) do magistrado poderá ser exercido, por qualquer das partes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, por meio de exceção, nos termos do

art. 304 do CPC, desde que o faça no prazo de 15 (quinze) dias, contados desde a data em que tomou conhecimento do fato em que se ampara a sua pretensão, não se conhecendo de incidente veiculado, com essa finalidade, após o transcurso do referido prazo legal, como no caso, e com visíveis razões de descabimento, na espécie.

II – Eventual inimizade entre o juiz e o advogado da parte não configura a hipótese legal de suspeição, prevista no art. 135, inciso I, do CPC, por não envolver o magistrado e a parte, mormente quando, dos elementos carreados para os autos, não se vislumbra a alegada inimizade, como na espécie.

III – A advertência levada a efeito pelo juízo do feito no sentido de que qualquer acordo realizado extra-autos deverá ser submetido ao crivo judicial não se confunde com suposto aconselhamento de uma das partes para que não realize o referido acordo.

IV – Ademais, no exercício da tutela jurisdicional de interesses difusos ambientais, o Juiz há de esforçar-se pela solução da lide coletiva, sempre em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, *por imperativo constitucional* (CF, art. 225, *caput*), não devendo ser argüido de suspeito, nessa firme determinação, em defesa de um bem de todos, cercado de interesses difusos, intergeracionais, interplanetários e universais, por isso que o interesse que embasa a *exceptio suspectionis* jamais poderá ser aquele da coletividade em geral, em que se insere o magistrado, sob pena de inviabilizar-se o julgamento pelo Poder Judiciário de qualquer ação coletiva de interesse difuso, cósmico e intemporal.

V – Exceção de Suspeição não conhecida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer da exceção de suspeição.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 04/08/2008.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de Exceção de Suspeição oposta pela Associação dos Comerciantes em Barracas de Praia da Orla de Salvador/BA – ACBPOMS contra o eminente Juiz Federal Titular da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Dr. Carlos D'Ávila Teixeira, nos autos da ação civil pública 2006.33.00.016425-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e outros, figurando a excipiente como assistente simples do Município de Salvador, em que se discute a legitimidade da utilização de terrenos públicos localizados na orla marítima de Salvador/BA, para fins de construção e reforma de barracas ali existentes.

Em suas razões, noticia a excipiente, em resumo, que:

1. Em reunião, ocorrida no dia 13/11/2007, com o Procurador da República, Dr. Israel Gonçalves Santos Silva, ocorrida na sede do Ministério Público Federal, em Salvador/BA, tomou conhe-

cimento de que o excepto teria orientado aquele Procurador a não procurar os representantes do Município de Salvador para celebrar acordo na ação civil pública, justificando que o Município não estava propenso a celebrar qualquer tipo de acordo, conforme declarações carreadas para os autos, da lavra de alguns “barraqueiros” presentes à referida reunião;

2. O excepto teria indeferido pedido de vista dos autos, formulado por aquele Procurador da República, sob o argumento de exigüidade de prazo;

3. Posteriormente, o Órgão Ministerial constatou que o Município de Salvador havia apresentado várias petições (23/10/2006 e 04/12/2006), postulando a realização de audiência de conciliação, sem qualquer decisão a respeito;

4. O Procurador da República teria resolvido não participar de qualquer reunião com o excepto, em face do ocorrido na condução do processo;

5. Após reiterados pedidos de vista formulados pelo Ministério Público Federal, em 03/04/2007,

o excepto teria se pronunciado acerca dos pedidos de audiência, apesar de considerá-los como ponto controverso, sem proferir qualquer decisão ou designação de audiência para tal fim e sem ter, inclusive, concedido vista dos autos ao Procurador da República;

6. Conforme atas das audiências de conciliação dos dias 04/06/2007 e 06/11/2007, assevera-se sobre a tentativa de conciliação, mas não foi aberta a palavra para as partes, passando a ser ouvidas pessoas estranhas ao processo;

7. A inércia do excepto na apreciação do pedido de realização de audiência de conciliação culminou no pedido de Suspensão de Segurança 2007.01.00.015573-6;

8. Os fatos narrados pelo Procurador da República, presenciado pelas testemunhas na reunião do dia 13/11/2007, em cotejo com o comportamento do excepto caracterizariam violação de sua parcialidade, pois o direcionamento do processo não se teria dado para a solução do litígio, mas pela manutenção da controvérsia;

9. Na última audiência restou claro que as suas irresignações, bem como do seu Patrono, ao longo do processo, culminaram em verdadeira inimizade capital, pois o excipiente sequer compôs a mesa com espaço para que a excipiente e seu Advogado a ocupassem, embora o tenham feito nas audiências anteriores;

10. Em clara atitude de desrespeito, o excepto lhe teria destinado local abaixo do nível da mesa de audiência, que ficava no tablado (ou palco) na platéia do auditório;

11. O membro do Ministério Público Federal lhe teria oferecido um espaço ao seu lado, recusado pelo seu Patrono, face à humilhação a que foi submetido;

12. Não há qualquer justificativa de falta de espaço, porquanto compôs a mesa a Secretária de Planejamento do Município, enquanto foi permitido ao Secretário da *SESPE* que fizesse as vezes do Procurador do Município, usurpando-lhe a função deste;

13. Apesar de estarem previstos 20 minutos, pelo CPC, somente lhe foi concedido o tempo de cinco minutos para falar.

Em razão de tais fatos, restaria caracterizada, na espécie, a imparcialidade do excepto, na direção do processo, e, por conseguinte, a sua suspeição, nos termos do art. 135, I e IV, do CPC, devendo o feito ser submetido a julgamento pelo Juiz Federal Substituto, em exercício na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (fls. 3/7).

Após rejeitar a exceção de suspeição em referência (fls. 161/163), o excepto encaminhou os autos a este egrégio Tribunal, com as razões de fls. 165/172, sustentando, em síntese, que, na espécie, não teria ocorrido qualquer orientação ao representante do Ministério Público Federal, no sentido de que não promovesse qualquer acordo ou transação com o Município de Salvador/BA, com vistas no término da ação civil pública, mormente por se tratar de demanda em que se busca a tutela de direitos difusos e indisponíveis, envolvendo a proteção e a restauração do meio ambiente e a salvaguarda do patrimônio da União, o que tornaria inócua qualquer orientação nesse sentido. Ademais, dispondo o órgão ministerial de autonomia e independência, não estariam os seus membros submetidos a qualquer tipo de orientação eventualmente emitida por magistrado, destacando, no particular, que, diferentemente do que sustenta a excipiente, teria alertado as partes, durante a realização da audiência ocorrida no dia 04/06/2007, que “nenhuma negociação poderia ser feita sem se submeter ao crivo judicial”. Acrescenta, ainda, que a condução do feito vem se operando de acordo com as normas processuais em vigor, não se vislumbrando qualquer desvio na sua marcha. No mais, sustenta a intempestividade da presente exceção de suspeição, em face do lapso temporal decorrido desde a realização da audiência onde teria se configurado a alegada inimizade pessoal entre o excepto e o patrono da excipiente (06/11/2007) e a oposição deste incidente, ocorrido somente em 28/11/2007. Assevera, ainda, que, mesmo que assim não fosse, não prosperaria mesmo a exceção em referência, tendo em vista que, além de não se aplicar, na espécie, a norma do art. 135, I, do CPC, eis que a suposta inimizade pessoal seria entre o magistrado e o patrono da excipiente, e não entre aquele e a própria parte. A circunstância do referido causídico ter tido assento na platéia da audiência pública realizada deveu-se ao fato de inexistência de espaço físico suficiente para acomodar-se a grande quantidade de pessoas que ali compareceram, representando as partes do processo, órgãos públicos interessados e segmentos da sociedade civil, consignando, ainda, que, juntamente com o patrono da excipiente, outros causídicos também foram acomodados no mesmo ambiente, sem que isso represente qualquer inimizade pessoal do excepto em relação a eles. Alegando, pois, que a conduta da excipiente caracteriza conduta de má-fé, pugna pela improcedência da exceção e pela aplicação da correspondente multa pecuniária, na espécie dos autos.

A oitiva das testemunhas arroladas pela excipiente operou-se por meio de carta de ordem, encontrando-se os termos de depoimentos acostados às fls. 390/395.

A douda Procuradoria Regional da República manifestou-se pela improcedência da exceção de suspeição (fls. 402/408).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —

I

Inicialmente, não conheço das alegações deduzidas pela excipiente quanto aos supostos indeferimentos de pedidos de vistas dos autos e de realização de audiências supostamente formuladas pelo Ministério Público Federal, eis que falece legitimidade ativa à excipiente, para postular eventual cerceamento de defesa do órgão ministerial, que dispõe, inclusive, de remédio processual adequado, o qual não se confunde com o incidente de exceção de suspeição em comento.

II

No mais, como visto, a presente exceção de suspeição repousa em dois fundamentos: o de que haveria inimizade pessoal entre o excepto e o patrono da excipiente e o de que o excepto teria aconselhado uma das partes quanto ao objeto da causa, incidindo, assim, a hipótese do art. 135, incisos I e V, do CPC.

No que se refere à alegação de inimizade capital, o incidente em referência não merece ser conhecido, em face da sua manifesta intempestividade.

Com efeito, nos termos do art. 304 do CPC, “*é lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135)*”.

Cabe à parte, porém, mesmo podendo exercer esse direito em qualquer tempo e grau de jurisdição, “*oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contando do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição*” (art. 305) – grifei.

Na espécie dos autos, verifica-se que a suposta inimizade capital teria se caracterizado pelo fato de que o juiz condutor do processo, ora excepto, teria destinado ao patrono da excipiente assento em local não apropriado, durante a realização de audiência ocorrida em 06/11/2007.

Ocorre que o presente incidente de exceção de suspeição somente fora protocolado, perante o juízo monocrático, em 28/11/2007 (fl. 03), quando já expirado o prazo legalmente previsto para essa finalidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, no sentido de que “o direito de argüir a exceção pode surgir a qualquer tempo, *mas deve ser exercido no prazo de quinze dias depois de a parte ter conhecimento do fato*” (RESP 328767/RS – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – Quarta Turma – unânime – DJU de 04/02/2002) – grifei.

III

De igual forma, no tocante ao aconselhamento do membro do Ministério Público Federal, que teria sido realizado pelo excepto, noticia a excipiente que dele tomou conhecimento em reunião ocorrida no dia 13/11/2007. Ocorre que essa afirmação encontra-se desprovida de comprovação documental válida, na medida em que se ampara, tão-somente, em declarações firmadas pelos próprios associados da excipiente (fls. 11/15), diretamente interessados na presente exceção de suspeição, não se prestando, pois, para as finalidades a que se destinam, por se tratar de prova produzida unilateralmente por uma das partes.

Registre-se, por oportuno, que o ilustre membro do Ministério Público Federal, com o qual ocorreu a reunião onde a excipiente teria tomado conhecimento do aludido aconselhamento, declarou, por ocasião do depoimento que prestou, na condição de testemunha arrolada pela excipiente, que não se recordava da data em que tal reunião se realizara.

Encontrando-se, pois, a presente exceção de suspeição desprovida de prova essencial ao juízo de admissibilidade, dela não conheço, também, sob esse fundamento.

IV

Ademais, ainda que assim não fosse, o presente incidente não mereceria trânsito, tendo em vista que os atos praticados pelo excepto não se enquadram em

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

nenhuma das hipóteses taxativas previstas no art. 135 do CPC, notadamente aquelas descritas em seus incisos I e V.

Com efeito, a suspeição amparada no inciso I do referido art. 135 do CPC, reclama que o juiz seja amigo íntimo ou inimigo capital *de qualquer das partes*, não incidindo essa hipótese legal quando a suposta inimizade tenha se operado entre o juiz e o *patrono* de uma das partes.

Ademais, conforme bem consignou o excepto, a jurisprudência de nossos tribunais já firmou o entendimento, no sentido de que *“a simples antipatia entre advogado e Juiz não pode dar ensejo à suspeição, pois pode o Juiz, por motivo íntimo, julgar-se impedido se assim entender. A suspeição em casos de amizade íntima ou inimizade capital diz com a relação entre o Juiz e as partes”* (STJ – 3ª Turma. REsp 600737/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. STJ – 3ª Turma. DJ 26/09/2005, p. 358).

Há de ver-se, ainda, que o simples fato do patrono da excipiente ter sido acomodado, juntamente com outros causídicos, em local diverso daqueles destinados aos demais integrantes da mesa, numa audiência pública com grande número de pessoas presentes, conforme notícia a ata de fls. 142/154, em fotocópia, não tem o condão de caracterizar qualquer inimizade capital entre o juiz e o referido patrono.

