

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Setembro 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 – Diretora

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

Magda Giovana Alves

Robson Taylor de Barros

Samuel Nunes dos Santos

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 José Amilcar Machado
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
Desembargador Federal Carlos Olavo

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 Francisco de Assis Betti
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

3ª Turma

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

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 Amílcar 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 Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo

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 José Amílcar Machado
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Revista do Tribunal

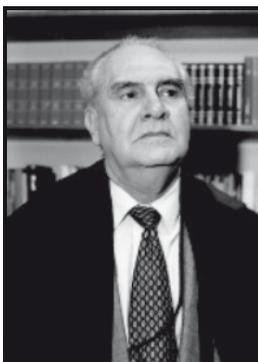
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

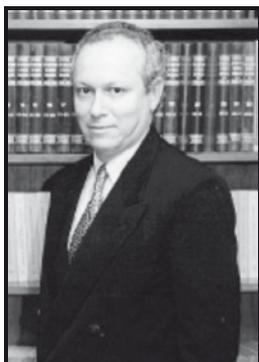
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Vice-Diretor

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



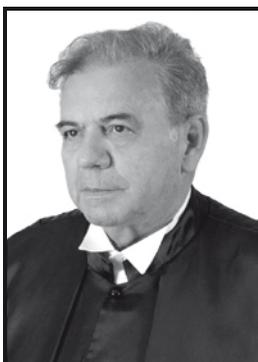
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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 Federal completa 20 anos

Carlos Moreira Alves

Gastando o Latim, 19

Habeas Verbum: Língua do Direito, 21

As Novas Regras

Como fica a escrita com o acordo ortográfico da língua portuguesa, assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva

Variedades, 25

Hamlet, Prince of Denmark

William Shakespeare

Artigos Doutrinários

Garantias Processuais x Eficácia Repressiva: a questão tormentosa da execução provisória da pena, 27

José Osterno Campos de Araújo

Ensino jurídico no Brasil: análise à luz da filosofia educacional de Paulo Freire, 34

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro

Os valores como fundamento da Constituição e Justiça Constitucional material: um excuro alusivo aos 20 anos da Constituição Federal, 40

Kelly Susane Alflen

Tópicos Jurídicos

Intervenção mínima: um princípio em crise, 45

Élcio Arruda

A importância da independência do Judiciário, 48

Arthur Pinheiro Chaves

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Conflito de competência. Hipótese na qual o relator prevento resta vencido. Lavratura de acórdão por outro julgador. Alcance da previsão regimental da inversão da prevenção, 49

Rel.: Desembargador Federal Olindo Menezes

Conflito de Competência 2007.01.00.056245-7/MT

1ª Seção – Quintos incorporados. Progressão. Função de maior valor não exercida pelo período integral de 365 dias. Revisão. Ressarcimento de valores recebidos. Ato exclusivo da Administração. Ausência de participação do servidor. Boa-fé, 53

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Mandado de Segurança 2006.01.00.039130-5/DF

2ª Seção – Crime de informática comum. Transferência fraudulenta via internet de dinheiro para conta do agente ou de laranja. Furto qualificado. Consumação. Juízo competente, 58

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Conflito de Competência 2008.01.00.030092-6/PA

3ª Seção – Concurso público. Escrivão da Polícia Federal. Exigência de exame psicotécnico (DL 2.320/1987), 61

Rel.: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Embargos Infringentes em Apelação Cível 2002.38.00.024251-0/MG

4ª Seção – Alegação de violação literal a norma constitucional. Medida provisória 1.212/1995 e suas reedições. Exigibilidade da contribuição para o PIS, observado o prazo de noventa dias depois da publicação da primeira medida provisória, 74

Rel.: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Ação Rescisória 2001.01.00.045188-5/DF

1ª Turma – Anistia. Ex-empregados de empresa pública extinta. Reintegração no serviço público. Exigência de prévia aprovação em concurso público, 84

Rel.: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Apelação Cível 2003.34.00.001039-0/DF

2ª Turma – Processo administrativo disciplinar. Demissão. Princípio da proporcionalidade, 91

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2000.01.00.083365-3/MG

3ª Turma – Desacato. Escrivão de Polícia Federal armado e à paisana. Tentativa de adentrar agência bancária. Recusa em entregar o documento de identificação para conferência. Não autorização pelo gerente, 96

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2007.38.03.001777-5/MG

4ª Turma – Extração de diamante sem autorização legal. Ausência de derrogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998. Bens jurídicos tutelados diversos. Concurso formal. Crime do art. 38 da Lei 9.605/1998, 100

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

Recurso Criminal 2007.38.12.000723-5/MG

5ª Turma – FGTS. Execução de contribuições patronais. Não localização de bens do devedor principal. Confusão patrimonial (art. 50 do CC). Mau uso e mau funcionamento da sociedade. Prosseguimento da execução pelo patrimônio do sócio-diretor, 106

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)

Apelação Cível 2004.33.00.027528-5/BA

6ª Turma – Shopping center. Funcionamento em domingos e feriados. Decreto 27.048/1949 e Lei 10.101/2000. Competência. Emenda Constitucional 45/2004, 112

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação em Mandado de Segurança 2004.38.00.023162-0/MG

6ª Turma – Ação civil pública. Preservação do patrimônio cultural brasileiro. Iphan. Dano de âmbito nacional. Competência. Art. 93, II, do CDC, 117

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Apelação Cível 2006.38.00.039883-4/MG

7ª Turma – Contribuição sindical e ação de consignação em pagamento. Dúvida sobre a legitimidade do sindicato destinatário. Matéria de conhecimento limitado (art. 896, do CPC), 136

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Apelação Cível 2000.01.00.121802-7/DF

8ª Turma – OAB. Exame de ordem. Anulação de questão do exame pelo Poder Judiciário, 139

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação em Mandado de Segurança 2006.37.00.005156-8/MA

Decisões Monocráticas

Rebanho de gado presente em Unidade de Conservação de Proteção Integral. Danos ao meio ambiente. Realização de terceiro leilão. Preço mínimo inferior a 50% do valor de mercado, 143

Desembargador Federal Souza Prudente

Agravo de Instrumento 2008.01.00.031519-0/PA

Reembolso do ICMS sobre aquisição de combustíveis. Resolução Normativa ANEEL 303/2008. Condicionamento à comprovação de que a despesa com o tributo consiste em custo efetivo da empresa, 148

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2008.01.00.031955-3/DF

Suspensão de obras de reforma e ampliação de empreendimento comercial. Área de proteção ambiental permanente. Necessidade de estudo prévio de impacto ambiental, 150

Desembargador Federal Souza Prudente

Agravo de Instrumento 2008.01.00.033158-1/BA

JEFs em Revista

Servidora pública aposentada. Pagamento a maior de vantagem em face do reenquadramento na carreira. Reposição ao erário. Equívoco da Administração. Caráter alimentar. Boa fé. Não obrigatoriedade de devolução de valores até a data da notificação da irregularidade do pagamento e da exigência de restituição. Princípio da legalidade, 153

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2005.36.00.908048-8/MT

Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade parcial. Condições pessoais. Inviabilidade da reabilitação profissional. Perda do movimento da mão. Grau de escolaridade limitado à primeira série do ensino fundamental, 156

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2006.36.00.905069-8/MT

Condições da ação. Prévio requerimento administrativo. Turma Nacional de Uniformização, 158

Rel.: Juiz Federal Carlos Augusto Tôrres Nobre

Recurso 2007.35.00.706818-8/GO

Manutenção de multa. Descumprimento de decisão judicial. Art. 461, § 6º, do CPC, 161

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi

Processo 2008.36.00.700066-3/MT

Indenização. Suposta irregularidade na efetivação de saque. Saque realizado pelo titular da conta ou pessoa de sua confiança com uso das senhas. Irregularidade não comprovada pela requerente, 163

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Processo 2008.36.00.700138-4/MT

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 167

Decisão de relator, em agravo de instrumento, concedendo efeito suspensivo. Ataque por mandado de segurança: hipóteses excepcionais.

Mandado de segurança. Seqüestro. Determinação de ofício. Art. 127, CPP.

Descaminho. Princípio da insignificância. Art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002.

Conflito negativo de competência. Ações civis públicas. Nulidade de contratos de concessão de áreas e espaços em aeroportos. Prevenção por continência nos moldes do art. 104 do CPC.

Benefício de prestação continuada. Menor deficiente. Art. 203, V, da CF/1988. Necessidade de prova pericial.

Concurso público. Agente de Polícia Federal. Investigação social. Idoneidade moral abalada pela existência de dívidas e execuções movidas contra o candidato. Exclusão do curso de formação. Ausência de previsão legal e editalícia.

Estatística, 169

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 179

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 181

Computador ligado, o clarão do seu visor aguarda o influxo ordenado das letras, formando palavras, que o assomo das idéias vai ditando.

Pensamentos que inspira, em rápida leitura, velha doutrina do jurisconsulto romano Paulo, no seu Livro das Sentenças, sobre a restituição por inteiro. E, a seu lado, e em igual tempo de reflexão, o art. 182 do Código Civil a prescrever que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”.

De repente, a lembrança da crise financeira norte-americana, envenenando a economia mundial, acode-me ao espírito. E o pânico gerado pelo trato irresponsável da moeda, relegada a aventureiros, disseminando-se entre os agentes econômicos, leva a indagar:

Como poderá ser restituída, integralmente, a abalada confiança na eficácia do sistema, cujo crédito, que o sustenta, se evaporou? Como, em persistindo a ausência de instrumentos globais para regulamentá-lo, continuamente?

Que se busquem meios duradouros para a disciplina do mercado, sem suprimir o princípio da livre iniciativa na atividade econômica!

O crédito, no sistema, pode ser restituído. Esperemos.

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 Federal completa 20 Anos

Carlos Moreira Alves*



Por Martha Hormann

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a atual Constituição brasileira já foi alterada por 56 emendas. Embora seja reiterado alvo de críticas por este e outros motivos, tem, também, seus méritos. Neste ano, em que a nossa Carta Magna completa o vigésimo aniversário, a Revista coloca-a sob avaliação de algumas personalidades da comunidade jurídica. A série tem início neste mês, com a entrevista a seguir, concedida pelo Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Confira.

Revista: Em que contexto sócio-político foi promulgada a Constituição de 1988?

Carlos Moreira Alves: Dentro de um contexto de transição de um regime militar para um regime de liberdades democráticas. Deu-se a partida, com passo mais significativo, para a consolidação de um regime democrático de há muito clamado pela população brasileira.

Revista: E o que representou historicamente para o Brasil?

Carlos Moreira Alves: Penso que exatamente essa conquista. Permitir ao País a implantação de um regime de governo com a efetiva participação da população. Um regime de representação da maioria do povo, por meio de agentes escolhidos por ele.

Revista: Quais foram os maiores avanços apresentados pela Constituição?

Carlos Moreira Alves: Também aqui, a meu ver, a resposta gravita em torno do regime de liberdades democráticas. Um dos avanços mais significativos, diria mesmo o fundamental, foi o de assegurar uma maior liberdade de manifestação de pensamento, de exposição de idéias. A contraposição de opiniões é importante, e o exercício do debate responsável, com respeito àqueles limites éticos com que deve ser desenvolvido, é uma das molas propulsoras ao desenvolvimento de qualquer Nação.

Revista: Qual é o papel da Justiça Federal no Estado Democrático equacionado pela Constituição de 1988?

Carlos Moreira Alves: Penso seja, o basilar, o de garantir ao cidadão, ao jurisdicionado, o exercício desses direitos fundamentais postos à sua disposição pelo legislador constituinte. Fazer valer, no julgamento dos conflitos de interesses resultantes do exercício de tais

* Carlos Moreira Alves foi advogado, Defensor Público, Procurador da República e, atualmente, é Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

direitos, a Constituição e as leis do País. Essa é, sob minha ótica, a participação fundamental não apenas da Justiça Federal, mas do Poder Judiciário como um todo, porque exatamente o que caracteriza um estado democrático de direito é o respeito aos direitos e deveres definidos nas normas editadas pelos representantes do povo, eleitos por sua vontade majoritária.

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

Carlos Moreira Alves: Acredito que sim, porque ainda hoje há o anseio pela segurança dos direitos, pela manutenção das conquistas sociais que a Carta da República ajudou a edificar. Mas ainda há muito por fazer.

Revista: Então as alterações que têm sido promovidas no âmbito da Constituição, têm acompanhado as mudanças sociais?

Carlos Moreira Alves: Têm tentado acompanhar. Aliás, a Constituição de 1988 e as leis necessárias a regulamentá-la são fruto de um processo democrático ainda em amadurecimento. E o processo democrático, de representação popular, tem o anseio de procurar retratar, por comandos normativos, dos representantes do povo, aquelas que são as principais necessidades dos que lhes outorgam esse mandato.

Revista: As garantias fundamentais que são elencadas na Constituição Federal também tiveram um papel importante na mudança social que aconteceu, representada pela Constituição Federal, não é isso?

Carlos Moreira Alves: Sim, porque asseguram o que é essencial em um processo democrático; as liberdades individuais. Aqui, volto ao registrado linhas atrás: a liberdade de manifestação de pensamento, de exposição de idéias, enfim, o exercício do debate responsável, levado a cabo com observância àqueles limites éticos com que esse debate há de ser desenvolvido, é uma das molas propulsoras para o desenvolvimento de qualquer Nação.

- *Concordia civium murus urbium*

“A concórdia dos cidadãos é a muralha das cidades”

- *Concordia parvae res crescunt, discordia maximae dilabuntur*

“Pela concórdia as pequenas coisas crescem, pela discórdia as maiores desabam” (Salústio, *Guerra de Jugurta*, 10,6)

- *Conditio sine qua non*

“Condição sem a qual não...” Expressão com que se designa, em Direito, uma condição essencial à realização de uma transação, de um ato jurídico. Citam-se muitas vezes apenas as três últimas palavras.

- *Consilio et industria*

“Com prudência e zelo.” Lema do imperador Leopoldo I, da Áustria

- *Consuetudinis magna vis est*

“Grande é a força do hábito” (Cícero, *Tusculanas*, Livro II, 17).

- *Corruptio optimi pessima*

“A corrupção do melhor é a pior (das corrupções)” (S. Gregório, o Grande, *Considerações Morais sobre Jó*).

“A educação que deixa de esclarecer nossas convicções centrais é mero treinamento ou mera condescendência. Pois são nossas convicções centrais que se encontram desordenadas e, enquanto perdurar a atual disposição antimetafísica, a desordem piorará. A educação, longe de classificar-se como o maior recurso do homem, será então um agente de destruição, conforme o princípio *Corruptio optimi pessima*”.

E. F. Shumacher, *O Negócio é Ser Pequeno* (tradução de Octavio Alves Velho) Parte II, 1.)

- *Cras amet qui nunquam amabit./Quique amabit cras amet*

“Ame amanhã quem nunca amou; e quem já amou, ame amanhã.” Primeiros versos do Pervigílio de Vênus, de autoria incerta.

- *Credo quia absurdum*

“Creio por ser absurdo.” Frase de origem desconhecida, que talvez seja uma adaptação das palavras de Tertuliano, *Certum est quia impossibile est*, “É certo, porque é impossível” (*Da Carne de Cristo*, 5).

- *Crescit amor nummi quantum ipsa pecunia crevit*

“O amor ao dinheiro cresce tanto quanto o próprio dinheiro” (Juvenal, *Sátira XIV*, 139). Quanto mais se possui, mais se deseja.

(Expressões extraídas do livro *Não perca o seu latim*, Editora Nova Fronteira, 14ª Edição, Paulo Rónai.)

As Novas Regras

Como fica a escrita com o acordo ortográfico da língua portuguesa, assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva*

Parece contrassenso, mas a partir do ano que vem, as ideias não terão mais acento. O micro-ondas vai ganhar um hífen. E se você resolver doar sangue, terá de dizer “eu doo”. Antes de pensar que a repórter desaprendeu a escrever, vamos esclarecer o que se passa: é que o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa — discutido desde 1990 com os portugueses e, depois, com representantes de outros países falantes do idioma — foi promulgado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva na última segunda-feira. As novas regras passam a valer em 1º de janeiro, mas resolvemos fazer um teste no novo modelo.

A estreia na nova grafia pode não ser das mais fáceis por causa do estranhamento. Mesmo quem apoia a queda dos acentos agudos e circunflexos em tantas palavras, vai se assustar um pouquinho ao ler voo, enjoo, colmeia, jiboia, veem, heroico. “Que feiura!”, muitos pensarão. Mas não tem jeito. Todos terão mesmo de se acostumar à ideia. A boa notícia é que pode ser mais simples do que parece à primeira vista. Estima-se que apenas 0,8% das nossas palavras ganharão cara nova. Para os portugueses, as mudanças serão um pouco maiores: cerca de 1,3%.

Uma das novidades que deve ser bastante comemorada por aí é a queda do trema. Há muita gente que não aguentava mais tentar lembrar quando era hora de usar os dois pingos no -u. Outra alteração que não deve traumatizar ninguém é a ampliação do alfabeto. Ele terá 26 letras. Somaram-se às outras: k, w e y. A queda dos acentos promete ser uma questão de hábito. O mais difícil mesmo, segundo os especialistas, será aprender as regras do hífen, que já não eram fáceis. “Esse é um ponto ruim do acordo. Poderiam ter acabado logo com ele (o hífen) ou simplificado as regras”, avalia José Eduardo de Sena, professor de língua portuguesa da Escola Internacional de Alphaville (SP).

José Eduardo comenta que, na prática, os adolescentes já deixavam de colocar o trema e alguns acentos nas palavras. “São os falantes que conduzem a prática da língua”, reforça. Para ele, não há motivo para os adolescentes se desesperarem em relação à cobrança de vestibulares. O professor lembra que as regras serão exigidas aos poucos. Editoras, escolas e sociedade têm até 31 de dezembro de 2012 para se adaptar à nova ortografia.

José Carlos de Azeredo, coordenador do livro *Escrevendo pela Nova Ortografia*, publicado recentemente pela Publifolha, ressalta que apenas a grafia das palavras será a mesma. A pronúncia, as relações gramaticais, os significados permanecem os mesmos. “Não muda muito. Mas somos resistentes a mudanças, porque isso implica alterar hábitos. Mas estamos mexendo apenas com sinais”, defende. José Carlos acredita que o acordo vai fortalecer a língua portuguesa no cenário internacional.

O acordo simplifica as regras ortográficas da língua portuguesa no Brasil, Portugal, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e Timor Leste.

Como fica nossa língua a partir do ano que vem

Alfabeto

Passa a ter 26 letras: k, w e y farão parte do alfabeto. Podem ser usadas para escrever unidades de medida (km — quilômetro; kg — quilograma; W — watt; yd — jarda); palavras, nomes estrangeiros e seus derivados (Kant — kantismo; Kuwait — kuwaitiano; yung; show) e siglas (WWF, por exemplo).

* Artigo de Priscila Borges, da equipe do Correio (publicado no jornal Correio Braziliense de 06/10/2008 págs. 6/7.)
Colaboração do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral.

Trema

Deixa de existir. Cinquenta, aguenta, tranquilo serão escritos sem o sinal. Ele permanece apenas em nomes próprios estrangeiros e seus derivados, como Müller e mülleriano.

Acentuação

1. Só as paroxítonas (as palavras que têm acento tônico na penúltima sílaba) vão mudar. As oxítonas (palavras que têm acento tônico na última sílaba) vão ficar iguaizinhas: herói, papéis, troféu. Os ditongos abertos -ei e -oi, como idéia, jibóia, heróica, asteróide, colméia, perderão o acento agudo. Agora, será ideia, jiboia, heroica, asteroide, colmeia.

2. Palavras com -i e -u tônicos, precedidos de ditongo, também perdem o acento agudo. Então, feiúra e baiúca serão escritas assim: feiura e baiuca.

3. As formas verbais com duplo -e e as palavras terminadas em duplo -o perdem o circunflexo. Nada de vêem, dêem, lêem, crêem. Por mais estranho que pareça, você passará a escrever veem, deem, leem, creem. Vôo, abençoô, perdôo, zôo, enjôo, também darão lugar a voo, abençoo, perdooo, zoo, enjoo.

4. Não será mais usado o acento (agudo ou circunflexo) que diferenciava palavras escritas da mesma forma com significados diferentes, como pêlo/pelo, pára/para, péla/pela, pêra/pera. É importante lembrar que serão mantidos os acentos que diferenciam: passado e presente no verbo poder (pôde/pode); singular e plural de ter e vir e seus derivados (tem/têm e vem/vêm); pôr (verbo) e por (preposição).

5. Os verbos arguir e redarguir não terão mais acento agudo no -u tônico seguido de -i ou -e. Em vez de argúis, será arguis; de argúí, argui; de redargúem, redarguem.

Hífen

1. O hífen não será mais usado em palavras compostas por prefixos que terminam em vogal e outro elemento iniciado por -r ou -s. Nesses casos, essas letras serão duplicadas. Exemplos: antirreligioso, contrarregra, antissocial.

2. O hífen também vai cair nos termos compostos cujo prefixo (ou falso prefixo) terminar em vogal e for seguido por um elemento que se inicia com uma vogal diferente: autoaprendizagem, extraescolar, agroindustrial, coeducação, autoavaliação, coautor, autoestima.

3. O traço também não aparece separando os prefixos des ou in: desumano, inábil, desfazer, infeliz.

4. Com os prefixos, usa-se sempre o hífen antes de palavras que começam com -h: co-herdeiro, geo-história, pré-história, super-homem. A exceção é subumano, que perde o -h.

5. Quando a letra final do prefixo e a inicial da outra palavra forem as mesmas, o hífen terá de ser empregado: micro-onda, semi-interno, anti-imperialista, arqui-inimigo.

6. O hífen também deve ser mantido quando a última letra do prefixo e a primeira da próxima palavra forem as mesmas consoantes. Veja: inter-racial, super-revista, hiper-requintado, sub-bibliotecário.

7. Quando os prefixos circum e pan forem seguidos por palavras iniciadas com vogais, -m ou -n, o hífen tem de ser usado: circum-escolar, circum-navegação, pan-africano.

8. O hífen deve ser usado de qualquer jeito com: além, aquém, ex, pós, pré, pró, recém, sem, vice. Veja: além-mar, aquém-muros, ex-presidente, pós-graduação, pré-primário, pró-reitor, recém-chegado, sem-terra, vice-presidente.

9. Usa-se hífen em encadeamentos vocabulares: rodovia Curitiba-São Paulo, ponte Rio-Niterói (até agora, o travessão separava as palavras).

10. O hífen também é essencial em topônimos (nomes de origem geográfica) que se iniciam com grã ou grão (Grão-Pará), verbo (Passa-Quatro) ou tenham elementos ligados por artigo (Baía de Todos-os-Santos).

11. Quando o assunto são espécies botânicas e zoológicas, as palavras compostas têm hífen sempre: erva-doce, cobra-d'água, bem-te-vi).

12. Há sempre hífen depois de bem e mal seguidos de vogal ou h: mal-estar, mal-humorado, bem-estar, bem-humorado. Cuidado: bem, ao contrário de mal, pode não se unir a palavras começadas por consoante: bem-criado/malcriado, bem-nascido/malnascido.

Fonte: Manual de Ortografia da Aymarã Edições e Tecnologia, organizado por José Archangelo Sensi.

Hamlet, Prince of Denmark*

Enter Hamlet

Ham. To be, or not to be, — that is the question: —
Whether'tis nobler in the mind to suffer
The slings and arrows of outrageous fortune,
Or to take arms against a sea of troubles,
And by opposing end them? — To die, — to sleep, —
No more; and by a sleep to say we end
The heart-ache and the thousand natural shocks
That flesh is heir to, — 'tis a consummation
Devoutly to be wish'd. To die, — to sleep; —
To sleep! perchance to dream: — ay, there's the rub;
For in that sleep of death what dreams may come,
When we have shuffled off this mortal coil,
Must give us pause: there's the respect
That makes calamity of so long life;
For who would bear the whips and scorns of time,
The oppressor's wrong, the proud man's contumely,
The pangs of despis'd love, the law's delay,
The insolence of office, and the spurns
That patient merit of the unworthy takes,
When he himself might his quietus make
With a bare bodkin? Who would fardels bear,
To grunt and sweat under a weary life,
But that the dread of something after death, —
The undiscover'd country, from whose bourn
No traveller returns, — puzzles the will,
And makes us rather bear those ills we have
Than fly to others that we know not of?
Thus conscience does make cowards of us all;
And thus the native hue of resolution
Is sicklied o'er with the pale cast of thought;
And enterprises of great pith and moment,
With this regard, their currents turn awry,
And lose the name of action.

*Texto retirado do livro *The Complete Words of William Shakespeare*.

To be or not to be*

(Shakespeare)

Ser ou não ser, eis a questão. Acaso
É mais nobre a cerviz curvar aos golpes
Da ultrajosa fortuna, ou já lutando
Extenso mar vencer de acerbos males?
Morrer, dormir, não mais. E um sono apenas,
Que as angústias extingue e à carne a herança
Da nossa dor eternamente acaba.
Sim, cabe ao homem suspirar por ele.
Morrer, dormir. Dormir? Sonhar, quem sabe?
Ai, eis a dúvida. Ao perpétuo sono,
Quando o lodo mortal despido houvermos,
Que sonhos hão de vir? Pesá-lo cumpre.
Essa a razão que os lutosos dias
Alonga do infortúnio. Quem do tempo
Sofrer quisera ultrajes e castigos,
Injúrias da opressão, baldões do orgulho,
Do mal prezado amor choradas mágoas,
Das leis a inércia, dos mandões a afronta,
E o vão desdém que de rasteiras almas
O paciente mérito recebe,
Quem, se na ponta da despida lâmina
Lhe acenara o descanso? Quem ao peso
De uma vida de enfados e misérias
Quereria gemer, se não sentira
Terror de alguma não sabida cousa
Que aguarda o homem para lá da morte,
Esse eterno país misterioso
Donde um viajor sequer há regressado?
Este só pensamento enleia o homem;
Este nos leva a suportar as dores
Já sabidas de nós, em vez de abrímos
Caminho aos males que o futuro esconde;
E a todos acovarda a consciência,
Assim da reflexão à luz mortiça
A viva cor da decisão desmaia;
E o firme, essencial cometimento,
Que esta idéia abalou, desvia o curso,
Perde-se, até de ação perder o nome.

*Texto retirado do livro Machado de Assis – *Obra completa*, vol. III, p. 159/160.

Garantias Processuais x Eficácia Repressiva: a questão tormentosa da execução provisória da pena

José Osterno Campos de Araújo*

1. Observações preliminares: perguntando com Mário Quintana e a crítica de Salo e Natalie.

Preliminarmente, duas observações.

A primeira, no sentido de que, ao escrever este artigo, como o disse, em poesia, Mário Quintana, “estou mais perguntando do que respondendo”¹.

A segunda, para enfatizar a pertinência das vozes uníssonas de Salo de Carvalho e Natalie Ribeiro Pletsch, críticos da visão de juristas que, “atrelados ao Código de Processo Penal e incapazes de institucionalizar sua atividade, pautam-se pela exposição de motivos daquele diploma legal, preconizando a ‘minimização das barreiras formais (garantias processuais) em nome de uma maior eficácia repressiva’”².

É, pois, o escopo deste estudo: enfatizar a necessidade de se esquadriñar e solver o conflito (aparente?) entre as garantias processuais dos perseguidos criminalmente e o teor de eficácia que se deve impingir, em um estado democrático de direito, à repressão criminal estatal, mormente se pondo os olhos na questão da execução provisória da pena, formatada no molde da indagação que se segue.

* Procurador Regional da República – 1ª Região. Mestre em Direito. Professor de Direito Penal do Iesb – Instituto de Educação Superior de Brasília.

¹ QUINTANA, Mário. *Apud* PLETSCHE, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 7.

² PLETSCHE, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 50.

2. É possível, sem afronta à Constituição, a execução provisória da pena?

No encaixe de resposta a indigitado questionamento, lança-se mão do personagem de Raquel de Queiroz, o alencarino João Miguel e seu pretense crime, bem como do fato público da condenação do jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves, assassino confesso de sua ex-namorada, Sandra Gomide.

2.1 O crime de João Miguel

Acerca do crime de João Miguel, escrevemos já alhures³:

É verdade que João Miguel foi absolvido.

João Miguel de Lima, caboclo dos Inhamuns, no interior do Ceará, personagem do livro “João Miguel”, da escritora cearense Rachel de Queiroz, foi absolvido do crime de matar, mediante certa facada (“— O desgraçado não deu tempo ao outro nem de descer o cacete... Assim que ele arribou o braço, passou-lhe a faca e foi um rasgo que abriu de lado a lado do bucho...” – p. 8)⁴, sob o efeito do álcool e privado dos sentidos (“O doutor, quando veio aqui, disse que, como eu estava bêbedo, privado dos sentidos, e não podia ser responsável...” – p. 118), seu oponente, que, de cacete em punho, intentava agredir-lhe fisicamente.

João Miguel foi absolvido.

Tardiamente, é verdade.

³ ARAÚJO, José Osterno Campos de Araújo. João Miguel: Romance de uma absolvição tardia ou o processo como pena. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/83/44/834/>, acesso em 13/06/2007.

⁴ QUEIROZ, Rachel de. *João Miguel*. 14 ed., São Paulo: Siciliano, 2000. Toda indicação de página entre parênteses e não referenciada diversamente refere-se a esta obra.

Passados mais de dois anos e meio do crime, João Miguel foi absolvido, por sentença, mas condenado pelo tempo.

Tempo que, inexorável, roubara-lhe já coisas por demais: a liberdade, o labor, a companheira, a dignidade.

O tempo furtador: tempo da prisão, tempo do crime à absolvição, tempo, enfim, do processo.

Na forma da canção do poeta cubano Pablo Milanés, *“El tiempo, el implacable, el que pasó”*.

Não foi à toa que João Miguel, na cadeia, em conversa com Filó e Angélica, vislumbrando a possibilidade da absolvição, irredimido, brada: *“— É, se eu for absolvido, quem é que vai pagar o tempo que eu passei aqui?”* (p. 118).

Na esteira, pois, do brado pungente de João Miguel, que não merecia o cárcere, nem a título de cautela, emenda-se: absolvido, ao final, o réu — que fora inicialmente condenado —, restitui-se-lhe o irrestituível: o tempo de prisão?

Apagam-se-lhe, ainda, do corpo e da alma as feridas incizatáveis do cárcere?

Terá, enfim, o condenado e absolvido, nesta ordem, outra chance de viver o que, preso, não viveu?

Se já o processo penal, por si só, impõe agravos, quicá a prisão.

2.2 A condenação de Pimenta Neves

Noutro diapasão, como justificar à sociedade e seu extenso contingente de não operadores jurídicos, a absurdidade (aparente?) da permanência em liberdade do jornalista Pimenta Neves, réu confesso do assassinato da ex-namorada, a também jornalista Sandra Gomide, mesmo após ser condenado a 18 anos de reclusão, sendo que sua empreitada criminosa consistiu em atirar pelas costas, e, não satisfeito, ter-se deslocado até o corpo caído de Sandra, desferindo-lhe, então, disparo fatal na cabeça, a 35 centímetros da vítima, sob a motivação de recusa de Sandra em restabelecer antigo namoro?⁵

Ante a justa condenação de Pimenta Neves e sua (inexplicável?) soltura, cabe questionar: 1) E a dor do pai da filha assassinada, que, desesperado, por ter per-

dido a filha e a esperança na justiça, chega a afirmar: “Acho que a única solução seria usar o sistema do dente por dente. Vou ter que fazer justiça com as próprias mãos”, acrescentando, ainda: “Toda noite eu penso em pegar uma arma para matar o Pimenta Neves. Já fiquei armado na porta da casa dele esperando, um dia inteiro, mas não saiu ninguém. Sinto vontade de matar ou deixá-lo todo aleijado”⁶; e 2) E os traumas psicológicos impingidos à mãe, pela ausência da filha, agravada pela acintosa liberdade de seu algoz?⁷

Neste caso, a perda da eficácia repressiva do sistema de persecução penal finda por impor prejuízos à crença da sociedade na justiça.

Afiguram-se, pois, como emblemáticos os casos de João Miguel e de Pimenta Neves, a cobrança do direito e seus feitores solução conciliatória e de equilíbrio entre interesses da democracia e da sociedade, a saber: a previsão constitucional de garantias processuais aos não definitivamente condenados e o indispensável teor de eficácia do sistema estatal de repressão penal.

3. O muro (presunção) da inocência

Já no limiar da persecução penal, ergue-se em favor de todo perseguido criminalmente o muro da inocência⁸, rígida construção constitucional que separa a acusação de possível condenação.

Deve, pois, o órgão da acusação, para galgar o acato judicial de sua pretensão punitiva, deitar por terra, via de atividade probatória desconstrutiva, referida construção constitucional de pedra.

Somente assim, implodido o muro da inocência — que, em verdade, se constitui em incontornável óbice à culpa, sem processo, sem prova e sem condenação

⁶ Portal on line da violência contra a mulher. <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=132>, acesso 14/06/2007.

⁷ Idem.

⁸ Poder-se-ia falar também em ponte da culpa, caso se considere que o que separa acusação da condenação não mais seja o muro da inocência — a ser destruído, provando eticamente —, mas sim dita ponte da culpa, a ser construída —, e sua construção finda por deitar por terra o óbice à condenação —, também pela força da prova válida, vencendo-se, pois, o abismo adredemente constituído, pela Constituição, entre acusação e condenação.

⁵ Gazeta do povo online. <http://canais.rpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=560709>, acesso em 18/06/2007.

definitiva, é que se poderá falar em condenação e, via de consequência, em execução da pena.

Com efeito, a presunção do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal⁹ detém caráter relativo, noutro dizer, *juris tantum*, passível, consequentemente, de ser desconstituída por prova suficiente em contrário.

Impõe-se, assim, à acusação, e somente a ela, verdadeiro labor ético¹⁰ desconstitutivo da pré-constituída presunção de inocência¹¹, razão por que se pode afirmar que o ônus da prova, no processo penal, cabe tão-somente ao agente acusador, o qual deve provar, indene de dúvidas — as quais, se presentes, absolvem o acusado (regra probatória ou de juízo) —, fato típico, antijurídico e culpável.

A par de sua consideração como regra probatória ou de juízo (na mínima dúvida, absolve-se), apresenta-se, ainda, a presunção de inocência como regra de tratamento (o *status* de culpado ao definitivamente condenado).

Garantia processual necessária e benfazeja, para uns, e, para outros, injustificável entrave à eficácia do aparato repressor estatal, a presunção constitucional de inocência (o muro da inocência) como que se põe a firmemente enunciar: “a César, o que é de César”¹², ou, em paráfrase: a culpa, e seus consectários, tão-somente aos culpados — leia-se, definitivamente condenados.

⁹ Art.5º, inciso LVII, da CF/1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁰ Manuel da Costa Andrade — Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 186 —, refere-se ao posicionamento de autores alemães, os quais aludem à “pureza do processo” (K. Rogall), à “superioridade moral do Estado” (F. Dencker), e à “diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime” (W. Hassemer).

¹¹ Alberto M. Binder. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. actualizada y ampliada, 2. reimpressão. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 124, acerca da nomeação presunção de inocência, aduz: “*Es curioso que em este caso, al contrario de lo que suele ocurrir, la formulación positiva del principio (como de ‘inocencia’) ha generado mayores dificultades em su interpretación que su formulación negativa: si nos referimos a la existencia de una presunción de inocencia, seguramente encontraremos muchos criticos; sin embargo, si afirmamos que ‘ninguna persona puede ser culpable hasta que una sentencia declare su culpabilidad’, posiblemente el acuerdo sea total. Esto nos señala que en la base del problema existe una discusión verbal (sobre el sentido y alcances de las palabras) que, si es soslayada, puede generar falsas discusiones em otros niveles*”.

¹² Novo Testamento, Mt. 22, 21.

4. Como pensa a doutrina?

Colhem-se, na doutrina pátria, entendimentos divergentes sobre a questão da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena.

Exemplificam a contenda as pontuações de Sidnei Agostinho Beneti e de Sergio Fernando Moro.

Sidnei Agostinho Beneti¹³ é peremptório:

Questão de grande relevância, ante os efeitos concretos, vem sendo a da impropriamente denominada ‘execução provisória’, instituto, diversamente do que se passa no cível, inexistente no sistema processual penal e, mais, de absoluta incongruência nesse sistema, porque *não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória* (destaquei).

Ressalva, entretentes, Beneti¹⁴:

Mas o sistema processual tem de oferecer solução para casos como o do acusado preso que, sem recurso da acusação, recorra da condenação e, durante o processamento do recurso, preencha os requisitos de tempo e de mérito para a progressão no regime prisional ou para o trabalho, de que lhe deriva o importante direito à remição, e semelhantes direitos típicos da execução da pena. (...) O impasse sistemático resolve-se mediante a incidência de antecipação cautelar de efeitos da sentença definitiva, naquilo em que imutável, como a qualidade e a quantidade da pena, insuscetíveis de agravação à ausência de recurso do Ministério Público.

Sergio Fernando Moro¹⁵, ocupando trincheira antagônica, pontifica:

Na tradição do Direito brasileiro, os recursos interpostos aos Tribunais Superiores, por exemplo, recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), não possuem efeito suspensivo, possibilitando, desde logo, a execução, ainda que provisória, do julgado objeto do recurso.

¹³ BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 88/89.

¹⁴ Idem, p. 89.

¹⁵ www.cjf.gov.br, acesso em 14/06/2007.

No processo criminal, isso significa que, após uma condenação em segundo grau de jurisdição, deve ser expedido o mandado de prisão, independentemente da interposição de recurso extraordinário ou especial. Nesse sentido, encontra-se o conteúdo da Súmula 267 do STF e diversos precedentes do STF (v.g.: HC 85.024/RJ, 2.T., Rel. Min. Ellen Gracie, un., DJU 10/12/2004, p. 53; HC 68.726/DF, Pleno, Min. Néri da Silveira, un., DJU 26/11/1992, p. 21.612).

Tal medida é bastante salutar, uma vez que leva a um processo penal menos moroso e, portanto, mais eficaz. Diante da prodigalidade recursiva, inclusive junto aos Tribunais Superiores, o julgamento de um recurso extraordinário ou especial pode levar anos.

5. Como pontua a jurisprudência do STF?

No seio do Supremo Tribunal Federal, as pontuações também se apresentam pendulares.

Vislumbrando a execução provisória da pena como não afrontosa à Constituição Federal¹⁶:

Ementa: habeas corpus. Processo Penal. Cerceamento de defesa. Composição da turma julgadora. Violação ao art. 617 do CPP. Presunção de inocência. Improcedência das alegações. 1 – Inexiste direito a que se tenha abertura de vista de documentação juntada por co-réu, em caso de defesas não-colidentes. 2 – Não comprovada a configuração de prejuízo não há que se falar em cerceamento de defesa (Súmula 523), quando juiz federal integrava a Turma Julgadora como revisor. 3 – Não há que se cogitar de *reformatio in pejus* já que o juiz assegurou tão-somente o direito de apelar em liberdade, não sendo extensível essa faculdade aos demais recursos porventura cabíveis após o julgamento do apelo. Precedentes. 4 – O princípio constitucional

da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes. 5 – *Habeas corpus* indeferido. (HC 81964/SP, 2. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 28/02/2003, p. 16).

Ementa: habeas corpus. Ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Recurso especial pendente. Execução provisória. Constitucionalidade. Legitimidade da prisão provisória no caso em espécie. Ordem denegada. Até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente. No caso concreto, é legítima a execução provisória da sentença, uma vez que bem fundamentada em motivo de ordem cautelar. Denegação da ordem. (HC 86.628/PR, 2. T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 03/02/2006, p. 89).

Já as ementas infratranscritas albergam exegese no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, por ofensa à presunção de inocência como regra de tratamento:

Ementa: recurso ordinário em habeas corpus. Individualização da pena. Sentença anulada, no ponto, pelo STJ. Falta de interesse. Anulada a sentença pelo Superior Tribunal de Justiça, no ponto relativo à individualização pena, falta ao paciente interesse para alegar ausência de fundamentação na fixação da pena-base. *Ampla defesa e devido processo legal. Revolvimento de provas. Não-cabimento.* Ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa afirmada desde o argumento de que a sentença condenatória fundou-se exclusivamente em provas colhidas no inquérito policial. Necessidade do reexame de fatos e provas, incabível no rito do *habeas corpus*. *Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”.* Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Daí a conclusão de que os

¹⁶ O “pecado” desta corrente é o de se limitar a afirmar a não afronta à Constituição, sem, no entanto, aduzir o porquê de assim se entender. O argumento da ausência de suspensividade dos recursos extraordinário e especial, sobre ver-se colhido em norma de hierarquia inferior à Constituição (art. 27, par. 2º, da Lei 8.038/1990), não justifica, outrossim, o fato de se dar tratamento de culpado (antecipação de pena) a quem ainda não foi declarado como tal, por sentença definitiva. Doutra parte, compartilhado do estranhamento do Min. Sepúlveda Pertence que não vê razoabilidade em se sustentar que a presunção constitucional de inocência veda a inclusão do nome do réu no rol dos culpados (o menos), antes de condenado definitivamente, mas não obsta a execução provisória da pena (o mais).

preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobre-põem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação. (RHC 89.550/SP, 2. T., Rel. Min. Eros Grau, DJU 27/04/2007, p.107 – destaquei).

Execução. Pendência de recursos. Enquanto pendente a apreciação de recurso, mesmo com eficácia simplesmente devolutiva, descabe a execução da pena. Prevalece o princípio constitucional da não-culpabilidade. (HC 87.108/PR, 1. T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 18/05/2007, p. 82 – destaques acrescidos).

Em decisão monocrática, de 23/09/2005, o Ministro Cezar Peluso, no bojo da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 86.274-8/PA, sobre esclarecer que a “questão da harmonia entre a execução da sentença condenatória ainda sujeita a recurso e o princípio constitucional da presunção de inocência está sendo,

com amplitude, examinada pelo Plenário desta Corte, nos autos da Reclamação 2.391, em julgamento desde setembro de 2003”, toma, ademais, de empréstimo os termos do voto que proferiu na indigitada Reclamação 2.391, em sessão de 1º de outubro de 2003, para, analisando o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, assertar:

Parece-me óbvio que essa disposição constitucional não é, como não o é norma constitucional alguma, mera recomendação, nem tomada teórica de posição do constituinte a respeito da natureza da condição processual do réu; ela tem não menos óbvio sentido prático. Embora alguns vejam, em tal norma, uma suposta presunção de inocência, parece-me lícito abstrair indagação a esse respeito, no sentido de saber se hospeda, ou não, presunção de inocência. Há autores, sobretudo na Itália, que a propósito de regra análoga sustentam não conter presunção alguma, nem de inocência, nem de culpabilidade, senão e apenas enunciado normativo de garantia contra possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou conseqüência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado de sentença condenatória. *Em outras palavras, independente de saber se contém, ou não, alcance de presunção — pode-se até dizer que a presunção de inocência é só uma das decorrências ou consectários dessa garantia, projetando-se como tal, por exemplo, na distribuição dos ônus da prova no processo, o certo é que essa cláusula garante ao réu, em causa criminal, não sofrer, até o trânsito em julgado da sentença, nenhuma sanção ou conseqüência jurídica danosa, cuja justificação normativa dependa do trânsito em julgado de sentença condenatória, que é o juízo definitivo de culpabilidade.* Temos, pois, aqui, o seguinte dilema, já posto pelo Ministro Sepúlveda Pertence: tirando-se as hipóteses de prisão em flagrante — a cujo respeito como modalidade de prisão cautelar, que é, não quero discorrer aqui, bastando estar prevista na Constituição — e de prisão preventiva, cuja finalidade básica é a tutela do processo, a possibilidade de alguém ser ou manter-se preso nos termos de ambas as normas invocadas na sentença não vejo como qualificar-se senão como hipótese típica de execução provisória de sentença penal (recorrível) e que por isso mesmo ofende de modo direto a garantia do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, porque se está impondo àquele que, na forma da mesma Constituição, ainda não foi considerado culpado por sentença transitada em julgado, a mais grave das sanções, que é a privação da sua liberdade. Parece-me que, além disso — como já salientado pelos Ministros Marco

Aurélio e Sepúlveda Pertence —, o que acentua a gravidade da interpretação da sentença é que as leis tratam de maneira penosamente invertida e desigual bens jurídicos que estão em posições hierárquicas distantes, ou seja, a lei subalterna não admite, na execução civil provisória, a qual tem só efeitos de caráter patrimonial e quase sempre reversíveis, a prática de atos de adjudicação ou de qualquer outra forma de alienação, ao passo que as duas normas penais aplicadas pela sentença permitiriam a imposição da sanção extrema e gravíssima da privação da liberdade, a qual é irreversível pela razão manifesta de que não há maneira de o sistema jurídico repará-la sequer mediante o expediente sub-rogatório da indenização (que aliás, não se sabe quando é paga). Esse tratamento normativo desigual, que castiga o réu com perda injusta e irreparável da liberdade física, agride o princípio da proporcionalidade, como variável da razoabilidade. Creio inconcebível que o sistema jurídico tolere essa incoerência de regulamentação desproporcional de conseqüências sancionatórias para valores jurídicos absolutamente díspares, atribuindo prudente proteção a bem jurídico que, diria, não é o mais valioso da vida, o patrimônio, e, na esfera penal, negando-a à liberdade do cidadão! Isso, para mim, ofende frontalmente, além de cláusula constitucional específica (art. 5º, LVII), o princípio da proporcionalidade, que veda toda sanção injustificável quando comparada com conseqüência prevista para hipótese mais grave em abstrato. *Considero, também, absurdo não menor que se possa extrair do preceito constitucional, por exemplo, a conseqüência — como já lembrado, na Turma, pelo Ministro Sepúlveda Pertence — de que estaria proibido lançar, antes do trânsito em julgado da sentença, o nome do réu no rol dos culpados, como se esta fosse a coisa mais importante do sistema jurídico. Como observou S.Exa., nunca se viu ou soube que alguém consultasse alguma vez tal livro! Seria esse, outro tipo gritante de desproporcionalidade: sustentar a impossibilidade de manter o nome do réu no rol dos culpados, mas permitir que ele permaneça preso até que sobrevenha julgamento definitivo, o qual bem pode declará-lo inocente! Nada haveria de razoável nessa desequilibrada ponderação normativa que de igual modo subverteria a escala de valores emergentes da Constituição* (destaques por acréscimo).

6. A título de (possível) resposta

À pergunta, pois, se “possível, sem afronta à Constituição, a execução provisória da pena?”, responde-se,

ainda que sem foro de definitividade: sim e não, com acréscimo da condicional: dependendo dos contornos fático-jurídicos da hipótese.

Com efeito, responde-se sim, com a cautela de nominar a hipótese de antecipação benéfica de efeitos da condenação — e não de execução provisória da pena —, se, e somente se: 1) subsistente, ou supervenientemente, se afigurar motivação para o encarceramento cautelar do réu condenado e preso (prisão sem pena) ele estiver ou vier a ser; 2) houver o édito de condenação transitado em julgado para a acusação¹⁷; e 3) haver a defesa, ou mesmo o Ministério Público, manejado recurso em benefício do réu; isto porque a garantia constitucional da presunção de inocência não pode ser considerada em prejuízo da situação daquele a quem se visa garantir (v.g., alguém preso cautelarmente, com condenação — recorrida tão-somente em seu benefício —, a regime inicial aberto).

Já a resposta negativa se impõe, se: 1) liberto estiver o réu condenado e não se patentarem motivos suficientes para sua superveniente (à decisão de condenação) custódia não definitiva (mais uma vez, prisão sem pena); e 2) houver sido interposto recurso para melhoria da situação do réu; ou 3) houver sido brandido pela acusação recurso buscando agravar a situação posta na condenação, sendo certo que, em casos que tais, a ofensa à presunção de inocência é patente, confi-

¹⁷ Pertinente, nada obstante, o acertado adendo de Paulo Queiroz, no sentido de que: “Mas mesmo na presença de recurso da acusação que objetive majorar a pena, temos ser possível, excepcionalmente, a execução provisória, quando se verificar que o eventual provimento do apelo não tiver qualquer repercussão sobre o direito que se pretende ver reconhecido (direito à progressão, ao livramento condicional etc.)”. E exemplifica: “Assim, por exemplo, se o Ministério Público apelar para obter a aplicação de uma causa de aumento de pena de ½ sobre uma condenação de seis anos, caso em que aumentaria para oito anos, tal circunstância em nada afetará o direito à obtenção de livramento condicional se o réu, primário e sem antecedentes criminais, já houver cumprido mais de ½ da pena, quando lhe bastava o cumprimento de mais de ½ (CP, art. 83, I). Sim, porque, ainda que, provido o recurso, a pena venha a ser aumentada para oito anos, o sentenciado já teria atingido mais de ½ dessa nova pena, fazendo jus, portanto, ao livramento condicional”. Para, por fim, arrematar: “Numa palavra: somente o recurso que possa alterar a situação do sentenciado, prejudicando o reconhecimento do direito que postula especificamente, pode ter o condão de inviabilizar a execução provisória, não o impedindo apelação que em nada modifique tal situação”. (QUEIROZ, Paulo, Execução provisória da sentença e garantismo. Jus Vigilantibus, Vitória, 10/05/2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/15567>. Acesso em 1º/08/2007).

gurando, via de conseqüência, verdadeira antecipação inconstitucional de pena.

Penso, entretanto, que menos mal (não me atrevo a dizer melhor, à vista do até aqui gizado) seria se nova constituição dissesse: “somente será considerado culpado, aquele que tiver contra si, ao menos, sentença penal condenatória recorrível”.

Enquanto não, que se jogue, com as regras postas, o jogo processual.

7 – Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. João Miguel: Romance de uma absolvição tardia ou o processo como pena. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/83/44/834/>, acesso em 13/06/2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução da Vulgata: Pe. Mattos Soares. São Paulo: Paulinas, 1984.

BINDER, Alberto M.. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. actualizada y ampliada, 2. reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

GAZETA DO POVO ONLINE. <Http://canais.rpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=560709>, acesso em 18/06/2007.

MORO, Sergio Fernando. *Presunção de inocência e efeitos de recursos*. www.cjf.gov.br, acesso em 14/06/2007.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PORTAL DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patricagalvao/home/noticias.shtml?x=132>, acesso em 14/06/2007.

QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 10 mai. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/15567>. Acesso em 1º/08/2007.

QUEIROZ, Rachel de. *João Miguel*, 14 ed., São Paulo: Siciliano, 2000.

QUINTANA, Mário. Apud PLETSCHE, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

Ensino jurídico no Brasil: análise à luz da filosofia educacional de Paulo Freire

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro*

1. Educação e valores humanos

Já na Antigüidade, encontram-se no pensamento de Platão idéias basilares para a formação de uma sociedade calcada na democracia e no ideal de Justiça. Daí o destaque conferido à educação em sua obra *A República*, na qual se destaca que:

(...) a educação não é o que alguns apregoam que ela é. Dizem eles que arranjam a introduzir ciência numa alma em que ela não existe, como se introduzissem a vista em olhos cegos. (...) A presente discussão indica a existência dessa faculdade na alma e de um órgão pelo qual aprende; como um olho que não fosse possível voltar das trevas para a luz, senão juntamente com todo o corpo, do mesmo modo esse órgão deve ser desviado, juntamente com a alma toda, das coisas que se alteram, até ser capaz de suportar a contemplação do Ser e da parte mais brilhante do Ser. A isso chamamos bem. (...) A educação seria, por conseguinte, a arte desse desejo, a maneira mais fácil e mais eficaz de fazer dar volta a esse órgão, não a de o fazer obter visão, pois já a tem, mas, uma vez que ele está na posição correta e não olha para onde deve, dar-lhe os meios para isso.¹

Para Platão, a justiça só seria realmente alcançada se houvesse uma organização educativa em busca da harmonia social. Tal filósofo se contrapôs à política legalista, que classificava como algo inferior, consoante observa Judith Shklar.²

No estudo voltado à formação de uma sociedade justa e democrática, partindo-se do desenvolvimento da educação, observa-se também a importante contri-

buição promovida por Aristóteles³. Veja-se o que afirma Roland Corbisier, comentando o Livro III da obra *Política*, do filósofo grego: “o legislador, antes de mais nada, deve ocupar-se com a educação da juventude, adaptando-a à forma particular de Constituição, pois costumes democráticos geram uma democracia, e costumes oligárquicos, uma oligarquia”.⁴

Além de Platão e Aristóteles, filósofos como Locke e Rousseau aliaram conceitos jurídico-filosóficos ao desenvolvimento de idéias pedagógicas. Neste sentido, cumpre trazer a lume o apanhado histórico-filosófico efetuado por Leif e Rustin⁵, os quais ressaltam a visão que Locke possuía acerca da ação poderosa da educação para fazer homens virtuosos, bem como apontam a confiança de Rousseau no desenvolvimento humano a partir do contato com a realidade e com os problemas da vida.

Outra relevante concepção educacional se encontra na obra de Kant⁶, seguida por filósofos como Fichte⁷ e Hegel⁸. Enxergando-se a educação como instrumento fundamental na formação do ser humano, chega-se à clara percepção de sua influência no processo de construção e difusão de valores.

Outros relevantes estudos acerca da educação são encontrados na doutrina de Karl Marx⁹. Como bem as-

³ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001, *passim*.

⁴ CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1984, v. 2, p. 243.

⁵ LEIF, J., RUSTIN, G. *Pedagogia geral: pelo estudo das doutrinas pedagógicas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, *passim*.

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2001, *passim*.

⁷ Cf. GURVITCH. *Le système de la morale concrète de J. G. Fichte*. Tubingen: Éd. Mobr., 1924, *passim*.

⁸ HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, *passim*.

⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Crítica da educação e do ensino*. Lisboa: Moraes, 1978, *passim*.

* Advogado da União e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

¹ PLATÃO. *A República*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2001, p. 213-214.

² Cf. SHKLAR, Judith N. *Direito, política e moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

sinala Moacir Gadotti, a referida doutrina prega que “a transformação educativa deverá ocorrer paralelamente à revolução social. Para o desenvolvimento total do homem e a mudança das relações sociais, a educação deveria acompanhar e acelerar esse movimento, mas não encarregar-se exclusivamente de desencadeá-lo, nem de fazê-lo triunfar”.¹⁰

Pestalozzi, por sua vez, defendia a reforma da sociedade através da educação das classes populares, consoante demonstra Frederick Eby:

(...) após a revolução suíça (1799), que libertou a classe desprotegida, Pestalozzi passou a sentir, mais profundamente que nunca, que uma educação melhor para cada indivíduo era o único meio de conservar os privilégios obtidos com a mudança política. A obtenção de direitos políticos, sociais e econômicos pouco significava a menos que fosse acompanhada do desenvolvimento de suas capacidades de usufruir e utilizar suas liberdades. O direito ao desenvolvimento individual deve preceder qualquer outro direito, seja qual for. Sem o desenvolvimento das capacidades de uma criança, todos os outros direitos são inúteis e ridículos.¹¹

No Brasil, propugnando por uma educação de caráter transformador e democrático, Rui Barbosa reservou especial atenção ao desenvolvimento das doutrinas pedagógicas, como essência do próprio aprimoramento dos valores humanos. Tal jurista abraçou o princípio da liberdade de ensino, consagrado pela Revolução Francesa. Para ele, o desenvolvimento social só se alcançará pela renovação dos métodos de ensino, de modo que “cumpra renovar o método, orgânica e substancial, absolutamente nas escolas. Ou antes, cumpre criar o método, porquanto o que existe entre nós usurpou um nome, que só por antífrase lhe assentaria: não é o método de ensinar; é, pelo contrário, o método de inabilitar para aprender”.¹²

Traçado este breve apanhado de algumas relevantes idéias pedagógicas, cumpre adentrar ao pensamento de Paulo Freire, que tanto influxo exerceu sobre uma série de doutrinadores nacionais e estrangeiros.

2. A filosofia educacional de Paulo Freire

A busca pela formulação de princípios e métodos educacionais de natureza democrática representa uma constante no desenvolvimento da filosofia educacional de Paulo Freire, para quem a educação se deve embasar no diálogo e não numa visão unilateral do conhecimento¹³. Partindo da premissa de que tanto o professor como o aluno são detentores, cada qual, de conhecimentos que precisam ser compartilhados, o referido doutrinador conferiu uma relevante contribuição à teoria dialética do conhecimento. Tal autor prega que:

(...) a educação ou a ação cultural para a libertação, em lugar de ser aquela alienante transferência de conhecimento, é o autêntico ato de conhecer, em que os educandos — também educadores — como consciências intencionadas ao mundo ou como corpos conscientes, inserem-se com os educadores — educandos também — na busca de novos conhecimentos, como consequência do ato de reconhecer o conhecimento existente.¹⁴

Segundo o mencionado doutrinador, a formação da autonomia intelectual do cidadão para intervir sobre a realidade deriva da educação. Neste sentido, deve-se observar que:

(...) duplamente importante se nos apresenta o esforço de reformulação de nosso agir educativo, no sentido da autêntica democracia. Agir educativo que, não esquecendo ou desconhecendo as condições culturalógicas de nossa formação paternalista, vertical, por tudo isso anti-democrática, não esquecesse também sobretudo as condições novas da atualidade. De resto, condições propícias ao desenvolvimento de nossa mentalidade democrática, se não fossem distorcidas pelos irracionalismos.¹⁵

Ainda de acordo com tal filósofo e educador, “falar, por exemplo, em democracia e silenciar o povo é uma farsa. Falar em humanismo e negar os homens é

¹⁰ GADOTTI, Moacir. *História das idéias pedagógicas*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 130.

¹¹ EBY, Frederick. *História da educação moderna: teoria, organização e práticas educacionais*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1976, p. 383.

¹² BARBOSA, Rui. *A reforma do ensino primário*. Rio de Janeiro: MEC, 1983, p. 143.

¹³ FREIRE, Paulo, GUIMARÃES, Sérgio. *Sobre educação* (diálogos). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, *passim*.

¹⁴ FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, p. 99.

¹⁵ Idem. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 90-91.

uma mentira”.¹⁶ A autonomia do educando¹⁷ é, com efeito, um dos pilares dessa democrática visão educacional.

Comentando a ação cultural para a libertação apreçoada por Paulo Freire, Carlos Alberto Torres demonstra a complexidade filosófica de seu pensamento:

A filosofia subjacente ao pensamento freireano se configura a partir de vertentes filosóficas distintas, em um amálgama de envergadura, reunindo, em confluência, o pensamento existencial (o homem como ser em construção), o pensamento da fenomenologia (o homem constrói sua consciência enquanto intencionalidade), o pensamento marxista (o homem vive no condicionamento econômico da infra-estrutura e do condicionamento ideológico da superestrutura) e a dialética hegeliana (o homem como auto-consciência, parte da experiência comum para elevar-se à ciência e, através do movimento do devir dialético, o que é em si passa a ser em para si). No marco desta confluência, a dialética hegeliana apresenta maior peso.¹⁸

O caráter holístico da obra de Paulo Freire, que não apenas contribuiu para o aprimoramento das idéias pedagógicas, como também das ciências sociais como um todo, é ressaltado pelo filósofo Moacir Gadotti, a partir de uma compreensão da educação como um momento de transformação do homem pela transformação do mundo.¹⁹ Decerto que Paulo Freire acentuou o papel político do ser humano, como agente histórico²⁰, possuindo uma ampla visão das ciências sociais.

Para Paulo Freire, a formação de uma sociedade guiada pelo ideal democrático apenas se alcançará por meio da implementação de métodos educacionais embasados no princípio democrático, que levem à formação cidadã. Prega ele, assim, uma educação libertária, calcada no diálogo, vez que “a própria essência da democracia envolve uma nota fundamental que lhe é

intrínseca — a mudança. Os regimes democráticos se nutrem na verdade de termos em mudança constante. São flexíveis, inquietos, devido a isso mesmo, deve responder ao homem desses regimes maior flexibilidade de consciência”.²¹

A visão existencial de Paulo Freire, de homem como ser em construção, é compartilhada por Álvaro Vieira Pinto, que exara, em artigo compilado por Moacir Gadotti: “a educação é um processo, portanto é o decorrer de um fenômeno (a formação do homem) no tempo, ou seja, é um fato histórico. Porém, é histórico em duplo sentido: primeiro no sentido de que representa a própria história individual de cada ser humano; segundo, no sentido de que está vinculada à fase vivida pela comunidade em sua contínua evolução”.²²

As idéias de Paulo Freire se encontram, inclusive, em consonância com a concepção adotada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), segundo a qual a educação deve ser:

(...) um processo formativo de valores e atitudes em favor da paz, da compreensão internacional, da cooperação, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (...). Em suma, seu conteúdo estabeleceu: (...) as instituições educacionais devem-se tornar locais de exercício de tolerância, respeito pelos direitos humanos, prática da democracia e aprendizagem sobre a diversidade e a riqueza das identidades culturais.²³

3. Ensino jurídico no Brasil à luz da filosofia de Paulo Freire

Apesar do advento da filosofia educacional de Paulo Freire, antecedida por todo um avanço da doutrina pedagógica, a atual conjuntura educacional brasileira se encontra permeada por métodos unilaterais de ensino, mediante os quais o aluno é enxergado como mero sujeito passivo. Tal realidade também é observada, especificamente, no ensino jurídico hodiernamente praticado no Brasil, tendo por agravantes o excessivo

¹⁶ Idem. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 82.

¹⁷ Idem. *Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, *passim*.

¹⁸ TORRES, Carlos Alberto. *Consciência histórica: a práxis educativa de Paulo Freire*. São Paulo: Editora Loyola, 1979, p. 52.

¹⁹ GADOTTI, Moacir. *Convite à leitura de Paulo Freire*. São Paulo: Editora Scipione, 1989, p. 76.

²⁰ FREIRE, Paulo. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993, *passim*.

²¹ FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 90.

²² GADOTTI, Moacir. *História das idéias pedagógicas*. 8. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 250.

²³ GOMES, Cândido Alberto da Costa. *Dos valores proclamados aos valores vividos*. Brasília: UNESCO, 2001, p. 23-24.

aumento do número de cursos jurídicos nas duas últimas décadas, bem como a ausência das correspondentes políticas públicas necessárias ao aprimoramento dos métodos educacionais.

O ensino jurídico brasileiro atualmente apresenta, comumente, os seguintes traços característicos: a) educação calcada no mero estudo das leis, fenômeno designado por Getúlio do Espírito Santo Maciel como “codigomania”²⁴; b) carência de uma visão interdisciplinar do Direito, correlacionando seu estudo ao de outras áreas do conhecimento; c) ausência de fomento ao trinômio *ensino, pesquisa e extensão*. Todos estes aspectos são corolários de uma concepção educacional na qual o aluno não é encarado como um sujeito ativo, apto a inovar na interpretação dos diplomas normativos e dos entendimentos jurisprudenciais; apto a conciliar o estudo do Direito com estudo sociológico, político, pedagógico, dentre outras vertentes; apto a elaborar pesquisas que inovem as concepções jurídicas existentes e a desenvolver projetos de extensão que contribuam para o desenvolvimento social.

Não basta aos cursos superiores de Direito o desenvolvimento de novas doutrinas jurídicas, sendo necessário que os mesmos atendam à sua função transformadora, de construção de uma nova realidade social, de inspiração democrática, atenta ao atual estágio evolutivo em que se encontram os direitos fundamentais. Leiam-se, neste sentido, as palavras de Fernando Catury Scaff:

(...) a escola é um dos principais aparelhos ideológicos do Estado, sendo que as escolas de Direito são, dentre todos, o principal deles, em razão de sua destacada importância na formação de um dos Poderes do Estado. Se não for transmitido nas Escolas de Direito que, quando faltar saúde, escola e pão, deverá haver justiça para corrigir esta distorção, de nada adiantará o discurso inflamado e a retórica vazia de nossos mestres, sempre tão ciosos de seu bem-falar, e nem sempre preocupados com o conteúdo e a ideologia subjacentes a seus ensinamentos.²⁵

²⁴ MACIEL, Getúlio do Espírito Santo. *Por um ensino jurídico crítico. Seis temas sobre o ensino jurídico*. São Paulo: Cabral editora / Robe editorial, 1995, p. 94.

²⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB recomenda: um retrato dos cursos jurídicos*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2001, p. 65.

Foi justamente partindo de uma visão transformadora para a época, que se criaram os primeiros cursos de Direito no Brasil, consoante assinala Nilo Pereira, ao afirmar que “a disciplina jurídica iria ser a grande fonte geradora dos grandes princípios que passaram a informar a nacionalidade”.²⁶ Não é outra a opinião de Luís Delgado, ao explicitar as idéias que nortearam a criação dos cursos jurídicos no Brasil, exaltando o papel fundamental de tais cursos na própria formação do povo brasileiro.²⁷ Tal visão é corroborada pelo magistral estudo da história do ensino jurídico no Brasil promovido por Clóvis Beviláqua.²⁸

Hodiernamente, mostra-se clara a necessidade de se adotar uma concepção libertária e transformadora do ensino jurídico, dotando-o de métodos democráticos, a partir de uma relação de colaboração e diálogo entre professores e alunos, na construção (e não na transmissão unilateral) do conhecimento. No atendimento de tais demandas, vê-se, pelo acima exposto, a enorme contribuição a ser dada pelo pensamento de Paulo Freire.

No que tange ao excessivo normativismo que tem caracterizado o ensino jurídico no Brasil, necessárias se mostram duas mudanças: a) uma no que se refere ao objeto de estudo das disciplinas jurídicas, compreendendo-se o Direito não apenas no plano normativo, mas também fático e axiológico, nos termos bem expostos por Miguel Reale em sua teoria tridimensional do Direito²⁹ (que apresenta grande afinidade com o pensamento de Recasens Siches³⁰ e de Roger Bonnard³¹); b) outra no que tange à necessidade de se conceder um caráter interdisciplinar ao ensino do Direito, buscando sua correlação com outros ramos do conhecimento, nos termos expostos por Falcão Neto, para quem é imperioso “o desenvolvimento das ciências humanas e sociais através do conhecimento

²⁶ FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Informação e Documentação da Câmara dos Deputados, 1977, p. LIV.

²⁷ *Ibid.*, p. LIII.

²⁸ Vide BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2. ed. Rio de Janeiro: INL/CFC/MEC, 1977.

²⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968, *passim*.

³⁰ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del Derecho*. México: Editora Porrúa S.A., p. 63.

³¹ Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 283.

empírico-científico, e a necessária interpenetração que faz progredir as disciplinas”.³²

Destarte, mostra-se necessário conciliar ensino, pesquisa e extensão nos cursos jurídicos brasileiros, de modo que professores e alunos, num processo conjunto, tenham uma efetiva participação na construção doutrinária do Direito e no próprio desenvolvimento social. Consoante aduz Leonardo Greco, deve-se “também, através das atividades de pesquisa e extensão e da produção científica dos professores e alunos, contribuir para o aprimoramento das instituições jurídico-políticas e promover o progresso científico e dogmático do Direito”.³³

Por fim, mister adotar métodos de ensino que fomentem o senso crítico dos estudantes de Direito, incentivando “a sua participação dentro e fora da sala de aula (...), tornando as demais áreas do desenvolvimento acadêmico — pesquisa e extensão universitária — muito mais ágeis e exigidas por seus agentes”, nos termos do que defende Sérgio Coutinho.³⁴

4. Conclusão

Analisando a concepção freireana de educação, resta claro que o ensino jurídico não poder ser meramente legalista, devendo, outrossim, preocupar-se com os valores subjacentes às normas estudadas, enxergando o aluno como um ser dotado de capacidade crítica e com relevante papel na inovação das normas e princípios jurídicos.

A educação como prática de liberdade, as escolas como “centros democráticos”, a visão dialogal da educação, a concepção dialética do conhecimento, a visão pragmática do saber e outras idéias de Paulo Freire têm nítida aplicabilidade ao ensino jurídico.

À luz das idéias de Paulo Freire, vê-se que o desenvolvimento do ensino jurídico no Brasil demanda: a) a superação da visão unilateral do ensino, na qual o

aluno é encarado como um sujeito passivo no processo de transmissão do conhecimento; b) um estudo do Direito não apenas calcado nas normas, mas também nos fatos e nos valores; c) a necessidade de efetiva aplicação, nos cursos jurídicos, do trinômio *ensino, pesquisa e extensão*, levando o aluno a desenvolver projetos que contribuam para o desenvolvimento social.

A filosofia educacional de Paulo Freire muito tem a contribuir para as políticas públicas voltadas ao ensino jurídico, vindo a dotá-lo de caráter crítico, transformador, dialogal e, portanto, democrático. Isto, ademais, revela-se fundamental para o alcance das diretrizes pedagógicas formuladas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

5. Bibliografia

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BARBOSA, Rui. *A reforma do ensino primário*. Rio de Janeiro: MEC, 1983.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2ª ed. Rio de Janeiro: INL/CFC/MEC, 1977.

CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1984. v. 2.

COUTINHO, Sérgio. *Por uma reforma didático-pedagógica do ensino jurídico*. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010501/aldir001.htm>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2005.

EBY, Frederick. *História da educação moderna: teoria, organização e práticas educacionais*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1976.

FALCÃO NETO, J. A. *Mercado de trabalho e ensino jurídico*. Fórum Educacional 1. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, janeiro / março, 1997.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. *A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam*. São Paulo: Cortez, 1987.

_____. *Cartas a Guiné-Bissau*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. *Pedagogia da autonomia — saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.

FREIRE, Paulo, GUIMARÃES, Sérgio. *Sobre educação (diálogos)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

³² FALCÃO NETO, J. A. *Mercado de trabalho e ensino jurídico*. Fórum Educacional 1. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, janeiro / março, 1997, p. 6.

³³ GRECO, Leonardo. *O Ensino jurídico no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13/02/2005.

³⁴ COUTINHO, Sérgio. *Por uma reforma didático-pedagógica do ensino jurídico*. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010501/aldir001.htm>>. Acesso em 13/02/2005.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1977.

GADOTTI, Moacir. *Convite à leitura de Paulo Freire*. São Paulo: Editora Scipione, 1989.

_____. *História das idéias pedagógicas*. 8. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

GOMES, Cândido Alberto da Costa. *Dos valores proclamados aos valores vividos*. Brasília: UNESCO, 2001.

GRECO, Leonardo. *O Ensino jurídico no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2005.

GURVITCH. *Le système de la morale concrète de J. G. Fichte*. Tubingen: Éd. Mobr., 1924.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do espírito*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LEIF, J., RUSTIN, G. *Pedagogia geral: pelo estudo das doutrinas pedagógicas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

MACIEL, Getúlio do Espírito Santo. *Por um ensino jurídico crítico*. Seis temas sobre o ensino jurídico. São Paulo: Cabral editora / Robe editorial, 1995, p. 94.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB recomenda: um retrato dos cursos jurídicos*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SHKLAR, Judith R. *Direito, política e moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del Derecho*. México: Editora Porrúa S.A., 1961.

TORRES, Carlos Alberto. *Consciência e história: a práxis educativa de Paulo Freire*. São Paulo: Editora Loyola, 1979.

UNESCO. *Política de mudança e desenvolvimento no ensino superior*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

VIEIRA PINTO, Álvaro. *Sete lições sobre a educação de adultos*. São Paulo: Cortez, 1982.

Os valores como fundamento da Constituição e Justiça Constitucional material: um excursão alusivo aos 20 anos da Constituição Federal

Kelly Susane Alflen*

1. Justiça constitucional e política legislativa

A posição das Cortes Constitucionais é a mais delicada no âmbito do “paralelogramo das forças políticas”, no sentido de que as relações entre justiça constitucional e poder político representam um ponto delicado, porém comum a todos os ordenamentos contemporâneos que tem introduzido formas de controle de legitimidade constitucional das leis. Deste modo, uma gama tipológica de decisões declaratórias de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de novas normas extraíveis da mesma disposição. Não obstante, essa possibilidade de enfrentamentos é co-natural à mesma decisão de introduzir no ordenamento jurídico normas sem um órgão supremo, pois isso garante, de certo modo, a distribuição de competências e a articulação dos poderes estabelecidos pela Constituição. Essa possibilidade é co-natural à opção de opor um “contrapoder” jurídico à atividade política do legislador, de prever uma mediação jurisdicional para resolver conflitos entre os poderes políticos.

Com isso, pode-se afirmar, que, a justiça constitucional, desde o momento que tem quebrantado o dogma da onipotência da lei reconduzindo dentro dos limites do princípio da legalidade também aos atos normativos primários dos supremos órgãos do Estado, não tem pretendido limitar o princípio democrático da soberania popular, porém, sim, o critério absolutista da onipotência da maioria política. Isso, porque nos sistemas jurídicos contemporâneos a lei não pode ser considerada expressão homogênea da vontade popular ou do interesse nacional, já que a lei tende, cada vez mais, a se transformar de ato de escolha a resultado de uma complexa mediação de expressão de uma exigência ge-

ral a momento de tutela de interesses setoriais. Nesse sentido, uma contribuição fundamental ao estabelecimento de sistemas de justiça constitucional e dos valores fundamentais da Constituição tem sido a existência concreta de tribunais constitucionais, na medida em que, longe de alterar a via das instituições desenvolve uma positiva ação de racionalização e de consolidação do ordenamento jurídico.

Particularmente, no entanto, em sede de sistemas jurídico-políticos nos quais há a existência concreta de tribunais constitucionais, estes já não se apresentam mais como questão de debate, pois as reformas têm como objeto muito mais do que a limitação da autonomia nas relações com o poder político, mas propriamente, versam sobre os aspectos jurisdicionais dos procedimentos constitucionais. Logo, os tribunais têm adquirido assaz relevância nos modernos sistemas constitucionais e nos diversos regimes políticos, sem se descuidar que as atribuições dos tribunais constitucionais parecem constituir a consagração e o desenvolvimento de alguns postulados fundamentais que caracterizam a forma de Estado contemporâneo, tal como Democrático e de Direito.

A justiça constitucional valoriza o princípio da legalidade, em virtude do qual todos os atos das autoridades constituídas devem encontrar seu fundamento em uma norma legal prévia que não podem contrapor. Assim, a justiça constitucional estabelece o alcance desse princípio a mesma atividade legislativa, bem como, a amplos setores da área estritamente política, das relações entre os máximos órgãos do Estado, convertendo em judicial, por meio da competência para julgar os conflitos das atribuições entre os poderes do Estado, a repartição do supremo poder estatal entre uma pluralidade de órgãos diversos, entre eles reciprocamente equiparados e independentes, na qual de per si se pode fazer consistir uma garantia à democracia. Além disso, a justiça constitucional realiza, em relação aos direitos humanos fundamentais, uma função de garantia pro-

*Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Mestre em Direito Público (Unisinos) Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto. Avaliadora do MEC/Inep. Autora de livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior. Autora de *Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial*.

cedimental contra os abusos do próprio legislador, já que os tribunais constitucionais não limitam a autonomia do poder político, mas contribuem a frear o absolutismo das maiorias governamentais.

2. Os valores como fundamento da Constituição

Ademais, os sistemas vigentes de justiça constitucional aportam ao Estado Social o encargo de regular a pluralidade dos interesses constitucionalmente tutelados, o que conduz, hodiernamente, a uma concepção da constituição como pacto, como manifestação contratual que expressa o consenso em torno de alguns valores, princípios ou regras fundamentais de comportamento. E, é a própria presença no texto constitucional de um complexo de valores, que enfatiza o encargo do Supremo Tribunal Federal, no caso do sistema jurídico e judicial brasileiro, como garante do pacto constituinte, bem como de sua vigência. Assim sendo, sua atuação assume uma natureza arbitral-discrecional, eis que intenta solucionar os conflitos tendo como base os valores expressados normativamente que têm dado vida ao processo constituinte. Particularmente, o caráter arbitral-discrecional do controle de constitucionalidade se torna assaz solar se considerarmos que, ao menos, o juiz constitucional, ao decidir com base na interpretação conforme a Constituição de uma lei, não somente deve levar em conta uma mera valoração de consonância entre uma norma constitucional e uma disposição de lei, mas também deve realizar uma ponderação entre as diversas disposições constitucionais que contém valorações tais como as relativas aos valores sociais (direitos fundamentais sociais) e econômicos (direitos econômicos), ou ainda, entre valores individuais da pessoa humana (direitos individuais, tais como o de liberdade) e os valores da coletividade (direitos coletivos). É dizer, com isso, que as Constituições não albergam, unicamente, um conjunto de normas, porém, contém a afirmação de princípios e valores que, produzem uma unidade jurídico-política e social¹. E, por tal razão, o atual juiz constitucional tem um dever dinâmico de produzir, na medida do possível, não só uma integração social no Estado, mas também de

¹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, traducido al português por Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Safe, p. 67.

garantir a unidade substancial do ordenamento, indo muito além, em sua atuação, de uma contribuição de sopesamento do absolutismo das maiorias governamentais. Diante disso, deve-se ter em consideração que a justiça constitucional tem representado — e, representa — uma das principais e mais eficientes respostas do Estado Democrático de Direito à exigência de assegurar uma tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Portanto, constitucionalismo e justiça constitucional constituem hoje um binômio indissociável, com razão a fortiori, quando os direitos da pessoa humana se associam à atividade judicante-constitucional, não só porque esses direitos se constituem em limites à própria Administração executiva e judicial, mas também para o próprio legislador.