De outra banda, pelos elementos carreados para os presentes autos, não restou comprovado o alegado aconselhamento, por parte do juiz do feito, ao membro do Ministério Público Federal, conforme se pode ver do próprio depoimento do ilustre Procurador da República, Dr. Israel Gonçalves Santos Silva, na dicção de que *“em reuniões com o Magistrado vinculado ao processo, Dr. Carlos D’Ávila, o mesmo informou ao depois sua opinião pessoal sobre a inviabilidade de um acordo extra-autos, sob a justificativa de que qualquer acordo teria que ser feito em Juízo”* (fl. 392), informação essa corroborada pelo registro contido na ata da audiência realizada no dia 04/06/2007, em que restou consignado que *“o MM. Juiz advertiu que nenhuma negociação pode ser feita sem se submeter ao crivo judicial”* (fl. 137). E não poderia ser mesmo diferente, na medida em que, encontrando-se toda a discussão acerca da legitimidade da ocupação de área pública, localizada na orla marítima de Salvador/BA, submetida à apreciação judicial, qualquer acordo ou transação eventualmente realizada

pelas partes envolvidas deverá ser levada ao exame do juiz do feito, sob pena de não produzir qualquer efeito.

Por oportuno, faça o registro de que nem mesmo os depoimentos prestados pelas demais testemunhas arroladas pela excipiente, todas a ela associadas, diretamente interessadas no desfecho do presente incidente, e, por isso, impedidas, nos termos do art. 406, § 2º, III, do CPC, foram unânimes quanto à informação supostamente prestada pelo Procurador da República, acima nominado, no sentido de que teria sido *“orientado”* pelo juiz da causa a não realizar qualquer acordo com o Município de Salvador/BA.

Com efeito, da leitura dos termos de depoimento de fls. 390, 391, 394 e 395, verifica-se que, embora as respostas sejam meras repetições umas das outras, sinalizando, inclusive, uma eventual prévia combinação, no tocante ao suposto aconselhamento, a testemunha Allan Diou Rebellatto Beato respondeu que *“o Procurador também lhe falou que o Juiz disse para ele que a Prefeitura não tinha intenção de fazer acordo”* (fl. 391). Ora, informar a uma das partes sobre indisposição da outra quanto à realização de acordo não se confunde com o alegado aconselhamento.

Registre-se, por termo final, que a Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor, *impõe* (não faculta) ao *Poder Público* (inclusive o *Poder Judiciário*, como um dos Poderes do Estado Democrático de Direito) e à coletividade *o dever de preservar e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações* (CF, art. 225, *caput*) estabelecendo, ainda, que *a zona Costeira é patrimônio nacional* (CF, art. 225, § 4º) e que *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”* (CF, art. 225, § 3º).

Buscando a eficácia plena dos dispositivos constitucionais em referência, a *Lei 9.608, de 12/02/1998*, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, por sua vez, estabelece que *“promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”* (art. 64), *tipifica crime ambiental, sendo*

aplicável ao infrator a pena de detenção de seis meses a um ano e multa. De igual forma, determina o art. 60 da referida Lei 9.605/1998, que se caracteriza como *crime ambiental, também, “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes”, devendo o infrator ser apenado com detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Por último, tipifica a Lei 9.605/1998, como crime ambiental, “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana”, devendo o infrator sofrer a pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, e se o crime “dificultar ou impedir o uso público das praias” (art. 54, § 2º, IV), agrava-se a pena de reclusão, de um a cinco anos.*

Por isso que o Juiz, no exercício da tutela jurisdicional de interesses ambientais difusos, há de esforçar-se pela solução da lide em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, por imperativo constitucional (CF, art. 225, *caput*), não devendo ser argüido de suspeito, nessa firme determinação, *em defesa de um bem de todos*, cercado de interesses difusos, intergeracionais, interplanetários, cósmicos e universais.

Nesse sentido, colhe-se a sábia orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça, no entendimento de que *“o interesse que embasa a exceptio suspensionis é aquele diretamente vinculado à relação jurídica litigiosa e não ao interesse geral da comunidade na qual se insere o magistrado, por isso que raciocínio inverso inviabilizaria o julgamento pelo Judiciário de interesse difuso nacional”* (Recurso Especial 734.892/SP (2005/0044995-6). Rel. Min. Luiz Fux – 1ª Turma/STJ — unânime — DJ de 13/03/2006).

V

Com estas considerações, *não conheço* da presente exceção de suspeição, por sua manifesta intempestividade e visível descabimento, na espécie.

Este é meu voto.

Sétima Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2003.33.00.019470-7/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Apelado: Acrinor Acrilonitrila do Nordeste S/A

Advogado: Sérgio Neeser Nogueira Reis e outros

Divulgação: e-DJF1 de 28/10/2008

Publicação: 29/10/2008

Ementa

Mandado de Segurança. Desembaraço Aduaneiro. Greve de servidores. Fato superveniente. Perda de objeto. Inocorrência.

I – O fim da greve ou o cumprimento da liminar deferida não afastam o interesse de agir da impetrante. A medida liminar, mesmo satisfativa, não implica em perda de objeto do mandado de segurança. Precedentes da Turma.

II – O direito de greve foi uma das garantias asseguradas aos servidores públicos a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e ausência de regulamentação legal deste direito não deve ser empecilho à sua efetivação.

III – As disposições constantes do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal, legitimam a intervenção do Judiciário em hipóteses como a dos autos, quando verificada a necessidade de intervenção do Estado-Juiz para exercitar o controle de legalidade assegurado na Constituição Federal, tanto do ponto de vista dos administrados quanto do ponto de vista da Administração, à qual impõe-se a observância dos dogmas da legalidade e da eficiência, expressos no art. 37 da CF/1988, além de outro, de caráter principiológico, que se consubstancia no princípio da continuidade dos serviços públicos.

IV – Os contribuintes não podem ser prejudicados pela paralisação de atividade obrigatória e essencial do Estado. Os ônus dessa paralisação devem ser impostos e suportados pelo próprio Estado, que, em última análise, é provocador ou catalisador do movimento.

V – Não é razoável negar-se à impetrante o direito ao desembaraço aduaneiro, na medida em que incumbe ao poder público adequar o serviço público à situação, priorizando o atendimento de serviços essenciais, tais como o presente.

VI – Apelação da Fazenda Nacional parcialmente provida, para tornar sem efeito a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito. Segurança concedida, nos termos do art. 515, parágrafo 3º, do CPC.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, *dar* parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional, e, nos termos do art. 515, parágrafo 3º, do CPC, *conceder* a segurança, nos termos do voto do relator.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 09/09/2008.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de remessa oficial e apelação cível interposta pela Fazenda Nacional em face de sentença que julgou extinto o mandado de segurança impetrado por Acrinor Acrilonitrila do Nordeste S/A, contra ato do Inspetor Chefe da Receita Federal no Porto de Aratu, com o fim de obter o desembaraço aduaneiro de cargas a serem exportadas, retidas em razão da greve dos auditores fiscais da Receita Federal.

O pedido liminar foi analisado e deferido parcialmente para que fossem praticados os atos necessários para o regular procedimento de desembaraço aduaneiro.

A sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, ante o fato superveniente que gerou a perda do objeto, qual seja, término da greve dos servidores da Secretaria da Receita Federal. Condenou a impetrada ao reembolso da custas processuais.

A Fazenda Nacional apela (fls. 99/104), sustentando não haver prova de que a impetrante tenha sido prejudicada com qualquer atraso decorrente da greve. Afirma que a impetrante não apresentou a Declaração de Despacho de Exportação. Requer o julgamento da apelação, para denegar a segurança e condenar a impetrante ao pagamento das custas processuais.

A apelada apresentou contra-razões às fls. 113/114.

O Ministério Público Federal às fls. 118/119, manifestou-se pelo provimento do apelo.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — A questão suscitada nestes autos gira em torno da existência de direito à liberação produtos a serem transportados, em razão de greve de servidores da Receita Federal, que acarretou a paralisação do procedimento de desembaraço aduaneiro.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

A sentença de extinção por perda do objeto não merece prosperar. O fim da greve ou o cumprimento da liminar deferida não afastam o interesse de agir da impetrante. A medida liminar, mesmo satisfativa, não implica em perda de objeto do mandado de segurança, conforme precedentes desta Turma (AMS 2006.33.00.009285-6/BA, Rel. Desembargador Federal Catão Alves e AMS 2006.34.00.018393-7/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Alves).

Diante disso, *dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional, no ponto*, para tornar sem efeito a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito, e, nos termos do art. 515, parágrafo 3º, do CPC, passo ao julgamento da causa, já que devidamente instruído e regularmente processo o feito.

A alegação da Fazenda Nacional de que o atraso no desembaraço aduaneiro ocorreu por não ter a impetrante apresentado a Declaração de Despacho de Exportação na ocasião do início do procedimento não merece acolhida, seja porque se trata de fato não alegado oportunamente (nas informações de fls. 80/82 a autoridade impetrada limitou-se a enfrentar as questões pertinentes ao movimento paredista e informar que a liminar estava sendo cumprida), seja porque na decisão liminar de fls. 69/72, o MM. Juiz Federal ressaltou que a documentação deveria ser analisada, e, caso estivesse em ordem, deveria a autoridade impetrada praticar os demais atos necessários ao procedimento de desembaraço aduaneiro.

Como sabido, o direito de greve foi uma das garantias asseguradas aos servidores públicos a partir do advento da Constituição Federal de 1988, vez que a Constituição anterior vedava expressamente, em seu art. 162, a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais definidas em lei.

A ausência de regulamentação legal do direito de greve dos servidores públicos não deve ser empecilho à sua efetivação, pois constitui-se o movimento num afloramento de vários fatores de ordem social, de impossível controle absoluto e regramento rígido pelo Estado. O direito nasce do fato, não se pode esquecer.

De outro lado, relevante considerar que os contribuintes não podem ser prejudicados pela paralisação de atividade obrigatória e essencial do Estado. Os ônus dessa paralisação devem ser impostos e suportados pelo próprio Estado, que, em última análise, é provocador ou catalisador do movimento.

Efetivamente, tal situação poderia ter sido evitada, ou amenizada, se o art. 37, inciso VII da Constituição Federal já houvesse sido regulamentado, e, assim, tivesse o legislador ordinário definido os termos e limites do exercício do direito de greve, de maneira a compatibilizá-lo com os interesses dos administrados, assegurando-se a prestação de serviços essenciais no serviço público, a exemplo do que ocorre no setor privado, nos moldes previstos na Lei 7.783, de 28/06/1989.

A atuação do Poder Judiciário, em hipóteses tais, destina-se a fazer cessar procedimentos capazes de gerar danos irreparáveis ao jurisdicionado, como decorrência de ação ou inação do Poder Público. As disposições constantes do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal, legitimam tal intervenção em hipóteses como a dos autos, quando verificada a necessidade de intervenção do Estado-Juiz para exercer o controle de legalidade assegurado na Constituição Federal, tanto do ponto de vista dos administrados quanto do ponto de vista da Administração, à qual impõe-se a observância dos dogmas da legalidade e da eficiência, expressos no art. 37 da CF/1988, além de outro, de caráter principiológico, que se consubstancia no princípio da continuidade dos serviços públicos.

Ante tais ponderações, não soa razoável negar-se à impetrante o direito ao desembaraço aduaneiro, na medida em que incumbe ao poder público adequar o serviço público à situação, priorizando o atendimento de serviços essenciais, tais como o presente.

Este tem sido o entendimento esposado neste Tribunal e inclusive nesta Turma, como se pode verificar pela ementa a seguir:

“Tributário e Processual Civil – Importação – Desembaraço Aduaneiro para Trânsito – Atraso na liberação de mercadoria – Greve.

1. O direito de greve (art. 37, VII, CF/1988) não pode trazer prejuízo ao usuário de serviço público essencial que, satisfazendo as obrigações fiscais para liberação de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, não obtém seu desembaraço aduaneiro em razão de movimento paredista.

2. Apelação e remessa oficial não providas.

3. Peças liberadas pelo Relator, em 03/06/2008, para publicação do acórdão.” (AMS 2006.34.00.017067-7/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJ de 27/06/2008, F1 p. 281)

Quanto ao reembolso das custas processuais, a União está obrigada a ressarcir a impetrante, tendo em vista que foi sucumbente, (parágrafo 4º do art. 14 da Lei 9.289/1996).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional, para tornar sem efeito a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 515, parágrafo 3º, do CPC, concedo a segurança.

É como voto.

Apelação em Mandado de Segurança

2008.43.00.000964-3/TO

Relator: Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Apelante: Edmundo Brandão Calil

Advogado: Ademar Amorim Júnior e outro

Apelado: Fazenda Nacional

Procurador: José Luiz Gomes Rolo

Divulgação: e-DJF1 de 04/09/2008

Publicação: 05/09/2008

EMENTA

Processual Civil – Mandado de Segurança – Direito líquido e certo: Mérito da ação mandamental – Processo com elementos fáticos suficientes: Necessidade de apreciação do mérito – Aplicação do art. 515, §3º, do CPC: Impossibilidade (Feito não processado).

I – A liquidez e certeza do direito constituem o mérito da ação mandamental. Ao se indeferir, de plano, a inicial sobre tal fundamento, desatende-se o princípio do devido processo legal, uma vez que também as informações da autoridade se compreendem na instrução do processo com elementos aptos à convicção do julgador.

II – Se há nos autos elementos fáticos suficientes (ainda que indiretos ou como início de prova material bastante) ao exame da questão jurídico-legal, necessária a apreciação, pelo juiz primário, do mérito da impetração.