3. Justiça e valores constitucionais

Em muitos ordenamentos jurídicos a atividade dos tribunais se caracteriza por sua jurisprudência em matéria de direitos da pessoa humana, podendo o juiz constitucional, inclusive, ser considerado como juiz da liberdade². O mencionado liame existente entre constitucionalismo e justiça constitucional, e entre o reconhecimento de um direito e a tutela jurisdicional por parte de um Tribunal Constitucional que leva a se situar na tutela judicial constitucional o elemento principal que distingue os direitos da pessoa humana enquanto categoria e a sua efetiva judicialidade como parâmetro que serve para diferenciar os direitos humanos fundamentais daqueles que assim não podem ser considerados como tais. Trata-se de uma tutela orgânica dos direitos reconhecidos e garantidos, eis que necessitam de uma justiça constitucional que se efetiva por uma *interpretação conforme aos tribunais*³. Então,

² O Supremo Tribunal Federal conta, em sua pletera jurisprudencial em matéria de direitos da pessoa, e, particularmente, em sede de concretização do *princípio da dignidade da pessoa humana*, com julgados que permitem se atribuir, aos magistrados constitucionais, o qualificativo de julgadores da liberdade, tal como se exemplifica, com base nos julgados a seguir mencionados. STF, HC 91662/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04/03/2008, DJ de 04/04/2008, pp. 599; STF, HC 92961/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. em 11/12/2007, DJ de 22/02/2008, pp.925; STF, HC 90074/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 06/02/2007, DJ 08/06/2007, pp. 625.

³ ALFLEN SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial*, p. 236-237. Ver, ainda, MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin, Duncker und Humboldt, p. 58.

quando um juiz constitucional decide sobre recurso e, no caso do Brasil, sobre ação constitucional estritamente, e recurso extraordinário, ele efetiva um direito concretizando-o por uma interpretação que introduz, de certo modo, uma regra que pode atuar como orientação de comportamentos futuros tanto do juiz constitucional quanto de juízes ordinários e do legislador. Pode-se afirmar, pois, em certo sentido, que o direito vivo está constituído não tanto pelas disposições abstratas codificadas nos catálogos constitucionais, mas pelas normas concretas derivadas da interpretação conforme aos tribunais, da concretização que juízes constitucionais têm estabelecido das disposições constitucionais e legais⁴. É pela interpretação judicial que se distingue o âmbito semântico e lingüístico de uma disposição do âmbito normativo, sendo este último resultante de uma interpretação *estruturante em modelo dinâmico*⁵. Assim, é das interpretações concretas das disposições constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais, especialmente, que se pode assegurar uma constante síntese entre disposições constitucionais e valores contemporâneos, i.e., entre direito e história, entre direito e tradição.

O processo constitucional de *per se* se caracteriza por uma significativa flexibilidade das regras processuais, não tanto porque faltem normas significativas sobre o processo constitucional, porém porque o juiz constitucional possui uma notável margem de interpretação e de aplicação das regras processuais. Em virtude de tal discricionariedade, pode inovar o próprio comportamento a respeito da práxis precedente, bem como derrogar a normativa vigente com a finalidade de obter da melhor forma possível o resultado institucional almejado, nisto consiste na plena atuação dos valores constitucionais, ou seja, diversos caracteres da disciplina processual se submetem à aplicação precedente no Tribunal Constitucional. O juiz constitucional — apesar de ser um juiz, no sentido de que aplica a norma constitucional a uma questão específica e con-

creta (representada por uma questão de constitucionalidade — realiza uma função eminentemente interpretativa, devendo individualizar entre os muitos possíveis significados normativos aquele mais adequado e coerente com as disposições de lei. Logo, a atividade do juiz constitucional tem uma vida substancialmente vinculante para os operadores do direito. Semelhante característica do juízo de constitucionalidade atribui às decisões dos Tribunais Constitucionais um alcance particular, bem diverso das sentenças de outros juízes: a de produzir efeitos similares aos das fontes do direito.

4. Corte constitucional e valores constitucionais

Desse modo, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, consoante sua competência constitucional precípua não é só julgador, porém também, criador de normas jurídicas. Esse resultado se tem conseguido conjugando duas características fundamentais e típicas das decisões constitucionais: por uma parte, sua natureza de coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e, por outra parte, a adoção de uma gama tipológica de decisões nas quais a declaração de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de novas normas extraíveis da mesma disposição.

Nessa atuação interpretativa é relevante que a jurisprudência dos tribunais tenha em consideração fundamentalmente os valores constitucionais⁶ — e tais quais são percebidos pelo *corpus* social — acima da lógica interna do processo de decisão política, especialmente, porque a jurisdição constitucional está muito mais próxima aos ideais discursivos do que ao processo político conducente à lei. É dizer, que a jurisprudência dos tribunais [constitucionais] desenvolve uma assaz importância na tutela dos direitos humanos fundamentais, mas também no que diz respeito aos cidadãos e à coletividade, em geral, pois contribui para a promoção, na realidade cotidiana e social, do respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito. Em outros termos, os juízes constitucionais cumprem

⁴ Com essa perspectiva, não há que se falar no Brasil de “ativismo judicial”, tal como se fosse “politicagem judicial”, ou mesmo arbitrariedade, mas de exercício da atividade interpretativo-judicial, que é inerente à função judicial, nos limites que a Constituição Federal possibilita à própria Corte Constitucional.

⁵ MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin, Duncker und Humboldt, p. 121, 122, 138, 168-172, 175.

⁶ SCHAPP, Jan. *Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen*. Juristen Zetungun. N. 58. Marz. 2003, p. 221-222. No mesmo sentido, CHUECA SANCHO, Angel G. *Los Derechos Fundamentales em Unión Europea*, p. 33.

uma função cívica, de educação para o exercício da cidadania democrática por intermédio de sua capacidade consistente em instaurar a *cultura*⁷ dos direitos humanos fundamentais, por tornar perceptível diante da opinião pública o significado e o valor contido nas disposições constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais. Muito além de seu papel educativo, ainda cumprem um destacado papel informativo, considerando-se que a jurisprudência em matéria de direitos humanos fundamentais constitui um espelho emblemático da realidade social, de suas contradições e suas mutações. Os juízes constitucionais, portanto, exercem um papel determinante na modernização e democratização do ordenamento jurídico.

5. Considerações conclusivas

É, particularmente, numa jurisdição constitucional tal qual a jurisdição brasileira, que tem raízes judiciais formadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental, que, levar os valores constitucionais em consideração como fundamento da Constituição via judicial, antes de configurar qualquer “ativismo judicial” num sentido prejuístico, consagra o exercício da interpretação constitucional conforme os tribunais, o que é próprio de um sistema constitucional que tem raízes anglo-americana e europeu-continental⁸. Mais ainda, é no âmbito de uma jurisdição constitucional, que o juiz constitucional tem possibilitado não só o desenvolvimento dos valores que fundamentam a Constituição, os quais são detidamente de ordem humanitária-fundamental, mas também, o desenvolvimento do próprio direito constitucional jurisprudencial, haja vista, neste aspecto, para o instituto da repercussão geral⁹ e o instituto da súmula vinculante, ambos introduzidos pela EC 45/2004 na Constituição Federal Democrática

de 1988. E, se há ponto de convergência entre o sistema anglo-americano e o europeu-continental, encontra-se nisto: no desenvolvimento jurídico-jurisprudencial pela interpretação dos valores constitucionais pelos juízes constitucionais, consagrando-se uma cultura dos direitos humanos fundamentais e uma garantia à própria Constituição democrática, na medida em que leva a efeito, dentre os valores constitucionais, o valor e princípio da dignidade da pessoa humana, que não só é vetor interpretativo, mas uma filosofia a ser seguida na Ciência Jurídica.

6. Referências bibliográficas

ALFLEN SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. Colômbia: Bogotá. Editorial Temis, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996

HESE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. trad. do título *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20, neubearbeitete Auflage. C. F. Muller Verlag, Heidelberg, 1995. tradução do Dr. Luis Afonso Heck.

MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik*, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker und Humboldt, 1993.

SCHAPP, Jan. Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen. In: *Juristen Zeitung*. N. 58. Marz. 2003, p. 221-222.

⁷ HÄBERLE, Peter. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46.

⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del Control Político al Control Jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development. Libreria Bonmo, 2005, p. 39.

⁹ O instituto da repercussão geral é aquele no qual no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Destarte, o recurso extraordinário passou, assim, por uma mudança significativa.

Intervenção mínima: um princípio em crise

Élcio Arruda*

Sabidamente, o direito penal é instrumento à salvaguarda dos bens e valores mais relevantes na sociedade, aqueles cujo maltrato torna *insuportável* a vida em comunhão. Por se cuidar de suprema forma de coação estatal, impõe-se extrema cautela na filtragem dos valores/bens sujeitos à sua incidência. Por isto, a tarefa dele é assegurar o núcleo *mínimo da moral* — ou o “*mínimo ético*”, de que falava Jellinek¹ —, extraído à luz das violações reputadas *intoleráveis* pela consciência social. De tal sorte, sua ingerência nas relações sociais há de ser a menor possível. Aí, pois, o princípio da *intervenção mínima*, balizado pela Escola de Frankfurt².

Contudo, nos últimos tempos, o princípio sob foco, tal como enunciado, parece envolto em profunda crise, quando confrontado a dados reais³. O núcleo mínimo da moral passível de tutela penal tem sido alvo de substancial dilatação. Assim o revela a torrencial edição de leis penais, ocorrência cosmopolita. Novos tipos são concebidos, os existentes são incrementados, novos setores são alcançados (novos bens jurídicos), alargam-se os espaços de riscos juridicamente relevantes, flexibilizam-se as regras de imputação e garantias processuais são reinterpretadas. Hoje, soa duvidoso falar de “núcleo mínimo”, tamanho o espectro de abrangência do direito repressivo. Vale dizer, o minimalismo

doutrinário é severamente colocado em xeque pelas tendências de maximização da legislação penal⁴.

Muitos divisam a constatação como corolário exclusivo da chamada “legislomania”, materializada na *inflação legislativa*: ao emoldurar um problema na lei penal, supõe o legislador estar o solucionando⁵. Modificações gravosas e produção maciça no campo legislativo resolveriam as chagas sociais. Neste tema, os *meios de comunicação*, amiúde, retroalimentam demandas populistas por mais leis penais, fomentam soluções irracionais, sem qualquer compromisso ético e propellidos pela avidez lucrativa⁶. Com enfoques descontextualizados, sob um “clima punitivista”, convolam-se numa verdadeira fábrica de medo e, com isto, geram infundáveis postulações por segurança, acriticamente abrigadas pelas instituições estatais⁷.

Urge abordagem mais ampla da questão. Há mais, bem mais, propelindo a hipertrofia do direito punitivo.

A verdadeira gênese do filão *expansionista* jurídico-penal deita raízes noutros fatores, comumente olvidados. Com efeito, a época hodierna é caracterizada pela infundável demanda social por segurança, por maior proteção estatal, a desaguar em correlata demanda por punição. Os principais motivos de tanto, entrelaçados entre si, assim podem ser compendiados:

a) Novas realidades forjaram novos bens jurídicos passíveis de tutela penal. *In exemplis: a-1)* As práticas espúrias e altamente lesivas protagonizadas por agentes de instituições econômicas/financeiras deixam à mostra a premência na regulação de crimes econô-

* Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito, Juiz Federal.

¹“(…) o direito não é senão o mínimo ético que a Sociedade precisa em cada momento de sua vida para continuar vivendo” (JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução espanhola da 2. ed. alemã por Fernando de los Rios. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 29). Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 39-41, v. 1, t. 1.

²A Escola de Frankfurt, integrada por Hassemmer, Naucke e Lüderssen, dentre outros, perfilha um direito penal ultraliberal, de conteúdo mínimo e maximamente garantista (HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Tradução espanhola de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 9-10).

³ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal em el cambio del siglo. Análisis crítica de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha, 2004.

⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 52.

⁵BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 45-46.

⁶Os *mass media*, estruturas de comunicação altamente organizadas e de atuação modulada pelo lucro, manipulam e persuadem a mente dos espectadores. É corrente, destarte, açularem demandas irracionais por punição.

⁷DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 108.

nicos/financeiros; a-2) O branqueamento do produto obtido com práticas ilícitas leva à incriminação da lavagem de dinheiro; a-3) A contumaz agressão a bens e riquezas naturais, indispensáveis à vida planetária, conduz à instituição dos crimes contra o meio-ambiente e tipos congêneres; a-4) O risco de uso indevido de tecnologia atômica também rende ensejo à instituição dos tipos atômicos; a-5) As fraudes cometidas através de redes de informática e da rede internacional de computadores impõem o combate à chamada delinquência cibernética ou *ciberdelinquência*; a-6) As diversas formas de criminalidade organizada, operando sem fronteiras, reclamam a atuação resoluta do direito repressivo;

b) O alto grau de complexidade experimentado pela sociedade, com o enleamento de diversas esferas organizativas, potencializa o risco de resultados danosos, produzíveis a longo prazo. A tradicional relação de causa e efeito, inerente aos tipos de resultado material, tem se mostrado insuficiente à abordagem da problemática. Na sociedade complexa, a palavra de ordem é *precaução*. Daí o freqüente recurso aos tipos de *perigo abstrato* ou *presumido*, cuja consumação reclama a mera probabilidade de causação do dano, independentemente de o agente querê-lo: é suficiente o dano possível ou o *eventus periculi*;

c) O entrelaçamento nas relações sociais exacerba a interdependência entre as pessoas. A realização e a preservação dos bens de cada um dependem, cada vez mais, de condutas ou prestação positivas de outrem. Por isto, à medida que frustram bens jurídicos, as *omissões* ganham espaço no campo da incriminação, mormente através do recrudescimento dos crimes omissivos impróprios ou *comissivos por omissão*. A conduta positiva (ação), tradicional foco da tipicidade penal, cede espaço à omissão penalmente relevante: alarga-se, sensivelmente, a figura do garante;

d) A regulação penal vem adelgçando, paulatinamente, os limites do *risco permitido*. Na ponderação entre os custos e os benefícios advindos de dada conduta, tem preeminência capital a segurança. O consectário é a restrição ao leque de liberdades, porquanto muitas delas são reputadas *socialmente perigosas*: a liberdade ilimitada é manancial de riscos;

e) A interdependência imperante no mundo moderno induz à forçosa conexão entre o resultado lesivo e a conduta de alguém, comissiva ou omissiva. A

produção de danos, supõe-se, é consectário de alguma intermediação do homem: sempre há algum responsável. Há resistência psicológica em tolerar o casual, o fortuito, o imprevisto, o infortúnio: a tendência é metamorfoseá-los em *injustos penais*. Se o gravame ou o risco de sua ocorrência é empiricamente inextricável, cumpre irrogá-lo a alguém;

f) Numa sociedade dominada por classes passivas (destinatários de prestações públicas e assistenciais de todos os matizes, consumidores, pensionistas, bolsistas, etc), a postura dos sujeitos do bem-estar propiciado pelo Estado-Providência ou do Bem-Estar é no sentido de garantir-lhe a existência, como forma de satisfação da própria esfera pessoal: o homem vive no Estado e do Estado. Há insuperável paradoxo entre um Estado *maximamente* dimensionado, a fim de propiciar bem-estar ao maior número possível de súditos, e um direito penal *minimamente* formatado. Nesta ordem de idéias, o direito penal é divisado, essencialmente, como instrumento de defesa dos próprios cidadãos (vítimas: sujeitos passivos) frente a quem (infrator: sujeito ativo) ataca o provedor do bem-estar (Estado). É instituída a concepção do Código Penal como *Magna Carta da vítima*, sobrepujando a clássica noção dele ser, antes de tudo, a *Magna Carta do delinqüente*. A nova perspectiva tem possíveis repercussões, inclusive, na esfera da tradicional interpretação restritiva dos tipos penais e da analogia *in bonam partem*, alvo de abordagem noutra espaço;

g) A percepção do arcabouço penal também como *Magna Charta* da vítima transmuda o paradigma clássico de reflexão jurídico-penal, focalizado na delinquência tradicional (condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade). A ordem do dia é a persecução quanto aos crimes perpetrados pelos poderosos (*crimes of the powerful*), pelos agentes de grandes corporações (*corporate and business crime*), pelos grupos organizados, pela classe alta ou de colarinho branco (*white-collar criminality*), composta por respeitáveis ou pelo menos respeitados homens de negócio ou profissionais, num contexto aparentemente insuspeito. Contra eles, a justiça criminal há de desembainhar a espada, brandida, até agora, contra os despossuídos, os marginalizados (*crimes of the powerless*);

h) A falência, a ineficiência e o descrédito dos mecanismos informais (não-jurídicos) de contenção ao crime resultam na convocação do direito penal

para suprir a demanda por segurança. De fato, hoje, de modo geral, a sociedade evidencia parâmetros sofríveis de moral e ética. A família, a escola, o trabalho, a igreja, os usos e costumes calcados na solidariedade, na compaixão, os órgãos assistenciais e de formação são instituições não-econômicas e, portanto, consideradas secundárias. O exacerbado individualismo outorga preponderância ao critério econômico, relegadas instituições não-econômicas⁸. A situação se avizinha à anomia, um mau presságio às liberdades públicas, porquanto conducente ao Estado tirânico, suposto veículo hábil a arredar a desordem e o receio dela decorrentes⁹. Nem os novos *gestores atípicos da moral coletiva* (*atypische moralunternehmer*) — associações de ecologistas, de consumidores, de bairros, de pacifistas, de contrários à discriminação, de direitos humanos, etc — têm dado alento às instâncias não-jurídicas convencionais. Talvez por isto cerrem fileiras ao incremento legislativo-penal, no afã de acudir-lhes as respectivas plataformas. Por outra parte, os demais ramos do direito — *civil e administrativo* —, conquanto teoricamente aptos a tanto, têm se revelado impotentes em arrostar as postulações por segurança. A objetivação da responsabilidade e o modelo de seguro imperantes na seara cível diluem a eficácia preventiva em relação a condutas danosas: não se propõe discussão de culpa e o dano se encontra assegurado. As instâncias administrativas padecem de crônico emperramento burocrático, desnaturam o princípio da oportunidade e, muitas vezes, têm quadros integrados por cúmplices de delitos.

Há, bem se vê, muitas razões legítimas ao expansionismo jurídico-penal.

Nesta conjuntura, o direito penal mínimo — e, pois, o princípio da intervenção mínima, na conformação tradicional — aparenta estar em rota de colisão com as aspirações sociais. Há um raro discurso unânime, conquanto desconforme quanto ao objeto e aos limites, advogando a expansão do direito penal. Por isto, disse-o Silva Sánchez, “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um direito penal mínimo”¹⁰.

Na atual quadra, a concretização da intervenção mínima parece possível através do prosseguimento cauteloso dos processos de despenalização e diversificação. Descriminalização somente é viável se não fizer periclitar a paz pública. De toda maneira, é fundamental rememorar: direito penal mínimo não significa nenhum direito penal. É inadmissível deságüe o minimalismo em laxismo penal¹¹, impregnado de retórica meramente simbolista e convolado, com alguma frequência, em braço doutrinário do crime organizado.

A ligeira reflexão em derredor da intervenção mínima, princípio assaz caro à ciência penal, tem um porquê. Ao operador do direito não é lícito ferreamente se apegar a princípios etiquetados inflexíveis e ignorar os fatos da vida. Ao ensimesmar-se em torre de marfim, brandindo refrões da moda acriticamente, desconecta-se do real e corre o risco de propor soluções irresponsáveis. O academismo lírico é atropelado pela dura e inexorável realidade quotidiana. O avanço da civilização, ao incrementar-lhe a complexidade, impõe o repensar e o debate quanto a dogmas reputados intangíveis, numa perspectiva retroativa e prospectiva.

⁸ MESSNER, Steven F.; ROSENFELD, Richard. *Crime and the american dream*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1994, p. 109-111.

⁹ DAHRENDORF, Ralf. *A Lei e a ordem*. Tradução portuguesa de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 14

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 179.

¹¹ O *laxismo penal* consiste na “tendência a propor a) solução absolutória quando as evidências do processo apontem em direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica” (MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de; DIP, Ricardo Henry Marques. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 2).

A importância da independência do Judiciário

Arthur Pinheiro Chaves*

Em janeiro de 2009 ocorrerá, em Belém, o V Fórum Mundial de Juizes, com apoio da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Oitava Região (Amatra 8) e da Associação dos Magistrados do Estado do Pará (Amepa). Um dos temas centrais do encontro é a Independência do Poder Judiciário.

A esse respeito Alexander Hamilton, um dos pais da Constituição Norte-Americana, defendeu no *The Federalist*, n. 78, o papel do Judiciário na estrutura constitucional, enfatizando que “não há liberdade se o Judiciário não estiver separado dos poderes Legislativo e Executivo. (...) A liberdade nada tem a temer de um Judiciário independente”.

O excerto transcrito denota a necessidade de reflexão acerca da garantia de manutenção de um Judiciário efetivamente independente, situação para cuja existência se requer que os juizes sejam protegidos contra a ameaça de retaliações por suas decisões e que sua esfera de autoridade esteja protegida contra qualquer sorte de influência externa descabida, seja aberta ou insidiosa.

Requer que os juizes tenham liberdade para decidir de acordo com o melhor de sua capacidade jurídica, aplicando a lei de forma justa e imparcial frente às partes em oposição. Requer, em suma, que os juizes possam decidir com independência, imparcialidade, integridade, propriedade, igualdade e competência.

Para tanto é necessária a adoção, entre outros aspectos, de mecanismos que assegurem que os juizes exerçam seus poderes de forma imparcial e que se mantenham acima de interesses pessoais ou de influências externas, mesmo de outros poderes do Estado ou de outros órgãos do próprio Judiciário.

Mecanismos como o de vitaliciedade do cargo, a não ser em casos graves de conduta imprópria; de inamovibilidade; de garantia da irredutibilidade salarial, aí incluída, como um de seus aspectos, a preservação do

valor de contraprestação remuneratória condigna com as responsabilidades do cargo, não representam privilégios, mas a exemplificação de instrumentos necessários à garantia de que os juizes não hesitarão em aplicar a lei de acordo com a sua consciência, servindo de elementos-chave para a imparcialidade de suas ações.

Vale ressaltar que a independência do Judiciário não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim. Ela é a essência do Estado de Direito, dando ao conjunto dos cidadãos a convicção de que as leis serão aplicadas com justiça e igualdade.

A independência do Judiciário permite que os juizes tomem decisões que, não obstante possam contrariar interesses particulares, sejam consentâneas com a preservação dos direitos e liberdades. Um Judiciário independente tem posição privilegiada para refletir sobre o impacto de suas decisões sobre os direitos e as liberdades, podendo garantir que esses valores não sejam subvertidos. A independência é, portanto, o manancial de coragem necessária para atender a essa indispensável função do Estado de Direito.

A percepção de Hamilton, de início mencionada, transcende, portanto, toda e qualquer diferença entre os sistemas jurídicos das nações. Cada país estampa seu selo característico ao sistema jurídico que adota, mas alguns princípios, em face de sua relevância, transcendem as diferenças nacionais, possuindo cunho universal. A importância de um Judiciário forte e independente é um desses princípios, considerada sua relevância para o funcionamento eficiente da democracia.

Só com independência é possível ao Poder Judiciário garantir ao povo a realidade de cumprimento zeloso do Estado de Direito. Mas, ao passo que é bastante fácil concordar que a independência do Judiciário é essencial para sustentar o Estado de Direito, desafiadora é a tarefa de pôr em prática e conservar esse preceito tantas vezes posto à prova, cabendo aos que crêem no valor da preservação dos postulados democráticos a sua ferrenha e irrestrita defesa.

* Juiz Federal substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Pará.

Corte Especial

Conflito de Competência

2007.01.00.056245-7/MT

Relator: O Exmo. Des. Federal Olindo Menezes

Autor: Dimensão Comércio de Artigos Médicos Hospitalares Ltda.

Advogados: Drs. Décio Arantes Ferreira e outros

Réu: Juízo Federal da 1ª Vara – MT

Interessado: Ministério Público Federal

Suscitante: Desembargador Federal da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Suscitado: Desembargador Federal da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Divulgação: e-DJF1 de 01/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Ementa

Conflito de competência. Prevenção do Relator: Primeiro feito distribuído. Regimento Interno. Hipótese na qual o relator prevento resta vencido. Lavratura de acórdão por outro julgador. Alcance da previsão regimental da inversão da prevenção.

I – Em sintonia com preceito regimental, “a distribuição de mandado de segurança, de medida cautelar, de *habeas corpus* e de recurso cível ou criminal torna preventa a competência do relator e do órgão julgador para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo.” “Vencido o relator, a prevenção referir-se-á ao desembargador federal designado para lavrar o acórdão.” (RI – TRF 1, art. 163, *caput* e § 2º.)

II – A inversão regimental da prevenção do relator originário, acima referida, modificando a sua competência absoluta já firmada, limita-se estritamente ao caso no qual, tendo restado vencido, é designado outro julgador para lavrar o acórdão, pois, do contrário, em cada sessão de julgamento de uma turma haveria a possibilidade real, em face das naturais divergências de entendimentos, de inversão, até por mais de uma vez, da competência firmada pela prevenção, num autêntico tumulto regimental de todo contra-indicado na perspectiva do princípio da efetividade do processo.

III – Conflito julgado improcedente. Declaração da competência do suscitante.

Acórdão

Decide a Corte Especial conhecer e julgar improcedente o conflito de competência, para declarar competente o suscitante, à unanimidade.

Corte Especial do TRF da 1ª Região – 03/07/2008.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: — Tenho em exame conflito de competência entre os Desembargadores Federais da 2ª Seção Mário César

Ribeiro e Hilton Queiroz, nos autos do Mandado de Segurança 2007.01.00.056245-7/MT, impetrado pela empresa Dimensão Comércio de Artigos Médicos Hospitalares Ltda. contra decisão do Juízo Federal da

1ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, que lhe indeferiu a restituição de veículo apreendido nos autos da medida cautelar de seqüestro 2006.36.00.06582-3, tirada da investigação policial denominada “Operação Mappinguari” (Inquérito Policial 2007.36.00.005943-7). A decisão do magistrado está às fls. 39/40.

Foi o mandado de segurança distribuído ao Des. Federal Mário César Ribeiro, ora suscitante, tendo em vista que todos os processos dependentes ao inquérito policial 2007.36.00.005943-7 lhe haviam sido distribuídos, a teor do que dispõe o art. 163 do Regimento Interno.

Ocorre que, no julgamento do HC 2008.01.00.000006-9 — extraído da mesma operação policial —, ocorrido em 29/01/2008, o Relator, Juiz Federal Klaus Kuschel, atuando em regime convocação junto ao Des. Federal Mário César Ribeiro, ficou vencido ao denegar a ordem, restando designado, na forma regimental, o Des. Federal Hilton Queiroz para a lavratura do acórdão. Considerando esse fato, entendeu o Des. Federal Mário César Ribeiro que o Des. Federal Hilton Queiroz estaria prevento para o exame desta impetração, louvando-se nos termos do § 2º do art. 163 do Regimento. (cf. despacho de fl. 73.)

Recebendo os autos, o Des. Federal Hilton Queiroz recusou a prevenção, sob o fundamento de que o fato de ter proferido voto vencedor nos autos do HC 2008.01.00.000006-9 o torna prevento apenas para esse feito específico; não, porém, para atuar em todos os outros aludidos pelo signatário do despacho. (Cf. despacho de fls. 81/82.)

Retornando os autos ao Relator, Des. Federal Mário César Ribeiro, foi suscitado o presente conflito de competência (cf. despacho de fls. 85/90), em face do qual a Procuradoria Regional da República, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Guilherme Henrique Magaldi Neto, opina pela competência do suscitante, o Des. Federal Mário César Ribeiro. (Cf. parecer de fls. 107/114).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Como relatado, o mandado de segurança foi distribuído inicialmente ao Des. Federal Mário César Ribeiro, a

quem haviam sido distribuídos todos os feitos relativos à operação policial denominada Mappinguari, realizada nos autos do Inquérito Policial 2007.36.00.005943-7. Alguns meses depois dos primeiros julgamentos realizados pela 4ª Turma em relação àquela operação policial, notadamente dos *habeas corpus* impetrados contra a decretação de prisão preventiva, o Juiz Federal Klaus Kuschel, em regime de convocação junto ao Gabinete do Des. Federal Mário César Ribeiro, ficou vencido no julgamento do HC 2008.01.00.000006-9, ao que restou designado para a lavratura do acórdão o Des. Hilton Queiroz.

Considerando esse fato, o Des. Mário César entendeu, depois do processamento do mandado de segurança, quando já conclusos os autos para o julgamento, que, a partir daquele fato, o Des. Federal Hilton Queiroz tornar-se-ia prevento para o julgamento de todos os feitos relacionados àquela operação policial, invocando os termos do § 2º do art. 163 do Regimento Interno (fl. 73), que assim dispõe:

Art. 163. A distribuição de mandado de segurança, de medida cautelar, de *habeas corpus* e de recurso cível ou criminal torna preventa a competência do relator e do órgão julgador para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo.

§ 1º Se o relator deixar o Tribunal ou transferir-se de seção, a prevenção será do órgão julgador.

§ 2º Vencido o relator, a prevenção referir-se-á ao desembargador federal designado para lavrar o acórdão.

§ 3º A prevenção, se não for reconhecida de ofício, poderá ser argüida por qualquer das partes ou pelo órgão do Ministério Público até o início do julgamento.

O disposto no *caput* do art. 163 do RITRF1 impõe a fixação da prevenção tanto da Turma quanto do Relator originário para a apreciação de todos os recursos tirados do mesmo processo. A interpretação

Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Selene de Almeida (convocada em substituição ao Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, em férias) e Tourinho Neto. Ausente eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Fagundes de Deus (convocado em substituição a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães, em férias), Jirair Aram Meguerian, João Batista Moreira, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ) e Mário César Ribeiro.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves, Carlos Olavo, Catão Alves, Hilton

desse dispositivo, à primeira vista, não daria guarida à prevenção em relação ao mandado de segurança, por não se tratar de um recurso. Mas, como a impetração está a impugnar decisão judicial recorrível, afigurando-se indubitavelmente como um sucedâneo recursal, não resta razão para conferir-lhe tratamento diferente, no âmbito da prevenção, daquele que seria dispensado a eventual recurso contra a mesma — apelação supletiva — decisão. Dúvida não resta, portanto, de que a prevenção, sob essa perspectiva, dá-se em favor do Des. Federal Mário César, embora não seja esse exatamente o ponto central da discussão.

Firmada essa premissa, resta considerar se o fato superveniente, no julgamento do HC 2008.01.00.000006-9, no bojo do qual o Des. Federal Hilton Queiroz restou designado para o acórdão, importa ou não a modificação da competência para a Relatoria da presente impetração, à luz do referido preceito regimental, que, repito, afirma: “Vencido o relator, a prevenção referir-se-á ao desembargador federal designado para lavrar o acórdão.”

A Procuradoria Regional da República, ao opinar pela competência do suscitante, o Des. Federal Mário César Ribeiro, assim se manifesta:

(...) Como se vê, tendo os autos do Inquérito Policial 2007.36.00.005943-7 sido distribuídos ao MM. Desembargador Federal suscitante, tornou-se ele prevento para o julgamento dos processos dependentes, na forma regimental.

Todavia, no julgamento de um dos *habeas corpus* incidentes, precisamente o HC 2008.01.00.000006-9, a ordem restou concedida por maioria e o MM. Desembargador Federal Hilton Queiroz, por ter proferido o voto vencedor, foi designado para a lavratura do respectivo acórdão.

Diante de tal circunstância, o MM. Desembargador Federal suscitante entendeu que tal decisão se enquadraria na hipótese do art. 163, § 2º, do Regimento Interno desta Corte Regional e determinou ‘que todos os processos oriundos do Inquérito Policial 2007.36.00.005943-7, que deu início à chamada ‘Operação Mapinguari’, quando foram decretadas as prisões temporárias e preventivas, bem como seqüestro e bloqueio de bens e valores, fossem, por prevenção, imediatamente distribuídos ao eminente Desembargador Federal Hilton Queiroz’ (fls. 85/86).

Data maxima venia, não assiste razão ao i. Desembargador Federal Mário César Ribeiro. Com efeito, o fato de o Relator originário ter sido vencido

em um processo incidental não tem o condão de alterar sua competência em relação a todo e qualquer processo pertinente à matéria, principalmente no que diz respeito aos autos principais. Vale dizer, em momento algum o parágrafo 2º do art. 163 do RI/TRF/1ª Região diz que vencido o relator perde ele a competência sobre todos os feitos relativos à matéria.

No caso concreto, portanto, não se afigura cabível a declinação da competência nos termos ora preconizados, pois tendo sido o Inquérito Policial originalmente distribuído ao MM. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, os demais incidentes processuais, inclusive o presente mandado de segurança, devem ser distribuídos por dependência ao Relator originário, nos termos do art. 163 do RI/TRF/1ª Região. (...)” (Cf. parecer de fls. 107/114.)

Tenho que assiste razão ao MPF. De fato, a realização de operações policiais — documentadas em Inquéritos Policiais — encerra, a mais das vezes, a tomada de uma série de medidas constritivas, no campo da liberdade ou do patrimônio dos investigados. A insurgência contra tais medidas se materializa na forma de *habeas corpus*, apelações, recursos criminais e até mandados de segurança, como no presente caso.

O relator para o primeiro desses remédios processuais — seja recurso, seja ação autônoma de impugnação, seja sucedâneo recursal — ficará prevento para o processamento dos demais. Essa é a regra geral estabelecida pelo art. 163 do Regimento, que, aliás, consubstancia desdobramento do teor do art. 82 do Código de Processo Penal, segundo o qual “se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade da jurisdição prevalecte deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva”.

Firmada a competência do Relator, resta saber se ocorre ou não modificação dessa competência, de forma universal, pelo fato de ter ficado vencido em um caso, com a lavratura do acórdão por outro julgador, ao que respondo negativamente. A modificação a que se refere o regimento, embora possa, na sua literalidade, comportar interpretação diversa, diz respeito somente ao feito no qual ficou vencido o relator, não se estendendo aos demais casos enlaçados pela prevenção.

Essa interpretação, por outro lado, tem respaldo na conjugação do art. 3º do Código de Processo Penal — a admitir a aplicação analógica do Código de Processo Civil — com o art. 87 deste último, que estabelece:

“Art. 87 – Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”.

Vige na teoria geral do direito processual a regra da imodificabilidade da competência absoluta, como o é aquela firmada em razão da prevenção, já que extraída da existência de conexão. O Código de Processo Civil, aqui invocado subsidiariamente, é explícito ao admitir apenas duas exceções a essa regra geral: quando houver supressão do órgão judiciário ou quando houver alteração da norma jurídica que rege a competência absoluta. O caso presente, se a letra do regimento não fosse suficiente para a solução do conflito, não se enquadraria em nenhuma das duas exceções delineadas.

Na verdade, os feitos incidentes extraídos de forma individualizada a partir do processo principal (Inquérito Policial) devem, em razão mesmo da conexão que os une, determinar a distribuição por prevenção a um Relator, no caso o Des. Federal Mário César Ribeiro. O fato de ter ficado vencido em um dos feitos incidentes — *habeas corpus* — não tem o condão de alterar a competência absoluta já firmada pela prevenção.

Não fora assim, a competência para processar os feitos oriundos de um mesmo Inquérito Policial poderia ser alterada a cada sessão de julgamento da Turma, a depender do resultado das ordens de *habeas corpus* impetradas, pois, se é verdade que o Relator originário ficara vencido em um desses feitos, poderá não o ser em outros da mesma extração. A regra de interpretação a respeito da competência absoluta não pode levar a uma maleabilidade desse jaez, porque o próprio princípio constitucional que rege a matéria — princípio do juiz natural — restaria comprometido em face das sucessivas modificações na relatoria dos feitos oriundos de uma mesma investigação policial.

Cumprido ressaltar, por oportuno, que o Des. Federal Mário César Ribeiro foi relator de diversos feitos tirados do mesmo Inquérito Policial ainda no ano de 2007 – HC ns. de 2007.01.00.039299-0, 2007.01.00.039417-4, 2007.01.00.039411-2, 2007.01.00.03941-2 e 2007.01.00.021701-9 –, não sendo mesmo recomendável, a essa altura, a modificação da competência firmada pela prevenção pelo simples fato de ter ficado vencido em um desses *habeas*

corpus. A competência absoluta estava definitivamente firmada, não podendo ser alterada fora da moldura legal previsto do art. 87 do Código de Processo Civil.

Tal o contexto, pedindo vênias ao Des. Federal Mário César Ribeiro, conheço do conflito para julgá-lo improcedente, declarando a competência de S. Exa., o suscitante, para o processamento da impetração.

É o voto.

Primeira Seção

Mandado de Segurança

2006.01.00.039130-5/DF

Relator: O Exmo. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Relator: O Exmo. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Impetrante: Diana Soares Ribeiro da Silva

Advogados: Dra. Liliana Barbosa do Nascimento e outros

Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal

Divulgação: e-DFJ1 de 01/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Ementa

Processual Civil. Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Ato do diretor do foro. Autoridade competente para promover sua revisão. Parte passiva legítima. Prescrição administrativa. Ato praticado e revisto antes de decorridos cinco anos. Quintos incorporados. Progressão. Função de maior valor. Exercício pelo período integral de 365 dias. Leis 8.112/1990 e 8.911/1994. Condição não atendida. Legalidade do ato de revisão. Ressarcimento de valores recebidos. Ato exclusivo da administração. Ausência de participação do servidor. Boa-fé. Segurança parcialmente concedida.

I – Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela Autoridade Impetrada. Conquanto não afirmasse qual seria a Autoridade competente para desfazer o ato objeto desta ação mandamental, trata-se de ato praticado no exercício de sua própria competência, enquanto Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal.