III – Impossível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, porque o feito não foi processado.

IV – Apelação provida: retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.

V – Peças liberadas pelo relator, em 22/07/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento à apelação e determinar o retorno dos autos à vara de origem por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 22/07/2008.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Luciano Tolentino Amaral*: — Por inicial ajuizada em 11/03/2008, o impetrante pediu, com liminar, segurança contra ato atribuído ao Superintendente da Secretaria da Receita Federal Brasil em Palmas (TO), para que excluído do Cadin. Alegou que foi nomeado em 23/04/2004 pelo MM. Juiz de Direito Gerson Santana Cintra, da 11ª Vara Cível de Goiânia (GO), como diretor administrativo-financeiro da empresa Colorin Industrial S/A, coligada da Massa Falida Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria, e que não era diretor à época das dívidas, anteriores a sua nomeação.

Por sentença (fls. 33/34) datada de 14/03/2008, o MM. Juiz Federal Substituto Ademar Aires Pimenta da Silva, da 1ª Vara/TO, indeferiu a inicial (CPC, art. 267, IV), à mingua de “*interesse de agir, na vertente adequação da via processual*” porque ausente direito líquido e certo do impetrante.

O impetrante apela (fls. 38/49), repisando sua inicial.

Em contra-razões (fls. 60/63), a FN pugna pela manutenção da sentença.

A PRR (fls. 67/70) opina pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Voto*

A liquidez e certeza do direito constituem o mérito da ação mandamental. Não andou bem o Dr. Juiz porque se limita à inexistência de provas, desatendendo ao princípio do devido processo legal, uma vez que também as informações da autoridade se compreendem na instrução do processo.

Ao indeferir, de plano, a inicial, o julgador não prestou a jurisdição pretendida, como decidiu, de pronto, o que se deveria apreciar no mérito da impetração.

Com efeito, constam dos autos elementos fáticos suficientes ao exame da questão jurídico-legal, tais como a nomeação judicial dele (fl. 16), os débitos e períodos (fls. 18/23), situação da massa falida (fls. 25/27), a exoneração do impetrante do encargo judicial e a venda dos bens (fls. 29/30).

Pelo exposto, dou provimento à apelação e determino o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Catão Alves.

Oitava Turma

Apelação Cível

2005.01.99.034708-1/MG

Relatora : A Exma Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Apelado: Tiago Diniz Cury

Advogado: Dr. José Jrege

Interessado: Maria Angélica Diniz Póvoa

Divulgação: e-DJF1 de 28/10/2008

Publicação: 29/10/2008

Ementa

Embargos de terceiro. Execução fiscal. Automóvel. Menoridade civil. Propriedade. Transferência não comprovada. Alienação de bem. Honorários de sucumbência. Cabimento.

I – Para a fraude à execução, nos moldes do art. 185 do CTN, necessária a comprovação da alienação demonstrado o conluio fraudulento entre o alienante e o adquirente do bem.

II – Não comprovada a alienação do bem entre executada e terceiro embargante. No histórico do bem junto ao Detran, não consta o nome da executada, mas apenas o do terceiro embargante, sendo correta a liberação da penhora.

III – Mantida a condenação em honorários advocatícios, ante a resistência aos embargos.

IV – Apelação da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 30/09/2008.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Maria do Carmo Cardoso*: — Este recurso de apelação foi interposto pela União (Fazenda Nacional) da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Araguari/MG, que, nos autos dos Embargos de Terceiro 2005.01.99.034708-1, julgou procedente o pedido do embargante, desconstituiu a penhora realizada, afastando a hipótese de fraude à execução. Condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 27/29).

Sustenta a União que o bem pertencia à devedora, conforme registro do Detran, sendo que a mesma para fugir da responsabilidade, transferiu o veículo, objeto da penhora, para seu filho, caracterizando assim fraude contra credores. Pleiteia, ainda, ser exonerada do pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Por tais razões, requer a reforma da sentença.

Contra-razões apresentadas pela apelada, em que requer a manutenção da sentença (fls. 39/42).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A Fazenda Nacional promoveu a execução fiscal contra Açúcar Mineiro Ltda. e Maria Angélica Diniz Póvoa Cury, na qual foi penhorado o veículo marca/modelo VW/Gol CL 1.6-MI ano/mod. 1997/1998, placa KDM0463/MG, em 10/09/2002, que constava registrado junto ao Detran em nome do terceiro embargante, mas com o CPF da segunda devedora.

O referido veículo foi adquirido pelo embargante Tiago Diniz Cury em 26/06/1998. No entanto, em razão de sua menoridade à época, foi utilizado o CPF de sua mãe para registro junto ao Detran.

A União não comprovou a fraude à execução, afirmando apenas que a transferência entre pais e filhos se presumia fraudulenta. Ora, pelos autos, o veículo em nenhum momento foi de propriedade da devedora e sim de seu filho, tendo em vista que os documentos, desde a aquisição do bem, registram o nome do embargante. Assim, não havendo a transferência de propriedade, não se pode falar em fraude à execução.

Não merece prosperar a inconformidade da apelante quanto à condenação a honorários advocatícios, que deve ser mantida, uma vez que *afasta-se a aplicação do enunciado sumular 303/STJ quando o embargado (exequente) opõe resistência às pretensões do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos, hipótese que reclama a aplicação do princípio da sucumbência para fins de imposição da condenação ao pagamento da verba honorária* (REsp 805.415/RS, 1ª Turma, STJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 12/05/2008).

Portanto, irrepreensível a sentença ao determinar o levantamento da restrição sobre o bem de propriedade do terceiro embargante.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União (Fazenda Nacional).

É como voto.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos. Ausente. Justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ.

Apelação Cível

2004.33.00.017357-7/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves

Decisão: 14/10/2008

Divulgação: e-DJF1 de 24/10/2008

Publicação: 28/10/2008

Decisão

A sentença proferida a fls. 30/32, que condenou o INSS ao pagamento da verba honorária devida ao patrono da parte autora, à constatação de que o pleito exordial veio a ser atendido administrativamente após o ajuizamento da ação e a citação do ente público, está inteiramente concorde com o entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais no sentido de que, dando causa indevida ao acionamento do aparelho judiciário, a parte ré não se exime do pagamento da sobredita verba honorária pelo simples fato de, após seu chamamento ao feito, ter atendido administrativamente o que anteriormente havia se recusado (ou protelado) a fazer.

Sobre o tema, confira-se, dentre outros julgados, as seguintes manifestações deste Pretório e do STJ:

Previdenciário. Remessa oficial tida por interposta. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Concessão administrativa do benefício após o ajuizamento da ação. Deferimento judicial a partir do requerimento administrativo. Recurso com alegação de não preenchimento dos requisitos legais. Improcedente. Honorários sucumbenciais. Devidos. Princípio da causalidade. Correção monetária. Juros de mora.

I – Remessa oficial tida por interposta, porquanto proferida a sentença após a vigência da Lei 9.469, de 10/07/1997. Não incide, na hipótese, o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos. Também não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente.

II – A concessão administrativa do benefício previdenciário importa no reconhecimento, pela autarquia ré, do preenchimento dos requisitos legais pela autora, devendo, pois, ser mantida a sentença que deferiu a aposentadoria rural por idade, a partir do requerimento administrativo.

III – O INSS deve arcar com os honorários de sucumbência, mantidos em 10% do valor da causa, nos termos do § 4º do art. 20, do CPC, por ter dado causa à propositura do presente processo, em homenagem ao princípio da causalidade. A resistência do INSS ao pedido autoral resta configurada, nesta esfera, tendo em vista que as razões recursais da ré atacam especificamente o mérito da demanda.

IV – A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 08/04/1981, conforme *Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal*.

V – Os juros de mora de 1% ao mês devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores. Orientação da Primeira Seção e do STJ.

VI – Apelação do INSS desprovida. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida, na forma dos itens 4 e 5. (AC 2006.01.99.010179-5/GO, Rel. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (conv.), Segunda Turma, e-DJF1 p. 124 de 28/02/2008.)

Processo Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. Cancelamento do débito fiscal. Honorários advocatícios. Condenação. Fixação em salários mínimos. Impossibilidade. Súmulas 153 e 201 do STJ.

I – Segundo o princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da ação deve arcar com as despesas dela decorrentes. No caso, a executada provocou a jurisdição, propondo embargos à execução fiscal. Assim, o reconhecimento administrativo, após a formação do litígio, de inexistência do débito fiscal não pode afastar a condenação do exequente ao pagamento da verba honorária. Inteligência da Súmula 153 do STJ.

II – “Os honorários advocatícios não podem ser fixados em salários mínimos” (Súmula 201 do STJ).

III – Apelação não provida. Remessa oficial parcialmente provida. (AC 2001.01.99.039984-2/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Sétima Turma, *DJ* p. 88 de 09/03/2004.)

Embargos de declaração. Efeitos modificativos. Possibilidade. Reconhecimento administrativo do direito. Fato superveniente. Ocorrência. Art. 462 do CPC. Perda superveniente do interesse de agir. Extinção do processo sem resolução do mérito. Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios. Cabimento. Princípio da causalidade.

I – De acordo com a regra inserta no art. 462 do Código de Processo Civil, o fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional. Precedentes.

II – *O reconhecimento do direito na esfera administrativa configura fato superveniente, a teor do art. 462 do Diploma Processual, que implica a superveniente perda do interesse de agir do Autor, pois torna-se desnecessário o provimento jurisdicional, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.*

III – *Em face da aplicação do princípio da causalidade, deve a Ré arcar com as despesas processuais, inclusive honorários advocatícios.*

Precedentes.

IV – Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (EDcl nos EDcl no REsp 425.195/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2008, *DJe* 08/09/2008)

Como visto, claramente equivocada a tese recursal do INSS no sentido de que o feito deveria ter sido julgado improcedente, visto que o reconhecimento administrativo do pedido foi posterior à sua citação. Por essa mesma razão e como visto adrede, resulta evidente a necessidade de condenação da Autarquia ao pagamento da verba honorária, moderadamente arbitrada pelo Juízo *a quo* em 5% do valor devido.

Forte nos precedentes acima transcritos, que espelham a orientação sedimentada no âmbito do STJ e neste Tribunal e autorizada para tanto nos art. 557 do CPC e 30, XXV, do RITRF1, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília-DF, em 14/10/2008.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.038394-6/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 26/08/2008

Divulgação: e-DJF1 de 04/09/2008

Publicação: 05/09/2008

Decisão

Agravo contra antecipação de tutela suspendendo penalidades impostas pela SDE por violação ao Código de Defesa do Consumidor (redução de composição nutricional de alimento sem informação ao consumidor) — ausência dos requisitos do art. 273 do CPC — agravo provido monocraticamente.

I – Por agravo protocolizado em 08/08/2008, recebido em Gabinete em 12/08/2008, 10h, a agravante pede, com efeito suspensivo, a reforma da antecipação de tutela datada de 17/07/2008 (fl. 336), que o MM. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara/DF, concedeu nos autos da AO 2008.34.00.021543-7 (inicial de fls. 23/45), ajuizada em 11/07/2008 pela agravada contra a União, para “(...) a anulação da decisão administrativa proferida pela requerida no procedimento administrativo 08012.00786/2002-39 (...)”, [em que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE apurou violação ao CDC por irregular diminuição de composição nutricional (sais minerais e vitaminas) da “Farinha Láctea Nestlé”], ou, subsidiariamente, a diminuição do valor da multa aplicada (R\$ 591.163,00). A agravada alegou na inicial da AO: a) coisa julgada relativa à Ação Civil Pública 000.04.067261-1/SP, em que celebrou TAC com o Ministério Público do Estado de São Paulo; b) extrapolação da competência administrativa da SDE e c) violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

II – S. Exa., sem manifestar-se sobre o caucionamento oferecido (carta de fiança – fl. 23), suspendeu as penalidades impostas no PA, ao singelo fundamento de que “a imposição das penalidades, em vista da auto-executoriedade dos atos administrativos, pode causar danos irreparáveis à imagem da autora e de difícil reparação a seu patrimônio. Por outro lado, a postergação da imposição dessas mesmas penalidades para o final deste processo não gera qualquer risco de dano à Administração, uma vez que se trata de empresa com sólido patrimônio e a antecipação aqui deferida pode ser revogada a qualquer tempo”.

III – A agravante alega que, para a não inscrição da devedora no Cadin, necessário o depósito integral do valor do débito. Aduz que “a sanção foi legitimamente infligida pela SDE, após constatar a cabal violação da Agravada aos ditames do CDC”.

IV – Consta da Nota Técnica 318/2005 – CGAJ/DPDC/SDE (fls. 222/226) que a agravada alterou as propriedades nutricionais (sais minerais e vitaminas) da “Farinha Láctea Nestlé” sem a correta informação aos consumidores:

(...) restou constatado na Nota Técnica da Coordenação Geral de Supervisão e Controle: “comparando a antiga e a nova embalagem contata-se que não houve mudanças no ‘design’ da rotulagem, permanecendo as mesmas; foram utilizados os mesmos símbolos havendo apenas substituição da palavra ‘enriquecido’ por ‘fonte’, e alteração somente na parte informativa referente ao quantitativo de vitaminas e sais minerais como consta na tabela de informação nutricional”.