II – Também não se verifica a pretendida decadência administrativa fundada na Lei 9.784/1999, já que o ato que autorizou a evolução dos quintos incorporados, é datado de fevereiro de 2001, e o ato coator, que promoveu sua revisão para sanar a ilegalidade verificada em seus critérios, foi praticado em setembro de 2005. Assim, em período inferior aos cinco anos necessários à configuração da causa impeditiva de sua revisão, fundada na decadência.

III – Trata-se de servidora com 5/5 incorporados pelo exercício de função de confiança. E que em razão do exercício, no período entre 18/08/1998 a 20/03/1999, de Função Comissionada FC 08, obteve a progressão dos quintos já incorporados, tendo substituído 1/5 de FC 05 por 1/5 da FC 08, de maior valor, exercida por período superior a 183 dias no lapso de 12 meses ou 365 dias. Não obstante, o Conselho da Justiça Federal, ao decidir o Processo Administrativo 2004.16.0918, concluiu, em interpretação ao quanto estabelece a Lei 8.112/1990, art. 62, § 4º e Lei 8.911/1994, art. 3º, que a progressão de quintos já incorporados somente é admissível após o exercício, por 365 dias, de função comissionada de maior valor. Assim entendeu, porquanto a consideração de função de maior valor, exercida por maior tempo dentro do mesmo ano, somente é admitida para fins de incorporação de quintos. Porém, para fins de progressão ou evolução de quintos já incorporados, nos termos em que admitida pelas Leis 8.112/1990, art. 62, § 4º, e 8.911/1994, art. 3º, é condição que o exercício de nova Função Comissionada se efetive por integral período de 365 dias. Em conseqüência, determinou que este critério orientasse a revisão, no âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, situações desta natureza, sendo expedida a Nota Técnica Conjunta da Secretaria de Controle Interno e Secretaria de Recursos Humanos, observadas pelo ato coator.

IV – Não há, pois, qualquer ilegalidade que autorize rever o ato coator, porquanto em estrita harmonia com a legislação que o motiva, na medida em que resta incontroverso que a Impetrante obteve a progressão de quintos,

adquirindo 1/5 de FC 08, em substituição a 1/5 de FC 05, sem que tenha exercido aquela função de maior valor pelo período mínimo de 365 dias.

V – É, porém, indevida a determinação constante do ato coator para que sejam restituídos os valores recebidos pela Impetrante, relativamente à Função de maior valor, estando suficientemente claro que o ato de progressão de quintos incorporados pela servidora Impetrante, ainda que em desarmonia com a legislação de regência, deu-se em razão de ato exclusivo da Administração, assim como por ato da mesma Administração foi objeto de posterior e tempestiva revisão. Inafastável, por isto, a boa-fé da servidora Impetrante que nada contribuiu para que a situação de fato e seus respectivos efeitos jurídicos, ainda que em seu benefício, acontecesse. Precedentes: AC 2003.34.00.030381-7/DF; Apelação Cível Desembargador Federal Carlos Moreira Alves Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (conv.) 26/11/2007 *DJ* p. 79; AMS 1998.32.00.001970-7/AM; Apelação em Mandado de Segurança Desembargador Federal José Amílcar Machado Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (conv.) 19/03/2007 *DJ* p. 5).

VI – Segurança parcialmente concedida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conceder, em parte, a segurança, nos termos do voto do Juiz Federal Relator Convocado, vencido em parte o Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que a concedia em menor extensão.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 08/04/2008.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de ato atribuído ao Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a revisão de quintos incorporados pela Impetrante, especificamente quanto à consideração do exercício de Função de maior valor, não exercida pelo período de 365 dias, bem como determinou o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente.

Pede a concessão da segurança ao essencial fundamento de que o ato coator mostra-se em desarmonia ao que estabelece a legislação vigente.

Assim, enfatiza, inicialmente, estar prescrita a possibilidade de revisão do ato, porquanto já transcorridos mais de cinco anos de sua prática. Sob outro aspecto, diz que a incorporação, por evolução dos quintos, substituindo 1/5 de FC 05, por 1/5 de FC 08, encontra-se em harmonia com a orientação do Conselho da Justiça Federal. Não obstante, caso por hipótese seja admitida a revisão perpetrada pelo ato coator, mos-

tra ilegal a exigência de restituição quanto aos valores já recebidos, porquanto de boa-fé, já que decorrentes de ato exclusivo da Administração.

Em informações prestadas às fl. 100, instruídas com os elementos de fls. 101/124, a Autoridade Impetrada ressalta, inicialmente, ser parte ilegítima para a presente ação mandamental.

No mérito, enfatiza não ocorrer ilegalidade no ato de revisão dos quintos incorporados, já que em estrita observância a orientação preconizada pelo CJF no Processo Administrativo 2004.16.0918, que motivou a Nota Técnica Conjunta n. 2, de 16/03/2005, da Secretaria de Controle Interno e da Secretaria de Recurso Humanos, daquele mesmo Conselho. Razão porque todas as situações, não colhidas pela prescrição administrativa, deveriam ser objeto de reavaliação para aferir se os quintos incorporados e evoluídos, encontravam-se em harmonia com a legislação de regência (Lei 8.112/1990, art. 62, § 4º, redação originária e § 4º do art. 3º da Lei 8.911/1994.

Liminar indeferida.

Manifestando às fls. 129/136, a i. Procuradora Regional da República apresentou parecer pela denegação da segurança.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela Autoridade Impetrada. Conquanto não afirmasse qual seria a Autoridade competente para desfazer o ato objeto desta ação mandamental, trata-se de ato praticado no exercício de sua própria competência, enquanto Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Rejeito a preliminar,

Procedendo ao exame do mérito, também não se verifica a pretendida decadência administrativa fundada na Lei 9.784/1999, já que o ato que autorizou a evolução dos quintos incorporados, é datado de fevereiro de 2001, e o ato coator, que promoveu sua revisão para sanar a ilegalidade verificada em seus critérios, foi praticado em setembro de 2005. Assim, em período inferior aos cinco anos necessários à configuração da causa impeditiva de sua revisão, fundada na decadência.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por servidora da Seção Judiciária do Distrito Federal, contra ato do Diretor do Foro que, ao promover a revisão dos quintos por ela incorporados, visando atender orientação constante de Nota Técnica Conjunta da Secretaria de Controle Interno e Secretaria de Recurso Humanos do Conselho da Justiça Federal, especificamente quanto ao critério legal para progressão de incorporações já realizadas.

No caso, do quanto é possível inferir pelas razões de pedir bem como pelas razões do ato questionado, trata-se de servidora com 5/5 incorporados pelo exercício de função de confiança. E que em razão do exercício, no período entre 18/08/1998 a 20/03/1999, de Função Comissionada FC 08, obteve a progressão dos quintos já incorporados, tendo substituído 1/5 de FC

05 por 1/5 da FC 08, de maior valor, exercida por período superior a 183 dias no lapso de 12 meses ou 365 dias.

Não obstante, o Conselho da Justiça Federal, ao decidir o Processo Administrativo 2004.16.0918, concluiu, em interpretação ao quanto estabelece a Lei 8.112/1990, art. 62, § 4º e Lei 8.911/1994, art. 3º, que a progressão de quintos já incorporados somente é admissível após o exercício, por 365 dias, de função comissionada de maior valor.

Assim entendeu, porquanto a consideração de função de maior valor, exercida por maior tempo dentro do mesmo ano, somente é admitida para fins de incorporação de quintos. Porém, para fins de progressão ou evolução de quintos já incorporados, nos termos em que admitida pelas Leis 8.112/1990, art. 62, § 4º e 8.911/1994, art. 3º, é condição que o exercício de nova Função Comissionada se efetive por integral período de 365 dias. Em conseqüência, determinou que este critério orientasse a revisão, no âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, situações desta natureza, sendo expedida a Nota Técnica Conjunta da Secretaria de Controle Interno e Secretaria de Recursos Humanos, observadas pelo ato coator.

Ante estes fundamentos legais, não há, pois, qualquer ilegalidade que autorize rever o ato coator em seu aspecto substancial, na medida em que resta incontroverso que a Impetrante obteve a progressão de quintos, adquirindo 1/5 de FC 08, em substituição a 1/5 de FC 05, sem que tenha exercido aquela função de maior valor pelo período mínimo de 365 dias.

Tenho, porém, ser indevida a determinação constante do ato coator para que sejam restituídos os valores recebidos pela Impetrante, relativamente à Função de maior valor.

Resta-me suficientemente claro que o ato de progressão de quintos incorporados pela servidora Impetrante, ainda que em desarmonia com a legislação de regência, deu-se em razão de ato exclusivo da Administração, assim como por ato da mesma Administração foi objeto de posterior e tempestiva revisão. Inafastável, por isto, a boa-fé da servidora Impetrante que nada contribuiu para que a situação de fato e seus respectivos efeitos jurídicos, ainda que em seu benefício, acontecesse. E neste caso, indevida a restituição consoante sólida orientação jurisprudencial deste Tribunal, a saber:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Alves da Silva e Francisco de Assis Betti. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado.

Administrativo. Servidor público. Lei 8.460/1992. Pagamento indevido decorrente de decisão judicial posteriormente rescindida. Reposição ao erário indevida. Restituição dos descontos indevidos. Correção monetária. Juros de mora.

1. O Eg. Superior Tribunal de Justiça, revendo seu posicionamento, firmou entendimento no sentido de que, nos casos em que o pagamento indevido foi efetivado em favor de servidor público, em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, mostra-se indevido o desconto de tais valores, administrativamente, sob o título de restituição ao Erário Público (AgRg no REsp 679479/RJ, DJ de 19/03/2007).

2. Também entendeu o Eg. Superior Tribunal de Justiça que a sobredita hipótese deve ser estendida aos casos em que o pagamento indevido deveu-se por força de decisão judicial transitada em julgado, posteriormente desconstituída em ação rescisória, em obséquio ao princípio da segurança nas relações jurídicas (REsp 673.598/PB, DJ de 14/05/2007).

3. Os descontos indevidos feitos nas folhas de pagamento do autor dever ser a ele restituídos de uma só vez, incidindo correção monetária de acordo com a Lei 6.899/1981, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, desde a data do vencimento de cada parcela em atraso (Súmulas 148 do STJ e 19 do TRF 1ª Região).

4. Em razão do que foi decidido pela Suprema Corte no RE 453740, também incidirão juros de mora sobre essas parcelas, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, incidindo daí em diante sobre as parcelas que se vencerem e não forem pagas, pois somente a partir dos respectivos vencimentos é que ocorre, em relação a elas, o inadimplemento da obrigação.

5. Apelação do Autor a que se nega provimento.

6. Apelação do INSS e Remessa Oficial parcialmente providas. (AC 2003.34.00.030381-7/DF; Apelação Cível Desembargador Federal Carlos Moreira Alves Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (conv.) 26/11/2007 DJ p. 79.)

Administrativo. Servidor público inativo. Proventos. Supressão de vantagem. “opção 55% – DAS”. Art. 2º da Lei 8.911/1994. Devido processo legal. Observância. Direito adquirido. Inexistência. Incidência do art. 193 da Lei 8.112/1990. Não atendimento dos requisitos legais. Restituição administrativa. Impossibilidade. Recebimento de boa-fé.

1. Não se conhece de apelação dissociada das razões de decidir da sentença recorrida.

2. O pagamento de parcela remuneratória fora da hipótese legal consubstancia pagamento indevido, que não gera direito algum ao servidor, podendo a Administração, dentro do seu poder de autotutela, rever, de ofício, o referido ato, sem a necessidade de prévia instauração de procedimento administrativo, por não importar em reexame de matéria fática. Precedentes da Corte (AMS 2003.33.00.027199-7/BA, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 06/03/2006, p. 50; AMS 2000.36.00.002550-2/MT, Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ de 04/08/2005, p. 102).

3. Na esteira da orientação jurisprudencial do STF, não há que se falar em direito adquirido do servidor público a regime jurídico, desde que assegurada a irredutibilidade de vencimentos prevista na Constituição Federal de 1988, princípio inaplicável no caso, por se tratar de percepção ilegal de vantagem pecuniária. Precedentes da Turma (AMS 2001.34.00.024480-8/DF, TRF 1ª Região, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 03/11/2005, p. 11; AMS 2001.34.00.031061-2/DF, TRF 1ª Região, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, DJ de 12/09/2005, p. 58).

4. A opção pela vantagem do art. 2º da Lei 8.911/1994 (“opção DAS”) nos proventos de aposentadoria consiste em forma de retribuição com a remuneração do cargo em comissão ou função de confiança, na forma do art. 193 da Lei 8.112/1990, o que é incompatível com a percepção de proventos com a opção da remuneração do cargo efetivo, acrescida de quintos incorporados. Decisões 844/2001 e 1.620/2003 do TCU. Precedente da Corte (AMS 1997.01.00.007309-0/MG, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, 2ª Turma, DJ de 24/07/2002, p. 13).

5. Não preenchendo o impetrante os requisitos do art. 193 da Lei 8.122/1990, visto que não contava tempo suficiente para se aposentar quando da revogação do dispositivo legal, não faz jus à percepção da vantagem do art. 2º da Lei 8.911/1994 (“opção 55% – DAS”).

6. Não estão sujeitas a restituição administrativa, mediante desconto em folha de pagamento, as parcelas remuneratórias percebidas de boa-fé pelo servidor e decorrentes de equivocada interpretação da Administração acerca da norma jurídica aplicável à sua situação funcional. Súmula 106/TCU. Precedentes da Corte (AMS 2000.01.00.008597-4/DF, Rel. Juiz Federal Klaus

Kuschel (conv), Primeira Turma, *DJ* de 06/02/2006, p. 14; AMS 2002.37.00.004886-3/MA, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv), Primeira Turma, *DJ* de 05/12/2005, p. 23).

7. Apelação não conhecida; remessa oficial a que se dá parcial provimento, para conceder parcialmente a segurança". (AMS 1998.32.00.001970-7/AM; Apelação em Mandado de Segurança Desembargador Federal José Amílcar Machado Juíza Federal Simone Dos Santos Lemos Fernandes (conv.) 19/03/2007 *DJ* p. 5).

Por estes fundamentos, concedo, em parte, a segurança, apenas para determinar que não seja exigido o ressarcimento de qualquer valor percebido em razão do ato coator.

Sem honorários de sucumbência (Súmula 105 STJ).

É como voto.

Segunda Seção

Conflito de Competência

2008.01.00.030092-6/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto

Autor: Justiça Pública

Procurador: Dr. Jose Milton Nogueira Junior

Réu: A apurar

Suscitante: Juízo Federal da 3a Vara – PA

Suscitado: Juízo Federal da 4a Vara – MG

Divulgação: e-DJF1 de 22/08/2008

Publicação: 25/08/2008

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Crime por computador. Crime de informática comum. Transferência fraudulenta via internet de dinheiro para conta do agente ou de laranja. Crime de furto qualificado. Consumação. Juízo competente.

I – O crime de informática *comum* é aquele em que o agente se utiliza do sistema de informática, que não é essencial, como meio para perpetração de crime tipificado em lei penal.

II – No crime de furto mediante fraude, o agente age ardilosamente para capturar a senha, a fim de ter acesso ao banco. De posse da senha, pratica o furto, agindo, já agora, de forma adequada e normal para o computador, *apresentando-se* como se fosse o próprio cliente, usuário habilitado, ou se tivesse sido por ele autorizado, e, assim, opera a transferência de valores (CP, art. 155, § 4º, inciso II — furto qualificado). O computador não *age* por erro, pois, aceita a senha correta. Não é a vítima, na hipótese, quem transfere o dinheiro para o agente, nem quem autoriza a transferência. O dinheiro é subtraído contra a vontade, expressa ou presumida, do cliente, a vítima.

III – Consumando-se o crime de furto com a subtração da coisa, momento em que é ela retirada da esfera de disponibilidade da vítima, sem seu consentimento — atente-se que a transferência do dinheiro da conta do correntista, vítima, para a do agente ou a do *laranja*, se deu imediatamente, instantaneamente —, a competência para processá-lo e julgá-lo é do juízo do lugar onde se deu a consumação, o do lugar, no caso, de onde o dinheiro foi subtraído, obedecendo-se a regra disposta no art. 70 do Código de Processo Penal.

Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar a competência do juízo suscitado, o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

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

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1.
A matéria em discussão versa sobre retiradas indevi-

das de dinheiro, mediante transferência realizada por meio de internet (transferência eletrônica), da conta-corrente de cliente, Clemal Artefatos de Couro Ltda.,

da Caixa Econômica Federal, Agência Vale Verde, em Contagem, Minas Gerais, para as agências de Museu Emilio Goeldi, Cidade de Belém, Estado do Pará, cta. 95345-6, titular Jeanne Claire Abbade Vida; e de Barra Funda, Estado de São Paulo, cta. 70119-0, em nome de André Luiz Dias da Silva.

2. O Procurador da República José Milton Nogueira Júnior entendeu que a competência é do lugar de onde saiu o dinheiro, agência de Contagem/MG, por se tratar de furto qualificado mediante fraude (v. fls. 84/88). E, assim, a competência para processar e julgar o crime seria da Seção Judiciária de Minas Gerais.

3. O Juiz Federal Substituto Leonardo Augusto de Almeida Aguiar, da 3ª Vara da Seção Judiciária do Pará, acolhendo o pedido, suscitou conflito negativo de competência (fls. 89/92), uma vez que a Juíza Federal da 4ª Vara de Minas Gerais, Adriana Luísa Vieira Trindade, não tinha aceito a competência (v. fl. 59).

4. O Ministério Público Federal, pela Procuradora Regional da República Maria Célia Mendonça, foi de parecer que a competência é do juízo suscitado, o da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte.

5. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de crime de informática comum, ou seja, o agente utiliza-se do sistema de informática, que não é essencial, como meio para perpetração de crime tipificado em lei penal.

Em primeiro lugar, vejamos como se dá o *modus operandi* desse tipo de crime:

O agente, mediante mensagens eletrônicas para usuários da internet, uma vez aberta a mensagem, consegue obter, executando determinados programas, o número da conta-corrente e a senha do correntista, quando é por este acessado o *site* do seu banco; ou através de *clonagem* de dados do cartão magnético e da senha, em terminais de auto-atendimento. Apoderan-

do-se do número da conta-corrente e da senha do correntista, o agente acessa o *site* do estabelecimento de crédito, no caso o da Caixa Econômica Federal, como se fosse o próprio cliente/correntista e procede a transferência de dinheiro da conta-corrente para uma outra, e desta saca o dinheiro.

A obtenção do dinheiro da vítima via transferência eletrônica sai da sua conta-corrente bancária para a do agente, de forma fraudulenta, constitui crime de estelionato (CP, art. 171) ou de furto (CP, art. 155, § 4º, II)?

Caso se entenda que se cuida de furto, o crime se consuma no local da subtração.

Se se entender que se trata de *estelionato*, o crime se consuma no momento e no lugar em que o agente teve a posse do dinheiro transferido, isto é, no momento em que o valor entrou na sua conta-corrente, passando à sua disposição.

Duas questões, portanto, a resolver.

Na doutrina, a matéria não está pacificada.

Para Pedro Luiz Ricardo Gagliardi (*in Crimes cometidos com uso de computador*. Tese em doutorado em direito. Universidade de São Paulo, *apud* Rita de Cássia Lopes da Silva, *in Direito penal e sistema informático*. São Paulo: RT. 2003, p. 96), trata-se de crime de estelionato, uma vez que o computador agiria como *preposto* ou *empregado* da vítima, e, sendo enganado pelo agente, entrega-lhe o dinheiro, a *imaginar* que se tratava da própria vítima.

Assim, também, pensa Fernando Galvão da Rocha (*apud* Antônio Scarance Fernandes, *in Crimes praticados pelo computador*. Dificuldade na apuração dos fatos. *Revista de Ciências Jurídicas*, da Universidade Estadual de Maringá, Curso de Mestrado em Direito, ano III, n. 1, 1999, p. 14):

(...) o agente que supera os mecanismos de proteção dos sistemas bancários, através da utilização dos cartões de identificação ou senhas, para transferir valores para conta-corrente na qual poderá efetuar saque, ou autorizar diretamente este saque, pratica estelionato previsto no art. 171 do CP, uma vez que com a conduta o agente obtém vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante a utilização de fraude que vicia o consentimento do operador financeiro para a entrega dos valores. Nessa hipótese, não há subtração do dinheiro que porventura exista em conta bancária, mas a enganosa entrega

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Reynaldo Soares da Fonseca e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

pela instituição financeira, que acredita realizar operação autorizada pelo titular da conta.

Para outros, o computador seria uma *longa manus* do agente, a vítima não teria participado do *mis-en-scène*; sua vontade, pois, não foi viciada, e, assim, teríamos o crime de furto qualificado pela fraude.

O agente age ardilosamente para capturar a senha, a fim de ter acesso ao banco. De posse da senha, pratica o furto, agindo, já agora, de forma adequada e normal para o computador, *apresentando-se* como se fosse o próprio cliente, usuário habilitado, ou tivesse sido por ele autorizado, e, assim, operando a transferência de valores (CP, art. 155, § 4º, inciso II – furto qualificado). O computador não *agiu* por erro, pois, aceitou a senha correta. Não é a vítima quem transfere o dinheiro para o agente, nem que autoriza a transferência. O dinheiro é subtraído contra a vontade, expressa ou presumida, do cliente, a vítima.

Julgando o CC 2006.01.00.038040-5/GO, em 08/11/2006 (DJ 01/12/2006), a Segunda Seção deste Tribunal, relator Juiz Hilton Queiroz, por unanimidade, entendeu que:

A transferência eletrônica fraudulenta de valores, via internet, para outras contas mantidas por outras instituições bancárias, configura o crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP).

Antes, em sessão de 28/06/2005 (DJ 25/07/2005), esta mesma Quarta Turma, tendo como relator o Juiz convocado Guilherme Doehler, e vogais Juízes Hilton Queiroz e Marcus Vinicius Reis Bastos, este igualmente convocado, julgando a ACR 2004.43.00.001823-3/TO, decidiu que:

Comprovação da transferência fraudulenta por parte dos acusados que participaram efetivamente do delito de furto qualificado. Concurso de pessoas demonstrado.

A Terceira Turma, deste Tribunal, no ano de 2006, na sessão de 3 de outubro, relator o Juiz convocado Jamil Rosa de Jesus, com a participação dos Juízes Maria Lúcia Gomes de Souza (Convocada) e Cândido Ribeiro, julgando o HC 2006.01.00.033310-8/MA (cf. DJ 20/10/2006), assim decidiu:

Verificado o prejuízo patrimonial de correntistas e instituições financeiras, por meio de expedientes fraudulentos levados a cabo na rede mundial de computadores, pelo menos da visão

perfunctória que se pode ter dos fatos no atual momento processual, a qualificação jurídica dos fatos pela autoridade policial — art. 155, § 4º, inciso II (furto qualificado) — encontra-se consentânea com a jurisprudência desta Corte, razão pela qual não merece prosperar o argumento fundado na atipicidade do fato.

É verdade que esta mesma Terceira Turma, relator Juiz Cândido Ribeiro, participando como Juízes vogais Jamil Rosa de Jesus Oliveira e Maria Lúcia Gomes de Souza (convocados), em 24/10/2006 (DJ 17/11/2006), apreciando o RCCR 2006.35.03.001640-0/GO, entendeu que:

No caso concreto, não há que se falar no delito de furto, caracterizado pela subtração, mas sim em crime de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do CP), já que o fato investigado — utilização de meio fraudulento para sacar dinheiro de correntistas da Caixa Econômica Federal —, leva, em tese a configuração deste último.

A Segunda Seção, no entanto, como se viu, tem se manifestado no sentido de que, na hipótese, configurado está o crime de furto qualificado cometido mediante fraude e não de estelionato.

2. Consumando-se o crime de furto com a subtração da coisa, momento em que é ela retirada da esfera de disponibilidade da vítima, sem seu consentimento — atente-se que a transferência do dinheiro da conta do correntista, vítima, para a do agente ou a do *laranja*, se dá imediatamente, instantaneamente —, a competência para processá-lo e julgá-lo é do juízo do lugar onde se deu a consumação, na verdade, do lugar de onde o dinheiro foi subtraído, obedecendo-se a regra disposta no art. 70 do Código de Processo Penal.

O crime ocorreu no Município de Contagem que está na circunscrição da Seção Judiciária de Minas Gerais, Belo Horizonte, que é, portanto, o juízo competente para apreciar o feito.

3. Ante o exposto, *conheço do conflito* para *declarar competente* o juízo suscitado, o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

4. É o voto.

Terceira Seção

Embargos Infringentes em AC

2002.38.00.024251-0/MG

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida

Embargante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Embargado: Francisco Guilherme Marques Rosa

Advogados: Dr. José Vânio Oliveira Sena e outros

Divulgação: e-DJF1 de 01/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Concurso Público. Escrivão da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Legalidade da exigência. DL 2.320/1987. Critérios de avaliação dos candidatos. Acesso às razões de não-recomendação. Interposição de recurso administrativo. Validade do exame. Embargos infringentes providos.

I. “O exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame” (AI-AgR 598688/DF, Rel. Min. Eros Grau, publicado no *DJ* de 06/11/2006).

II. A avaliação psicológica encontra amparo legal (Decreto-Lei 2.320/1987), os critérios para a aplicação do exame foram dispostos no edital do concurso. O autor teve acesso, com a faculdade de ser assistido por psicólogo por ele contratado, ao resultado de seu teste e respectivo laudo, nos quais constam as características do candidato tidas como inadequadas para o exercício do cargo público pretendido, bem como os critérios utilizados na avaliação. O recurso interposto foi devidamente apreciado pela Administração Pública.

III. Legalidade e regularidade do exame psicotécnico que se reconhece, ante a expressa previsão legal, a ausência de critérios subjetivos do avaliador e a garantia de revisibilidade do resultado por meio de recurso administrativo próprio.

IV. A nulidade da avaliação psicológica, conforme pacificado pelo STJ, “não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitados os critérios da objetividade, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato” (REsp 469.959/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/09/2006, *DJ* 09/10/2006 p. 340).

V. Deve prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro ao negar provimento à apelação por entender que permitir a participação do autor no certame sem se submeter a novo exame psicológico viola o princípio da isonomia.

VI. Embargos infringentes da União providos.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Exa. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 08/07/2008.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sr^a. Des. Federal Selene Maria de Almeida: – Trata-se de embargos infringentes opostos pela União contra acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação do autor em ação que impugna o resultado de exame psicotécnico para ingresso na carreira de escrivão da polícia federal.

O acórdão proferido pela Sexta Turma, relatado pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, por maioria, deu provimento à apelação da autora para considerar vedado o caráter sigiloso e irrecorrível do exame psicotécnico bem como a adoção de critérios meramente subjetivos na avaliação.

Restou vencido o próprio relator, que negou provimento ao recurso por entender que permitir a participação do autor no certame sem se submeter a novo exame psicológico viola o princípio da isonomia. O Desembargador Souza Prudente, que inaugurou a divergência, redigiu o acórdão de fl. 402.

A embargante, União, afirma, em síntese, que o posicionamento divergente deve prevalecer, uma vez que o próprio TRF 1ª Região tem reconhecido a legalidade da exigência de avaliação psicológica nos processos seletivos para os cargos da Polícia Federal. Acrescenta que a previsão de legalidade da exigência de avaliação psicológica está inscrita no art. 8º, III, do Decreto-lei 2.320/1987, recepcionado pela Constituição e que o laudo fornecido pelo Cespe.

Requer, ao fim, o provimento dos presentes embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

Contra-razões, fls. 416/428.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: – A União interpõe embargos infringentes visando à prevalência do voto vencido proferido pelo eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, o relator.

O acórdão da Sexta Turma foi assim redigido pelo Desembargador Souza Prudente, que inaugurou a divergência, fl. 402:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo.

“Constitucional e Administrativo. Concurso Público. Escrivão de Polícia Federal. Exame Psicológico. Caráter sigiloso e irrecorrível. Critérios subjetivos. Agressão a princípios constitucionais.

I – O exame psicotécnico afigura-se legítimo, desde que previsto em lei e no edital de regência do concurso público, sendo vedado, no entanto, o caráter sigiloso e irrecorrível do teste, bem assim a adoção de critérios meramente subjetivos, possibilitando ao avaliador um juízo arbitrário e discricionário do candidato, por afrontar a garantia constitucional de ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, incisos XXXIV, “b” e LV.

II – Apelação provida. Sentença reformada.” (fl. 402)

Como bem descrito pelo relator, o apelante/embargado postula, “por meio desta ação, declarar nulo o ato administrativo que o excluiu do concurso público para provimento de vagas no cargo de Escrivão de Polícia Federal, por haver sido considerado ‘não-recomendado’ em avaliação psicológica, assegurando-se, por conseguinte, a sua participação no curso de formação, próxima fase do certame.” (fl. 394)

O relator, vencido, havia negado provimento ao recurso por entender que permitir a participação do autor no certame sem se submeter a novo exame psicológico viola o princípio da isonomia.

A controvérsia acerca da legalidade dos exames psicotécnicos e psicológicos previstos em editais para concursos públicos há muito tempo vem sendo enfrentada pelos Tribunais Pátrios.

Sobre o tema, em reiterados julgamentos, a jurisprudência firmou-se no sentido de que é legal a aplicação dos exames psicotécnicos e psicológicos, ressalvada, entretanto, a necessidade de previsão legal e a indispensável observância dos requisitos da revisibilidade, publicidade e objetividade.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, assim posicionou-se:

“Agravo regimental no Agravo de Instrumento. Exame Psicotécnico. Concurso Público. Necessidade de critérios objetivos e de previsão legal. Reexame da legislação infraconstitucional e dos critérios utilizados para a realização do exame. Impossibilidade. Súmula 279 STF.

1. A orientação deste Tribunal é firme no sentido de que “o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos

de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame”.

(...)

Agravo regimental a que se nega provimento”. (AI-AgR 598688/DF, Rel. Min. Eros Grau, publicado no *DJ* de 06/11/2006).

Em igual sentido, assim manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Concurso Público. Agente da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Cabimento. Expressa previsão legal. (...)”

1. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para provimento de alguns cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, exige-se a presença de certos pressupostos, a saber: a) previsão legal, sendo insuficiente mera exigência no edital; b) não seja realizado segundo critérios subjetivos do avaliador, que resultem em discriminação dos candidatos; c) seja passível de recurso pelo candidato.

(...)

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (REsp 469.959/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/09/2006, *DJ* 09/10/2006 p. 340).

Ainda sobre a questão, cumpre registrar que o Ministro Vicente Leal, quando do julgamento do EDcl no REsp 479.214/BA, em 18/09/2003, com muita clareza consignou que “a mais relevante característica do exame psicotécnico é a objetividade de seus critérios, indispensável à garantia de sua legalidade, enquanto afasta toda e qualquer ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia e garante a necessária publicidade e recorribilidade do exame”, bem como que “a publicidade e a revisibilidade do resultado do exame psicotécnico estão diretamente relacionadas com o grau de objetividade que deve presidi-lo, constituindo-se, em verdade, em suas conseqüências necessárias. Tem-se, assim, como inadmissível, a prevalência do subjetivismo nos exames de avaliação psicológica, sobre o seu objetivismo, pois, se assim for, o candidato idôneo ficará à mercê do avaliador, com irrogada ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade”.

Perfilhando idêntico entendimento, assim firmou-se a jurisprudência desta Corte:

“Constitucional e Administrativo. Concurso Público. Policial Rodoviário Federal. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário com os demais

candidatos. Exame Psicológico. Caráter sigiloso e irrecurível. Critérios subjetivos. Agressão a princípios constitucionais.

(...)

II – O exame psicotécnico afigura-se legítimo, desde que previsto em lei e no edital de regência do concurso público, sendo vedado, no entanto, o caráter sigiloso e irrecurível do teste, bem assim a adoção de critérios meramente subjetivos, possibilitando ao avaliador um juízo arbitrário e discriminatório do candidato, por afrontar a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, incisos XXXIV, “b” e LV.

(...)

IV – Apelação e remessa oficial desprovidas”. (AMS 2004.34.00.017402-2/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, *DJ* de 17/10/2006, p. 47).

“Constitucional. Administrativo. Concurso Público. Policial Rodoviário Federal. Exame Psicotécnico. Irrecorribilidade. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

1. É legítima a exigência do exame psicotécnico em concurso para preenchimento de vaga da carreira de Policial Federal instituído pela Lei 9.654/1998, na medida em que a Constituição Federal delega em seu art. 37, inciso I, que os critérios de admissão serão estabelecidos por este instrumento legal.

2. Contudo, embora revestida de legalidade a exigência do psicotécnico, não pode o seu resultado ter caráter sigiloso e irrecurível, como na hipótese dos autos, porquanto é inconstitucional a inserção de cláusulas do edital que impeçam o acesso do candidato ao resultado do exame.

3. Nesse sentido, o exame psicotécnico somente é admissível, quando seu resultado é passível de reversibilidade e publicidade, de modo a se excluir a subjetividade do avaliador e a ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade (STJ, 6ª Turma, RESP 254710, Rel. Hamilton Carvalhido, *DJ* 05/02/2001, p. 139).

4. Apelação e Remessa Oficial desprovidas”. (AC 1999.38.00.000258-5/MG, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv), Sexta Turma, *DJ* de 09/10/2006, p. 111).

“Processual Civil. Administrativo. Agravo de Instrumento. Concurso Público. Carreira de Policial Federal. Exame Psicotécnico.

1. Revela-se adequado e pertinente o exame psicotécnico para candidatos aos cargos da carreira da polícia federal, a fim de se evitar o ingresso de pessoas desprovidas de aptidão psicológica e que

demonstrem temperamento incompatível com o exercício das respectivas funções.

2. Tal avaliação, porém, não pode pautar-se em critérios não-revelados, com características de subjetividade, que impeçam o exame do Poder Judiciário acerca de eventual lesão ou ameaça de lesão a direito decorrente do uso desses critérios, sob pena de ofensa às regras constitucionais inscritas no art. 5º, XXXV e 37, caput, I e II.

3. Recentemente, esta Corte, por intermédio da 5ª e 6ª Turmas, tem recusado legitimidade ao teste psicotécnico, na forma como vem sendo aplicado, ao fundamento de que não é dado à Administração exigir que os candidatos se enquadrem a perfil psicológico/profissiográfico específico, previamente traçado por ela, visto que os critérios informadores de tal perfil não constam do edital do certame, nem de lei, tampouco foram noticiados aos concorrentes, de modo que tal procedimento termina por macular o referido exame de índole subjetiva e sigilosa, bem como por extrapolar os fins a que se destina.

4. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento, para permitir a participação do Recorrente no próximo curso de formação para o cargo que almeja, observando a sua ordem de classificação no certame em comento". (AG 2005.01.00.067062-0/DF, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, Quinta Turma, DJ de 10/08/2006, p. 107).

Cumpre destacar, ainda, que a Constituição Federal, em seu art. 37, I, dispõe que os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. Assim, a realização de exame psicotécnico encontra respaldo na Constituição Federal, desde que haja expressa previsão na lei reguladora do cargo público.

Na espécie, impende analisar a existência dos referidos requisitos.

A exigência do exame psicotécnico em concursos para as carreiras da Polícia Federal está prevista no Decreto-Lei 2.320/1987.

Neste sentido:

"Processual Civil. Administrativo. Embargos de divergência no Recurso Especial. (...). Delegado da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Aprovação Anterior. Repetição. Necessidade. Decreto-Lei 2.320/1987.

(...)

2. De qualquer sorte, a jurisprudência majoritária das Turmas que compõem a Terceira Seção

desta Corte, se manifesta no sentido de que, por força do disposto nos arts. 8º, inciso III, e 10, parágrafo único do Decreto-lei 2.320/1987, o candidato que participa de certame público para preenchimento do cargo de Delegado da Polícia Federal deve se submeter à avaliação psicotécnica específica da carreira, sendo inaproveitável anterior aprovação, pois a finalidade do aludido exame é a avaliação psíquica-intelectual do candidato para aferir sua compatibilidade com o cargo que pleiteia, cujas atribuições são distintas do anterior. Precedentes.

3. Embargos de divergência não conhecidos". (EREsp 479.214/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 24/08/2005, DJ 10/10/2005 p. 219).

No que tange aos demais requisitos, quais sejam a revisibilidade, publicidade e objetividade, é imprescindível a análise do edital, bem como dos documentos carreados aos autos, que não traduzem a pretensa subjetividade ou inexistência de critérios como pretende ver reconhecido o apelante.

No edital do certame estão consignados os seguintes critérios para a avaliação psicológica, fl. 55 - verso:

5.19. Da Avaliação Psicológica

5.19.1 A avaliação psicológica terá caráter unicamente eliminatório e o candidato será considerado recomendado ou não-recomendado.

5.19.2 A avaliação psicológica consistirá na aplicação e na avaliação de baterias de testes projetivos, de inventário de personalidade, de aptidão e de nível mental, visando a aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional de cada concurso, inclusive para portar arma de fogo.

(...)

5.19.4 Será considerado recomendado o candidato que se adequar à profissiografia da categoria funcional traçada para cada concurso pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.19.5 Será considerado não-recomendado o candidato que demonstrar inadequação à profissiografia da categoria funcional traçada pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.19.6 Será eliminado do(s) concurso(s) público(s) o candidato considerado não-recomendado na avaliação psicológica

5.19.7 Demais informações a respeito da avaliação psicológica constarão de edital específico de convocação para esta fase.”

Além da previsão no edital inicial, foi publicado o “edital específico” previsto no item 5.19.7, que assim disciplinou o exame, fls. 137/138:

5. Da Avaliação Psicológica

5.1 A avaliação psicológica terá caráter unicamente eliminatório, e o candidato será considerado recomendado ou não-recomendado.

5.2 A avaliação psicológica consistirá na aplicação e na avaliação de baterias de testes projetivos, de inventário de personalidade, de aptidão e de nível mental, visando a aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional de cada concurso, inclusive para portar arma de fogo.

(...)

5.4 Será considerado recomendado o candidato que se adequar à profissiografia da categoria funcional traçada para cada concurso pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.5 Será considerado não-recomendado o candidato que demonstrar inadequação à profissiografia da categoria funcional traçada pelo Setor de Psicologia da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia.

5.6 Será automaticamente eliminado do concurso o candidato que não comparecer para a realização de qualquer um dos momentos da avaliação psicológica.

5.7 Os candidatos não-recomendados receberão uma conclusão da avaliação psicológica. No momento do recebimento da conclusão da avaliação psicológica, o candidato marcará a sessão de conhecimento das razões de não-recomendação. O candidato pode ou não contratar um psicólogo inscrito no CRP, o qual deverá comparecer, juntamente com o candidato, à sessão de conhecimento das razões.

5.7.1 Na sessão de conhecimento das razões, o candidato e o psicólogo contratado receberão um laudo-síntese contendo os resultados do exame. Nessa ocasião, também serão fornecidas explicações a respeito do processo. As informações técnicas e relativas ao perfil só poderão ser discutidas com o psicólogo contratado.

5.7.1.1 Caso o candidato opte por não contratar psicólogo, ele poderá comparecer sozinho à sessão de conhecimento das razões. No entanto, não serão discutidos aspectos técnicos da avaliação psicológica.

5.7.1.2 Caso o candidato não concorde com as razões de ter sido considerado não-recomendado poderá interpor recurso de revisão, a ser respondido pelo Cespe, em formulário específico, que será entregue ao término da sessão de conhecimento das razões.

5.8 O recurso interposto será julgado por uma banca revisora independente da equipe responsável pela avaliação psicológica.

5.9 Não haverá qualquer outro recurso e/ou pedido de reconsideração da decisão pela banca revisora.

5.10 O Cespe divulgará o dia, o horário e o local em que o candidato considerado não-recomendado na avaliação psicológica deverá comparecer para agendar sessão de conhecimento das razões da não-recomendação, facultando-se o comparecimento do psicólogo contratado à sessão de conhecimento, com direito à defesa de seu representado”.

Em face da publicidade e da possibilidade de revisão previstas no edital, o autor teve acesso ao “Laudo Síntese” (fls. 82/84 e 193/198) e, ciente dos fundamentos que conduziram à sua não-recomendação, o autor interpôs recurso administrativo (fls. 130/133), tendo sido ele apreciado fundamentadamente pelo CESPE (fls. 134/135).

Importante destacar, ainda, que ao candidato/autor foi facultada a análise dos laudos, podendo, inclusive, estar assistido por profissional inscrito no Conselho Regional de Psicologia.

Acostadas à fl. 191 encontra-se a “Ata da Sessão de conhecimento das razões da não recomendação” e, à fl. 192, as argumentações apresentadas pelo candidato e/ou pelo psicólogo contratado.

Depreende-se dos resultados relativos aos testes aplicados no Apelante, que os testes realizados estão individualizados, com as explicações dos motivos que conduziram à conclusão de não recomendação, sendo desprovida de fundamento a alegação de subjetividade.

Em tal perspectiva, forçoso reconhecer que a avaliação psicológica à qual o autor foi submetido, foi dotada de publicidade, objetividade e revisibilidade, estando preenchidos, portanto, os pressupostos de validade exigidos pela jurisprudência.

Ainda que assim não fosse, o fato de ter sido declarada a nulidade da avaliação psicológica, conforme

pacificado pelo STJ, “não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, *deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitadas os critérios da objetividade*, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato” (REsp 469.959/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 09/10/2006 p. 340, grifei).

Em igual sentido:

“Administrativo. Concurso Público. Agente da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Cabimento. Expressa previsão legal. Caráter sigiloso e irrecurribilidade. Configuração. Reexame em sede especial. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Anulação do exame. Direito automático de participar do curso de formação. Inexistência. Necessidade de realização de novo exame pautado pelos ditames da publicidade e da revisibilidade.

(...)

3. A manutenção do acórdão recorrido, que reconheceu o caráter sigiloso e irrecurribil do exame psicotécnico, não implica o automático ingresso dos candidatos nele reprovados na Academia Nacional de Polícia. É necessária a realização de novo exame psicotécnico, isento das irregularidades que ensejaram a nulidade do primeiro.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido”. (REsp 670.104/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006 p. 336).

“Recurso Especial. Administrativo. Concurso Público. Polícia Civil. Aproveitamento de exame psicotécnico realizado. Ausência de prequestionamento. Irrecorribilidade. Ilegitimidade. Automático Ingresso. Impossibilidade.

(...)

4. O reconhecimento do caráter sigiloso e irrecurribil do exame psicotécnico determinado pelo edital que regula o concurso para o provimento de cargos na Polícia Civil não implica o automático ingresso dos candidatos nele reprovados na Academia de Polícia Civil.

5. Recurso parcialmente provido”. (REsp 622.342/GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Rel. p/ Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 09/08/2005, DJ 19/12/2005 p. 486).

“Processual Civil e administrativo. Mandado de Segurança. Decadência. Não-Ocorrência. Concurso Público. Ingresso na Carreira Policial. Exame Psicotécnico. Aproveitamento de testes realizados anteriormente. Violação dos princípios da igualdade e impessoalidade. Não-Cabimento. Previsão legal. Exigibilidade. Caráter subjetivo, sigiloso e irrecurribil. Impossibilidade. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido em parte.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é exigível, em concurso público, a aprovação em exame psicotécnico quando previsto em lei, mormente para ingresso na carreira policial, em que o servidor terá porte autorizado de arma de fogo e, pela natureza das atividades, estará sujeito a situações de perigo no combate à criminalidade. Todavia, tem rejeitado sua realização de forma subjetiva e irrecurribil.

4. Recurso ordinário conhecido e provido. Acórdão recorrido reformado. Segurança concedida em parte para anular o exame psicotécnico realizado e determinar a realização de novo teste, baseado em critérios objetivos e previamente determinados, sendo o resultado, ainda, passível de recurso”. (RMS 17.103/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 338)

Por oportuno, é conveniente ressaltar que examinando questão análoga, assim pronunciou-se esta Quinta Turma;

“Administrativo. Concurso Público. Escrivão da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Legalidade da exigência. DL 2.320/1987. Critérios de avaliação dos candidatos. Acesso às razões de não-recomendação. Interposição de recurso administrativo. Validade do exame.

1. “O exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame” (AI-AgR 598688/DF, Rel. Min. Eros Grau, publicado no DJ de 06/11/2006).

2. Na hipótese, a avaliação psicológica encontra amparo legal (Decreto-Lei 2.320/1987), os critérios para a aplicação do exame foram dispostos no edital do concurso, inclusive em edital específico para esta fase do certame. O autor teve acesso, inclusive com assistência de psicólogo por ele contratado, ao “Parecer Psicológico da Não Recomendação” e “Laudo Síntese”, nos quais constam as características do candidato tidas como inadequadas para o exercício do cargo público pretendido, bem

como os critérios utilizados na avaliação. O recurso interposto foi fundamentadamente apreciado pela Administração Pública.

3. Legalidade e regularidade do exame psicotécnico que se reconhece, ante a expressa previsão legal, a ausência de critérios subjetivos do avaliador e a garantia de revisibilidade do resultado por meio de recurso administrativo próprio.

4. Ademais, a nulidade da avaliação psicológica, conforme pacificado pelo STJ, “não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitados os critérios da objetividade, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato” (REsp 469.959/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006 p. 340).

5. Recurso do autor improvido.” (AC 2005.30.00.000096-0/AC, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 01/03/2007, p. 105)

Nesse contexto, deve prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro ao negar provimento ao recurso e confirmar a sentença de fls. 351/355 por entender que permitir a participação do autor no certame sem se submeter a novo exame psicológico viola o princípio da isonomia.

Diante do exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – Dou provimento aos embargos, acompanhando o voto da eminente Relatora, nos termos do voto que proferi no julgamento da apelação, objeto dos presentes embargos.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo – Senhor Presidente, peço vênica para divergir negando provimento a estes embargos conforme voto escrito que farei juntar, prevalecendo, portanto, já os votos vencedores na egrégia 6ª Turma.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, acompanho a divergência na forma de voto padrão que tenho sobre a questão e que farei juntar.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — No agravo de instrumento 2005.01.00.007773-5/PA, proferi voto em caso semelhante, com os seguintes fundamentos:

Inicialmente entendo não haver preclusão pelo fato de não ter o ora agravante impugnado as regras do edital do concurso. Mesmo no processo eleitoral, campo propício da preclusão, esta não ocorre quando se cuida de matéria constitucional, que é o caso, uma vez que a questão diz respeito ao direito fundamental de concorrer ao ingresso no serviço público.

Não há falar também em quebra da isonomia com a continuação do ora agravante no concurso (um privilégio perante os demais excluídos por reprovação no mesmo exame psicotécnico). Ora, se, em tese, o exame psicotécnico aplicado aos candidatos do concurso é uma ilegalidade, não se pode pretender que a ação para correção dessa suposta ilegalidade implique litisconsórcio necessário de todos os candidatos reprovados. Se alguns candidatos conformam-se com a reprovação, isto não é empecilho a que outros reajam ao ato, por meio de ação judicial, fazendo uso da garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição.

No que diz respeito ao cerne da questão, a reprovação no psicotécnico, tal como tem sido decidida na generalidade dos concursos públicos, padece de uma deficiência básica: a falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, a falta de motivação suficiente, pública¹ e convincente da inaptidão do candidato.

De acordo com a Lei 9.784/1999, art. 50, deverão ser motivados todos os atos administrativos, entre outras hipóteses, que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública. A

¹No pensamento de Kant, “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas” (BOBBIO, Norberto, citado por MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. *In: Direito Público* – Estudos em homenagem ao Professor Adilson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 328.

motivação dos atos administrativos (e a reprovação de candidato em concurso público constitui, efetivamente, ato administrativo) é inerente à democracia. A democracia — leciona Celso Antônio Bandeira de Mello — já não é só um modo “de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder”, refletindo-se na exigência de motivação, indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa.²

Alega a Administração que abrir totalmente o método de realização do exame psicotécnico seria facilitar o treinamento inescrupuloso para realizá-lo e com isto frustrar sua eficácia em aplicações futuras. A preocupação, como se vê, é com a salvação do exame psicotécnico. É como se o fim — a seleção de candidatos com perfil pretensamente adequado ao exercício do cargo — justificasse o emprego desse meio, ainda que de forma atentatória a princípios constitucionais e a direitos fundamentais. Entre salvar o exame psicotécnico e salvar os direitos fundamentais, deve-se preferir a última alternativa.

A possibilidade de preparação para criar, falsamente, um resultado positivo no exame psicotécnico, sem que por essa atitude o candidato esteja sujeito a qualquer sanção (haverá, quando muito, sanção ético-disciplinar para o psicólogo que ministre tal treinamento) já é um atentado à isonomia, na medida em que desiguala injustamente os concorrentes, em prejuízo, logo, dos mais honestos.

Não convence a argumentação com base na discricionariedade técnica e na presunção de legitimidade do ato administrativo. Primeiro, a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa.³ Segundo, à semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste para a lei restritiva de direito fundamental,⁴ e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo especialmente quando classificado nesse mesmo campo. Ao contrário, o ato administrativo aí situado será, em princípio, suspeito de ilegitimidade, recomendando criterioso exame jurisdicional (*strict scrutiny*). A dúvida, ainda mais, que resulta das características do exame psicotécnico, como em seguida será apontado, inverte a presunção, que de contrária torna-se favorável ao

candidato, de modo a exigir da Administração a demonstração cabal de sua legitimidade.

A dúvida começa quando se verifica a utilização, pelo exame psicotécnico, do método racionalista de fragmentar a personalidade humana, reduzindo-a a caracteres que se pretendem positivos ou negativos. Num dos testes normalmente aplicado — o de Zulliger — busca-se dimensionar os caracteres controle emocional, flexibilidade, maturidade, resistência à frustração, meticulosidade, perspicácia, ansiedade, sociabilidade, impulsividade, agressividade, tendência depressiva, capacidade de análise e síntese, o resultado dependendo da combinação quantitativa (matemática) de traços classificados como indesejáveis, restritivos e prejudiciais. A fragmentação para efeito de análise é orientação típica do racionalismo cartesiano, que recomenda, para alcançar a verdade, a redução da realidade a seus mínimos elementos para efeito de medição matemática. Mas a fragmentação da realidade, especialmente cuidando-se do grande universo da personalidade humana, pode ser comparada à experiência de colocar uma onda de mar num recipiente, o que a torna instantaneamente sem vida e sem movimento.⁵ O resultado do conjunto integrado num sistema é maior e diferente que o da simples soma das partes.

Ressalta Luis Recaséns Siches, tocando justamente na Psicologia, que para a Gestalt, ao contrário do associacionismo atomista, os fenômenos da consciência não representam a soma de componentes mentais singulares, mas uma totalidade unitária, indivisa (sistêmica), de sentido. A vivência do sentido total é algo mais e diferente da soma de seus componentes elementares. A constatação de que o todo é diferente da soma das partes encontra-se, já, nos ensinamentos de Lao-Tsé, Platão e Aristóteles. A conexão de sentido é objeto de estudos específicos de Dilthey e Husserl.⁶

Verifica-se que um dos testes aplicados ao agravante destinou-se a medir os seguintes caracteres: a) ordem (“diz respeito à pessoa meticulosa, cautelosa, que aprecia a rotina”); b) conformidade (“capacidade de conformar-se e respeitar regras e normas sociais”); c) atividade (“ser ativo, despendendo energia nas atividades que realiza, procurando padrões de excelência nos resultados”); d) autoconfiança (“diz respeito a pessoa otimista, tranqüila, confiante e de humor estável”); e) expansão

² *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 100.

³ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

⁴ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 100.

⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

⁶ *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 248 e 250.

("refere-se a pessoas que interagem facilmente com os outros, sentem-se à vontade com pessoas estranhas"); e) expansão exacerbada ("refere-se a pessoas que não se aprofundam em um relacionamento, não se focam em um objetivo") f) enfrentamento ("diz respeito à capacidade de não se impressionar com cenas violentas, vulgares e hostis") g) altruísmo ("característica de pessoas prestativas, generosas e simpáticas"); h) altruísmo exacerbado ("refere-se a pessoas que deixam de pensar em si mesmas devido à excessiva preocupação com os outros"); i) autenticidade ("refere-se à pessoa madura, sincera, capaz de expressar suas opiniões e sentimentos"); j) agressividade ("usar a força ou violência para se opor") exacerbada; l) inibição ("refere-se à pessoa que sente embaraço diante de outras pessoas, com dificuldade de tomar iniciativa") exacerbada. Um dos caracteres (conforme consta da petição inicial – fl. 8), especialmente, chama a atenção: masculinidade e feminilidade.

São, todos esses, conceitos altamente indeterminados (alguns duplamente indeterminados, como inibição exacerbada), insuscetíveis de determinação e medição matemática, válida para uma pessoa no decorrer de toda sua vida e em todas as circunstâncias; não está justificado porque esses caracteres e não outros são os adequados (imagino que a timidez, por exemplo, seja uma característica positiva quando se trata de entender a reação, numa dada situação, de outra pessoa igualmente tímida), levando-se em conta a diversidade de atividades de um órgão como a Polícia Federal; pelo menos dois daqueles caracteres mostram-se contraditórios: a capacidade para apreciar a rotina e a atividade. A propósito, diz Marçal Justem Filho que, na questão do exame psicotécnico em concurso público, há dois problemas fundamentais, de difícil superação: "o primeiro reside em identificar, teoricamente, as características psicológicas incompatíveis com as competências do cargo considerado. E o segundo consiste na implantação de um sistema de avaliação dotado de um mínimo de objetividade".⁷ Acrescentem-se os desvios subjetivos na interpretação do que seja realmente cada um daqueles traços, a respectiva importância (indesejável, restritivo ou prejudicial) e a quantidade ilimitada de tipos resultantes de sua combinação. Sem negar os méritos da Psicologia em inúmeras outras áreas e, reduzido a seus devidos limites, do próprio psicotécnico, não é exagero afirmar que a confiança na precisão dos resultados de um exame com as apontadas características constitui, por enquanto, ato de profissão de fé.

Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, são inválidas disposições que resultam em afastar a objetividade dos concursos públicos, como tais consideradas as relativas aos exames psicotécnicos que se destinam "a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretensão 'perfil psicológico', decidido pelos promotores do certame como sendo o 'adequado' para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego". Exames psicológicos — acrescenta — "só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental dos candidatos, ou, no máximo — e, ainda assim, apenas no caso de certos cargos ou empregos —, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções".⁸

Além desses casos, o exame psicotécnico pode ser utilizado, sim, como instrumento válido de orientação (recomendação, como, aliás, é o termo utilizado) à administração de pessoal, para efeito de lotação de servidores em setores compatíveis com a aptidão de cada um, sintomaticamente demonstrada, e de acompanhamento do estágio probatório. Nas palavras, novamente, de Marçal Justem Filho, "o meio mais satisfatório para verificar objetivamente a adequação da conduta de um sujeito reside na experimentação prática e concreta. Logo, a solução mais razoável é submeter o sujeito aprovado no concurso a um processo de acompanhamento rigoroso, durante um período de experiência. Constatada a ausência de suficiente equilíbrio para o exercício da atividade, será o caso de impedir a efetivação. Lamentavelmente, a Administração Pública não cumpre seus encargos relativamente ao período de experiência, o que conduz à tentativa — muitas vezes puramente adivinhatória — de eliminar o candidato num teste psicotécnico".⁹

Confira-se jurisprudência da egrégia 6ª Turma:

Apelação Cível. Concurso Público. Policial Rodoviário Federal. Exame Psicotécnico. Legalidade.

1. É legítima a exigência de exame psicotécnico para o cargo de Policial Rodoviário Federal, em razão de expressa previsão constitucional e legal (Lei 9.654/1998). Viola, contudo, a Constituição a realização de psicotécnico cujo escopo não é aferir a existência de traço de personalidade que impeça o regular exercício do cargo, mas a adequação do candidato a perfil profissional sigiloso. Mesmo

⁷ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591.

⁸ *Curso de direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

⁹ *Ibid.*, p. 591-592.

quando previsto em lei, o psicotécnico deve limitar-se, sob pena de inconstitucionalidade, à verificação da existência de traço de personalidade exacerbado, patológico, ou desvio de comportamento incompatível com as atribuições do cargo.

2. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento. (TRF – 1ª Região. 6ª Turma. AC 2004.33.00.017900-9/BA. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Data do julgamento: 28/08/2006. DJ de 09/10/2006, p. 121).

É o voto.

Voto de Desempate

O Exmo. 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 2002.38.00.024251-0/MG, de relatoria do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, por maioria, deu provimento à apelação do autor, na forma do voto divergente do eminente Desembargador Federal Souza Prudente, para julgar procedente o pedido, assegurando-lhe a continuidade nas fases subseqüentes do Concurso Público para o Cargo de Escrivão de Polícia Federal e de Agente Policial Federal, objeto do Edital 45/2001, sob o fundamento de que os critérios do exame psicotécnico, a que foi submetido o autor, não foram explicitados adequadamente no edital, de forma a permitir a impugnação pelos candidatos, assim como de que não teria o laudo deixado claro se foram adotados critérios objetivos (fls. 396/399).

Ficou vencido, no referido julgamento, o ilustre Relator, que negava provimento ao recurso, por entender que o pedido inicial “*deveria ser para submissão do candidato a outro exame com as garantias de acessibilidade ao resultado e ao recurso*”, e não de aprovação no curso de formação, sem que se submetesse a outra avaliação, sob pena de vulnerar o princípio da isonomia (fls. 394/395).

Iniciado o julgamento dos embargos infringentes, a eminente Relatora, *Desembargadora Federal Seleno Maria de Almeida*, proferiu voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, sob o fundamento de que a jurisprudência firmou-se no sentido da legalidade dos exames psicotécnicos e psicológicos, previstos em editais de concursos públicos, com adoção de critérios

objetivos. Analisando os termos do edital do concurso ora enfocado e do laudo de avaliação do candidato, concluiu a ilustre Relatora que foram asseguradas a publicidade e a possibilidade de revisão do resultado; que os testes foram individualizados e que foram explicitados os motivos da não recomendação do candidato, de modo que se mostrava sem fundamento a alegação de subjetividade (fls. 438/445), no que foi acompanhada pelo *Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro*.

O ilustre *Juiz Federal Convocado David Wilson de Abreu Pardo*, em voto vogal, inaugurou a divergência, pugnano pela juntada de voto. Foi acompanhado pelo eminente *Desembargador Federal João Batista Moreira*, que juntou o voto padrão de fls. 449/452, no qual afirma que a reprovação no exame psicotécnico de candidatos de concurso públicos “*padece de uma deficiência básica: a falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, a falta de motivação suficiente, pública e convincente da inaptidão do candidato.*” Sustentou S. Exa. que o exame psicotécnico permite desvios subjetivos na sua interpretação e, desse modo, serve apenas para orientar a administração de pessoal, para efeito de lotação de servidores em setores compatíveis com sua aptidão.

Verificado o empate, vieram os autos ao meu Gabinete, para proferir o voto de desempate.

Considero que a melhor solução para a divergência é aquela apontada pela ilustre Relatora, pelas razões que passo a expor.

A avaliação psicológica, como etapa do concurso público para provimentos de cargos da Polícia Federal, encontra-se prevista no Decreto-Lei 2.320/1987, que dispõe sobre o ingresso nas categorias funcionais da Carreira Policial Federal, *in verbis*:

Art. 6º As instruções reguladoras dos processos seletivos serão publicadas *por meio de Edital, que deverá conter:*

(...)

f) *as técnicas psicológicas aplicáveis;*

(...)

Art. 8º São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia:

(...)

III – possuir temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer, apurado em exame psicotécnico;

(...)

V – ter sido habilitado previamente em concurso público de provas ou de provas e títulos.

(destaques acrescentados)

Como se observa, a lei de regência exige que o candidato seja habilitado por meio de concurso público, cujo edital disponha sobre as técnicas psicológicas aplicáveis, e que o seu temperamento seja avaliado por meio de exame psicotécnico, para a matrícula na segunda etapa do concurso, qual seja, o Curso de Formação.

Desse modo, ainda que se considere que o exame psicotécnico não é o meio adequado para avaliar a aptidão do candidato ao cargo, por permitir interpretações psicológicas equivocadas, como afirmou o ilustre Desembargador Federal João Batista Moreira no seu voto divergente, tenho que tal assertiva, por si só, não poderia afastar uma exigência da lei para o ingresso na carreira de Policial Federal. Indispensável seria que, no julgamento do recurso pela Turma, fosse suscitada a questão da inconstitucionalidade do artigo de lei que prevê o exame.

Contudo, me filio à corrente jurisprudencial que entende ser constitucional a exigência de exame psicotécnico em concurso para provimento de cargo público, desde que esteja prevista em lei e que sejam adotados critérios objetivos de avaliação, como ressaltou a eminente Relatora.

Nesse sentido a jurisprudência pacífica do colendo STF, conforme arestos que transcrevo:

Ementa: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Concurso público. Agente de guarda municipal. Exigência de exame psicotécnico. Ocorrência de previsão legal e de adoção de critérios objetivos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 634306/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJ-E de 18/04/2008)

Ementa: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Concurso Público. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas. Exame Psicotécnico. Critérios objetivos. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (AI-AgR 639359/RR, Relatora Ministra Carmen Lúcia, publicado no DJ-E de 1º/02/2008)

Ementa: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Concurso Público. Exame Psicotécnico. Necessidade de critérios objetivos e de previsão legal. Reexame de fatos e provas. Análise da legislação infraconstitucional. Inviabilidade. Súmulas 279 e 280 STF. 1. A orientação deste Tribunal é firme no sentido da possibilidade da cobrança do exame psicotécnico em concurso público desde que estabelecido por lei e que tenha por fundamento critérios objetivos, inclusive com a possibilidade de reexame. Precedentes. 2. Reexame da matéria fático-probatória e da legislação infraconstitucional. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 660815/RR, Relator Ministro EROS GRAU, publicado no DJ-E de 23/11/2007)

Afastada, assim, a questão da imprestabilidade do exame para a finalidade almejada, diante da expressa determinação da lei, recepcionada pela ordem constitucional vigente, resta analisar os termos do edital do concurso para inferir se os critérios da avaliação psicológica são objetivos, e se está assegurado ao candidato a revisão do resultado.

Os editais do concurso, nos itens já transcritos no voto da Relatora às fls. 441/442, explicitam, de forma clara, os tipos de testes, a forma de divulgação do resultado, assim como a possibilidade de revisão. Consta, expressamente, do edital que o candidato poderá contratar psicólogo para acompanhá-lo na sessão de conhecimento do resultado, possibilitando a discussão técnica da avaliação psicológica. O edital específico, no item 5.7.1, consigna que: “na sessão de conhecimento das razões, o candidato e o psicólogo contratado receberão um laudo-síntese contendo os resultados do exame. Nessa ocasião, também, serão fornecidas explicações a respeito do processo” (fl. 138).

Assim, não procedem as alegações do autor de subjetividade do exame psicotécnico e de violação aos princípios da legalidade e da motivação dos atos administrativos, uma vez que o exame encontra-se previsto no Decreto-Lei 2.320/1987 e, na forma do edital, há possibilidade de revisão do resultado, com a explicitação dos motivos que levaram à não recomendação do candidato.

O laudo de fls. 193/198 confirma, também, que foram adotados critérios objetivos na avaliação do candidato e o autor não carrou aos autos prova alguma para impugná-lo, como, por exemplo, laudo técnico

de outro profissional, restringindo-se a atacar o exame, em tese.

Por fim, impende destacar que, como afirmou a ilustre Relatora, a declaração de nulidade do exame psicotécnico realizado pelo autor não autoriza, como consequência, a continuidade do candidato nas demais fases do concurso, na forma do pedido inicial, sendo imprescindível a realização de um novo exame, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade, entendimento esse consagrado no egrégio Superior Tribunal de Justiça. Confirmam-se, por exemplos, os seguintes arestos:

Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão e contradição. Não ocorrência. Candidato aprovado no curso de formação. Nulidade do exame psicotécnico. Novo exame. Necessidade.

1. A Eg. Quinta Turma, acolhendo o pedido alternativo, deu parcial provimento ao recurso especial, para determinar a realização de novo exame psicotécnico, não obstante ter sido mantido o acórdão recorrido apenas no tocante ao reconhecimento da nulidade do primeiro exame psicotécnico.

2. O fato de a candidata ter freqüentado e logrado aprovação no curso de formação da Academia Nacional da Polícia Federal, não tem o condão de afastar a necessidade da realização de novo teste psicotécnico.

3. *É inequívoco que a candidata, a despeito de ter concluído o curso de formação, não preencheu as exigências legais contidas no edital do certamente, sendo certo que sua eventual permanência do cargo, sem a aprovação do teste psicotécnico, configurar-se-ia um estado de flagrante ilegalidade, que não pode ser tolerada.*

4. Logrando aprovação no novo teste psicotécnico, a candidata tem o direito de ingressar no curso de formação, em face da aplicação, nessa hipótese, da “Teoria do Fato Consumado”, cuja aplicação em matéria de concurso público não pode prescindir do preenchimento das exigências legalmente previstas.

5. Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl no REsp 670.104/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ de 04/12/2006, p. 360)

Administrativo. Concurso Público. Agente da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Cabimento. Expressa previsão legal. Caráter sigiloso e irrecorribilidade. Configuração. Anulação do exame. Direito automático de participar do curso de formação. Inexistência.

Necessidade de realização de novo exame pautado pelos ditames da publicidade e da revisibilidade. Precedentes. Dissídio jurisprudencial não-comprovado. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.

1. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para provimento de alguns cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, exige-se a presença de certos pressupostos, a saber: a) previsão legal, sendo insuficiente mera exigência no edital; b) não seja realizado segundo critérios subjetivos do avaliador, que resultem em discriminação dos candidatos; c) seja passível de recurso pelo candidato.

2. (...)

3. Fato que, todavia, não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitados os critérios da objetividade, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato.

Precedentes.

4. (...)

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 469.959/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/09/2006, DJ de 09/10/2006, p. 340)

Processual Civil e Administrativo. Mandado de Segurança. Decadência. Não-Ocorrência. Concurso Público. Ingresso na Carreira Policial. Exame Psicotécnico. Aproveitamento de testes realizados anteriormente. Violação dos princípios da igualdade e impessoalidade. Não-Cabimento. Previsão Legal. Exigibilidade. Caráter Subjetivo, Sigiloso e Irrecorribil. Impossibilidade. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido em parte.

1. O prazo para impetração do mandado de segurança tem início na data em que o interessado toma ciência do ato impugnado, nos termos do art. 18 da Lei 1.533/1951. Hipótese em que a impetração dirige-se, também, contra o caráter subjetivo e irrecorribil do exame psicotécnico aplicado, e não apenas quanto à sua previsão no edital do concurso público. Decadência reconhecida pelo Tribunal de origem afastada.

2. É incabível o aproveitamento de resultados positivos obtidos em outros exames psicológicos ou psicotécnicos, porquanto viola os princípios da igualdade e impessoalidade, que informam o concurso público, além de possibilitar a utilização,

por parte da Administração, de resultados negativos, em razão da reciprocidade, e de desconsiderar possíveis alterações nas condições psíquicas dos candidatos, que ocorrem com o tempo.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é exigível, em concurso público, a aprovação em exame psicotécnico quando previsto em lei, mormente para ingresso na carreira policial, em que o servidor terá porte autorizado de arma de fogo e, pela natureza das atividades, estará sujeito a situações de perigo no combate à criminalidade. Todavia, tem rejeitado sua realização de forma subjetiva e irrecorrível.

4. Recurso ordinário conhecido e provido. Acórdão recorrido reformado. Segurança concedida em parte para anular o exame psicotécnico realizado e determinar a realização de novo teste, baseado em critérios objetivos e previamente determinados, sendo o resultado, ainda, passível de recurso. (RMS 17.103/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/11/2005, DJ de 05/12/2005, p. 338)

Diante do exposto, com a devida vênia dos autores dos entendimentos divergentes, *acompanho a relatora e dou provimento aos embargos infringentes.*

É como voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2001.01.00.045188-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Autora: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Camara Raposo Lopes

Réu: Somitra Transportes e Comércio Ltda.

Advogado: Dr. Ricardo Alves Moreira e outros

Divulgação: e-DJF1 de 09/08/2008

Publicação: 12/08/2008

Ementa

Ação rescisória. Alegação de violação literal do disposto em norma constitucional. Não incidência das Súmulas 343 do Supremo e 134 do extinto TFR. Medida Provisória 1.212/1995 e suas reedições. Exigibilidade da contribuição para o programa de integração social (PIS), observado o prazo de noventa dias depois da publicação da primeira medida provisória.

I – Não incidência do enunciado das súmulas 343 do Supremo e 134 do extinto TFR, uma vez que está em causa a definição do sentido e do alcance do disposto em norma constitucional (arts. 62, na redação original, e 195, § 6º). Precedentes desta Corte, do STJ e do Supremo.

II – Ocorrência de violação literal do disposto nos arts. 62, na redação original, e 195, § 6º, da Constituição, por haver o aresto rescindendo decidido pela impossibilidade de reedição de medidas provisórias, bem como de que, não “tendo a Medida Provisória 1.212, de 1995, sido convertida em lei, a cobrança do PIS não pode ser ainda exigida.”

III – Constitucionalidade da Medida Provisória 1.212/1995, e suas reedições, convertida na Lei 9.715/1998, observado o prazo de 90 dias, previsto no art. 195, § 6º, da Carta Magna, contados da data da publicação da primeira, em 29 de novembro de 1995. Precedentes desta Corte e do Supremo.

IV – No caso, e tendo em vista que a causa originária é um mandado de segurança, o qual foi impetrado em 12 de abril de 1996, quando já se encontrava completado o prazo previsto no § 6º do art. 195 da Carta Magna, de 90 dias, para a exigibilidade do PIS, na forma da Medida Provisória 1.212, de 28 de novembro de 1995 (publicada no dia seguinte), impõe-se o indeferimento total da segurança, porquanto a ação mandamental não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à sua impetração (Súmulas 269 e 271 do Supremo).

V – Ação Rescisória cujo pedido se julga procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

4ª Seção do TRF da 1ª Região – 02/07/2008.

Juiz Federal *Leão Aparecido Alves*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves: — A Fazenda Nacional propôs a presente ação rescisória visando a rescindir o acórdão prolatado na Apelação em Mandado de Segurança 1997.01.00.021228-9/MG, proferido pela 3ª Turma, que restou assim ementado:

Tributário. Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS. Medida provisória 1.212, de 28 de novembro de 1995. Não conversão em lei. Exigência da contribuição.

1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a medida provisória, tendo força de lei, é instrumento hábil para instituir tributos e contribuições sociais (ADIn 1.005—1)

2. A Medida Provisória 1.212, de 1995, não criou outra fonte destinada a manter ou expandir a seguridade social. A própria Constituição, no art. 239, recepcionou expressamente a contribuição para o PIS. Deste modo, não é exigível obediência aos requisitos do art. 154, inciso I, da Constituição, que o § 4, do art. 194, manda observar.

3. Medida provisória não pode ser convertida em lei complementar. A lei complementar exige um quorum especial — *maioria absoluta* (Constituição, art. 69).

4. Na questão dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988, ao apreciar o RE 148.754—2/RJ, em 24 de junho de 1993, o Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Francisco Rezek, decidiu que essas normas eram inconstitucionais porque cuidavam de matéria que não poderia ser disciplinada por decreto-lei.

5. A medida provisória não convertida em lei perde eficácia. Logo, a *reedição* de uma medida provisória, na verdade, constitui uma *nova* medida. Os atos anteriores não podem ser convalidados pela nova medida, a teor do disposto no parágrafo único, do art. 62, da Constituição Federal.

6. Não tendo a Medida Provisória 1.212, de 1995, sido convertida em lei, a cobrança do PIS *não pode ainda ser exigida*. Sua exigência só poderá ser feita dias após a conversão da medida em lei.

Busca a autora a rescisão do julgado que invalidou a exigência do PIS na forma prevista na MP 1.212/1995 e suas reedições até a edição da Lei 9.715/1998.

Afirma, em síntese, que a MP 1.212/1995 e suas reedições são válidas após 90 (noventa) dias de sua edição, conforme a decisão proferida pela Corte Suprema no julgamento da ADI 1417.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 81/98) a alegar, inicialmente, a ocorrência da decadência. No mérito, sustenta a inaplicabilidade do preceito constante do art. 485, V, do CPC.

Em réplica (fls. 478/485), a autora vem pedir o afastamento da decadência alegada pela ré e a procedência de seu pedido.

Sem provas a serem produzidas (fls. 489/490), a parte ré não apresentou suas razões finais (certidão de fl. 501) e a autora apresentou as suas às fls. 495/500.

Às fls. 504/509, o MPF opina pela procedência da ação rescisória.

Inicialmente, este Tribunal julgou extinto o processo com apreciação do mérito, sob o fundamento da ocorrência da decadência (fls. 511/524).

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial, ao qual o STJ deu provimento, ao entender que o prazo para a interposição de ação rescisória tem início após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (fls. 616/637), e determinou a remessa dos autos a este Tribunal para que seja julgado o mérito da ação rescisória.

A parte ré neste feito apresentou embargos de divergência, os quais foram indeferidos liminarmente (fls. 712/714).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves: — 1. No caso, a *prejudicial de decadência*, suscitada pela ré (folhas 82 a 89), foi afastada pelo augusto Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, rejeito a *preliminar de não-cabimento da presente ação rescisória*, sob o fundamento de inaplicabilidade, à presente hipótese, do disposto no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

Com efeito, no que concerne ao enunciado da Súmula 343 do Supremo, o entendimento dominante, na jurisprudência, é no sentido de afastar as alegações

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto, Anamaria Reys Resende e Osmane Antônio dos Santos (convocados).

de descabimento da ação rescisória quando a interpretação controvertida diz respeito ao Texto Constitucional, como é o caso, no qual o aresto rescindendo deu às normas previstas nos arts. 62, na redação original, e 195, § 6º, da Carta Magna, interpretação contrária à que chegou o Supremo Tribunal Federal, guardião dela (art. 102, *caput*).

Dessa forma, estando em causa a definição do sentido e do alcance do disposto em norma constitucional (arts. 62, na redação original, e 195, § 6º), não incidem os óbices das Súmulas 343 do STF e 134 do TFR, conforme é pacífico na jurisprudência, sendo admissível a presente ação rescisória.

Neste sentido: AR 1999.01.00.094523-1/DF, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Seção do TRF 1ª Região, *DJ* de 14/04/2003 p. 6; AR 2000.01.00.029437-5/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Segunda Seção do TRF 1ª Região, *DJ* de 10/12/2002 p. 4; REsp 982.673/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/12/2007, *DJ* 11/02/2008 p. 1; REsp 945.787/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, *DJ* 19/11/2007 p. 205; RE 328.812AgR/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma; RE 103.880/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 22/02/1985; RE 415505/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 06/04/2004, Primeira Turma, *DJ* 04/06/2004, p. 48.

Ainda nesse sentido, decisões monocráticas têm sido proferidas pelos eminentes Ministros da Suprema Corte, afastando a aplicação da Súmula 343, quando se tratar de ação rescisória que impugna a interpretação de norma constitucional, divergente daquela proferida pelo Supremo (Carta Magna, art. 5º, XXXVI). Neste sentido: AI 456917-AgR/DF, Relator Min. Nelson Jobim, *DJ* 21/11/2003, p. 43; AI 460782/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, *DJ* 02/09/2003, p. 45; AI 460559-AgR/DF, Relator Min. Carlos Britto, *DJ* 22/11/2004, p. 39.

2. No caso, o aresto rescindendo, ao apreciar a presente causa, entendeu, em resumo, que a “medida provisória não convertida em lei perde eficácia”, donde decorreria que a “reedição de uma medida provisória, na verdade, constitui uma nova medida”, de forma que os “atos anteriores não podem ser convalidados pela nova medida, a teor do disposto no parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal”. Em seguida, concluiu

que: “Não tendo a Medida Provisória 1.212, de 1995, sido convertida em lei, a cobrança do PIS não pode ser ainda exigida. Sua exigência só poderá ser feita noventa dias após a conversão da medida em lei.”

Não obstante a razoabilidade da fundamentação exposta no voto condutor do aresto rescindendo, o aresto rescindendo violou, literalmente, o disposto nos arts. 62, na redação original, e 195, § 6º, da Carta Magna, segundo a interpretação dada a eles pelo Supremo.

Na espécie, em caso análogo, proferi voto do seguinte teor:

1. Ao julgar o RE 148.754-2-RJ, relator para o acórdão, Ministro Francisco Rezek, decidiu a Suprema Corte:

“Constitucional. Art. 55-II da Carta anterior. Contribuição para o PIS. Decretos-Leis 2.445 e 2.449, de 1988. Inconstitucionalidade.

I – Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo àquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC 8/77 (RTJ 120/1190).

II – Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969).

Inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS.”

Na seguinte passagem de seu voto, o Sr. Ministro Francisco Rezek resume os motivos da decisão da Corte:

“Para que algo seja tributo, é preciso que seja antes receita pública.