V – Dispõe os arts. 31 e 37 do CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

(...)

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

(...)

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

VI – A multa aplicada está prevista nos arts. 56 e 57 também do CDC:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I – multa;

(...)

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei 7.347, de 24/07/1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

VII – A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da “presunção” de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar com duas ou três linhas em exame de mera delibação. Como a matéria é de reserva legal, a jurisprudência não respalda o precário e temporário afastamento, por medida liminar, de norma legal a não ser em ação própria perante o STF. A presunção da constitucionalidade das leis é mais forte e afasta a “eventual” relevância do fundamento, notadamente se o vício não é manifesto ou flagrante.

VIII – O extenso PA 08012.00786/2002-39, ademais, iniciado no já longínquo dezembro de 2002 (fl. 293) pelo Procon/SP com amplo debate e defesa à agravante, exercida sem sucesso, reforça a legitimidade do ato, afastando a verossimilhança da alegação (art. 273 do CPC).

IX – No mais, em princípio, a alegação de *bis in idem*, porque a mesma infração foi objeto de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (em que celebrou Termo de Ajustamento de Conduta) e também objeto de investigação pela SDE não tem amparo na jurisprudência:

(...) *Abuso de Poder Econômico* (...).

16. Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

(...). (ST), REsp 677585/RS, Rel. Min. Luiz Fux, T1, ac. un., DJ 13/02/2006, p. 679).

X – Inexiste empeco legal ao registro de nomes no Cadin, ou em outro banco de dados de proteção ao crédito, salvo nas hipóteses de inexistência do débito (quando anulado por decisão judicial definitiva, pelo seu pagamento ou pelo seu parcelamento) ou quando a sua exigibilidade estiver suspensa (por penhora ou garantia válida e suficiente em executivo fiscal ou por qualquer dos modos de suspensão previstos no art. 151 do CTN).

XI – No caso, a situação do agravante não está prevista no art. 7º da Lei 10.522/2002:

Art. 7º Será suspenso o registro do Cadin quando o devedor comprove que:

I – tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, *com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei*.

XII – Ausentes, portanto, os requisitos do art. 273 do CPC, não se sustenta a antecipação de tutela.

XIII – Pelo exposto, dou provimento ao agravo (art. 557, § 1º-A, do CPC) para cassar a antecipação de tutela.

XIV – Comunique-se.

XV – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília-DF, 26/08/2008.

Suspensão de Liminar

2008.01.00.054125-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Vice-Presidente Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 16/10/2008

Divulgação: e-DJF1 de 23/10/2008

Publicação: 24/10/2008

Decisão

I – Trata-se de pedido de suspensão de segurança formulado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, contra a decisão proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal/DF, nos autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.032767-0, o qual concedeu medida liminar em favor da Associação Brasileira das Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia – Abramulti.

II – A ação mandamental foi impetrada no dia 14/10/2008 contra suposto ato praticado pelo Presidente do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações e pelo Conselheiro Relator da Anatel, referente à convocação de Audiência Pública marcada para 8h30 do dia 16 de outubro do corrente ano (hoje, portanto), a qual teria por finalidade a revisão do Plano Geral de Outorgas dos serviços de telecomunicações, mais especificamente os arts. 14 e 15.

III – Consoante se verifica da decisão atacada, o propósito da impetrante é impedir a alteração das regras contidas nos mencionados artigos, as quais, atualmente, vedam a participação, direta ou indireta, de uma mesma empresa concessionária de serviço telefônico em mais de uma região econômica do país, ou seja, de acordo o atual texto do PGO, uma mesma concessionária não pode operar em duas áreas distintas.

IV – Segundo consta da liminar, o impetrante estaria buscando, então, impedir a formação de um cartel no ramo de telecomunicações, evitando, assim, a concentração do mercado em um único grupo econômico, no caso Brasil Telecom e Grupo OI (ex-Telemar), operadoras que estariam em processo de fusão.

V – A liminar foi concedida sem audiência da parte contrária para o fim de suspender “a apreciação do tópico específico da Consulta Pública 23/2008, elaborada pela Anatel sob a relatoria da segunda autoridade impetrada, na parte em que visa alterar os arts. 14 e 15 do atual PGO (Decreto 2.534/1998), até que seja, de fato, implantado e consolidado o Plano Geral de metas de Competição e todas as demais regras pró-concorrenciais previstas no ordenamento jurídico em vigor”.

VI – A Anatel requer a suspensão da execução da liminar, afirmando que a decisão ofende a Lei Geral de Telecomunicações na medida em que intervém no papel regulador da autarquia, o qual está traçado nos arts. 19, inciso XXX, e 202, § 1º, ambos da Lei Geral de Telecomunicações, que deixam claro o dever da Anatel de atualizar o Plano Geral de Outorgas – PGO.

VII – Aduz que o Plano Geral de Outorgas foi previsto pela Lei 9.472/1997 como instrumento para disciplinar a exploração dos serviços de telecomunicações oferecidos em regime público, com incidência em todo o setor de telecomunicações.

VIII – No que se refere ao cabimento do pedido de suspensão de segurança, a Anatel afirma que a utilização deste incidente se revela adequada na medida em que o *decisum* atacado ocasiona lesão à ordem pública, a qual compreende os conceitos de ordem jurídica e a ordem administrativa em geral.

IX – Eis em síntese, os fatos. Passo ao exame da questão.

X – A suspensão de segurança, frise-se, constitui-se em medida excepcional, de cunho político, destinada à paralisação da eficácia de uma decisão com vistas a evitar *grave* lesão ao interesse público, mais especificamente à

ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Em seu restrito âmbito não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias. Nesse sentido:

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Discussão sobre o mérito da controvérsia. Descabimento.

— “Não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias” (AgRg na SLS 1.355/DF, Relator Ministro Edson Vidigal).

Agravo regimental improvido. (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 237/DF, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 09/10/2006 p. 242)

XI – Assim, em princípio, as premissas para conceder ou não efeito suspensivo a Agravo de Instrumento não se confundem com as que informarão a decisão para suspender ou não a medida liminar na via de Suspensão de Segurança.

XII – No particular, é de se levar em conta que a Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XI, combinado com o art. 19, inciso I, da Lei 9.472/1997, conferiu à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel a competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no país, e, especialmente, a implementação da política nacional de telecomunicações.

XIII – De acordo com a Lei 9.472/1997, o preparo e o reexame das políticas públicas na área de telecomunicações requer a participação da Anatel, à qual é facultada propor inovações sobre os serviços de telecomunicações, entre os quais se incluem os estudos e propostas de revisão do Plano Geral de Outorgas.

XIV – A decisão atacada, a meu ver, retira da Anatel a competência para decidir sobre os aspectos abstratos dos serviços de telecomunicações, tal como sustentado neste incidente pela autarquia federal. Portanto, é de se concluir que está patente a existência de grave lesão, seja à ordem pública, na faceta de ordem administrativa, seja à ordem jurídica, seja, finalmente, à ordem administrativa, conforme expõe a inicial do pedido de suspensão, a saber:

Em última instância, o que se busca é a manutenção da ordem pública, inserindo nesse conceito o devido respeito às autoridades e Poderes Constituídos bem como a normal consecução das atividades administrativas. Sobre a questão, Hely Lopes Meirelles, citando o então Ministro do TFR, José Néri da Silveira, vem dizer que no conceito de ordem pública, compreende-se a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

XV – Ademais, não se coaduna, ao meu ver, com a precariedade da decisão de caráter liminar a privação do exercício, por órgão público, da sua competência constitucional e legal, com base em suposição, não fundada em fatos concretos, de que essa alteração tenha em vista favorecer interesse de grupos econômicos.

XVI – Por fim, tenho que, não tendo a deliberação que se pretende sustar caráter definitivo, quanto à reforma do “PGO”, pois que se trata, no caso, de elaboração de mera proposta de reforma a ser submetida ao Conselho Deliberativo da Anatel, o qual, por sua vez, submeterá sua decisão ao Ministro das Comunicações, e este, finalmente, levará eventual proposta de reforma à deliberação do Presidente da República, para eventual expedição de decreto regulamentador da matéria, tenho que não se afigura presente o perigo de lesão irreversível a direito dos associados da entidade impetrante do *writ*, que poderá opor-se, pela via adequada, contra os possíveis atos subseqüentes do processo, se vierem a ser praticados pelas autoridades para tanto competentes.

Pelo exposto, de acordo com os fundamentos deduzidos acima, defiro o pedido formulado nestes autos.

Comunique-se, com urgência, à Anatel e ao Juízo prolator da decisão impugnada.

Publique-se. Intimem-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília-DF, 16/10/2008.

Processo

2005.36.00.910874-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrente: Maria Benedita da Guia Neves

Recorrido: Maria Benedita da Guia Neves

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Divulgação: e-DJF1 de 04/09/2008

Publicação: 05/09/2008

Ementa

Previdenciário. Benefício assistencial de prestação continuada. Termo inicial do benefício. Súmula 22 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

I – “Se a prova pericial realizada em juízo dá conta de que a incapacidade já existia na data do requerimento administrativo, esta é o termo inicial do benefício assistencial.” (Súmula 22/Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais).

II – No presente caso, a parte autora pleiteou o pedido de concessão do benefício de amparo social ao idoso. Por outro lado, já havia formulado anteriormente requerimento administrativo em 22/07/2005, conforme documento juntado aos autos, quando então já cumpria os requisitos ensejadores do LOAS idoso, quais sejam idade mínima de 65 anos (data de nascimento 28/08/1936) e miserabilidade. Desse modo, merece reforma a sentença por determinar o início do benefício na data do ajuizamento da ação, quando o correto é a DER.

III – Recurso do Réu improvido. Recurso da Autora provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *conhecer dos recursos e negar provimento ao do réu e dar provimento ao da autora*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá-MT, 22/08/2008.

Juiz Federal César Augusto Bearsi, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

I. Insurgem-se os Recorrentes contra a sentença prolatada pelo Juízo do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que fixou a data do ajuizamento da ação como termo inicial do LOAS.

A questão é assente no âmbito dos Juizados Especiais Federais. O direito à percepção ao benefício assistencial deve ocorrer desde a data do requerimen-

to administrativo, quando a prova pericial evidencie *que a incapacidade é anterior a tal marco*. Neste sentido a Súmula 22 da *Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais*, *in verbis*:

Se a prova pericial realizada em juízo dá conta de que a incapacidade já existia na data do requerimento administrativo, esta é o termo inicial do benefício assistencial. (grifei)

No presente caso, a parte autora pleiteou o pedido de concessão do benefício de amparo social ao idoso. Por outro lado, já havia formulado anteriormente requerimento administrativo em 22/07/2005, conforme documento juntado aos autos, quando então já cumpria os requisitos ensejadores do LOAS idoso, quais sejam idade mínima de 65 anos (data de nascimento 28/08/1936) e miserabilidade. Desse modo, merece reforma a sentença por determinar o início do benefício na data do ajuizamento da ação, quando o correto é a DER.

Neste sentido, as jurisprudências do TRF da 3ª Região:

Previdenciário. Benefício Assistencial. Art. 203, V, da Constituição Federal. Art. 20 da Lei 8.742/1993. Idoso. Art. 34 da Lei 10.741/2003. Presença dos requisitos legais. Concessão.

♦ O Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da disposição contida no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (ADIN 1.232-1-DF; DJ/01/06/2001).

♦ Nos termos do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003, a renda familiar de um salário mínimo, percebida por um membro da família não poderá ser impedimento para que outro membro, cumprindo os demais requisitos exigidos pela Lei 8.742/1993, aufera o benefício assistencial, independentemente da origem da receita. Precedentes.

♦ O Colendo Supremo Tribunal Federal tem considerado que a aplicação da legislação superveniente (art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso) ao caso concreto, não traduz violação ao art. 203, V, da Constituição Federal ou à decisão proferida na ADIN 1232-1, o que autoriza o exame da hipótese vertente à luz do mencionado dispositivo legal.

♦ Comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos legais, quais sejam, a idade e a condição de miserabilidade, deve ser concedido o benefício assistencial pleiteado.

♦ *O termo inicial do benefício, via de regra, deve ser fixado na data do requerimento administrativo, mas, na ausência deste, deve ser mantido na data da citação, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil.*

♦ A verba honorária deve ser mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Verbete 111, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

♦ Agravo retido improvido. Remessa oficial não conhecida. Apelações improvidas. (AC – Apelação Cível – 928775. TRF 3ª Região. Juíza Diva Malerbi. DJU, data:13/03/2008 página: 642) (grifo nosso)

Previdenciário. Benefício Assistencial. Idosa. Cumprimento dos requisitos legais. Termo Inicial. Correção monetária. Juros. Honorária. Custas. Tutela antecipada.

I – É de ser deferido o benefício assistencial à autora, hoje com 68 anos, portadora de hipertensão arterial e osteoporose. Vive com o marido, idoso, uma filha e uma neta, deficiente mental. A renda da família advém da pensão auferida pelo cônjuge de 1,19 salários mínimos. O casal tem sete filhos, que já constituíram suas próprias famílias e auxiliam os pais quando possível.

II – Para a apuração da renda mensal per capita, faz-se necessário descontar o benefício de valor mínimo, a que teria direito a parte autora.

III – Há no conjunto probatório, elementos que possam induzir à convicção de que o(a) autor(a) está entre o rol dos beneficiários descritos na legislação, à luz da decisão do E-STF (ADI 1232/DF) em conjunto com os demais dispositivos da Constituição Federal de 1988.

IV – O Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01/10/2003), em seu art. 34, parágrafo único, estabelece que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS”.

V – O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo, momento em que a Autarquia tomou conhecimento do pleito (20/08/2004).

VI – A correção monetária do pagamento das prestações em atraso, deve obedecer aos critérios das Súmulas 08 desta E. Corte e 148 do E. S.T.J., combinadas com o Provimento 64 da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal.

VII – Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que conjugado com o art. 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês.

VIII – Os honorários devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação até a sentença, em homenagem ao entendimento desta E. 8ª Turma.

IX – As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo apenas as em reembolso.

X – Prestação de natureza alimentar e presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461, do CPC, com a efetiva comprovação do direito ao benefício,

impõe-se a antecipação da tutela de ofício, para imediata implantação do benefício.

XI – Recurso da autora provido.

XII – Sentença reformada. (AC – Apelação Cível – 1139415. TRF 3ª Região. Juíza Marianina Galante. *DJU*, data: 22/08/2007, p. 408) (grifo nosso)

Diante do exposto, *conheço* de ambos os recursos e *voto* pelo:

♦ *improvemento* do recurso interposto pelo INSS.

♦ *provimento* do recurso interposto pela parte Autora, para condenar o Instituto-réu ao pagamento do benefício LOAS com data de início do benefício correspondente ao requerimento administrativo, mantidas as demais determinações contidas na sentença. Os cálculos deverão ser elaborados pelo INSS. É o voto.

Processo

2006.36.00.903500-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi

Recorrente: Leonida Cabral de Campos Leite.

Recorrida: União Federal

Divulgação: e-DJF1 de 04/09/2008

Publicação: 05/09/2008

Ementa

Administrativo. Servidor público civil. Reajuste de 28,86% sobre rubricas do vencimento. Não se trata de execução extrajudicial. Competência JEF.

I – A parte Autora busca o reconhecimento do reajuste de 28,86% sobre as rubricas de seu vencimento que não foram levadas em consideração nos cálculos para pagamento administrativo. A intenção do autor nada mais é que o *reconhecimento* (e não a execução) dos seus direitos ao recebimento dos resíduos dos 28,86% sobre as rubricas não consideradas.

II – Não há que se falar em incompetência absoluta do JEF.

III – Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por maioria, *conhecer do recurso e dar-lhe provimento*, nos termos do voto da Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá–MT, 22/08/2008.

Juiz Federal César Augusto Bearsi, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

I – A sentença merece ser reformada.

A parte Autora busca o reconhecimento do reajuste de 28,86% sobre algumas rubricas de seu vencimento que não foram levadas em consideração nos cálculos para pagamento administrativo, entre elas, os Décimos (MP 1169), Vantagem Pessoal (Lei 9.527/1997), Parcelas Incorporadas (Lei 6.732/1979 – Quintos), etc.

Alega que o pagamento de valor menor que o devido deu ensejo a enriquecimento ilícito da parte Ré.

Ocorre, no caso, que houve equívoco quando da interpretação do juízo *a quo* quanto ao propósito da Recorrente. A intenção da autora nada mais é que o *reconhecimento* (e não a execução) dos seus direitos ao

recebimento dos resíduos dos 28,86% sobre as rubricas não consideradas.

Resta analisar se é o cabível ou não esse percentual sobre as vantagens indicadas. O fundo de direito, neste caso, não se confunde com a pretensão do autor. Tal direito constitui fundamento do pedido, não a própria pretensão, que é o reconhecimento de percepção das vantagens pecuniárias.

Ainda não se discutiu o mérito sobre o cabimento dos valores pleiteados por conta da correção solicitada, portanto, não há que se falar em execução de título extrajudicial, nem mesmo em incompetência absoluta do JEF.

Outrossim, verifico que a causa não se encontra madura para ser julgada por esta Turma, vez que não constam nos autos os cálculos elaborados pela contadoria do juízo, o que tornaria a presente decisão ilíquida.

II – Quanto ao prequestionamento suscitado pela Recorrente, entendo que não há nenhuma obrigação de o Juiz manifestar sobre cada argumento ou dispositivo legal indicados e que a parte considera aplicáveis, na medida em que cabe ao magistrado apenas decidir as questões jurídicas colocadas pelas partes, indicando o fundamento de sua decisão.

Neste sentido a jurisprudência do STJ:

Processo Civil. Nulidade da Sentença. Inocorrência. Decisão suficientemente fundamentada. ... Precedentes do STJ.

É suficiente a fundamentação do acórdão que fincou suas razões de decidir em precedentes de outros tribunais, nomeando-os e tecendo considerações sobre a controvérsia, mesmo que conciso.

O julgador não é obrigado a responder um a um os argumentos invocados pelas partes, se apenas um deles é suficiente para solução da lide, em prejuízo dos demais.

(...)

Recurso não conhecido. (REsp. 231528/SP – Recurso Especial 1999/0085148-0 – DJ 24/06/2002 – p. 234 – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Diante do exposto, voto pelo *conhecimento* do recurso e seu *provimento*, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao Juízo *a quo*, a fim de que novo julgamento seja proferido. Sem custas. É como voto.

Recurso Cível

2008.36.00.700187-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Danilo Eduardo Viera de Oliveira

Recorrida: Maria Aparecida da Silva

Advogada: Dra. Giselda Natalia de Souza Winck

Divulgação: e-DJF1 de 03/09/2008

Publicação: 04/09/2008

Ementa

Seguridade Social. Amparo Social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Deficiente Físico. Incapacidade para o trabalho. Situação de miserabilidade comprovada no caso concreto. Benefício devido.

I – A discussão recursal cinge-se à questão socioeconômica da Autora, já que, objetivamente, a renda mensal familiar supera o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*. No caso dos autos, a renda *per capita* do grupo familiar da Requerente é de aproximadamente R\$ 173,00, sendo que o valor excedente ao critério legal, cerca de R\$ 70,00, não alivia em nenhum momento a situação penosa da menina requerente. Portanto, esse excedente não deve ser considerado fator impeditivo para a concessão do amparo, em face de princípios constitucionais maiores, tais como o da dignidade da pessoa humana. Além disso, Autora, por ser *quadriplégica*, necessita de acompanhamento em tempo integral, além de onerar a despesa familiar com medicamentos e equipamentos especiais. Afora isso, a questão da renda mensal superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como impeditivo de concessão do amparo, já se encontra suplantada pelo STJ, quando presente outros elementos que comprovem à miserabilidade do solicitante.

II – Recurso improvido. Benefício mantido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e negou-lhe provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá–MT, 22/08/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a sentença que julgou *procedente* o pedido da parte autora, determinando o pagamento do benefício de amparo social ao deficiente, previsto no art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

Alega, em síntese, o seguinte: que a renda familiar é superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Contra-razões as fls. 136/139.

É o relatório.

Voto

Nos termos do art. 20 da Lei 8.742/1993, têm direito ao benefício de prestação continuada, no valor de 1 salário mínimo, o idoso, com 70 anos ou mais, e a pessoa portadora de deficiência que comprove não ter condições de prover sua própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família (art. 20, Lei 8.742/1993).

A discussão da lide cinge-se à questão socioeconômica da Autora. A perícia socioeconômica (fls. 82/83) afirma que a Autora mora com a mãe e o ir-

mão de 20 anos em casa própria, sendo que a mãe da autora auferia renda no valor de R\$ 520,00 (quinhentos e vinte reais) como pensionista.

Todavia, em que pese constar do laudo pericial a informação de que a renda per capita é superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, faltam à Autora os meios para o exercício de uma vida livre e digna, já que é incapaz de laborar e assim de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família. No caso, observa-se que a Requerente necessita não só de medicamentos, mas também de equipamentos especiais (tais como colchão de água, cadeira de rodas) que oneram demasiadamente a despesa de sua mãe.

Veja-se, nesse sentido, como tem se posicionado o STJ:

Agravo Regimental. Previdenciário. Benefício Assistencial. Renda mensal vitalícia. Ilegitimidade passiva da União. Ausência de questionamento. Rendimento mensal per capita. Art. 20 da Lei 8.742/1993. Reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ. Provento Negado.

1. É inviável o exame de tema novo trazido exclusivamente no agravo regimental, acerca da ilegitimidade passiva da União. Não obstante as condições da ação serem questões de ordem pública, cognoscíveis ex officio, é impossível enfrentar matéria não previamente questionada nas instâncias ordinárias.

2. O julgado regional reprochado foi proferido com base no conjunto probatório construído de forma idônea nos autos, o qual indicou expressamente a condição de miserabilidade do autor, requisito elementar à concessão do benefício assistencial. Portanto, a revisão deste quadro fático encontra óbice no Enunciado 7 da Súmula deste Sodalício.

3. A comprovação da situação econômica do beneficiário e sua real necessidade não se restringe a hipótese do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, que exige renda mensal familiar per capita não superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, pois tal condição pode ser verificada por outros meios de prova.

4. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. (Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP – Agravo Regimental no Recurso Especial – 478379; Processo: 2002.01.57069-0; UF: RS; Órgão Julgador: Sexta Turma; Data da decisão: 16/03/2006; Documento: STJ000676712).

Nessa mesma trilha, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência editou a Súmula 29, de 12/12/2005, na qual pacificou o seguinte entendimento a respeito da incapacidade que induz à deficiência para fins de amparo social:

Súmula 29 – “Para os efeitos do art. 20, § 2º da Lei 8.742/1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover seu próprio sustento”.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que o critério estabelecido no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (comprovação da renda per capita não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo) não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso em concreto.

Desse modo, a situação financeira da Autora apresenta-se vulnerável, em face de sua incapacidade para o trabalho e pelo fato de não perceber nenhuma espécie de renda.

Tais fatores, aliados às demais condições de vida da Autora, conduzem ao entendimento segundo o qual é pessoa portadora de moléstia grave (seqüela de paralisia cerebral com *quadriplegia espástica*), incapacitada para o trabalho, não havendo outros modos de suprir seu sustento, senão por meio de amparo social.

Estando presentes os requisitos legais, quais sejam, a existência de deficiência física e condição de miserabilidade, é de ser restabelecido à recorrida o benefício de amparo social, desde a data de sua cessação ocorrida em 01/05/2003.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento*, confirmando a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Sem custas. Condeno o INSS ao pagamento de honorários fixados em 10/5 sobre o valor da condenação.

É como voto.

Processo

2008.36.00.700190-1/MT

Relator: O Exmo Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Sinval Pereira dos Santos

Divulgação: e-DJF1 de 25/09/2008

Publicação: 26/09/2008

Ementa

Requisição de pagamento. Valor superior a sessenta salários mínimos. Limitação da condenação ao teto do Juizado Especial Federal. Arts. 3º e 17, §4º, da Lei 10.259/2001.

I – Trata-se, pois, de competência funcional e, portanto, absoluta, apresentando como critério de fixação o valor da causa, o que não significa dizer que, se o montante da execução ultrapassar o limite de sessenta salários mínimos, o processo deva seguir para a Justiça Comum. Ao contrário, a própria norma de regência dos Juizados Especiais Federais trouxe uma solução para a hipótese em questão

II – Compete aos Juizados Especiais Federais Cíveis o julgamento de causas da Justiça Federal cujo valor não ultrapasse sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças, nos termos do art. 3º da Lei 10.259/2001.

III – Sendo o *quantum* da execução superior ao teto estabelecido no art. 3º da Lei 10.259/2001 e não havendo renúncia ao valor excedente, o pagamento será feito por precatório, nos termos do art.17, §4º, da Lei 10.259/2001.

IV – Temos que considerar, ainda, que, o juizado especial foi implementado com o móvel de dar velocidade aos trâmites judiciais, fundando-se na informalidade, dentro de um contexto legal. Ademais, verifico que o atual teto do JEF corresponde à quantia de R\$ 24.900,00, razão pela qual entendo ser totalmente eficaz a condenação determinada pelo juízo *a quo*.

IV – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *conhecer do recurso e negar-lhe provimento*, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá-MT, 19/09/2008.

Juiz Federal César Augusto Bearsi, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Recorrente busca a limitação ao teto do Juizado Especial Federal do valor da condenação determinado pelo juízo *a quo* em R\$ 23.148,72 (conforme os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial), referente ao pagamento de correção monetária e juros de mora das parcelas de aposentadoria do período de 29/04/1997 a 30/04/2000, atualizadas até março de 2008. Alega que o referido valor extrapola o limite do teto do JEF à época

do ajuizamento da ação, isto é, em 10/03/2004 o teto, atualizado monetariamente, era de R\$ 17.348,72.