Não se pode integrar a espécie quando não se integra o gênero. Dinheiros recolhidos não para ter ingresso no tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do erário e resultarem afinal na formação do patrimônio do trabalhador: nisso o Supremo não viu natureza tributária, como, de resto, não viu natureza de finanças públicas. Não estamos aqui diante de receita.

De tal sorte, da Emenda Constitucional 8 de 1977 até a nova Carta da República o que se tem, no PIS, é uma contribuição social de natureza não tributária.”

Como se vê, o que a Suprema Corte decidiu foi que, não constituindo o PIS tributo nem se enquadrando na conceituação de finanças públicas — em face do sistema constitucional revogado —,

sua disciplina não poderia ser feita ou alterada por meio de decreto-lei, por força do disposto no art. 55 da Emenda Constitucional 1, de 1969. Portanto, a Corte Suprema não se pronunciou sobre a questão de saber se o PIS poderia ser modificado por lei ordinária.

Por outro lado, tendo o PIS, na atual Constituição, natureza tributária, conforme decidiu a Suprema Corte no julgamento do RE 138.284-CE, relator Ministro Carlos Velloso (RTJ 143/313 a 326), mister se faz decidir a questão de saber se as medidas provisórias podem disciplinar matéria tributária.

O Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido da constitucionalidade de medidas provisórias que disciplinam matéria tributária. Assim, no julgamento do RE 146.733, relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ 143/695 e 696), disse S. Exa. que:

“Não há razão para que, em face da medida provisória, que nada mais é do que modalidade de Decreto-lei, sem as restrições, quanto a seu objeto, constantes da Emenda Constitucional 1/69, que se passe a entender que a mesma vedação (“exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”), agora também constante do art. 150, I (também integrante da disciplina do sistema tributário nacional), mudou de sentido, para passar a exigir, nesses casos, lei em sentido formal e não, apenas, em sentido material. Aliás, se se entender que a palavra lei, nos textos que conferem garantia constitucional, é sempre tomada na acepção de lei em sentido formal, ter-se-á que dar a mesma interpretação à reserva legal total inserida, na Constituição, como direito fundamental: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). E, então, o Decreto-lei, na modalidade de medida provisória, passa a ser uma inutilidade, e a expressão “com força de lei” deixará de significar o que ela, obviamente, significa.”

Portanto, as medidas provisórias podem veicular matéria tributária, sem que por isso incorram em vício de inconstitucionalidade.

2. Cumpre saber, agora, se as Leis Complementares 7/1970 e 17/1973 poderiam ser modificadas por medida provisória.

Como visto acima, as medidas provisórias são instrumentos normativos editados com força de lei, no mesmo plano normativo, em princípio, das leis ordinárias.

Embora o PIS tenha sido originalmente instituído mediante lei complementar, poderia ter o legislador se utilizado de lei ordinária, porquanto o art. 165, inciso V, da Emenda Constitucional 1/1969

não exigia a edição de lei complementar para a sua regulamentação.

De fato, dispunha o art. 165, inciso V, da Emenda Constitucional 1/1969:

“Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

V – integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei”.

Como se vê, instituído o PIS pelas Leis Complementares 7/1970 e 17/1973, com fundamento no inciso V do art. 165 da Emenda Constitucional 1/69, era desnecessário o uso dessa modalidade normativa — lei complementar —, uma vez que o dispositivo constitucional em causa não a exigia, pois se referiu apenas à lei, que, evidentemente, poderia ser a lei ordinária, já que é cediço que, somente para aquelas matérias que a Constituição expressamente reclama a lei complementar, é ela de rigor. O domínio normativo da lei complementar deve vir expressamente previsto na Constituição, porquanto não havendo expressa menção a ela, o normal é a utilização da lei ordinária, cujo domínio normativo é residual em face dos temas abrangidos pela lei complementar. Em outras palavras — sempre que não houver expressa exigência de lei complementar, basta a utilização da lei ordinária, ou da medida provisória, que tem força de lei.

Assim sendo, as Leis Complementares 7/1970 e 17/1973 são apenas formalmente leis complementares, já que, materialmente, disciplinaram assunto relativo à lei ordinária, sendo, pois, leis ordinárias em sentido material. De forma que, tratando-se de leis complementares apenas em sentido formal, podem elas ser alteradas por lei ordinária, bem como por medida provisória, a qual, segundo o art. 62 da Carta Magna, tem força de lei.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência da Suprema Corte. Com efeito, no julgamento do RE 103.639-SP, relator Ministro Moreira Alves, decidiu-se (RTJ 113/398):

“É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar para aquelas matérias para as quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei, o que implica dizer que os dispositivos que integram formalmente uma lei complementar, mas disciplinam matéria que não está sujeita a legislação desse tipo, conservam a natureza de dispositivos de lei ordinária, podendo, inclusive, ser alterados por legislação ordinária posterior.

Assim escreve Geraldo Ataliba (Lei Complementar na Constituição, p. 58, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971):

‘...se nada impede que a lei complementar discipline matéria própria das demais espécies legais, no campo que não lhe é exclusivo e próprio, não goza de qualquer superioridade. Vale dizer: fora do seu setor constitucionalmente delineado, a lei complementar é lei ordinária e pode ser revogada por esta.’

No mesmo sentido, Souto Maior Borges (Lei Complementar Tributária, p. 27, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975):

‘Quando a lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência de legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é o rótulo, o *nomem iuris* que caracteriza o fenômeno, nem tampouco o simples quorum de aprovação, a lei ‘complementar’ será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada — é claro — por outra lei ordinária editada pela União.’

Sendo, pois, a lei complementar, na parte que disciplina matéria que não é reservada, pela Constituição, a essa espécie de lei, simples lei ordinária, tem-se, evidentemente, que se o quorum da maioria absoluta não for obtido ou se a sua aprovação se der por decurso de tempo, essa parte que tem a natureza de lei ordinária é de constitucionalidade formal indiscutível, pois, para ela, não há a exigência do quorum qualificado que a Constituição Federal exige para a lei complementar em razão da matéria (*ratione materiae*).”

Dessa forma, e não exigindo o art. 165, inciso V, da Emenda Constitucional 1/1969 a sua regulamentação por lei complementar, as leis complementares editadas para regulamentá-lo — Leis Complementares 7/70 e 17/73 — são leis complementares apenas em sentido formal, sendo, materialmente, leis ordinárias. E, tratando-se de leis ordinárias em sentido material, podem ser modificadas por medida provisória, a qual tem força de lei nos termos do art. 62 da atual Carta Magna.

De outra parte, o PIS foi mantido pela atual Constituição, como expressamente decorre do disposto no art. 239 dela, não tendo sido, por outra parte, revogado pela Emenda Constitucional 8/1977.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência da Suprema Corte e da Corte Federal desta Região.

De feito, a Corte Federal desta Região, ao apreciar a AMS 96.01.05479-0-MG, relator Desembargador Federal Tourinho Neto, decidiu, na

parte que interessa à presente demanda (*DJ* de 24/05/1996, p. 34051):

“2. A Constituição de 1988, em seu art. 239, manteve o PIS, mudando, tão somente, a destinação da sua arrecadação.

3. A Lei Complementar 7, de 1970, não foi revogada pela Constituição de 1988.

4. Se a própria Constituição manteve o PIS não se pode alegar que haja cumulatividade com outro tributo; não importando, também, que tenha o mesmo fato gerador e a mesma base de cálculo de outros tributos, como o Cofins, o ICMS e o ISS.

5. Inocorrência, na espécie, de infringência aos arts. 146, III; 149; 150, inc. I, da Constituição de 1988.”

Por seu turno, no julgamento do RE 149.524-3-RJ, relator Ministro Moreira Alves, decidiu a Suprema Corte:

“Contribuição para o PIS.

— O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 148.754, declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

— Improcedência da alegação de que o PIS incidente sobre o faturamento das empresas foi revogado pela Emenda Constitucional 8/1977, porquanto não é exato pretender-se que, tendo perdido essa contribuição sua natureza tributária em virtude da referida Emenda, passou ela a fundar-se no art. 43, X, combinado com o art. 165, V, ambos da Constituição de 1969, e este só admitia a participação dos empregados nos lucros das empresas e excepcionalmente na gestão dela, segundo o estabelecido na lei. Em verdade, o direito assegurado pelo inciso V do art. 165 da Emenda Constitucional 1/1969 foi o da integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa, sendo a participação nos lucros e excepcionalmente na gestão alguns dos meios para que esse direito fosse realizado.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido.”

E, no julgamento do RE 163.047-7-AL, o relator, também o Sr. Ministro Moreira Alves, depois de relembrar a decisão proferida no RE 149.524-3-RJ, de fora relator, assim se manifestou em face do disposto no art. 239 da Carta Magna:

“Não havendo, pois, o alegado vício constitucional originário relativo a essa Lei Complementar 7/1970, cai por terra a tese da contribuinte no sentido de que o art. 239 da atual Constituição teria criado uma nova contribuição que nada tem que ver com o PIS. O art. 239 da Constituição de 1988, ao estabelecer que ‘a arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração

Social, criado pela Lei Complementar 7, de 7 de setembro de 1970, ... passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo, fez a recepção dessa Lei Complementar, sem o que não seria possível fazer-se tal arrecadação que se fazia com base nesta, alterando-se, apenas, parcialmente, a destinação dela.”

Portanto, o PIS, criado sob a égide da Emenda Constitucional 1/1969 foi mantido pela Emenda Constitucional 8/1977 e expressamente recebido pela atual Constituição, como se deduz, claramente, do disposto no art. 239 dela.

Por fim, ao julgar a ADI 1.417/DF, relator Ministro Octávio Gallotti, o STF afastou as alegações de inconstitucionalidade levantadas contra a Medida Provisória 1.212/1995 e suas reedições até a conversão na Lei 9.715/1998, no que concerne às alterações promovidas na disciplina da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), reconhecendo a inconstitucionalidade apenas do disposto no art. 15 da referida Medida Provisória 1.212/1995 e de suas reedições, bem como do correspondente art. 18 da Lei 9.715/1998.

Neste sentido:

“Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público — PIS/Pasep. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância.

Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos arts. 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei 9.715/1998.” (ADI-1417/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti)

“Contribuição social PIS-Pasep. Princípio da anterioridade em se tratando de medida provisória.

— O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 232.896, que versa caso análogo ao presente, assim decidiu:

“Constitucional. Tributário. Contribuição social. PIS-Pasep. Princípio da anterioridade nonagesimal: medida provisória: reedição.

I – Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se

o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória.

II – Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28/11/1995 — “aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995” — e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25/11/1998, art. 18.

III – Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

IV – Precedentes do S. T. F.: ADIN 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 15/08/1997; ADIN 1610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE n. 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T, 25/05/1998.

V – R.E. conhecido e provido, em parte’.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE-275671/MG, Rel. Min. Moreira Alves)

A modificação da forma de recolhimento do imposto de renda e da contribuição social não se sujeita ao princípio da anterioridade geral ou mitigada (Carta Magna, arts. 150, III, “b”; e 195, § 6º), uma vez que não implica a instituição ou a majoração de tributo, nem a alteração de sua base de cálculo.

Neste sentido:

“Contribuição social. Atualização pela Ufir. Lei 8.383/1991. Inexistência de afronta aos princípios da irretroatividade e da anterioridade.

Não há inconstitucionalidade na utilização da Ufir, prevista na Lei 8.383/1991, para atualização monetária da contribuição social sobre o lucro, por não representar majoração de tributo ou modificação da base de cálculo e do fato gerador. A alteração operada foi somente quanto ao índice de conversão, pois persistia a indexação dos tributos conforme prevista em norma legal. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE-201618/RS, rel. Min. Ilmar Galvão)

“Constitucional. Recurso extraordinário: ofensa indireta à constituição.

I – Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, a causa foi decidida com base em normas infraconstitucionais.

II – Acórdão fundamentado. Inocorrência de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

III – Constitucionalidade do regime de antecipação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, nos termos do DL 2.354/1987

e da Lei 7.787/1989. Nesse sentido: RE 228.004-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 05/11/1999 e AG 203.651 (AgRg)-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 06/11/1998.

IV – Agravo não provido.” (AGRRE-217897/MG, Rel. Min. Carlos Velloso)

Por fim, somente em casos excepcionais, nas quais esteja evidenciado o abuso na edição de medida provisória, é que a jurisprudência do STF admite o controle judicial quanto aos requisitos de relevância e urgência (Carta Magna, art. 62 – redação original).

Neste sentido:

“Constitucional. Administrativo. Medida provisória: urgência e relevância: apreciação pelo judiciário. Reedição da medida provisória não rejeitada expressamente. CF, art. 62. Conselho nacional de educação: câmara de educação básica. Medida provisória 661, de 18/10/1994. Lei 9.131, de 24/11/1995.

I – Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516-RO.

II – Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente. No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223.

III – Pedido de suspensão cautelar da alínea c, do § 1º do art. 9º da Lei 4.024/1961, com a redação da Lei 9.131/1995, bem assim das alíneas d, e, f e g do mesmo artigo: indeferimento.

IV. Medida cautelar indeferida.” (ADI-MC-1397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Nova redação dada ao § 2º do art. 21 da Lei 8.692/1993, pela Medida Provisória 1.520/1993. Alegada ofensa aos arts. 62; 150, I, III, b e § 6º; e 236, § 2º, da Constituição Federal.

Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417). De outra parte, já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADI-MC 1.417). Ausência de plausibilidade na tese de inconstitucionalidade da norma sob enfoque. Me-

da cautelar indeferida.” (ADIMC-1667/ DF, Rel. Min. Ilmar Galvão)

“Ação rescisória: MProv. 1577-6/1997, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela união, os estados, o DF ou os municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida.

1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas — a criação de novo caso de rescindibilidade — é pacificamente inadmissível e quanto à outra — a ampliação do prazo de decadência — é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao procedural *due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.” (ADI-MC-1753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Portanto, somente são indevidos os valores recolhidos, na forma da Medida Provisória 1.212/1995, desde a data de sua publicação até o dia 29 de fevereiro de 1996.

No mesmo sentido:

Processual Civil, Constitucional e Tributário – PIS na modalidade da MP 1.212/1995 e Lei 9.715/1998: constitucionalidade (Adin 1.417-0/DF).

1. Para a delimitação do prazo decadencial bienal se toma como termo *a quo* (uno para as partes) o primeiro dia útil após o trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos, se houve boa-fé do recorrente.

2. A Súmula 343/STF obstaculiza a ação rescisória apenas quando a decisão rescindenda se baseou em texto legal, cuja interpretação era, ao tempo do julgamento, controvertida, não, porém, quando a matéria é atinente à sua conformidade à Constituição, hipótese que, por sua natureza e importância, não pode ser afastada por critérios de “razoabilidade” ou de “boa ou má interpretação”.

3. “Interpretação controvertida nos tribunais” não diz respeito às “divergências” de entendimento dos membros das Cortes, mas aos julgados conflitantes proferidos conclusivamente, desinflante se por maioria ou por unanimidade.

4. Constitui violação a literal disposição de lei, para fins do inciso V do art. 485 do CPC (ação rescisória), a decisão de mérito (sentença ou acórdão) que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei, que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional.

5. A índole constitucional está expressa na ADin 1.417-0/DF.

6. A 2ª Seção desta Corte proclamou o entendimento de que “é constitucional a alteração da base de cálculo do PIS pela Medida Provisória 1.212, de 28/11/1995, e reedições, até a Medida Provisória 1.676-38, de 22/10/1998, convertida na Lei 9.715, de 25/11/1998” (AR 1998.01.00.073461-0/DF, Rel. Juiz Olindo Menezes, S2, DJU 31/05/1999, p. 5).

7. A jurisprudência pacificou o entendimento de que a LC 7/1970 tem natureza de lei ordinária no ponto em que instituiu a contribuição social, cuja alteração, por isso mesmo, pode ser produzida por lei ordinária.

8. Pedido rescisório procedente. Acórdão rescindido.

9. Peças liberadas pelo Relator em 30/04/2003 para publicação do acórdão. (AR 2001.01.00.045211-2/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Segunda Seção do TRF 1ª Região, DJ/II de 23/05/2003, p. 32).

Processual Civil. Tributário. Ação rescisória. Decadência. Termo inicial. Última decisão. Art. 485, V, CPC. PIS. MP 1.212/1995.

1 – Preliminar de decadência rejeitada.

2 – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Medida Provisória não apreciada pelo Congresso Nacional

pode ser reeditada desde que o seja dentro do prazo de validade da anterior (30 dias), caso em que mantém eficácia de lei desde a sua primeira edição.

3 – Se, ao ser editada, a Medida Provisória 1.212/1995 respeitou o prazo nonagesimal a que alude o § 6º do art. 195 da CF e se as reedições subsequentes foram feitas dentro do prazo de validade da anterior (30 dias), foi mantida a eficácia de lei da referida medida provisória desde a primeira edição.

4 – Guardando sintonia com a interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe falar-se em vício de inconstitucionalidade.

5 – Procedência da Ação Rescisória. Rejulgamento da causa. Proveniente do apelo da União (Fazenda Nacional) e da Remessa Oficial. (AR 2001.01.00.045188-5/DF, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Segunda Seção do TRF 1ª Região, DJ/II de 21/08/2003, p. 21).

Também: AR 2001.01.00.025735-3/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Quarta Seção do TRF 1ª Região, DJ/II de 07/07/2004, p. 9; AR 2001.01.00.044892-8/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Segunda Seção do TRF 1ª Região, DJ/II de 06/06/2003, p. 69.

3. Passo, assim, ao julgamento da apelação da União e da remessa oficial.

Na espécie, a sentença (fls. 24/30), reconhecendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.212/1995 e suas reedições, autorizou a impetrante a efetuar o recolhimento do PIS nos termos das Leis Complementares 7/1970 e 17/1973, até os noventa dias posteriores à conversão em lei da última medida provisória que tratar da matéria.

Porém, a impetrante interpôs apelação para que fosse declarada a inconstitucionalidade da instituição e da majoração de tributo por meio de medida provisória. A Fazenda Nacional também recorreu, visando ao reconhecimento da constitucionalidade da Medida Provisória 1.212/1995 e de suas reedições.

Ora, como já demonstrado, não procede o argumento de que a Medida Provisória 1.212/1995 e suas reedições não se prestam a embasar a exigência da contribuição para o PIS.

De outra parte, e como bem afirmou o eminente Ministro Gilmar Mendes, a “manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da

norma constitucional” (RE 328.812-AgRg/AM, Julgamento: 10/12/2002, Segunda Turma, DJ 11/04/2003).

No mesmo sentido e do referido relator, em decisão monocrática (AI 461.128/DF):

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais inferiores, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciar a controvérsia, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de norma constitucional, instrumento adequado para a superação de decisão divergente. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Portanto, e visando a assegurar a máxima efetividade da interpretação conferida pela Suprema Corte ao disposto nos arts. 62, na redação original, e 195, § 6º, da Constituição, impõe-se seja julgado procedente o pedido.

No caso, e tendo em vista que a causa originária é um mandado de segurança, o qual foi impetrado em 12 de abril de 1996, quando já se encontrava completado o prazo previsto no § 6º do art. 195 da Carta Magna, de noventa dias, para a exigibilidade do PIS, na forma da Medida Provisória 1.212, de 28 de novembro de 1995 (publicada no dia seguinte), impõe-se o indeferimento total da segurança, porquanto a ação mandamental não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à sua impetração (Súmulas 269 e 271 do Supremo).

4. À vista do exposto:

a) julgo procedente a presente ação rescisória para o fim de, no julgamento da causa originária, negar provimento à apelação da impetrante e dar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial para, reformando a sentença, denegar a segurança, sem honorários (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ), devendo a impetrante arcar com as custas;

b) condeno a ré, na rescisória, a pagar honorários advocatícios à autora, no montante de 5 por cento sobre o valor atualizado da causa (Súmula 14 do STJ).

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Somitra Transportes e Comércio Ltda., ajuizou mandado de segurança (96.00.09443-8, 3ª Vara/MG, fls. 13/23) questionando a legalidade e constitucionalidade da MP 1.212/1995 e suas reedição, especificamente quanto à modificação da sistemática de recolhimento do PIS, requerendo que esse recolhimento se fizesse nos termos em que definido nas Leis Complementares 7/1970 e 17/1973.

Esse pedido foi parcialmente acolhido pela sentença e pelo acórdão rescindendo (fls. 24/46), ao entendimento de que “a medida provisória não convertida em lei perde eficácia. Logo, a reedição de uma medida provisória, na verdade, constitui uma nova medida. Os atos anteriores não podem ser convalidados pela nova medida, a teor do disposto no parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal” (fl. 722), bem como que, “não tendo a Medida Provisória 1.212m de 1995, sido convertida em lei, a cobrança do PIS não pode ainda ser exigida. Sua exigência só poderia ser feita dias após a conversão da medida em lei” (fl. 41).

O eminente relator, superando os óbices de não cabimento da ação rescisória, ao entendimento de inaplicável à hipótese o art. 485, V, do CPC, bem como a Súmula 343 do STF, porquanto o aresto rescindendo deu às normas previstas nos arts. 62 da CF, na sua redação originária, e 195, § 6º, também da CF, interpretação contrária à que chegou o STF no caso em concreto, qual seja, de que não perde eficácia a medida provisória, editada com força de lei, mesmo que não apreciada pelo Congresso Nacional, desde que reeditada antes de expirado prazo trintenar de vigência da MP anterior, julgou procedente o pedido rescisório para, rejeitar a causa originária, negar provimento à apelação da impetrante e dar provimento à apelação da Fazenda e à remessa, para denegar a segurança.

Com essas conclusões, também estou de acordo, na medida em que, a questão foi decidida com suporte constitucional, pois o acórdão rescindendo, ao considerar que a MP reeditada, mesmo que no prazo de validade da anterior, não convalidava os efeitos daquela, negou vigência ao disposto no art. 62 e 195, § 6º, da Constituição Federal, em suas redações originárias.

Assim decidindo, não deu a melhor interpretação ao comando normativo disposto na MP 1.212/1995 e suas reedições, até a conversão na Lei 9.715/1995, uma vez que a MP, reconhecidamente, desde que reeditada no prazo de vigência da anterior, convalida os atos anteriormente praticados. Logo, se nos termos em que pacificada a jurisprudência, especialmente do STF, a medida provisória, por ter força de lei, é instrumento hábil para instituir e majorar tributos e contribuições sociais (ADI 1.005), poderia regulamentar a contribuição ao PIS, observada a anterioridade nonagesimal.

Como o mandado de segurança foi impetrado, 12/04/1996 (fls. 13/23), “quando já se encontrava completado o prazo previsto no § 6º do art. 195 da Carta Magna, de noventa dias, para exigibilidade do PIS, na forma da Medida Provisória 1.212, de 28 de novembro de 1995 (publicada no dia seguinte), impõe-se o indeferimento total da segurança, porquanto a ação mandamental não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à sua impetração (Súmulas 269 e 271 do Supremo)” (fl. 735).

Ante o exposto, também dou pela procedência do pedido para, rejugando o pedido originário, negar provimento à apelação da impetrante, que pretendia a declaração da inconstitucionalidade da MP 1.212/1995 e suas reedições (Lei 9.715/1995), bem como para dar provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial para denegar a segurança, uma vez que o PIS, não obstante instituído por Lei Complementar (LC 07/1970 e 17/1973), pode ser alterado por lei ordinária, bem como que a MP 1.212/1995 e suas reedições, observada a anterioridade nonagesimal, não padecem de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

É como voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

2003.34.00.001039-0/DF

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

Apelante: Yeda Ayres da Silva Neiva

Advogado: Dr. Marcello Lavenere Machado e outros

Apelada: Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes – Geipot (em liquidação)

Advogado: Dr. Gesse de Roure Filho e outro

Apelada: União Federal

Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos

Divulgação: e-DJF1 de 18/08/2008

Publicação: 19/08/2008

Ementa

Constitucional. Administrativo. Lei 8.878/1994: anistia. Ex-empregados de empresa pública extinta. Reintegração no serviço público: impossibilidade. Exigência de aprovação prévia em concurso público (art. 37, II, da CF/1988). Apelação não provida.

I – Decretada a nulidade da decisão que concedeu, à apelante, anistia e reintegração nos empregos anteriormente ocupados, cessou, a partir de sua publicação, a expectativa de direito até então existente. Dessa forma, não tendo o ato administrativo produzido efeitos em relação à apelante, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

II – As garantias do devido processo legal e do contraditório somente são indispensáveis, quando a anulação do ato administrativo repercutir no campo de interesses individuais e envolver questão de fato (Precedente do STF). No caso, a declaração de nulidade envolveu apenas questão jurídica, não analisando a situação de cada ex-empregado individualmente.

III – Não restou comprovado nos autos que a rescisão do contrato de trabalho da autora com a Geipot – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes teve motivação política.

IV – A autora não faz jus à admissão no serviço público, porquanto não detinha a qualidade de servidora pública, além de não implementar o requisito constitucional de investidura no serviço público mediante concurso público (art. 37, II, da CF/1988).

V – Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF da 1ª Região – 19/05/2008.

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

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Yeda Ayres da Silva Neiva, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra a Geipot – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, em liquidação, e contra a União Federal, objetivando assegurar, inclusive em sede de antecipação de tutela, o direito à declaração de nulidade do ato administrativo anulatório da sua anistia, Resolução 8, de 30.12.1998, do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE e, consequentemente, ratificação de sua anistia, deferida pela Subcomissão Setorial da GEIPOT – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, determinando sua reintegração nessa empresa ou em uma das entidades que a sucederem, considerando-se como de efetivo serviço, para todos os efeitos, todo o período de afastamento.

A solicitante sustenta, em síntese, que era servidora da Geipot – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, ocupante de emprego permanente de economista, e que foi demitida no período estabelecido na Lei 8.878/1994, ilegalmente, pois deveria ter sido colocada em disponibilidade. Alega que, conquanto tenha sido informada do deferimento do pedido de sua anistia, em 09/11/1994, foi expedido o Decreto 1.499/1995 suspendendo todos os atos de reintegração de anistiados e criando nova Comissão para reexame das anistias deferidas.

Sustenta que, uma vez deferido o seu pedido de anistia, tem direito subjetivo de reintegração no quadro funcional da empresa Geipot, sob pena de violação dos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

A decisão de fl. 198 indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Contra essa decisão a autora interpôs o agravo de instrumento de fls. 201/228, no qual foi indeferido o pedido de antecipação da pretensão recursal (fl. 231).

Após a instrução do processo, foi proferida a sentença de fls. 232/236, julgando improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A autora opôs os embargos de declaração de fls. 239/240, acolhidos para consignar o deferimento dos benefícios da justiça gratuita (fls. 243/244).

A autora interpôs o recurso de apelação de fls. 247/259, sustentando, em síntese, a ilegalidade da Resolução 8, de 30/12/1998, do CCE, à medida que não poderia ter anulado a anistia da recorrente, sob pena de malferir ato jurídico perfeito (deferimento da anistia) e direito adquirido (reintegração nos quadros da Geipot).

Em contra-razões, a Geipot e a União pugnam pela manutenção da sentença (fls. 263/273 e 275/279, respectivamente).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora, insurgindo-se contra a r. sentença de fls. 232/236, que julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A autora, em suas razões de apelação, sustenta, em síntese, a ilegalidade da Resolução 8, de 30/12/1998, do CCE, à medida que não poderia ter anulado a anistia da recorrente, sob pena de malferir ato jurídico perfeito (deferimento da anistia) e direito adquirido (reintegração nos quadros da Geipot).

Não merece reparo a sentença recorrida.

A teor do art. 6º da Lei 8.878/1994, “*a anistia a que se refere esta lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo*”.

Consoante esclarece o petítório inicial, após publicado o Comunicado 1, de 03/11/1994, do Ministério dos Transportes, concedendo a anistia à autora e outros servidores da Geipot – Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, foi instituída uma comissão especial para revisão dos processos de anistia, na forma do Decreto 1.499, de 24/05/1995, *in verbis*:

(...) Art. 1º É constituída, no âmbito do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Estatais – CCE, Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia, com a finalidade de:

I – reexaminar as decisões que acolheram pedidos de anistia proferidas pelas Subcomissões Setoriais, assim como aquelas proferidas nos recursos interpostos perante a Comissão Especial, referidas no art. 5.º da Lei 8.878, de 11 de maio de 1994;

II – apreciar os recursos pendentes de julgamento no âmbito da Comissão Especial a que alude o inciso anterior.

(...)

Art. 6.º A partir da data da publicação deste decreto, ficam suspensos quaisquer procedimentos administrativos referentes à execução das decisões administrativas referidas nas decisões proferidas pelas Subcomissões Setoriais ou pela Comissão Especial a que alude o Decreto 1.153, de 8 de junho de 1994.

A comissão instituída concluiu pela anulação das decisões das Subcomissões Setoriais que concederam anistia, por meio da Resolução 8, de 30/12/1998, do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE.

Constata-se, portanto, que a autora efetivamente não tinha direito adquirido à reintegração no emprego anteriormente ocupado e sim mera expectativa de direito, a qual perdurou enquanto tramitava a revisão dos processos de anistia.

Com a publicação da Resolução 8 foi decretada a nulidade das decisões que concederam anistia, cessando, a partir da sua publicação, a expectativa de direito até então existente.

Assim, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, e nem em direito adquirido da autora de ser reintegrada no serviço público, tendo em vista que o ato administrativo em discussão não chegou a produzir efeitos em relação à apelante.

A questão já foi apreciada pelo STJ, no julgamento do MS 3976/DF, que decidiu:

Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Ex-empregados de empresas públicas. Anistia. Lei 8.878/1994. Suspensão e revisão dos atos pela administração. Possibilidade. Sum. 473/STF. Dec. 1.498, Dec. 1.459 e Dec. 1.500 de 1995. Ingresso no serviço público. CF/1988, art. 37, II. Inexistência de direito líquido e certo.

1. A teor da Súm. 473/STF, os atos administrativos eivados de vícios não geram direitos e po-

dem ser revistos ou revogados pela administração por motivos de conveniência ou oportunidade.

2. Ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, a investidura em cargo ou emprego público condiciona-se a prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos (CF/1988, art. 37, II).

3. Não há falar em direito líquido e certo de ingresso no serviço público, sem o cumprimento das exigências referidas, dos empregados de empresas públicas federais regularmente demitidos e anistiados genericamente, pela Lei 8.878/1994, tanto mais quando o governo federal através de decretos específicos, determinou a suspensão e revisão dos atos tendentes a concessão de anistia instituída por lei ordinária que não se pode sobrepor aos preceitos constitucionais.

4. Mandado de segurança denegado. (STJ, 1ª Seção, MS 3976/DF, Rel. Peçanha Martins, maioria, DJ 21/10/1996.)

Ao proferir voto condutor no referido julgamento, o Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins, Relator, destacou o seguinte:

Ex-empregados da Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão – Faepe, dizendo-se demitidos sem justa causa, quando da reforma administrativa procedida pelo “Governo Collor” e albergados pela Lei 8.878/1994, tendo sido anistiados pela Comissão Especial competente, impetram mandado de segurança contra o Ministro da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, tendo como litisconsorte a União, que se vem abstendo de tomar as providências subseqüentes e indispensáveis aos seus reaproveitamentos no serviço público.

Em razão disso, pleiteiam a concessão da segurança, precedida de ordem liminar, para que a autoridade coatora seja compelida a proceder às suas reintegrações nos quadros do Ministério da Agricultura nos mesmos cargos por eles anteriormente exercidos, obedecidos os mesmos níveis salariais atualizados à data das suas readmissões, ou em cargos equivalentes e atuais, com efeito desde a data da publicação da decisão concessiva da anistia e com direito aos salários e vantagens do período até o julgamento final do “mandamus”.

Como ressaltou o Eminentíssimo Ministro Ary Pargendler, em caso idêntico, o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, IV, da Constituição Federal, editou em 24/05/1995 os Decretos 1.498, 1.499 e 1.500, publicados no DOU de 25/04/1995, determinando nos dois primeiros a revisão de todos os processos de concessão de anistia com fundamento na Lei 8.878,

de 11/05/1994, e, no último, criou, no Ministério do Trabalho, comissão especial de anistia para apreciar “os requerimentos de anistia de empregados do setor privado, empresas públicas e sociedade de economia mista e de dirigentes e representantes sindicais, “com fundamentos no disposto no art. 7º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, no art. 8º, §§ 2º e 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou na Lei 8.632, de 4 de março de 1993” (art. 1º do Decreto 1.500/1995).

O art. 6º dos Decretos 1.489 e 1.499, textualmente declaram:

“Art. 6º. A partir da data da publicação deste Decreto, ficam suspensos quaisquer procedimentos administrativos referentes à execução das decisões proferidas pelas subcomissões setoriais ou pela comissão especial a que alude o Decreto 1.513, de 08 de junho de 1994.”

Assim determinando os Decretos referidos, não há falar em direito líquido e certo à admissão ao serviço público ou contratação para empresa pública. É que a Administração pode rever seus próprios atos, como fez, determinando a suspensão da execução das decisões proferidas pela comissão criada pelo Decreto 1.513/1994, como acentuou o Min. Pargendler, com apoio na Súmula 473 do STF, *in verbis*:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direito, ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Suspensos os procedimentos administrativos por força dos Decretos mencionados, que constituíram, no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (art. 1º, Decreto 1.498), do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (CCE, art. 1º do Decreto 1.499), e Ministério do Trabalho (art. 1º do Decreto 1.500) “Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia” com a finalidade de reexaminar as decisões das subcomissões setoriais e comissão especial e apreciar os recursos pendentes, não se há falar em direito líquido e certo à admissão ou readmissão ao serviço público, seja na Administração Direta, seja na Indireta, amparado por mandado de segurança.

Demais disso, não reconheço legitimidade à regra do art. 4º da Lei 8.878/1994, face à norma do art. 37, I e II, da Constituição, que valem transcritos:

“Art. 37 – A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Muni-

cípios obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II – a investidura em Cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ...”

As disposições constitucionais transcritas constituem corolário do princípio da igualdade, pilar fundamental do Estado de Direito Democrático brasileiro. A imperatividade da norma constitucional subordinadora da admissão em cargo ou emprego na Administração direta ou indireta ao concurso público, não pode ser transposta por disposições de lei ordinária.

No caso dos autos, a anistia instituída por lei ordinária haveria de conformar-se às regras e princípios constitucionais.

À vista do exposto, denego a segurança.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que de que as garantias do devido processo legal e do contraditório somente são indispensáveis, quando a anulação do ato administrativo repercutir no campo de interesses individuais e envolver questão de fato. O acórdão restou assim ementado:

Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório.

Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular. (RE 158.543-9/RS.)

No julgamento do citado RE 158.543-9/RS, com muita propriedade, o eminente Ministro Carlos Velloso, consignou o seguinte:

Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente

jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada, em toda a sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentado. Neste caso, portanto, não há falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não lhe ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada e discutida, em toda a sua extensão, judicialmente. É que o processo tem caráter instrumental, é tão-só instrumento de realização da justiça. Nessa linha, quando o administrado vem a Juízo, diretamente, pleitear algo contra a administração pública, sem que nada tivesse requerido administrativamente, tenho como atendido o requisito do interesse de agir, se a administração contesta, em Juízo, o mérito da pretensão. Neste caso, não teria sentido dar pela inexistência do interesse de agir, se é possível ao Judiciário examinar as razões e as contra-razões de um e de outro. Neste caso tem-se uma pretensão contestada. Isso se faz, evidentemente, tendo em vista o caráter instrumental do processo.

Na espécie, a declaração de nulidade da decisão que concedeu a anistia em tela, não atingiu direito adquirido da apelante e sim mera expectativa de direito. Ademais, a declaração de nulidade na espécie envolveu apenas questão jurídica, uma vez que não analisou a situação de cada ex-empregado individualmente.

Por outro lado, verifico que a suplicante não comprovou que a rescisão de seu contrato de trabalho teve motivação política.

É de se ressaltar, outrossim, que a partir da Constituição Federal/1988, a investidura em cargo ou emprego público, nos termos do art. 37, II, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de modo que a autora, para que recebesse o benefício da anistia e fosse integrada nos quadros da Administração Pública, na condição de servidora pública federal, deveria se submeter a concurso público.

Desta forma, conquanto tenha havido formalmente o ato administrativo de anistia, a autora não poderia ingressar no serviço público, à míngua da implementação do requisito constitucional de investidura mediante concurso público.

Este Tribunal já se manifestou em hipótese semelhante à destes autos, conforme se vê dos seguintes precedentes:

Administrativo. Caeab. Companhia auxiliar de empresas elétricas brasileiras. Empregados. Rescisão contratual. Verbas rescisórias. Recebimento. Anistia. Administração pública federal. Readmissão.

1. Eram os servidores da extinta Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras – Caeab regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e não foram os seus empregos integrados à Administração Pública Federal, antes do advento da Lei 8.112/1990 para que ficassem transformados em cargos públicos.

2. Improcede o pleito de readmissão de ex-empregado de sociedade de economia mista, mesmo porque a anistia não gera, para o seu beneficiário, *prima facie*, direito à readmissão ao emprego, senão desde que presentes as necessidades do serviço e as disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração, nos termos do art. 3º da Lei 8.878/1994.

3. Apelação improvida. Sentença mantida. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 96.01.48173-7/DF, Rel. Juíza (convocada) Mônica Neves Aguiar Castro, unânime, DJ 30/10/2000.)

(...)

Administrativo. Caeab – Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras. Empregados. Rescisão contratual. Verbas rescisórias. Recebimento. Anistia. Administração Pública Federal. Readmissão.

1. Eram os servidores da Caeab – Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e não foram os seus empregos integrados à Administração Pública Federal, antes do advento da Lei 8.112/1990 para que ficassem transformados em cargos públicos.

2. Impossível a ordem judicial de readmissão nos empregos, porquanto foi extinta a Caeab e inexistente, atualmente, o regime da CLT no Serviço Público Federal, como também é inviável que a “readmissão” se faça em cargo transformado, porque não houve transformação.

3. O ingresso no serviço público há de ocorrer, sempre, depois de aprovação em prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, como ordena a Constituição Federal em seu art. 37, II, sendo infactível a ocupação de cargo público por via indireta, pouco importante eventual previsão de lei, que não pode contrariar o Mandamento Maior.

4. Apelação provida.

5. Remessa Oficial prejudicada.

6. Sentença reformada. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 96.01.46641-0/DF, Rel. Juiz (convo-

cado) Lindoval Marques de Brito, unânime, *DJ* 31/05/1999.)

(...)

Constitucional e Administrativo. Ex-empregados da Embrater. Extinção da empresa pública. Revisão do processo de anistia. Lei 8.878/1994. Motivação política. Não caracterização. Anulação de ato administrativo. Súmula 473 do STF. Decretos 1.344/1994 e 1.499/1995.

1. O Presidente da República, ao editar o Decreto 1.499/1995, instituiu a Comissão Especial de Revisão de Anistia e delegou poderes ao Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais para rever as anistias concedidas com fundamento na Lei 8.878/1994.

2. A expressão motivação política prevista no inciso III do art. 1º da Lei 8.878/1994 não alcança a hipótese de demissão de empregados em razão de extinção de empresa pública (Embrater). Precedente desta Turma.

3. Houve, portanto, no caso em apreço, anulação regular de ato administrativo por ilegalidade na concessão de anistia. Desnecessária a oitiva prévia de interessado em processo administrativo, resguardando-se a este o socorro ao Poder Judiciário para reparação de danos causados. Precedente do STF.

4. “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (Súmula 473 do STF).

5. De qualquer forma, não há que se falar em ausência de defesa no processo administrativo, eis que os apelantes exerceram o direito de defesa previsto no inciso II do art. 1º do Decreto 1.499/1995.

6. Apelação improvida. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AMS 2000.01.00.049676-4/DF, Rel. Originário Desemb. Fed. Eustáquio Silveira, Rel. p/ acórdão Desemb. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, unânime, *DJ* 18/08/2003.)

(...)

Administrativo e Constitucional. Servidor público. Lei 8.878/1994. Anistia. Empregados de sociedade mista regidos pela CLT. Direitos trabalhistas reconhecidos e pagos por ocasião da demissão. Inocorrência de violação a dispositivo constitucional ou legal. Ausência de requisitos indispensáveis.

1. A Lei 8.788/1994, ao conceder anistia, trouxe em seu bojo o alcance de sua aplicação — os servidores ou empregados demitidos com violação

de dispositivo constitucional ou legal, ou com violação de cláusula constante de acordo convenção ou sentença normativa, ou dispensados por motivação política devidamente caracterizada, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimento grevista (art. 1º, incisos I a III, da lei em comento).

2. Há que se analisar a motivação política ensejadora do benefício trazido pela anistia, ao contemplar servidores públicos civis da administração pública direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e de sociedade de economia mista sob controle da União.

3. No caso presente, não ficou caracterizado a dispensa por motivação política, sendo fato incontroverso que, na qualidade de empregados de sociedade de economia mista, no período compreendido entre 16/03/1990 e 30/09/1992, os impetrantes receberam todos os seus direitos trabalhistas, não havendo falar em violação a seus direitos trabalhistas como ex-empregados da Geipot.

4. Apelação desprovida. (TRF 1ª Região, 1ª Turma Suplementar, AMS 96.01.41311-1/DF, Rel. originário Juiz Fed. Marcelo Dolzany da Costa (convocado), Rel. p/ acórdão Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, maioria, *DJ* 01/09/2005, p. 96.)

Ao proferir voto-vista, o ilustre Juiz João Carlos Costa Mayer Soares destacou com propriedade:

Da análise das provas trazidas aos autos (fls. 19/31 e 43/140), verifica-se que, efetivamente, foram rescindidos os contratos de trabalho dos impetrantes com a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes – Geipot, sendo pagos os direitos trabalhistas inerentes a tal rescisão, e que a Subcomissão Setorial de Anistia da referida empresa, posteriormente, deferiu o requerimento deles para conceder-lhes a anistia, na forma do que dispõe a Lei 8.878/1994, condicionando o efetivo retorno ao serviço público à necessidade do serviço, à disponibilidade orçamentária e financeira e a atos específicos próprios (fl. 22).

No entanto, os atos concessivos de anistia tiveram sua execução suspensa por ordem do Presidente da República, determinando-se a revisão dos respectivos processos, nos termos do Decreto 1.499, de 24 de maio de 1995 (fls. 160/161), *in verbis*:

“(…) Art. 1º É constituída, no âmbito do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE, Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia, com a finalidade de:

I – reexaminar as decisões que acolheram pedidos de anistia proferidas pelas Subcomissões Setoriais, assim como aquelas proferidas nos recur-

sos interpostos perante a Comissão Especial, referidas no art. 5.º da Lei 8.878, de 11/05/1994;

II – apreciar os recursos pendentes de julgamento no âmbito da Comissão Especial a que alude o inciso anterior.

(...)

Art. 6º A partir da data da publicação deste decreto, ficam suspensos quaisquer procedimentos administrativos referentes à execução das decisões proferidas pelas Subcomissões Setoriais ou pela Comissão Especial a que alude o Decreto 1.153, de 8 de junho de 1994.

(...)

Logo, é forçoso reconhecer que não há direito à readmissão no serviço público, com base na concessão de anistia prevista na Lei 8.878/1994, dos empregados de empresas públicas federais, regularmente demitidos, enquanto estes estiverem na dependência de confirmação da condição de anistiados por força do reexame dos atos administrativos daquela concessão, determinado pelo Presidente da República por meio de decreto. (Cf. STF, RMS 22.845/DF, Primeira Turma, Ministro Ilmar Galvão, *DJ* 13/02/1998; STJ, MS 4.120/DF e MS 3.980/DF, Primeira Seção, Ministro Adhemar Maciel, *DJ* 10/08/1998; MS 3.975/DF, Primeira Seção, Ministro Peçanha Martins, *DJ* 21/10/1996.)

Dessa forma, não há falar em direito subjetivo dos impetrantes de retorno ao serviço, enquanto não houver confirmação dos atos administrativos que ensejaram suas anistias.

Por outro lado, ainda que houvesse decisão administrativa definitiva quanto ao reconhecimento da condição de anistiados, a readmissão dos impetrantes está condicionada à comprovação dos requisitos previstos no art. 3.º da Lei 8.878/1994, que foram reiterados quando da publicação da anistia concedida pela Subcomissão Setorial de Anistia da Geipot, consoante o disposto no Comunicado 1, de 3 de novembro de 1994, da Diretoria de Administração e Finanças do Ministério dos Transportes.

Ocorre que, na espécie, não há prova pré-constituída, nítida e clara da necessidade do serviço, da disposição financeira e orçamentária e da existência ou não de atos específicos de readmissão, tendo em vista a divergência verificada quanto ao preenchimento de tais requisitos, o que enseja, portanto, a dilação probatória, não permitida em sede de mandado de segurança.

Com efeito, consoante se depreende das informações da autoridade coatora, o Ofício 33/1995/Defin/Geipot estaria demonstrado que não há disponibilidade financeira e orçamentária para a reintegração dos anistiados em virtude da si-

tuação deficitária da Geipot, até porque o Governo Federal, por meio do Decreto 1.410/1995, cortou as receitas das empresas públicas, piorando aquela situação (fls. 154 e 163/165), o que diverge da alegação feita pelos impetrantes no sentido de haver recursos orçamentários para permitir a readmissão, necessitando-se, portanto, de dilação probatória para dirimir a divergência.

Outro não é o entendimento do STJ sobre a matéria, *verbis*:

Constitucional. Administrativo. Anistia. Lei 8.878/1994. Empregados da Faepe.

1. O sistema jurídico de uma Nação não comporta interpretação de norma infraconstitucional que a sua aplicação resulte em desconfigurar princípios imperativos da conduta a ser adotada pelos agentes públicos, de conformidade com a Carta Magna.

2. A Lei 8.878/1994, Lei de Anistia, não alcança empregados de Fundação de Direito Privado, como é a Faepe – Fundação de Ensino, Pesquisa e Extensão, por tal entidade não ter qualquer subordinação à Administração Direta.

3. A reintegração de servidor público tem como pressuposto a ocupação de cargo de emprego público. Quem nunca desfrutou dessa condição, não pode pleitear a referida forma de reingresso no serviço público.

4. O empregado da Faepe – Fundação de Ensino, Pesquisa e Extensão Rural demitido sem justa causa, no período de 16 de março de 1990 a 30 de setembro de 1992, não está amparado pela Lei de Anistia. Além de a referida Fundação ser de natureza essencialmente privada, sem qualquer liame com o serviço público federal, a quebra do vínculo empregatício ocorreu por conveniência da empresa, nos limites do permitido pela CLT.

5. É desconstituída de razão jurídica a pretensão de ex-empregados da supramencionada Fundação por via dos ditames da Lei 8.878, de 11/05/1994, após terem tido os contratos de trabalho rescindidos, de serem incorporados aos quadros funcionais do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária.

6. O ingresso definitivo no serviço público só pode ocorrer nos termos do art. 37, II e III, da CF.

7. Mandado de segurança denegado. (STJ, 1ª Seção, MS 3981/DF, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* 17/08/1998.)

Isso posto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2000.01.00.083365-3/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelado: Francisco José Cotta

Advogados: Drs. Waley José Moreira e outro

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara – MG

Divulgação: e-DJF1 de 13/08/2008

Publicação: 14/08/2008

Ementa

Administrativo. Processo disciplinar. Servidor público. Cerceamento de defesa: inoportunidade. Demissão. Princípio da proporcionalidade.

I – O processo administrativo disciplinar instaurado contra o servidor público não logrou demonstrar, ao menos pelos elementos constantes dos autos, que a consulta de preços deixou de ser realizada ou, se deixou, qual o efetivo prejuízo financeiro para o nosocômio, e o liame entre as assinaturas falsas nas consultas de preço, já que não houve perícia contábil ou grafotécnica, embora requeridas pelo servidor.

II – A sentença penal absolutória criminal por insuficiência de provas não vincula a sede administrativa, mas os dados dela constantes podem auxiliar na convicção do Julgador. Na hipótese dos autos, o Juízo criminal concluiu que o fato não constituiu infração penal, não ficando caracterizado o crime previsto no art. 312 do Código Penal (fl. 23), e ainda asseverou que inexistia em todo o processo coisa alguma que leve a crer que os denunciados tenham se enriquecido com as práticas reprovadas, subtraindo ou apropriando-se de recursos do hospital.

III – A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso mesmo que absolvido no processo criminal.

IV – A penalidade, entretanto, não pode extrapolar o limite da razoabilidade, o que ocorreu na hipótese, com a demissão do ora apelado. Evidenciado o excesso da Administração, cabe a redução da punição aplicada, ficando afastada a pena de demissão aplicada.

V – Reintegração determinada, devendo ser adotada para com o autor a mesma medida aplicada à época aos servidores do Quadro, quanto à lotação, em face da extinção do Inamps.

VI – Na atualização monetária devem ser observados os índices decorrentes da aplicação da Lei 6.899/81, como enunciados no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

VII – Juros moratórios mantidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação, à míngua de recurso da parte.

VIII – Os honorários foram corretamente arbitrados, ficando também mantidos conforme determinado no comando sentencial no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IX – Apelação desprovida.

X – Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 09/06/2008.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de Apelação Cível interposta pela União Federal contra sentença que julgou procedente o pedido de Francisco José Cotta para reintegrá-lo ao cargo que ocupava antes de sua demissão, precedida que foi de inquérito administrativo que havia concluído pela aplicação da penalidade máxima em face de irregularidades supostamente praticadas pelo apelado quando do exercício do cargo.

Condenou a Ré ao pagamento dos valores em atraso, com ressalva da prescrição quinquenal, acrescidos de juros moratórios à razão de 6% (seis por cento) ao ano.

Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre os valores obtidos em execução.

Sustenta a Apelante que a demissão do autor decorreu do que fora apurado em regular processo administrativo disciplinar (n. 33.000.02158/84), que concluiu pelo cometimento das faltas funcionais previstas nos arts. 194, V e VI, 195, IV, 207, VI e VIII, todos da Lei 1.711/1952 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos)

Argumenta que, apesar do processo criminal ter tido desfecho absolutório, “A reintegração do autor só seria possível com anulação do processo disciplinar que lhe aplicou a pena de demissão. No entanto, tal processo é imaculado e contra ele não se insurgiu o autor” (cf. fl. 163).

Acrescenta que “A absolvição de funcionário por insuficiência de provas no juízo criminal não vincula

a sede administrativa, o *decisum*, neste caso, não pode ser utilizado como argumento para a readmissão de funcionário” (cf. fl. cit.).

Requer, por fim, a reforma da sentença, com a improcedência do pedido posto na inicial, com a inversão dos ônus da sucumbência.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Cuida-se de pedido de reintegração aos quadros funcionais da Ré, formulado por Francisco José Cotta, demitido após trâmite de processo administrativo que buscou apurar irregularidades administrativas na aplicação de verbas durante sua lotação no Hospital Júlia Kubstcheck, vinculado ao antigo Inamps, quando ocupava o cargo de Agente Administrativo, referência NM-29.

Os autos foram instruídos com excertos do inquérito administrativo que concluiu pela pena de demissão do autor, além da sentença penal absolutória.

* Após o voto da Relatora, negando provimento à apelação e dando provimento parcial à remessa oficial, no que foi acompanhada pelo Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado), pediu vista o Des. Federal Carlos Moreira Alves. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima. Prosseguindo no julgamento, a Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação e deu provimento parcial à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora. Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento. Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva.

As cópias referentes ao processo administrativo trazem várias notícias sobre irregularidades na aplicação das verbas, notas fiscais fraudulentas emitidas em nome da instituição, existência de material permanente sem tombamento (fl. 99) com valores superfaturados (fl. 100), falsificação de assinaturas de servidores atestando o recebimento das mercadorias nas notas fiscais fraudulentas (fl. 103), entre outras.

Há a informação de que não foi realizada perícia grafotécnica por ocasião do processo administrativo porque “...essas falsificações são tão gritantes, tão corriqueiras naquele hospital, que a CI optou por dispensar a realização daquela Perícia” (cf. fl. 100).

Transcrevo, por importante, alguns trechos do processo administrativo:

A CI entende em seu relatório de fl. 2510 que a “falsificação de assinaturas de RPAs de fls. 841, 1525, 1777, 1780 está perfeitamente caracterizada, senão vejamos: o RPA de fl. 841, em nome do ex-servidor Cleber Aloisio Morais, refere-se a serviços de perfuração de dez metros de fossa. Às fls. 801/803 aquele ex-servidor nega a autenticidade de sua assinatura naquele RPA e que jamais executou qualquer serviço para o hospital JK, foram indagados a respeito os servidores do hospital e todos confirmaram que o ex-servidor Cleber Aloisio Morais nunca prestou qualquer serviço ao hospital na qualidade de autônomo.

Todavia, às fls. 1864/1866, o indiciado declara, relativamente àquele RPA que chamou o Sr. Cleber Aloisio Morais para executar aquele serviço por ter sido ele quem apresentou menor preço. Afirma também que fez as consultas de preços junto aos Srs. Cleber Aloisio Morais, Antônio Eustáquio e José Ferreira. O relatório não diz se houve ou não a consulta de preço nesse caso. Por outro lado, às fls. 1485/1487, o Sr. Sanders Macedo nega ser sua a assinatura constante do RPA de fl. 1525, também, Antônio Arcenio de Figueiredo nega serem suas as assinaturas constantes dos RPAs de fls. 1777/1780.

O indiciado aqui não foi acusado de falsificar as assinaturas dos prestadores de serviço, e sim de atestar consultas de preços, Contratação e Execução de Serviço nos RPAs fraudulentos.

Esse tipo de procedimento já era uma constante no hospital, os servidores por determinações das autoridades administrativas, simplesmente atestavam ter sido feita a consulta de preço sem que, na realidade, tal fato tivesse ocorrido e o faziam de maneira rotineira, normal” (cf. fls. 107/108)

Verifico, do quanto transcrito, que a comissão de inquérito considerou irrelevante a informação dos prestadores de serviço sobre a inautenticidade das assinaturas, fato esse gravíssimo, que, para considerar-se verdadeiro, deveria ter sido precedido de uma investigação mais aprofundada.

Não fora isso, a comissão ateu-se somente ao fato do indiciado atestar consultas de preços. Entretanto, contraditoriamente, consta a informação de que “O relatório não diz se houve ou não a consulta de preço nesse caso”, e, acrescenta, diversas vezes, que era fato rotineiro tal procedimento no hospital — os servidores atestarem consultas de preços por determinação das autoridades administrativas...

A questão é: se o relatório não informa a existência real de tal procedimento, como saber se houve ou não a consulta de preços, já que a ausência dela, apesar de atestada documentalmente, é a principal irregularidade administrativa atribuída ao servidor, e que, inclusive, *foi o fator determinante para a sua demissão?*

Outro aspecto a ser analisado é a existência de testemunhas que alegam ter fornecido “graciosamente” várias notas fiscais de serviço, e que os envolvidos recebiam percentagens que variavam entre 5% e 10% do valor que nelas apunham (fl. 88). O que chama a atenção é o fato de tais pessoas “doarem” notas fiscais sabendo que alguém se beneficiava financeiramente disto, de modo fraudulento, e continuar assim fazendo, sem nada receber em troca, *o que prejudica a credibilidade das testemunhas.*

Por outro lado, no Juízo Criminal, outras testemunhas depuseram em favor do requerente, como pode se deprender do seguinte texto, *verbis*:

O que aconteceu, na realidade e conforme se depreende das declarações dos acusados e testemunhas é que todos os procedimentos mencionados nestes autos eram do conhecimento geral dos servidores do hospital. Como as verbas calculadas para a realização de determinadas despesas estavam ligadas especificamente a determinados dispêndios, sobrando recursos para uns itens e faltando para outros, imaginou-se a transferência de uma rubrica para a outra visando o indispensável funcionamento do nosocômio, tendo para isso de se emitir RPA's e Notas Fiscais como exigiam as normas do INPS. Na verdade, as transgressões verificadas foram praticadas com o intuito de dar movimento a uma pequena cidade com quase 500 leitos, uma média de internação bastante alta e onde a vida das pessoas

necessitadas acometidas pela tuberculose estava acima dos procedimentos burocráticos, inexistindo em todo o processo, coisa alguma que leve a crer que os denunciados tenham se enriquecido com o emprego destes comportamentos, subtraindo ou apropriando-se recursos do Hospital Júlia Kubitscheck.

Não se provou que o numerário obtido de forma irregular foi aplicado fora do hospital e não em benefício do seu bom funcionamento e continuidade. Se algumas normas administrativas foram burladas, o foram com objetivos nobres e elevados, nos pequenos serviços e nas providências inadiáveis, como por exemplo, o oxigênio para os doentes terminais e para as quais, às vezes, não haviam verbas disponíveis e não nas grandes contratações de serviços e fornecimentos de materiais. Estes procedimentos, a despeito de trazer em seu enredo o cunho da ilegalidade, não se manifestaram de modo a sair dos limites do conteúdo administrativo, devendo as transgressões serem passíveis de medida administrativa repressiva limitada às suas lindas e não abrangida nos limites do art. 312 do Código Penal, se não houve prova concreta e indubitosa da ocorrência da vontade consciente de obter um resultado criminoso (cf. fls. 23/24).

Assim, conquanto a sentença penal absolutória tenha mencionado a medida administrativa repressiva, também foi esclarecedora quanto à motivação dos atos praticados e seu resultado final, que redundou em benefício do hospital e dos pacientes.

Ademais, o próprio autor protestou, no processo administrativo, por *perícia contábil no hospital*, para apurar se houve efetivamente desvio de verba, bem como perícia técnica para comprovar as obras realizadas no nosocômio, provas essas que não foram deferidas na esfera administrativa em que tramitava o apuratório...

Com tal indeferimento *se conformou a União Federal* ao ser acionada judicialmente, embora fosse a principal interessada em comprovar a alegada malversação do dinheiro público; não se empenhou em demonstrar, por provas cabais, os fatos atribuídos ao autor, conformando-se apenas com depoimentos, conforme se depreende do teor do processo *administrativo* e do *criminal*, e da presente ação cível.

Registro, por oportuno que não desconsidero o exaustivo trabalho desempenhado pela comissão de inquérito administrativo. Entretanto, pesa contra a conclusão a que se chegou na sindicância, a questão de

não ter se buscado a verdade dos fatos através de *provas concretas*, tais como perícias contábil e grafotécnica, como requeridas pelo autor, valorizando-se apenas a prova testemunhal. A Administração poderia obter resultado muito mais confiável se tivesse realizado um balanço contábil que detectasse a evolução patrimonial do hospital, para detectar se houve desvio de verba, *até porque, se por um lado há testemunhas contrárias ao autor no processo administrativo, por outro lado há depoimentos a ele favoráveis no processo criminal*.

É certo também que a sentença absolutória criminal por insuficiência de provas não vincula a sede administrativa; contudo, os dados dela constantes podem auxiliar na convicção do Julgador. Na hipótese dos autos, entretanto, o Juízo criminal concluiu *que o fato não constituiu infração penal*, não ficando caracterizado o crime previsto no art. 312 do Código Penal¹ (fl. 23), e ainda asseverou que inexistiu em todo o processo “... coisa alguma que leve a crer que os denunciados tenham se enriquecido com o emprego desses comportamentos, subtraindo ou apropriando-se recursos do Hospital Júlia Kubitscheck” (cf. fl. cit).

Se desvio de verba houvesse, haveria ilícito não só administrativo, mas também penal. Como a questão maior que levou à demissão do ora apelado seria um possível desvio de verba, e não apenas a assinatura dos atestados, já que, segundo o relatório, o indiciado não foi acusado de falsificar as assinaturas dos prestadores de serviço, e sim de atestar consultas de preços, contratação e execução de serviço nos RPAs fraudulentos, ou seja, obtendo benefício próprio, tenho que está descaracterizada tal conduta, em razão dos termos postos na sentença penal absolutória, que examinou detidamente os fatos e suas circunstâncias.

Se assim não fosse, chegar-se-ia à estranha conclusão de que *fraudar assinaturas* não é punível, mas atestar consultas de preços não efetivadas é, já que o inquérito deixou claro que vários envolvidos negaram a autoria das assinaturas, e nada parece ter sido feito a esse respeito, ou seja, nenhuma reprimenda foi dirigida a esse fato.

Não se pretende, com tais conclusões, justificar condutas reprováveis administrativamente, e sim, su-

¹ Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

jeitar os responsáveis ao grau de reprovabilidade a que fazem jus — nem mais, nem menos.

Assim, sopesando os elementos constantes dos presentes autos, chego à mesma conclusão a que chegou o magistrado de primeira instância. Houve conduta reprovável do réu, passível de penalidade administrativa, mas a pena a ele aplicada extrapolou o limite do razoável, pelo que *mantenho* a sentença que afastou a pena de demissão inflingida ao servidor, devendo o mesmo ser reintegrado ao cargo de origem, fazendo jus a todas as vantagens decorrentes do cargo, desde a data da demissão, sendo devidos os valores em atraso, respeitada a prescrição quinquenal.

Como foi extinto o Inamps, deve ser adotada para com o autor a mesma medida aplicada à época aos servidores do Quadro, quanto à lotação.

No que diz respeito à correção monetária, devem ser observados os índices decorrentes da aplicação da Lei 6.899/1981, como enunciados no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida, conforme jurisprudência desta Corte e do STJ.

Quanto aos juros de mora, a Medida Provisória 2.180-35 de 24/08/2001, em vigor por força do disposto na Emenda Constitucional 32, de 11/09/2001, acrescentou o art. 1-F à Lei 9.494/1997, estabelecendo que, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, *não poderão ultrapassar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano.*

No caso vertente, considerando-se que a ação foi ajuizada em 29 de julho de 1998, é *cabível* a incidência à razão de 1% ao mês, a partir da *citação*; mantenho, porém, como fixado, em 0,5% (meio por cento) ao mês, à míngua de recurso da parte.

Os honorários foram corretamente arbitrados, ficando também mantidos conforme determinado no comando sentencial, conforme precedentes da Corte.

Em face do exposto, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial para disciplinar a forma de reintegração e os consecutórios dela decorrentes, *na forma delineada na fundamentação.*

É o meu voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — O exame dos autos me conduz à mesma conclusão a que chegou a eminente Relatora, razão por que também eu acompanho Sua Excelência.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2007.38.03.001777-5/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto

Apelante: Justiça Pública

Procurador: Dr. Cleber Eustáquio Neves

Apelado: Marcelo de Azevedo Araujo

Advogado: Dr. Jose Milton Villela de Oliveira

Divulgação: e-DJF1 de 28/08/2008

Publicação: 29/08/2008

Ementa

Penal. Desacato. Art. 331 CP. Não caracterização. Escrivão de Polícia Federal armado e à paisana. Tentativa de adentrar agência bancária. Recusa em entregar o documento de identificação para conferência. Não autorização pelo gerente.

I – O tipo subjetivo do delito de desacato é o intuito de desprestigiar a função pública, menosprezando, humilhando, menoscabando o servidor público, no exercício da função ou em razão dela.

II – Não incorre no crime o agente que, na condição de gerente de banco, desautoriza a entrada na agência de pessoa vestida à paisana e armada, apresentando-se como suposto policial federal, diante da recusa deste em entregar sua identificação para conferência junto ao órgão a que pertence.

III – É sintomático o temor do gerente, fundado na possibilidade de estar tratando com alguém que não seja realmente policial, pois se sabe que carteiras de identidade funcional são amiúde furtadas, extraviadas, falsificadas, para uso de quadrilhas em seus intentos criminosos.

IV – Agências bancárias há muito se tornaram um dos alvos preferenciais de bandidos, que empregam toda sorte de estratégias para adentrarem suas instalações, submetendo gerentes e empregados a níveis elevados de estresse. Por isso, a cautela da qual foi tomado o réu, ao não permitir a entrada do policial federal.

V – A alegação da suposta vítima, de ter sido ofendida pelo gerente, que teria agido no sentido de menosprezar a função por ela desempenhada, ao afirmar que “escrivão não é policial e sequer deve andar armado, porque não tem porte de arma”, restou isolada no contexto fático probatório.

VI – Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 19/08/2008.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Bruno Vasconcelos, da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, que julgou im procedente a denúncia e absolveu, com esteio no art. 386, II, do Código de Processo Penal, Marcelo Azevedo de Araújo, acusado de praticar o delito tipificado no art. 331 do Código Penal (desacato).

2. A inicial acusatória, oferecida em 21/03/2007, está assim vazada:

Reportam os autos do presente termo circunstanciado que, no dia 19 de janeiro de 2005, o policial federal João Marcos Amâncio Piau foi impedido por seguranças do Banco Sudameris, localizado na Av. Afonso Pena, no centro de Uberlândia, de entrar na agência, em razão de estar armado.

Em seguida os vigilantes chamaram o inculcado, gerente da instituição financeira, que se dirigiu à porta giratória, onde se encontrava o policial. Na ocasião, o denunciado, a despeito de o policial federal ter apresentado as suas credenciais e se identificado como tal, barrou a entrada daquele na agência e, agindo com claro intuito de menosprezar a função desempenhada pelo policial, afirmou que “escrivão não é policial e sequer deve andar armado, porque não tem porte de arma”.

Ato contínuo, também com a intenção de depreciar a função desempenhada pela vítima, expondo-a a situação ridícula, proibiu a entrada do policial na agência.

Assim, *Marcelo Azevedo de Araújo*, agindo livre e consciente, desacatou servidor público federal em razão de sua função, estando, portanto, incurso nas iras do art. 331 do Código Penal. (...) (fls. 3/5) (destaque do original)

3. A defesa do réu impetrou *habeas corpus* perante o supracitado Juízo Federal, com pedido de liminar para sobrestamento das investigações levadas a efeito por meio do Termo Circunstanciado de Ocorrência, sob direção da autoridade coatora. O Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Faria deferiu a medida (fls. 29/30), a qual foi posteriormente revogada pela sentença prolatada pelo Juiz Federal Substituto Felini de Oliveira Wanderley, às fls. 39/42.

4. Sobreveio proposta do Ministério Público Federal, consubstanciada na aplicação de multa ao denunciado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), antes do recebimento da denúncia (fl. 52), consoante previsão estampada no art. 76 da Lei 9.099/1995. Houve recusa por parte da defesa, em audiência de transação, fato que ensejou o recebimento da peça vestibular no dia 10/07/2007 (fls. 57/58).

5. O Juiz *a quo* entendeu ausente o dolo do réu, a vontade de ofender o agente público no exercício da função ou em razão dela (fls. 100/106).

6. O Ministério Público Federal sustenta, em síntese, ter havido desacato, porque o réu não permitiu a entrada do policial na agência e por ter afirmado que escrivão não é policial, nem deveria andar armado, arranhando, assim, a honorabilidade do servidor público.

Requer a reforma da sentença e a conseqüente condenação do acusado nas penas do art. 331 do Código Penal (fls. 110/113).

7. Contra-razões apresentadas às fls. 116/124, pugnando pela manutenção da sentença absolutória.

8. Nesta instância, o *Parquet*, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Franklin Rodrigues da Costa, opina pelo não provimento do recurso (fls. 130/134).

9. É o relatório.

10. Processo não sujeito à revisão, por cominar pena de detenção ao infrator (RITRF-1, art. 286).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O Ministério Público Federal pretende a reforma da sentença que absolveu Marcelo Azevedo de Araújo, acusado do crime de desacato.

2. Pois bem, a meu sentir, o Juiz *a quo* agiu corretamente ao absolver o réu, decidindo nesses termos:

(...) É certo que o escrivão da Polícia Federal, assim como os demais agentes, tem direito ao porte de armas, inclusive quando fora do serviço, como

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães.

lhe assegura o art. 6º da Lei 10.826/2003, como bem lembrado pelo ilustre órgão ministerial.

Trata-se de autorização legal cuja pertinência não se discute, sobretudo diante das constantes ameaças a que se encontram sujeitos os policiais das diversas corporações.

Não obstante, também tem razão a defesa quando afirma que “tais documentos (carteiras de identidade funcional) são amiúde furtados, extraviados, falsificados, etc., possibilitando sua utilização por delinquentes, como estratégia para a prática de intentos criminosos.” (fl. 97).

É notório que as agências bancárias são alvos comuns do crime organizado, o que, certamente, deve elevar o grau de estresse dos gerentes.

Assim, não é estranho que em uma situação como a dos autos, surja certa confusão a respeito da forma como as partes devem proceder.

Como bem ressaltou o *Parquet*, “certo é que há divergência em relação a diversas questões de fato...” (citado à fl. 40). Tal divergência não restou superada no curso da instrução. Os depoimentos das testemunhas não contribuíram para elucidação das circunstâncias.

A cautela sustentada pela defesa é justificável. Confira-se:

“Além disso, tendo informado que pretendia tratar de assuntos pessoais, identificando-se como policial federal, à paisana e armado, a suposta vítima deveria ter permitido que o Réu confirmasse os seus dados junto à Delegacia de Polícia Federal, hipótese em que seu acesso ao interior certamente seria permitido sem maiores contratemplos,” (fl. 97).

Nota-se que a preocupação do Réu com a correta identificação do policial esteve presente desde o primeiro momento, razão pela qual não se pode vislumbrar o dolo de menosprezar a função do agente público. Confira-se seu depoimento na fase policial:

“(…) Que manteve então conversa com tal pessoa onde este lhe mostrou sua carteira funcional; que esclarece que ele não entregou a tal carteira, mas apenas lhe mostrou; (...) que a norma do banco estabelece que se uma pessoa estiver armada e se identificar como policial e estiver à paisana é necessário que seja feita confirmação com a unidade do policial para verificar se o mesmo realmente é policial (...)” (fl. 19)

Em juízo, o acusado prestou as seguintes declarações:

“(…) que tem total conhecimento que policial devidamente identificado tem o direito de entrar em agência bancária; que alega que impediu o policial de entrar na agência bancária portando arma

em virtude de não ter conferido a identificação do policial; que o policial apenas mostrou sua identificação, não deixando que o depoente pegasse; (...) que não deixou o policial entrar na agência pois não pegou o documento de identificação para saber se era falso ou verdadeiro; que não conhecia o policial; que o policial não era cliente da agência, sendo que o mesmo teria ido ao banco perguntar acerca da dívida de terceiro (...)” (fl. 58).

Por sua vez, o policial João Marcos também se manifestou em juízo:

“(…) que se dirigiu ao banco para verificar acerca da liberação de uma alienação referente a um veículo que havia comprado (...) que não entregou a identificação nas mãos do réu, mas o mesmo estava bem próximo; (...)” (fl. 71).

Destarte, tendo havido apenas uma lamentável confusão, não se constata o imprescindível dolo de ofender o agente público no exercício da função ou em razão dela.

(...)

Evidentemente, o Réu não tem poder de polícia, mas tem o dever de cuidado inerente à condição de responsável pela agência. O que se nota é que agiu movido, exclusivamente, por este dever. Logo, embora os fatos pudessem ter ocorrido com maior tranquilidade, a situação era por si delicada, de modo que se não lhe seria de exigir serenidade absoluta. O que importa é a inexistência do ânimo de ofender o policial. (...) (fls. 102/105)

3. Dispõe o art. 331 do Código Penal:

Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, porquanto “desacatar significa, por si só, humilhar ou menosprezar, implicando algo injurioso, que tem por fim desacreditar a função pública”.¹

Não vislumbro incidência da conduta do réu no verbo tipo do preceito legal em tela. O escrivão de Polícia Federal, suposta vítima, não foi submetido à situação vexatória ou humilhante, desmoralizadora da função pública.

A despeito das alegações do Ministério Público Federal, o réu conduziu-se de acordo com as normas

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1044.

internas do banco, em franca demonstração de cautela acerca da segurança que deve permear as instituições financeiras quanto ao acesso às suas dependências. A prova testemunhal da autoria, única produzida, demonstra tal procedimento.

Sebastião Glória Vargas, vigilante da agência bancária que primeiro teve contato com a suposta vítima, disse em Juízo:

(...) que confirma seu depoimento prestado à Polícia Federal de fls. 15/16; que foi o depoente quem chamou o gerente a pedido do policial federal; (...) *que o procedimento do banco é que quando a porta giratória trava com um policial à paisana, o depoente chama o gerente que pode autorizar ou não a entrada no banco; que nunca presenciou o gerente ligar para a corporação para confirmar a identidade do policial, mas alega que é norma do banco, a qual foi lida pelo depoente; que nunca presenciou o réu discutindo ou destratando qualquer outro policial; que a vítima teve (sic) no dia seguinte no banco acompanhado de oito policiais, acreditando estarem armados, os quais foram autorizados a entrar no banco pelo réu; (...)* (fl. 74). (destaquei)

Ora, não incorre em desacato o agente que, na condição de gerente de banco, desautoriza a entrada na agência de pessoa vestida à paisana e armada, apresentando-se como suposto policial federal, diante da recusa deste em entregar sua identificação para conferência junto ao órgão a que pertence. É sintomático o temor daquele, fundado na possibilidade de estar tratando com alguém que não seja realmente policial.

O próprio agente federal disse em Juízo:

(...) *que não entregou a identificação nas mãos do réu, mas o mesmo estava bem próximo; (...)* (fl. 71). (destaquei)

Como bem frisou o *Parquet*:

(...) *Todavia, é comum o uso de carteiras de identidade falsas, extraviadas ou furtadas para a prática de crimes.*

As agências bancárias são alvos bastante comuns do crime organizado, não sendo estranho que vigilantes e gerentes de bancos fiquem sempre apreensivos e atentos a tais práticas delituosas. (...) (fls. 130/134)

Outrossim, a alegação da suposta vítima, de ter sido ofendida pelo gerente, que teria agido no sentido de menosprezar a função por ela desempenhada, ao afirmar que “escrivão não é policial e sequer deve andar

armado, porque não tem porte de arma”, restou isolada no contexto fático probatório.

As testemunhas Chaniel Antônio Rufino, Sebastião Glória Vargas e Linie Moraes Coimbra não presenciaram a conversa entre os dois, consoante depoimentos prestados na fase policial e na instrução criminal:

(...) que no momento dos fatos descritos no presente termo de ocorrência o depoente estava postado em local no mínimo cinco metros de distância da porta de entrada; (...) que do local onde estava não era possível ouvir o que conversaram; (...) (fls. 13/14)

(...) que confirma seu depoimento prestado perante a Polícia Federal de fls. 13/14; (...) (fl. 73) – *Chaniel Rufino*

(...) que Marcelo, entre cinco a dez minutos, veio ter com o policial, em local situado após a porta giratória; que o depoente permaneceu do lado de dentro da porta giratória e não ouviu o diálogo entre eles; (...) (fls. 15/16)

(...) que confirma seu depoimento prestado perante a Polícia Federal de fls. 15/16; (...) (fl. 74) – *Sebastião Vargas*

(...) que não ouviu nenhum trecho da conversa entre o policial e o gerente; (...) (*Linie Coimbra* – fls. 17/18)

Nenhuma outra prova foi produzida pela acusação que pudesse modificar minha convicção acerca da manutenção da absolvição do réu.

Portanto, a irresignação do Ministério Público Federal não procede. O Juiz *a quo* abordou os fatos com precisão, devendo ser mantida a sentença *in totum*.

5. Ante o exposto, nego provimento à apelação.
6. É o voto.

Quarta Turma

Recurso Criminal

2007.38.12.000723-5/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

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

Recorrente: Justiça Pública

Procurador: Dr. Carlos Alexandre Ribeiro de Souza

Recorrido: Luiz Gonzaga Costa

Divulgação: e-DJF1 de 14/08/2008

Publicação: 15/08/2008

Ementa

Penal. Processual penal. Extração de diamante sem autorização legal. Ausência de derrogação do art. 2º da Lei 8.176/1991 pelo art. 55 da Lei 9.605/1998. Bens jurídicos tutelados diversos. Concurso formal. Crime do art. 38 da Lei 9.605/1998.

I – Não há conflito aparente de normas penais quando os bens jurídicos protegidos são diversos. O art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 tutela a ordem econômica, definindo crime contra o patrimônio na modalidade usurpação, enquanto o art. 55 da Lei 9.605/1998 tutela a preservação do meio ambiente.

II – Inocorrência de derrogação do art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, pelo art. 55 da Lei 9.605/1998.

III – Ocorrência de concurso formal entre os delitos do art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, e do art. 55 da Lei 9.605/1998, porque com uma única ação (extração de diamantes) foram ofendidos bens jurídicos diversos. Precedentes do STJ.

IV – Recurso em sentido estrito provido para dar regular prosseguimento ao feito, quanto ao delito do art. 2º *caput*, da Lei 8.176/1991, tendo em vista que, quanto ao delito do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais, encontra-se prescrito.