A sentença não merece reforma. Em primeiro, insta observar o que prevê o art. 3º da Lei 10.259/2001, *in verbis*:

“Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Civil processar, conciliar e julgar causas de compe-

tência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, *bem como executar as suas sentenças.*" (grifei)

Trata-se, pois, de competência funcional e, portanto, absoluta, apresentando como critério de fixação o valor da causa, o que não significa dizer que, se o montante da execução ultrapassar o limite de sessenta salários mínimos, o processo deva seguir para a Justiça Comum. Ao contrário, a própria norma de regência dos Juizados Especiais Federais trouxe uma solução para a hipótese em questão. Eis o que diz o art. 17, § 4º:

"Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

(...)

§ 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, *sempre, por meio do precatório*, sendo *facultado* à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista." (grifei)

Assim, caso a somatória das diferenças atrasadas e das diferenças das parcelas vincendas ultrapasse o valor estipulado em lei (sessenta salários mínimos), o pagamento far-se-á por meio do precatório (art. 17, § 4º da Lei 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Federais), sendo *facultado* à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, qual seja, Requisição de Pequeno Valor – RPV.

Portanto, ao vencedor da demanda é assegurado o pagamento de seus créditos por meio de precatório, caso estes ultrapassem 60 (sessenta) salários mínimos. No entanto, a parte exequente possui a *faculdade* de renúncia ao crédito excedente, *optando* — conseqüentemente — receber o saldo devido via Requisição de Pequeno Valor (que possibilita o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais até o montante de sessenta salários mínimos).

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência:

"*Processual Civil. Conflito de Competência. Juizado Especial Federal Cível. Execução do Julgado. Valor superior a sessenta salários mínimos. Competência. Art. 17 da Lei 10.259/2001.*

1. Compete aos Juizados Especiais Federais Cíveis executar seus julgados, *ainda que a condenação transitada em julgado supere a sessenta salários mínimos*, hipótese em que deverão determinar a expedição do competente precatório, se a parte não optar por renunciar ao montante que exceder àquele valor (Lei 10.259/2001, art. 17, § 4º).

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Especial Federal Cível, ora suscitado." (TRF-1ª R., 3ª Seção, CC 2003.01.00.009358-5/BA, rel. Des. Federal Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 10/08/2004, p. 14).

Temos que considerar, ainda, que, o juizado especial foi implementado com o móvel de dar velocidade aos trâmites judiciais, fundando-se na informalidade, dentro de um contexto legal. Ademais, verifico que o atual teto do JEF corresponde à quantia de R\$ 24.900,00, razão pela qual entendo ser totalmente eficaz a condenação determinada pelo juízo *a quo*.

Registro, a título de esclarecimento, que a Lei 10.259/2001 disciplinou *duas formas de renúncia* quanto ao limite da obrigação de pequeno valor previsto em seu art. 17, quais sejam:

A *primeira*, quando do ajuizamento da demanda, que estabelece a competência do Juízo e;

A *segunda*, em sede de execução da sentença condenatória cujo valor ultrapasse o limite legal. Neste caso, as diferenças das parcelas que se tornaram vencidas após o ajuizamento da demanda, devidamente atualizadas monetariamente até a data do efetivo pagamento, não ficam restritas ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos, uma vez que aderiram ao direito da parte autora no decorrer da própria demanda.

Diante do exposto, *conheço* do Recurso e *nego-lhe provimento*. Condene o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios correspondentes a 10% (dez por cento) do valor da condenação. Sem custas. É o voto.

Processo

2008.36.00.700227-0/MT

Relator: Exmo. Sr. Juiz Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: José Carlos dos Santos

Origem: Juizado Especial Federal Cível da Subseção de Sinop/MT

Divulgação: e-DJF1 de 26/09/2008

Publicação: 29/09/2008

Ementa

Direito Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Qualidade de Segurado. Doença preexistente. Incapacidade decorrente do agravamento. Art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991. Possibilidade.

I – Tendo em vista o deferimento do requerimento administrativo pela inexistência de incapacidade laboral, conclui-se que o segurado estava parcialmente incapacitado desde julho/2004 (nova filiação ao RGPS), restando afastada a tese de que a sua incapacidade é preexistente. Ainda que o Segurado já fosse portador da doença degenerativa em questão, a sua incapacidade total e permanente decorreu do agravamento da moléstia, ocorrido no período compreendido entre o requerimento administrativo e o pleito judicial,

II – A teor do disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991, sendo a doença preexistente à filiação ao regime previdenciário, mas sem incapacitar o segurado, tem este o direito ao recebimento dos benefícios previdenciários pertinentes, uma vez comprovado o agravamento da moléstia até a incapacidade permanente e definitiva em razão do exercício profissional, conforme laudo pericial produzido em juízo.

III – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *negar provimento ao recurso*, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT, 19/09/2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O INSS recorreu da sentença de fls. 98/100 em face de o Juizado Especial Federal Cível da Subseção Judiciária de Sinop/MT ter julgado procedente o pedido inicial, condenando-o à concessão de aposentaria por invalidez acrescida de 25%, desde a data do ajuizamento da ação.

Sustenta o Recorrente que o Recorrido perdeu a condição de segurado em 01/08/1996 e que a concessão do benefício de auxílio-doença, deferido em 23/11/2004, decorreu de erro administrativo da autarquia. Aduz ainda que, ao reafiliar-se ao RGPS em no-

vembro de 2004, o Recorrido já apresentava doença preexistente.

O Recorrido ofertou contra-razões às fls. 120/128, nas quais pugna pela manutenção da sentença.

É o relato.

Voto

Sustenta o Recorrente que, na data de 01/08/1996, o Recorrido perdeu a sua condição de segurado e que,

quando refoi-se ao RGPS, em julho/2004, já estava incapacitado.

O Recorrido requereu administrativamente, em 23/11/2004, a concessão do benefício de auxílio-doença, que foi deferido até a data de 20/07/2008, reconhecendo-se assim a existência de incapacidade laboral temporária. Já, na avaliação da perícia médica do Juízo, realizada em 08/04/2008, cujo laudo fora acostado às fls. 91/95, o segurado foi considerado portador de cegueira em ambos os olhos e de hipertensão arterial. No caso, a patologia degenerativa é uma doença de caráter irreversível, em razão do que se encontra o Recorrido totalmente incapacitado para o trabalho há cerca de cinco anos.

Considerando que o Juiz não se encontra adstrito ao laudo pericial, tenho que, embora, à época da sua nova filiação no RGPS, o Segurado já fosse portador de doença degenerativa, a sua incapacidade total e permanente decorreu do agravamento da moléstia, ocorrido no período compreendido entre o requerimento administrativo e o pleito judicial, o que autoriza a concessão do benefício postulado, conforme dispõe o art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991, *in verbis*:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

No que concerne à comprovação da carência exigida, extrai-se dos autos que o Recorrido contribuiu para a Previdência Social no período de 05/09/1983 até 10/02/1995, bem como de 10/07/2004 até 30/11/2004. Observa-se, nos períodos acima mencionados, a existência de uma lacuna de aproximadamente 8 (oito) anos, sendo a última contribuição do primeiro grupo efetuada em 02/1995 e, a primeira do segundo grupo, em 07/04. Apesar de perdida a condição de segurado, há disposição legal que admite a possibilidade de seu restabelecimento, desde que cumprida $\frac{1}{3}$ do número de contribuições

exigidas, de acordo com parágrafo único do art. 24 da Lei 8.213/1991 *in verbis*:

Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, $\frac{1}{3}$ (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (Vide Medida Provisória 242, de 2005)

Dessa forma, é forçoso reconhecer que, quando o Recorrido verteu 5 (cinco) contribuições após o regresso ao regime geral da Previdência, perfazendo o $\frac{1}{3}$ previsto em lei, enquadrou-se na condição prevista no dispositivo legal acima transcrito, de forma que poderão ser computadas em seu favor as contribuições efetuadas entre 05/09/1983 até 10/02/1995.

Logo, o período de carência encartado no art. 25, I, da Lei 8.213/1991 foi atendido pelo Recorrido para a obtenção do benefício pleiteado, ou seja, há 12 (doze) meses de contribuição.

Com efeito, *nego provimento* ao recurso.

Custas processuais indevidas e honorárias advocatícias, em 10% do valor, pelo Recorrente.

É como voto.

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

Exceção da verdade. Necessidade de declaração de nulidade dos atos praticados por juízes incompetentes. Nulidade da instrução do feito principal em razão do descumprimento da ordem de *habeas corpus* que determinou a sua suspensão até o julgamento do incidente.

Quando a Exceção da Verdade for oposta contra autoridade sujeita a foro por prerrogativa de função, compete ao Tribunal competente processar e julgar o incidente. Assim, quando apreciado o HC 2006.01.00.002655-4/BA, foi determinada a suspensão da ação penal até o julgamento pela Corte, da Exceção da Verdade. No mesmo *habeas corpus* foi determinada a produção de prova testemunhal em relação à ação penal a ser produzida após o julgamento da Exceção da Verdade. Como as decisões do *habeas corpus* foram descumpridas pelos juízes, todos os atos praticados, após essas decisões são nulos. O feito deve ser chamado à ordem.

Exceção da Verdade 2007.01.00.045511-0/BA
Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – Corte Especial
Divulgação: e-DJFI de 05/09/2008
Publicação: 08/09/2008

Aposentadoria por tempo de contribuição. Suspensão sob alegação de irregularidades na concessão. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Suspensão anteriormente à exaustão da via recursal administrativa

A suspensão ou o bloqueio do benefício previdenciário anteriormente à exaustão da instância administrativa e da conclusão da auditoria instaurada para a apuração da suspeita de irregularidade, configura ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988).

A garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988) exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

Apelação em Mandado de Segurança 2005.39.00.006438-3/PA
Rel.: Des. Federal José Amílcar Machado – 1ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 01/09/2008
Publicação: 02/09/2008

Importação de sementes de *cannabis sativa* (maconha), por intermédio de sítio na rede mundial de computadores (internet). Rejeição da denúncia. Atipicidade da conduta. Ato preparatório.

Na hipótese, não há como se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado, posto que a conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível (art. 31 do CP). A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância proscrita, que, apesar da confissão do acusado, em fase policial, apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

Assim, a presunção desacompanhada do fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia. Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória.

Recurso Criminal 2006.34.00.031148-0/DF
Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 25/09/2008
Publicação: 26/09/2008

Reingresso de estrangeiro expulso. Prisão.

O reingresso de estrangeiro expulso é um crime que permanece enquanto não cessa sua entrada no território brasileiro (CP, art. 338), e é passível de prisão em flagrante, mesmo que o marco inicial da entrada tenha ocorrido meses antes.

Indícios claros de que o estrangeiro expulso pretende manter-se no país, mesmo após o flagrante, são elementos concretos de sua disposição em continuar na prática do crime, violando a ordem jurídica. Razões suficientes para manter a prisão preventiva.

Habeas Corpus 2008.01.00.034651-6/AC

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 12/09/2008

Publicação: 15/09/2008

Quadro fático probatório. Matéria controvertida. Diversos advogados. Alegação de cerceamento de defesa e arguição de nulidade. Identidade de pedidos e fundamentos. Exame na via mais abrangente.

Exigindo as peculiaridades do caso concreto melhor exame de prova e sendo idênticos, no particular, os fundamentos do *habeas corpus* e da apelação, é aconselhável que a matéria seja examinada no recurso em face de sua maior abrangência.

Caso em que o quadro fático é controvertido, pontuando o MM. Juiz impetrado a utilização pela defesa de “expedientes que tangenciam a má-fé”, tumultuando ou procrastinando a marcha processual, o que merece relevo, tendo em vista a grande quantidade de advogados que vêm atuando na defesa do paciente, ora em conjunto ou isoladamente, sem aparentes razões para essas intervenções, por vezes eventuais e não ordenadas, e que a arguição de nulidade “por cerceamento de defesa”, tanto no *habeas corpus* quanto no recurso de apelação, tem os mesmos fundamentos.

Habeas Corpus 2008.01.00.040396-5/MA

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 30/10/2008

Publicação: 31/10/2008

Ação popular. Declaração de inconstitucionalidade. Objeto da ação. Inadequação da via eleita. Ausência de ato concreto lesivo ao patrimônio público.

A ação popular não se presta para impugnar ato normativo federal (Portaria 21/1997, do Ministério da Fazenda) que o autor popular entende prejudicar os interesses econômicos daqueles que habitam e negociam na área de livre comércio do Amapá. Inexistência de ato concreto lesivo ao patrimônio de entidade pública

Remessa *Ex Officio* 2002.31.00.000630-8/AP

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 26/09/2008

Publicação: 29/09/2008

Concessionárias quotistas de Itaipu. Venda de energia elétrica. Resoluções 290/2000 e 395/2002 da Aneel.

Até a edição da Resolução 395/2002 da Aneel não existia norma impedindo a venda da quota parte da energia elétrica de Itaipu a consumidores livres de submercados diversos daquele atendido pela concessionária. Legalidade das transações efetuadas anteriormente à restrição, do que decorre a relevância da tese de direito adquirido à respectiva contabilização e liquidação no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE).

Agravo de Instrumento 2002.01.00.028632-7/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 15/08/2008

Publicação: 18/08/2008

Contribuição previdenciária. Incidência. Salário-maternidade. Natureza jurídica. Lei 9.876/1999.

Torna-se legítima a edição de lei ordinária para instituição de contribuição social incidente sobre os todos os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física, inclusive sobre o denominado salário-maternidade (art. 195, I, *a*, da CF/1988).

O salário-maternidade integra a remuneração do empregado, com natureza salarial, não apenas porque assim quis o legislador ordinário, mas porque nesse sentido foi traçada a diretriz constitucional que assegurou às trabalhadoras, urbanas e rurais, tanto a licença gestante quanto a manutenção do emprego e do salário durante o período de sua vigência, integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

A circunstância de ter sido o pagamento do benefício atribuído ao INSS, pela Lei 9.876/1999, não desnatura a sua natureza de benefício salarial, nos moldes definidos no art. 7º, XVII, CF/1988, pois seria impossível ao legislador infraconstitucional fazê-lo sem ofensa à Lei Maior.

Apelação em Mandado de Segurança 2006.34.00.021068-4/DF

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo – 7ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 21/10/2008

Publicação: 29/10/2008

Estatística

SETEMBRO/2008

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recurso Extraordinário Admitido (Asret)	1
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	10
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	52
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	116
Despachos Diversos (Asret)	26
Decisões Diversas (Asret)	6
Decisões em Plantão (Asret)	6
Suspensões de Segurança Deferida (Asret)	3
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	4
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança	2
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	2
Agravos Regimentais Prejudicados	2
Agravos Regimentais Não Providos	3
Embargo de Declaração Rejeitado	1
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	143
Memorandos Expedidos (Asret)	5
Ofícios Expedidos (Asret)	9
Despachos Diversos (Secju)	20
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	2
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	91
Atos (Secre)	84
Portarias (Secre)	15
Ofícios (Secre)	111
TOTAL	714

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	127
Recursos Especiais Inadmitidos	182
Recursos Extraordinários Admitidos	10
Recursos Extraordinários Inadmitidos	42
Decisões Diversas	13
Despachos	9
Votos Desempates	4
Processos Sobrestados	279
TOTAL	666

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	1.154
Processos Remetidos à ASVIP	624
Processos Remetidos à ASRET	788
Processos Remetidos ao STF	196
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	25
Recurso Extraordinário Eletrônico Recebido do STF	1
Processos Remetidos ao STJ	495
Processos Recebidos do STJ	916
Processos Recebidos do STF	264
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.807
Processos Sobrestados na Corec	1.221
Agravos Processados	768
TOTAL	8.259

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	59
Recursos Inadmitidos	414
Despachos Diversos	175
TOTAL	648

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

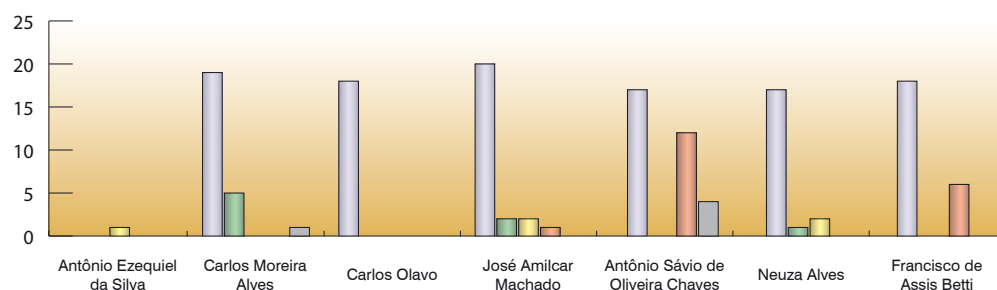
Recursos Admitidos	99
Recursos Inadmitidos	118
Despachos Diversos	74
TOTAL	291

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – SETEMBRO/2008

1ª Seção

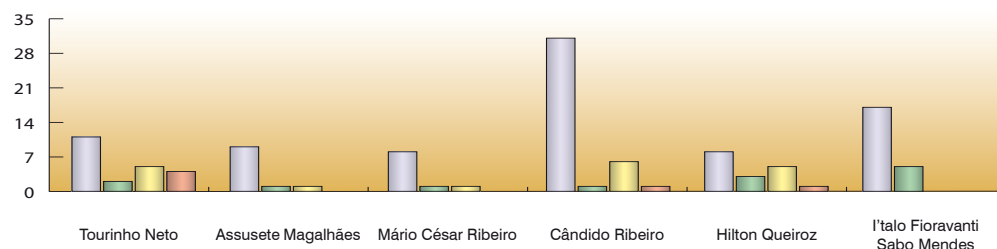
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Carlos Moreira Alves	Carlos Olavo	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos		19	18	20	17	17	18
Desp. Term. Publicados		5		2		1	
Julgados	1			2	12	2	6
Acórdãos Publicados		1		1	4		

2ª Seção

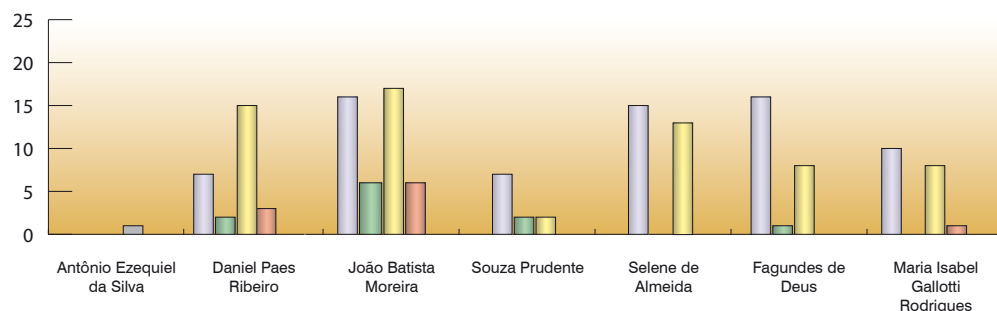
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	11	9	8	31	8	17
Desp. Term. Publicados	2	1	1	1	3	5
Julgados	5	1	1	6	5	
Acórdãos Publicados	4			1	1	

3ª Seção

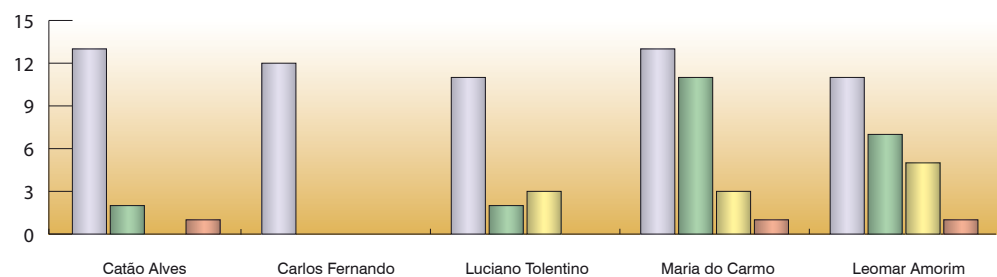
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos		7	16	7	15	16	10
Desp. Term. Publicados		2	6	2		1	
Julgados		15	17	2	13	8	8
Acórdãos Publicados	1	3	6				1

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Antônio Ezequiel

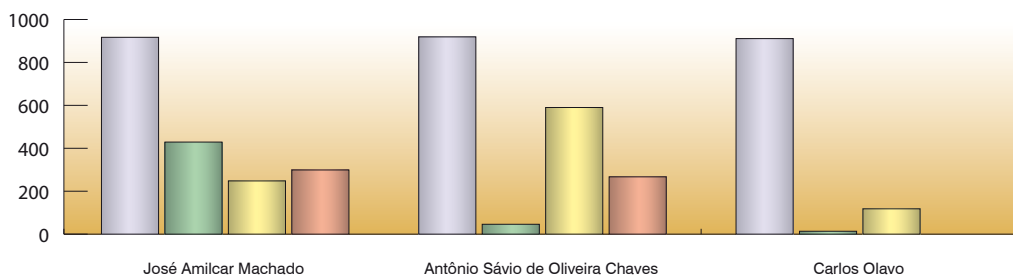


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	13	12	11	13	11
Desp. Term. Publicados	2		2	11	7
Julgados			3	3	5
Acórdãos Publicados	1			1	1

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

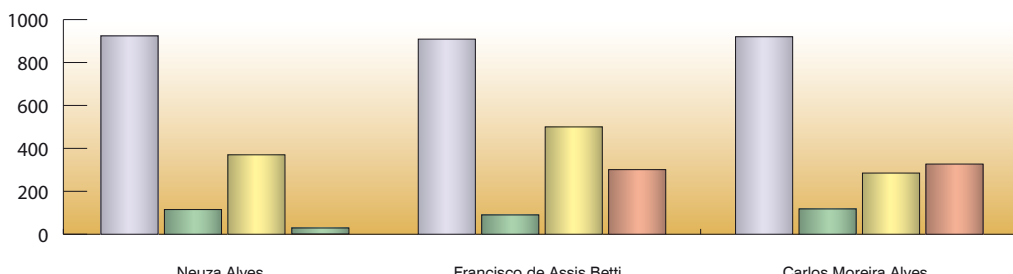
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – SETEMBRO/2008

1ª Turma



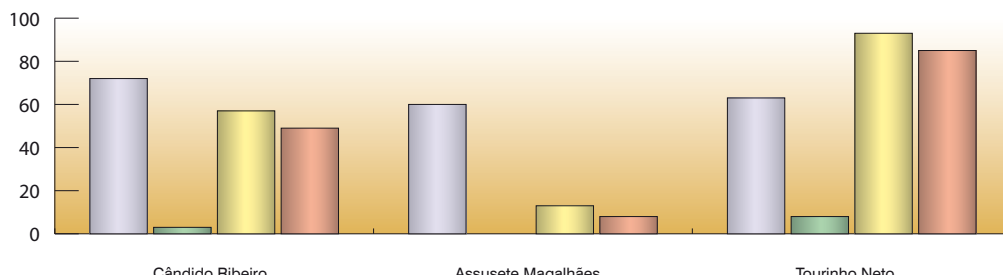
	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Carlos Olavo
Distribuídos	917	919	911
Desp. Term. Publicados	429	46	1
Julgados	248	590	118
Acórdãos Publicados	299	267	

2ª Turma



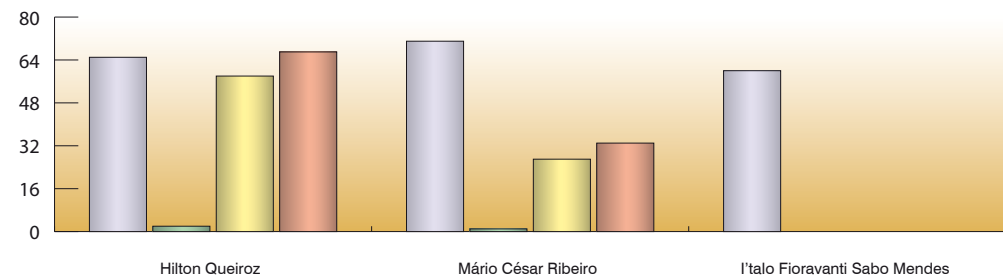
	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	924	909	920
Desp. Term. Publicados	115	90	118
Julgados	370	500	285
Acórdãos Publicados	3	301	327

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Assuete Magalhães	Tourinho Neto
Distribuídos	72	60	63
Desp. Term. Publicados	3		8
Julgados	57	13	93
Acórdãos Publicados	49	8	85

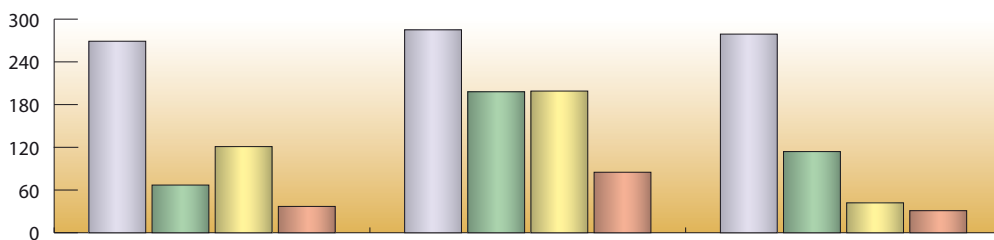
4ª Turma



	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	65	71	60
Desp. Term. Publicados	2	1	
Julgados	58	27	
Acórdãos Publicados	67	33	

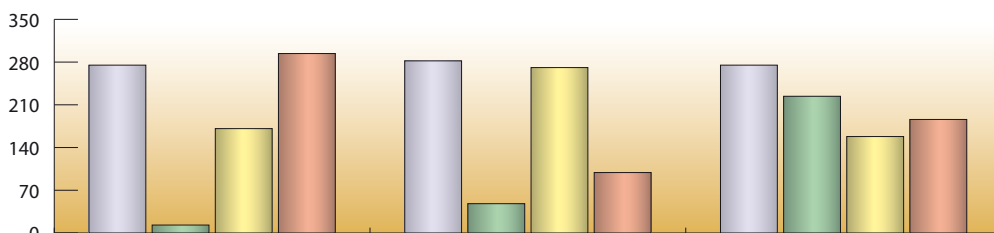
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – SETEMBRO/2008

5ª Turma



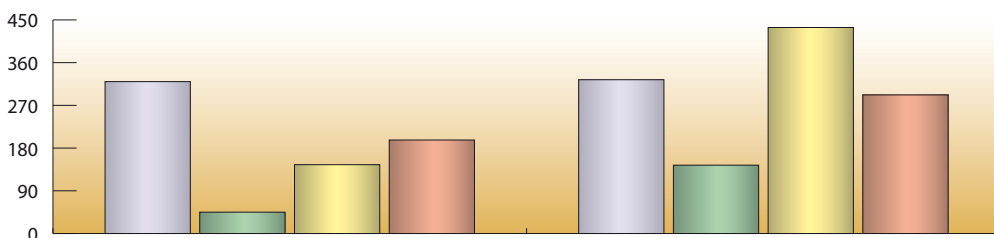
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	269	285	279
Desp. Term. Publicados	67	198	114
Julgados	121	199	42
Acórdãos Publicados	37	85	31

6ª Turma



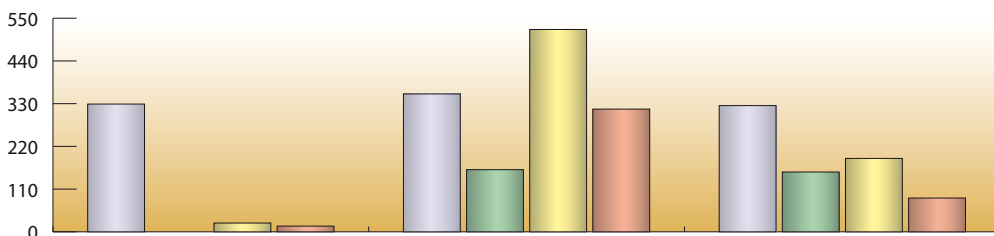
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	275	282	275
Desp. Term. Publicados	13	48	224
Julgados	171	271	158
Acórdãos Publicados	294	99	186

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	320	324
Desp. Term. Publicados	45	144
Julgados	145	434
Acórdãos Publicados	197	292

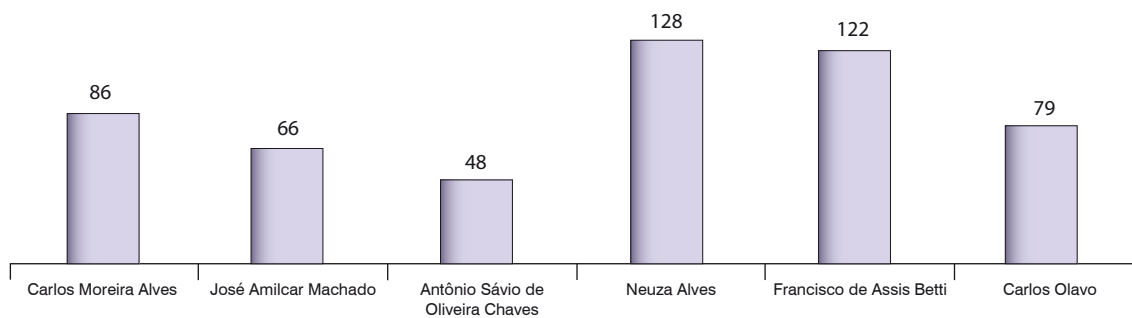
8ª Turma



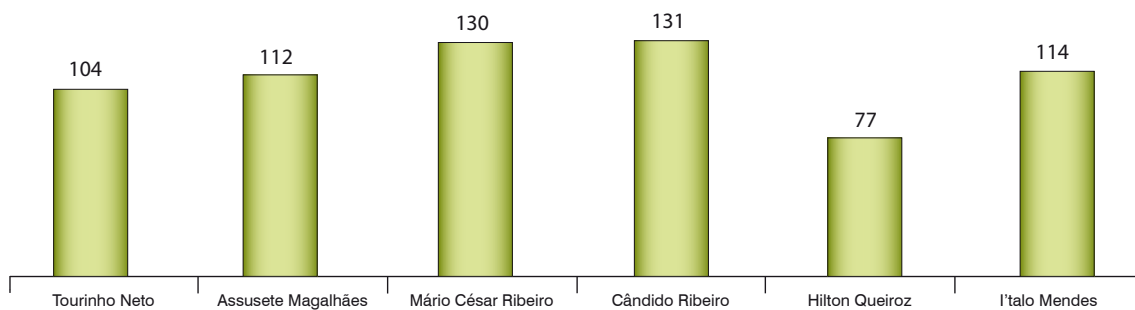
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	329	355	325
Desp. Term. Publicados		160	154
Julgados	2	521	189
Acórdãos Publicados	1	316	87

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – SETEMBRO/2008

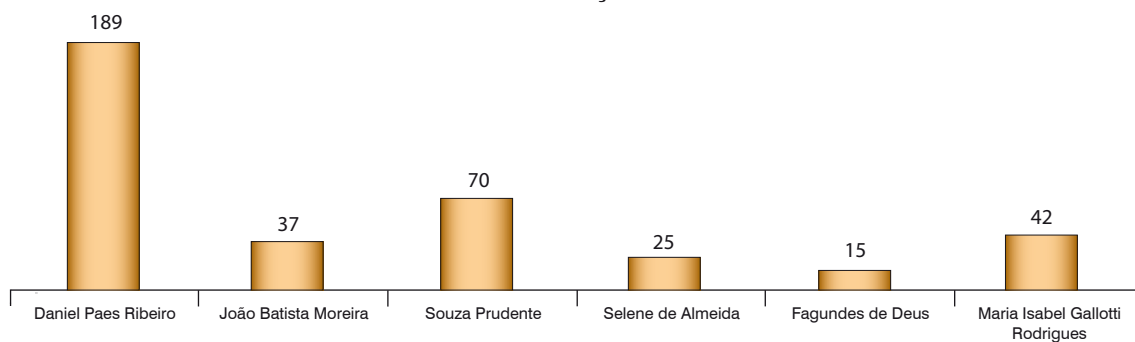
1ª Seção



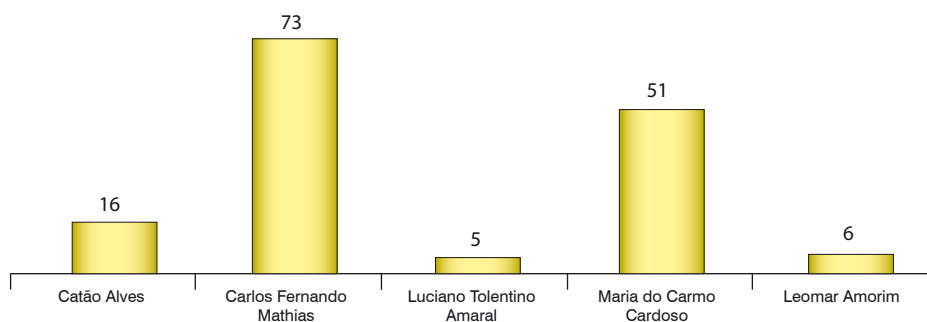
2ª Seção



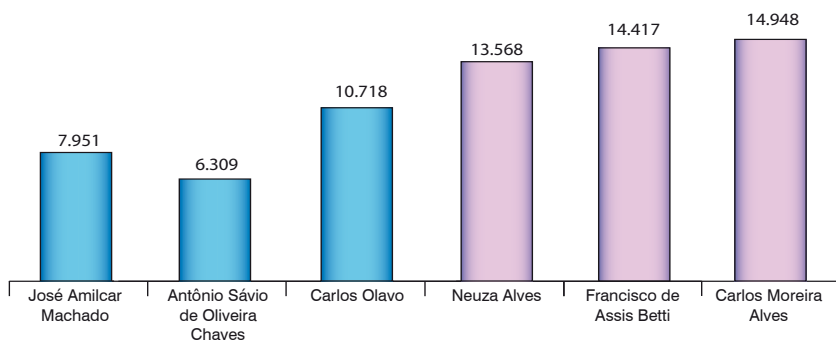
3ª Seção



4ª Seção

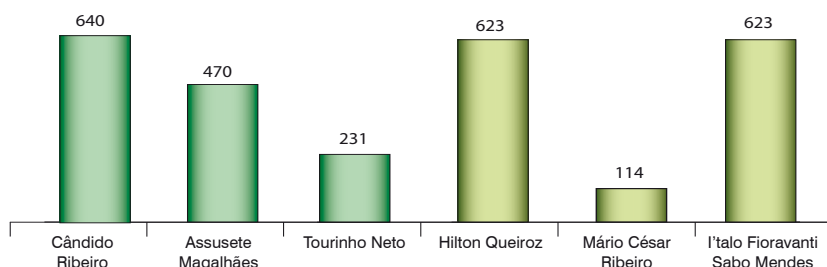


PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – SETEMBRO/2008



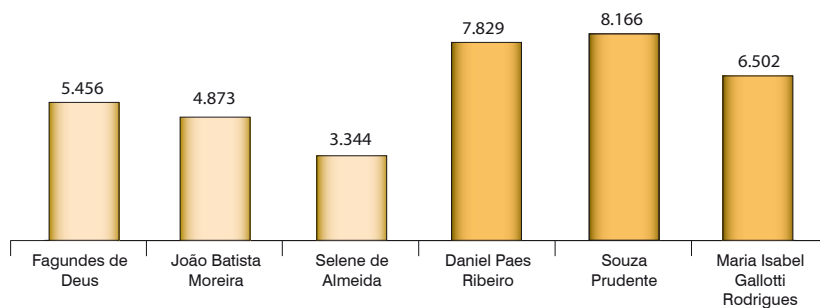
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



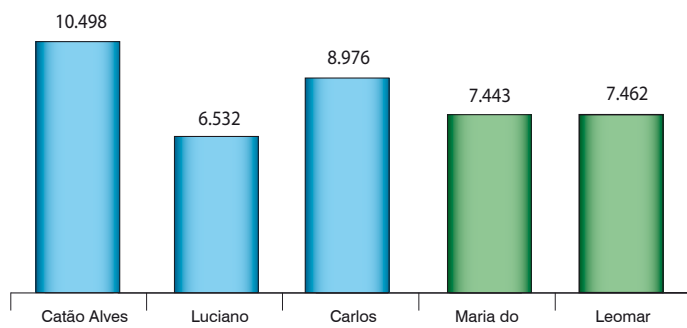
■ 3ª Turma

■ 4ª Turma



■ 5ª Turma

■ 6ª Turma



■ 7ª Turma

■ 8ª Turma

COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.

À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – matéria penal em geral;
II – improbidade administrativa;
III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – preços públicos;
- VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
- IX – questões de direito financeiro.

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	1ª Seção	23		
	2ª Seção	1		
	3ª Seção	2		
	4ª Seção	18		
André Prado de Vasconcelos	1ª Seção			1
	2ª Turma		4	84
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção			4
	5ª Turma	244	153	216
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma		39	215
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		5	
	5ª Turma	1	121	215
Cleberson José Rocha	8ª Turma		71	72
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma	3	57	81
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Turma		94	59
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção	4	8	
	7ª Turma	297	211	10
Guilherme Mendonça Doehler	4ª Seção			5
	7ª Turma		42	101
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		245	171
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção	1		
	1ª Turma	122	277	828
	7ª Turma	1		2
João Carlos Costa Mayer Soares	6ª Turma		8	16
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			2
Klaus Kuschel	4ª Turma	2	27	9
Leão Aparecido Alves	3ª Seção			1
	8ª Turma			1
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma	1	24	33
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção	2		11
	5ª Turma	116	63	60
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		79	67

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma			2
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			1
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		2	4
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção	1	10	7
	8ª Turma	173	427	128
Pompeu de Sousa Brasil	1ª Seção			1
	2ª Turma	124	79	518
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		75	108
Reynaldo Soares da Fonseca	2ª Seção		4	2
	3ª Turma	6	33	33
	3ª Seção	1		
Rogéria Maria Castro Debelli	1ª Seção			1
	2ª Turma	27	112	217
	4ª Seção	1		
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		3	4
	4ª Turma	5	68	51
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª turma	2		1
Sônia Diniz Viana	1ª Turma			96

Foram distribuídos para o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista 9 processos na 4ª Seção e 223 na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Tourinho Neto	2ª Turma			1
Mário César Ribeiro	3ª Seção	1		
Carlos Olavo	4ª Seção	1		
	7ª Turma	131	133	263
Luiz Gonzaga	1ª Seção	3		
	1ª Turma	1		142
Souza Prudente	5ª Turma		1	1

Foram distribuídos 2 processos para o Desembargador Carlos Olavo na 4ª Seção e 110 na 7ª Turma.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.