V – No tocante ao crime do art. 38 da Lei de Crimes Ambientais, é imprescindível para sua configuração que a área que sofreu a lesão ambiental seja área de preservação permanente. Circunstância que exige comprovação prévia ao recebimento da denúncia, razão pela qual concedo, de ofício, *habeas corpus* para trancar a ação penal quanto ao delito tipificado no art. 38, da Lei 9.605/1998.

VI – Recurso provido parcialmente.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e, de ofício, conceder o *habeas corpus* para trancar a ação penal relativamente ao delito do art. 38 da Lei 9.605/1998.

4ª Turma do TRF da 1ª Região – 28/07/2008.

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

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 92/106) contra a decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG (fls. 84/87), que declarou extinta a punibilidade do recorrido quanto ao crime do art. 55 da Lei 9.605/1998, em face da ocorrência da prescrição, e oficiou o Ministério do Meio ambiente para informar acerca de a área degradada ser de preservação ambiental.

Asseverou o Ministério Público Federal, nas razões recursais, em resumo, que:

1. Em exame de admissibilidade da denúncia, houve por bem o MM. Juízo *a quo* oficiar a Ministério do Meio Ambiente ou órgão correlato, não se manifestando expressamente pelo recebimento ou não recebimento (art. 41 do CPP) ou até rejeição (art. 43 do CPP) da denúncia na parte relativa ao crime capitulado no art. 38 da Lei 9.605/1998 (...) (fls. 96/97);

2. a decisão de fls. 84/87, o MM. Juiz Federal da subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, proferiu decisão afastando a incidência da figura típica prevista no art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991, a qual, no entender do nobre Julgador, foi revogada pelo art. 55 da Lei 9.605/1998, lei posterior, por ser mais benéfica.

Não merece prosperar tal assertiva vez que, as condutas perpetradas pelo denunciado, consistem em garimpo clandestino realizado em um trecho do Rio Jequitinhonha, no município de Diamantina/MG, tudo sem a devida autorização do órgão competente, o que acarretou lesão tanto ao meio ambiente, bem jurídico tutelado pela primeira norma incriminadora, quanto ao patrimônio público, protegido pela segunda (fl. 98);

3. (...) a irresignação do recorrente reside na atribuição da nova classificação jurídica ao fato (*emendatio libelli*), com o afastamento da imputação do art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991 (fl. 99);

4. (...) referido dispositivo legal não foi revogado pelo advento do art. 55 da Lei 9.605/1998, de modo que permanece em pleno vigor a norma penal incriminadora nele inculpada. De fato, trata-se de normas jurídicas distintas, a tutelar, bens jurídicos tão diversos como o patrimônio da União e o Meio Ambiente (fl. 99);

5. (...) seja mantida a capitulação original e legal atribuída aos fatos com o enquadramento da conduta do réu *também* no art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991, conforme previsto na exordial acusatória, mantendo-se a extinção da punibilidade em face da conduta prevista no art. 55, da Lei 9.605/1998, assim como, o retorno dos autos, à instância primeira, a fim de que sejam devidamente examinadas durante a instrução criminal, a materialidade e autoria dos crimes perpetrados pelo acusado (fl. 105);

6. (...) não há que se falar em conflito aparente de normas, e sim de concurso formal. A par de referido argumento vislumbra-se perfeitamente possível, a aplicação do art. 70 do Código Penal, com o reconhecimento do concurso formal entre os crimes dos arts. 2º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998, pois o acusado, mediante uma só ação ou omissão, praticaram dois ou mais crimes (...) (fl. 105).

Mantida a decisão (fl. 123), subiram os autos a este Tribunal Regional Federal, ocasião em que o d. Ministério Público Federal requereu a nomeação de defensor público para oferecimento das contra-razões, o que ocorreu às fls. 131/135.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 140/143, opinando pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Presentes os requisitos de admissibilidade deste recurso, dele conheço.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão *a quo*, que declarou extinta a punibilidade do recorrido quanto ao crime do art. 55 da Lei 9.605/1998, em face da ocorrência da prescrição, e oficiou o Ministério do Meio Ambiente para informar acerca de a área degradada ser de preservação ambiental.

A r. decisão impugnada foi proferida, nos seguintes termos:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

É preciso analisar o teor de dois dispositivos legais acima mencionados:

“Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa” (Lei 9.605/1998)

“Art. 2º. Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena – detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.” (Lei 8.176/1991)

Analisando-o, constato que, enquanto o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, estabelece que constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, “(...) explorar matéria-prima pertencente à União, sem a devida autorização legal (...)”; o art. 55 da Lei 9.605, de 1998, define como crime “executar (...) extração de recursos minerais sem a competente autorização”.

Verifico que a conduta descrita em ambos os tipos, referentes à extração de recursos minerais sem a competente autorização legal, é a mesma, razão pela qual entendo que a Lei 9.605/1998, por ser posterior, derogou o art. 2º da Lei 8.176, de 1991.

Confira-se, nesse tocante, os seguintes arestos:

“*Processo Penal. Habeas corpus. Lei 9.605, de 1998, art. 55. Lei 8.176, de 1991, art. 2º. Conflito aparente de normas. Prescrição retroativa. Extensão do julgado.*

1. Os fatos narrados na denúncia — a atividade dos agentes consistia na extração de matéria-prima pertencente à União Federal, sem estarem devidamente autorizados pelos órgãos competentes — subsumem-se no tipo previsto no art. 55 da Lei 9.605, de 1998, e não no art. 2º da Lei 8.176, de 1991.

2. Quando o agente extrai recursos minerais, sem a competente autorização legal, altera o mundo naturalístico uma só vez, havendo, no caso, um conflito aparente de normas. É de atentar-se que o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, estabelece que constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, (...) explorar matéria-prima pertencentes à União, sem a devida autorização legal (...), e o art. 55 da Lei 9.605, de 1998, define como crime o executar (...) extração de recursos minerais sem a competente autorização. A conduta, nos dois crimes, é a mesma, razão por que muitos entendem que esta última norma, por ser posterior, derogou

o art. 2º da Lei 8.176, de 1991, modificando a pena, reduzindo-a.” (TRF – Primeira Região – Classe: HC – *Habeas Corpus* – Processo: 200601000010045 – UF: MG – Órgão Julgador: Terceira Turma – Data da decisão: 06/03/2006, DJ Data: 18/08/2006 – Página 34 – Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto)

“*Penal e Processual Penal. Lei 8.176/1991, art. 2º. Lei 9.605/1998, art. 55. Extração irregular de mineral. Princípios da especialidade e da lei mais benéfica. Prescrição.*

1. A extração irregular de mineral, conduta inicialmente capitulada no art. 2º, §1º, da Lei 8.176/1991, passou a ser descrita na Lei 9.605/1998 (art. 55), lei especial em relação àquela.

2. A lei nova, sendo mais benéfica ao acusado, deve ser aplicada, acarretando a consequência de dever ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação ao mesmo, já que o máximo abstrato da pena privativa de liberdade foi reduzido de cinco para um ano.

3. Extinção de punibilidade do crime que se declara de ofício.

4. Apelação prejudicada.” (TRF – Primeira Região – Classe: ACR – Apelação Criminal – Processo: 200039000002794 – UF: PA – Órgão Julgador: Terceira Turma – Data da decisão: 06/02/2006; DJ Data: 17/02/2006 – Página 18 – Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes)

Assim, uma que os fatos narrados na peça exordial estão capitulados no art. 55 da Lei 9.605/1998, cuja pena máxima é de *detenção de 1 (um) ano e multa*, caberia, a aplicação dos institutos da Lei 9.099/1995.

Todavia, é preciso analisar a ocorrência da prescrição suscitada pelo Ministério Público Federal, o que é permitido ao juiz em qualquer fase do processo (art. 6º do CPP).

A pena prevista para o delito do art. 55 da Lei 9.605 de 12/02/1998 é de *6 meses a 1 ano* de detenção, certo que o prazo prescricional regulado pela máxima sanção abstratamente prevista, nesse caso, é de *4 (quatro) anos*, a teor do disposto no art. 109, inciso V, do CP.

A *data do fato* é 27/05/2003 (fl. 6), quando também consumou-se o crime (art. 111, inciso I do CP).

Dessa forma, uma vez que em 27/05/2007 seria a data limite para o exercício do direito de punir estatal, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição.

Pelo exposto, *declaro extinta a punibilidade* quanto ao crime do art. 55 da Lei 9.605 de 12/02/1998, tendo em vista o reconhecimento da

prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, com fulcro no art. 107, inciso IV, do CP.

Sobra para exame o tipo do art. 38 da Lei 9.605/1998 inserido na denúncia do Ministério Público Federal. O citado preceito legal refere-se a “floresta considerada de preservação permanente”, para que se caracterize a infração penal. Dessa forma, é preciso que venha aos autos a comprovação de que a área degradada é uma floresta e de preservação permanente. Os arts. 2º e 3º do Código Florestal (Lei 4.771/1965) descrevem os requisitos para serem consideradas áreas de preservação permanente. *Oficie-se* ao Ministério de meio Ambiente ou órgão correlato, nos termos da legislação vigente, para informar se o local denominado Ponte da amizade, às margens do Rio Jequitinhonha é floresta e elencada como de preservação permanente, remetendo, se for o caso, comprovantes de tal situação (fls. 85/87).

Data venia de eventual entendimento em contrário, não é o que ocorre no presente caso.

Com efeito, os bens jurídicos tutelados pelas normas ventiladas são diversos. O art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 tutela a ordem econômica, definindo crime contra o patrimônio na modalidade usuração, enquanto o art. 55 da Lei 9.605/1998 tutela a preservação do meio ambiente.

O art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, dispõe:

Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

Já o art. 55 da Lei 9.605/1998 preceitua:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Note-se que a conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes pode configurar tanto crime contra a natureza, pela degradação ao meio ambiente (art. 55 da Lei 9.605/1998), quanto crime contra o patrimônio da União, em face da usuração do bem público, art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991.

Nessa hipótese, não há de se cogitar em conflito aparente de normas, tendo em vista tratarem-se de tipos penais diferentes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido, conforme se observa dos seguintes julgados colacionados:

Penal. Recurso especial. Extração de areia sem autorização. Derrogação. Lex mitior. Art. 2º da Lei 8.176/1991 e art. 55 da Lei 9.605/1998. Inocorrência da novatio legis in melius.

I – Quando as normas incriminadoras tutelam bens jurídicos diversos incorre o denominado conflito de leis penais no tempo. Não há, no caso, derrogação.

II – O art. 2º da Lei 8.176/1991 indica o delito da usuração como forma de infração contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas por título autorizativo. O art. 55 da Lei 9.605/1998, por sua vez, descreve crime contra o meio ambiente.

Recurso provido. (STJ), REsp 815079/SP, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 15/03/2007, publicado no *DJ* de 14/05/2007, p. 382)

Habeas corpus. *Direito penal. Art. 2º da Lei 8.176/1991 e art. 55 da Lei 9.605/1998. Conflito aparente de normas. Inocorrência. Ordem denegada.*

1. O art. 2º da Lei 8.176/1991 tipifica o crime de usuração, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo, enquanto que o art. 55 da Lei 9.605/1998 tipifica o delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida, sendo indubitavelmente distintas as situações jurídico-penais.

2. Diversas as objetividades jurídicas, não há falar em concurso aparente de normas.

3. Ordem denegada. (STJ), HC 35559/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado por unanimidade em 07/11/2006, publicado no *DJ* de 05/02/2007, p. 384)

Criminal. Resp. Extração de argila sem autorização do órgão competente. Usuração x extração. Conflito aparente de normas. Inocorrência. Diversidade de objetos jurídicos. Concurso formal configurado. Recurso conhecido e provido.

I – O art. 2º da Lei 8.176/1991 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/1998 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

II – Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.

III – Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. (STJ, REsp 815071/BA, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 23/05/2006, publicado no *DJ* de 19/06/2006, p. 203)

Registre-se que a 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal, na esteira do entendimento adotado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado no sentido da existência de concurso formal de crimes e não de conflito aparente de normas, por entender que o art. 55, da Lei 9.605/1998 e o art. 2º, da Lei 8.176/1991 tutelam objetos jurídicos distintos.

A esse respeito, trago a colação os seguintes acórdãos:

Processo Penal. Apelação criminal. Extração de argila sem a competente autorização. Art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991 e art. 55, da Lei 9.605/1998. Concurso formal de crimes. Bens jurídicos tutelados diversos. Sentença reformada. Dosimetria da pena.

1. A ação delituosa do réu, ora apelado, consistente na extração de argila sem a competente autorização, constitui crime praticado contra o meio ambiente, previsto no art. 55, da Lei 9.605/1998, bem como contra o patrimônio da União previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, uma vez que tutelam objetos jurídicos distintos. Precedentes deste Tribunal e do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Materialidade e autoria do delito previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 comprovadas. Condenação do réu como incurso nas penas do dispositivo legal mencionado em concurso formal com o delito contra o meio ambiente.

3. Pena-base fixada no patamar mínimo legal, acrescida de um sexto em decorrência do dis-

posto no art. 70 do Código Penal, tendo sido substituída por pena restritiva de direitos.

4. A pena de multa remanesce por força do disposto no art. 72 do Código Penal.

5. Apelação provida. (TRF – 1ª Região, ACR 2001.33.00.015526-0/BA, Relator Juiz Federal Convocado Marcus Vinicius Bastos, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 15/03/2005, publicado no *DJ* de 08/04/2005, p. 45)

Processo Penal. Apelação criminal. Extração de argila sem a competente autorização. Art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991 e art. 55, da Lei 9.605/1998. Concurso formal de crimes. Bens jurídicos tutelados diversos. Sentença reformada. Dosimetria da pena.

1. A ação delituosa do réu, ora apelado, consistente na extração de argila sem a competente autorização, constitui crime praticado contra o meio ambiente, previsto no art. 55, da Lei 9.605/1998, bem como contra o patrimônio da União previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, uma vez que tutelam objetos jurídicos distintos. Precedentes deste Tribunal e do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Materialidade e autoria do delito previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991 comprovadas. Condenação do réu como incurso nas penas do dispositivo legal mencionado em concurso formal com o delito contra o meio ambiente.

3. Apelação criminal provida.

4. Considerando a sanção penal atribuída ao réu, verifica-se ter ocorrido a prescrição pela pena *in concreto*. Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Aplicação dos arts. 107, IV, 109, V, e 119, do Código Penal.

5. Reconhecimento de ofício da prescrição. (TRF – 1ª Região, ACR 2001.33.00.006807-2/BA, Relatora Resp. Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada), 4ª Turma, julgado por unanimidade em 21/03/2006, publicado no *DJ* de 20/04/2006, p. 32).

Desta forma, há de ser reconhecido o concurso formal de crimes, ficando claro que a conduta do recorrido subsume tanto ao tipo descrito no art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991, quanto no art. 55 da Lei 9.605/1998.

Nesse passo, em que pese ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva da conduta descrita no art. 55 da Lei dos Crimes Ambientais, conforme verificado pelo MM. Juízo Federal *a quo*, a ação penal deve prosseguir quanto ao crime do art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/1991.

No tocante ao crime do art. 38 da Lei de Crimes Ambientais, que estabelece que “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”, é o caso de rejeição da denúncia, na forma do inciso III do art. 43 do CPP (faltar condição exigida por lei para o exercício da ação penal). No entanto, entendeu o MM. Juiz de ofício o Ministério do Meio Ambiente para informar se a área degradada é de preservação permanente.

Portanto, no que diz respeito ao crime do art. 38 da Lei 9.605/1998, considerando que o recurso é do Ministério Público Federal, concedo *habeas corpus* de ofício para rejeitar, no particular, a denúncia, podendo o Ministério Público Federal aditar ou oferecer outra, caso comprovado o fato exigido por Lei.

Diante disso, dou parcial provimento ao presente recurso criminal para receber a denúncia no tocante ao delito do art. 2º da Lei 8.176/1991, ficando mantida a declaração da prescrição quanto ao crime do art. 55 da Lei 9.605/1998 e, de ofício, concedendo *habeas corpus* para trancar a ação penal quanto ao delito tipificado no art. 38 da Lei 9.605/1998.

É o voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2004.33.00.027528-5/BA

Relator: O Exmo. Des. Federal João Batista Moreira

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)

Apelante: Antônio Carlos de Souza

Advogado: Dr. Pedro Leonardo Summers Caymmi e outros

Apelado: Fazenda Nacional

Divulgação: e-DJF1 de 30/07/2008

Publicação: 31/07/2008

Ementa

Administrativo, Civil e Processual Civil. FGTS. Execução de contribuições patronais. Não localização de bens do devedor principal. Confusão patrimonial. Art. 50 do Código Civil. Mau uso e mau funcionamento da sociedade. Prosseguimento da execução pelo patrimônio do sócio-diretor. Possibilidade. Ausência de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Apelação não provida.

I – Certificado pelo oficial de justiça que o único bem disponível para expropriação é o terreno em que localizada a sede (que, nos termos do estatuto, deveria ser de propriedade da sociedade) e constatado que o terreno, na verdade, é de propriedade do sócio-diretor, foi deferido pedido de prosseguimento da execução de contribuições patronais do FGTS pelo patrimônio deste.

II – Dispõe o art. 50 do Código Civil que, “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 3ª Turma. RMS 14168/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Data do Julgamento: 30/04/2002. DJ 05/08/2002, p. 323).

III – O apelante sempre exerceu o cargo de dirigente do clube; na condição de representante legal do devedor principal, recebeu a citação da execução, que já se arrasta por mais de 20 (vinte) anos.

IV – Exercendo a administração da organização, ao amparo do estatuto, cumpre-lhe zelar pela separação do patrimônio e garantir recursos suficientes para honrar os compromissos da sociedade, conforme expressa previsão estatutária. No entanto, a sede social está edificada em terreno seu e os bens do clube esvaíram-se.

V – Provados mau uso e mau funcionamento da organização, não é justo que os credores (especialmente o FGTS – patrimônio dos trabalhadores), que não tinham meios de influenciar a administração e nem motivos para suspeitar do registro imobiliário da sede do clube, sejam surpreendidos pela ausência de bens passíveis de expropriação.

VI – Não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. A oposição dos embargos propiciou a defesa, que foi empreendida técnica e satisfatoriamente.

VII – Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 11/06/2008.

Juiz Federal *Marcelo Albernaz*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz: — Na sentença de fls. 213/221, foi julgado improcedente o pedido formulado nos embargos à execução de contribuições do FGTS.

Apela o embargante (fls. 227/235), alegando que: a) “o art. 135 do CTN não é aplicável ao presente caso, por se tratar de execução fiscal de crédito não tributário, já que a contribuição ao FGTS não é tributo, mas poupança compulsória dos empregados a cargo do empregador”; b) “mesmo os que admitem a responsabilização pessoal nos casos de dívidas de FGTS a condicionam à ‘demonstração de ação (omissão) ilícita’ (...), o que em momento algum foi realizado pela apelada”; c) nenhum dos fatos apontados pelo Juiz “indica responsabilidade pessoal (...), por, mediante nexos causal, ter adotado um comportamento irregular que levou ao não pagamento da exação. Na verdade, o que busca a sentença apelada responsabilizar é o simples não pagamento do tributo tempestivamente, dentro do prazo legal, motivo que já foi afastado pela jurisprudência como inapto a justificar a responsabilidade pessoal”; d) seu nome não consta da CDA “ou como parte integrante do processo administrativo originário. Mais importante ainda, a pretensão executiva deduzida em juízo compreendeu apenas a associação executada, única referida na petição inicial, que não fez qualquer referência ao diretor-presidente. Este, desta maneira, não pode ter seu patrimônio pessoal afetado por ato praticado em processo judicial o qual não deveria integrar como parte, sob pena de ofensa ao devido processo legal”; e) se seu nome não consta da CDA, afasta-se a “presunção de certeza e legitimidade do título executivo (art. 3º da Lei 6.830/1980), devendo ser previamente provada pelo exequente”.

Em contra-razões (fls. 239/249), responde a União (Fazenda Nacional) que: a) “se a cobrança do FGTS deverá ser feita com as mesmíssimas prerrogativas e privilégios dos créditos cobrados pela Fazenda

Nacional e estes espelham a possibilidade de inclusão do sócio ou do administrador da pessoa jurídica no pólo passivo da cobrança como co-responsável, logicamente também as cobranças que têm por objeto contribuições ao FGTS poderão promover tal inclusão”; b) ainda que afastada a incidência do art. 135 do CTN, a responsabilização pessoal do diretor-gerente pelo débito encontra amparo na Lei 5.107/1966, c/c Lei 8.620/1993 e Decreto 3.708/1919; c) está sugerida confusão patrimonial, porquanto a área em que funciona a sede social da pessoa jurídica é de propriedade do embargante, porquanto, “se não havia separação nítida dos ativos patrimoniais seus e da sociedade por ele gerida/presidida, não pode haver separação dos elementos passivos, dentre os quais estão os débitos de FGTS em apreço”; d) “a sociedade então presidida pelo ora apelante simplesmente não possui mais bens. Aliás, dissolvida de fato, ela só existe no papel. É o que demonstram as ausências de estabelecimento e de quaisquer bens passíveis de garantir os credores”; e) “uma vez dissolvida irregularmente a sociedade (o que já aconteceu de fato, como ressaltado à fl. 21), os bens da empresa liquidanda deveriam ser arrolados ao monte da liquidação, não podendo os sócios deles se apropriarem. Ocorre que nunca houve nem liquidação nem um liquidante a quem se possa recorrer para exigir o seu crédito. Afinal, como já dito (...), na verdade, sem estabelecimento nem bens quaisquer, a empresa só existe ‘no papel’. Com isso, o agora recorrente busca esconder-se por detrás de uma miragem legal, cognominada Clube de Férias Costa Azul, que nunca teve um estabelecimento próprio, dissolveu-se de fato e simplesmente desapareceu da praça”; f) “se pode a CDA ser modificada, pode ser aditada. Assim, poderia a Fazenda Pública exequente aditar a CDA, acrescentando o nome do co-responsável, ainda que por fato superveniente, a exemplo da dissolução irregular da sociedade. Logo, o resultado seria absolutamente o mesmíssimo”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albermaz: — Conheço da apelação, pois preenche os pressupostos de admissibilidade.

A União (Fazenda Nacional) ajuizou execução em face do Clube de Férias Costa Azul para cobrança de contribuições patronais do FGTS.

Citado o devedor, não efetuado o pagamento do débito nem oferecido bem à penhora, procedeu-se à busca de bens para satisfação da dívida.

Não foram localizados bens em nome do devedor, tendo o oficial de justiça certificado que “o imóvel” onde está localizada a sede do clube pertence “ao presidente do Clube” (fl. 111).

Pediu-se, então, a penhora de bens pessoais do Diretor, invocando-se o Decreto 3.708/1919, que prevê a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios-gerentes pelas obrigações contraídas em nome da sociedade (fls. 116/117).

O pedido foi deferido, determinando-se bloqueio de saldo em conta bancária (fls. 190/192).

Ciente da penhora, o Diretor do Clube opôs embargos à execução, alegando, no que interessa: a) não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da execução, porquanto seu nome não consta da certidão de dívida ativa; b) o redirecionamento da execução não é possível, considerando que o art. 135 do CTN não se aplica às execuções de cobrança do FGTS, reconhecido pela jurisprudência que a contribuição para o Fundo não é tributo; c) a exequente não provou prática de ato ilegal ou fraudulento.

O pedido formulado nos embargos foi julgado improcedente, “com supedâneo no art. 10 do Decreto 3.708/1919, c/c o art. 19 da Lei Federal 5.107/1966, e c/c o parágrafo único do art. 149 do Decreto 77.077/1976”.

Na apelação, o embargante repisa as razões da inicial.

O Decreto 3.708/1919, que regulava a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, revogado pelo novo Código Civil, dispunha que

Art. 10. Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Ocorre que, a teor dos arts. 1º e 2º do estatuto social (fls. 198/205), publicado no Diário Oficial do dia 03/02/1973, o Clube de Férias Costa Azul foi constituído como sociedade civil, sem fins lucrativos, nos termos do art. 16, inciso I, do Código Civil de 1916. Sendo sociedade civil, regia-se pelo disposto no Código Civil, enquanto as sociedades mercantis continuavam a ser regidas pelo estatuído nas leis comerciais, tudo de acordo com o art. 16, § 1º.

Sobre o sistema de responsabilidade dos sócios na sociedade civil, estatua o Código Civil de 1916:

(...)

Art. 19 O registro declarará:

(...)

IV – se os membros respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais;

(...)

Art. 1.398 Os sócios não são solidariamente obrigados pelas dívidas sociais, nem os atos de um, não autorizado, obrigam os outros, salvo redundando em proveito da sociedade.

(...)

Neste caso, responsabilizar o sócio pessoalmente por débito da sociedade, atraindo a incidência do Decreto 3.708/1919, somente seria possível se declarada a sociedade como mercantil, em que pese constituída sob o regime de sociedade civil sem fins lucrativos.

Vê-se que a declaração implicaria admitir-se, no caso concreto, uma verdadeira transmutação das finalidades sociais.

Pois bem.

Se a principal característica da sociedade mercantil é justamente a perseguição de lucro, a verificação da mudança de finalidade da sociedade pende de um conjunto probatório que permita, basicamente, aferir se a sociedade, ainda que circunstancialmente, aufere

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes.

ou tenha auferido resultado pecuniário, proveniente do negócio¹, com distribuição aos sócios.

Nesse sentido:

Imunidade. Entidade de Assistência Social e Educacional. Impostos. IPI. II. IOF. Seguridade Social.

(...)

5. O que descaracteriza, para o fim da imunidade, a instituição de fins não lucrativos não é que ela possa ter resultados financeiros positivos, mas, sim, que se destine a distribuir esses resultados como lucros aos seus associados.

(...)

(TRF-4ª Região. 1ª Turma. 2000.71.040.07508-8/RS. Relatora: Juíza Maria Lúcia Luz Leiria. Data do julgamento: 23/02/2005. DJ 16/03/2005, p. 396).

Sobre tais fatos, nenhuma prova foi produzida. Nem sequer há indícios, tornando desinfluyente, para o caso, a regra do art. 335 do Código de Processo Civil.

Deve ser afastado, assim, o Decreto 3.708/1919.

De outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, firmou-se que, “ante a natureza não-tributária dos recolhimentos patronais para o FGTS, deve ser afastada a incidência das disposições do Código Tributário Nacional, não havendo autorização legal para o redirecionamento da execução, só previsto no art. 135 do CTN. (2) Ainda que (...) aplicável (...) o disposto no art. 135 do CTN, o mero inadimplemento da obrigação tributária não configuraria violação de lei apta a ensejar a responsabilização dos sócios” (ST). 2ª Turma. REsp 981934/SP. Relator: Ministro Castro Meira. Data do Julgamento: 06/11/2007. DJ 21/11/2007, p. 334).

A propósito, a Lei 8.036/1990, se tipifica como infração a falta de recolhimento da contribuição do FGTS, não trata de responsabilidade fiscal.

A responsabilidade do sócio-diretor da executada, no entanto, não foi afirmada na sentença apenas com base nesses fundamentos.

A exequente pediu o redirecionamento da execução sob a alegação de que o terreno, em que localizada a sede do Clube, seria o único bem disponível da sociedade para fazer frente ao débito. Se o terreno

era de propriedade do diretor, nada mais justo que a execução alcançasse os bens do dirigente.

Na sentença, fundamentou o Juiz:

(...) o fato do Clube de Férias Costa Azul ter sede (...), mas não ter terreno próprio (...) – conquanto indique o art. 3º, de seu Estatuto, que este se situa na Av. Otávio Mangabeira, s/n, Salvador/BA (...) -, aliado ao fato do próprio embargante ter afirmado que o dito terreno pertence a ele, pessoa física (...), trata-se de forte indício de fraude, com confusão de patrimônio, em violação ao próprio Estatuto Social que, retoricamente, proclama a entidade uma ‘sociedade civil com personalidade jurídica própria, com patrimônio distinto do de seus sócios’ (...)

A personificação societária tem como pressupostos a separação do patrimônio da sociedade e dos sócios e a autonomia do ente personalizado.

Os pressupostos, que se afiguram verdadeiros dogmas, têm por escopo incentivar a criação e permanência das sociedades, às quais é atribuída significativa importância no desenvolvimento da atividade produtiva como um todo.

Por isso, a responsabilização pessoal dos sócios por dívidas contraídas pela sociedade é tratada como exceção. Em maior ou menor grau, a técnica é sempre vista sob censura, mesmo nos casos de atos praticados com excesso de competência e/ou em desconformidade com a lei, previstos no ordenamento.

A realidade mostrou, no entanto, que não são raros os casos em que, mesmo praticando atos não vedados pela lei, os sócios e dirigentes das sociedades utilizam-se da personificação societária para obter proveito pessoal, em detrimento dos credores, os quais se vêem praticamente impedidos de buscar a satisfação de seus créditos.

Surge, então, a construção doutrinária da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que se baseia na superação da separação de patrimônio e autonomia da sociedade, a fim de que, na ausência de bens da sociedade, se possa alcançar o patrimônio do sócio, visando à satisfação da dívida contraída pela sociedade, sempre que for demonstrado o mau uso da personificação jurídica.

O “mau uso” da forma é conceito aberto, sendo necessário buscar-se, no caso concreto, elementos e informações que permitam o seu delineamento.

¹“No sentido técnico do comércio, *lucro* restringe-se ao *resultado pecuniário*, obtido nos negócios”. Vocabulário Jurídico de Plácido de Silva. Rio de Janeiro: Forense. 16ª ed. 1999, p. 504.

Fábio Ulhoa Coelho² observa que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal e deve ser aplicada em qualquer hipótese, sempre que “a autonomia patrimonial da pessoa jurídica (...) for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor”.

Ressalta, também, que a desconsideração é resultado de um esforço doutrinário e que são inconsistentes decisões judiciais que têm como único critério para a desconsideração da personalidade jurídica a frustração do credor na busca pela satisfação da dívida.

Buscando uma formulação objetiva para a desconsideração, Fábio Konder Comparato³ vê na confusão patrimonial um critério formal suficiente à desconsideração para fins de responsabilidade do sócio, porquanto, “um sócio que queria assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve (...) assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social (...)”.

Seguindo essa linha, o art. 50 do Código Civil passou a estabelecer:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No caso, o único bem disponível encontrado pelo oficial de justiça para fazer frente ao débito do Clube foi o terreno em que localizada a sede, o qual, na previsão do estatuto, deveria ser de propriedade da pessoa jurídica. Ocorre que o terreno está em nome do sócio-diretor. Há, nitidamente, confusão patrimonial, o que, por si só, atrai a incidência do art. 50.

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, aplicando a desconsideração da personalidade jurídica com base em critério objetivo nos próprios autos da execução:

² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva. 10ª ed. 2007, p. 35

³ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense. 4ª ed. 2005, p. 491.

Processo Civil. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do Decreto Falencial às demais sociedades do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

– Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

– Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implica prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

– A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

– Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos. (STJ. 3ª Turma. RMS 14168/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Data do Julgamento: 30/04/2002. DJ 05/08/2002, p. 323).

É esse o caso.

O apelante sempre exerceu o cargo de dirigente do clube. Na condição de representante legal do devedor principal, recebeu a citação da execução, que já se arrasta por mais de 20 (vinte) anos. Exercendo a administração da organização, ao amparo do estatuto, cumpre-lhe zelar pela separação do patrimônio e garantir recursos suficientes para honrar os compromissos da sociedade, conforme expressa previsão estatutária. No entanto, a sede social foi construída em terreno seu e os bens do clube esvaíram-se.

Veja-se que, fosse dívida do diretor, os credores teriam dificuldade em obter a satisfação por meio da expropriação do terreno, porquanto ocupado pelo clube.

A inadimplência é pressuposto da execução, ou seja, estão superadas as tentativas de recebimento do débito pelas vias extrajudiciais.

Os credores, no caso, não tinham meios de influenciar a administração e nem motivos de suspeitar sobre registro imobiliário da sede do clube.

Nessas circunstâncias, em que provados mau uso e mau funcionamento da organização, não parece justo que os credores (especialmente o FGTS – patrimônio dos trabalhadores) sejam surpreendidos pela ausência de bens passíveis de expropriação.

Não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. A oposição dos embargos propiciou ao apelante a defesa, que foi empreendida técnica e satisfatoriamente.

Como se vê, a sentença não merece reforma.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Sexta Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2004.38.00.023162-0/MG

Relator: O Exmo. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelante: Condomínio Belo Horizonte e outros

Advogado: Frederico Henrique Viegas de Lima e outros

Apelante: Sindicato dos empregados no comércio de Belo Horizonte e região metropolitana

Advogado: Dr. Wagner Viana Cruz e outros

Apelado: Os mesmos

Interessado: União Federal

Procurador: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Divulgação: e-DJF1 de 01/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Ementa

Administrativo e Mandado de Segurança e Processual Civil. Shopping Center. Funcionamento em domingos e feriados. Decreto 27.048/1949 e Lei 10.101/2000. Competência. Emenda Constitucional 45/2004. Constituição Federal, art. 114. Sindicato. Assistência litisconsorcial.

I – Proferida a sentença antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a competência permanece com o Tribunal que a detinha antes da alteração, conforme entendimento jurisprudencial emanado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

II – Conquanto controvertida a assistência litisconsorcial em mandado de segurança, tenho-a por cabível na espécie, tal como requerida com apoio nos arts. 50 e 54 do Código de Processo Civil, recebendo o Sindicato apelante, todavia, o processo na condição em que se encontra.

III – “Ao comércio varejista em geral, inclusive *shopping centers*, o art. 6º da Lei 10.101/2000 permitiu, independentemente de autorização especial da autoridade competente, o funcionamento aos domingos, mas não aos feriados. Estender esta permissão restritiva dos direitos dos trabalhadores a todos os feriados — nacionais ou locais — não é compatível com o escopo da lei federal, especialmente porque os feriados são concebidos para celebrar determinadas datas de importância nacional ou local, que podem variar de acordo com as circunstâncias culturais de cada parte do País” (AMS 2003.34.00.039098-8-DF, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 03/09/2007).

IV – Apelação dos impetrantes desprovida, e provida a do Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e região metropolitana, para autorizar o seu ingresso na lide, na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo, todavia, na situação em que se encontra.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação dos impetrantes e dar provimento à apelação do Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e Região Metropolitana.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 30/06/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Mandado de segurança requerido pelo Condomínio Belo Horizonte, Associação dos Lojistas do Minas Shopping, Condomínio Pro-Indiviso do Shopping Del Rey e Associação dos Lojistas do Shopping Del Rey, por meio do qual pretendem, com apoio nas Lei 10.101/2000 e 605/1949, esta regulamentada pelo Decreto 27.048/1949, ver reconhecido direito, que reputam líquido e certo, de abrir seus estabelecimentos comerciais aos domingos e feriados, sem serem ameaçados de autuação pelo Delegado Regional do Trabalho em Minas Gerais, foi denegado, com a revogação da liminar anteriormente concedida, pela sentença de fls. 274/279, proferida pelo ilustre Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Dr. Carlos Roberto de Carvalho, ao entendimento de que a abertura do comércio aos domingos e feriados é matéria que se insere no âmbito do interesse local e que, no caso, os impetrantes não comprovaram, cumprindo a legislação municipal, ter autorização expressa para funcionarem além da previsão por essa estabelecida.

Inconformados, o Condomínio Belo Horizonte e o Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e região metropolitana apresentaram apelação. O primeiro, às fls. 287/288, postulando a reforma do julgado, para que seus associados possam exercer suas atividades aos domingos e feriados, a cavaleiro de investidas fiscalizatórias e de aplicação de multa por parte dos agentes públicos da autoridade impetrada; o segundo, às fls. 302/305, para que seja admitido na relação processual na condição de assistente litisconsorcial da autoridade impetrada.

Sem contra-razões, o Ministério Público Federal ofertou o parecer de fls. 369/372, sugerindo o declínio da competência em favor do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em decorrência do disposto no art. 114 da Constituição Federal, com a nova redação conferida pela Emenda Constitucional 45/2004.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: O art. 114 da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda Constitucional 45/2004, atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para julgar, entre outras, as causas relativas a penalidades impostas pela fiscalização do trabalho.

No caso, conforme demonstrado no relatório cuida o mandado de segurança de questão atinente à abertura do comércio aos domingos e feriados, matéria que se insere na competência da Justiça do Trabalho, nos termos do reportado dispositivo constitucional.

Ocorre, todavia, que a sentença apelada, conforme se vê à fl. 279, foi proferida em 7 de outubro 2004, antes, portanto, da promulgação da emenda constitucional, que aconteceu no mês de dezembro do referido ano, sendo aplicável, pois, o entendimento jurisprudencial emanado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, proferida a sentença antes da modificação da competência, permanece esta com o Tribunal que a detinha antes da alteração.

Assim, rejeito a sugestão ministerial, de remessa do processado ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Conheço, pois, do recurso e passo ao exame das apelações interpostas, apreciando, primeiro, a do Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e Região Metropolitana, na qual demonstra sua inconformidade com a parte da sentença que indeferiu pedido que formulou, visando ao seu ingresso na lide, na condição de assistente litisconsorcial do impetrado, requerido com apoio nos arts. 50 e 54 do Código de Processo Civil.

Conquanto controvertida tal questão, entendo que, no ponto, assiste razão ao sindicato apelante. Com efeito, se reconhecido o direito postulado na impetração, exercerão os estabelecimentos comerciais impetrantes suas atividades aos domingos e feriados, com reflexos nos direitos trabalhistas dos empregados, seus associados. Assim, se cabe ao sindicato, por meio de

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo. Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

substituição processual, conforme estatui o art. 8º da Constituição Federal, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tenho por legítima sua pretensão, pelo que autorizo o seu ingresso na lide, mas recebendo o processo na situação em que se encontra, conforme preconiza o art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A inconformidade dos impetrantes, Condomínio Belo Horizonte e outros, não merece a mesma sorte, conforme demonstra a fundamentação sentencial, posta nestes termos, no que interessa (fl. 277/278):

O ponto central do debate está na autorização para funcionamento dos *shoppings centers* Impetrantes nos feriados, uma vez que o funcionamento do comércio varejista aos domingos foi permitido através da Lei 10.101/2000, além do que não há oposição da autoridade impetrada neste sentido.

Dispõe o art. 6º da Lei 10.101/2000:

“Art. 6º Fica autorizado, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição.”

O art. 30, inciso I, da Constituição Federal estabelece a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local.

De fato, a abertura do comércio aos domingos e feriados é matéria que se insere no âmbito do interesse local, pertencendo o seu regramento ao Município, competência esta amparada pelo texto constitucional, bem como na necessidade de se valorizar a situação peculiar de cada entidade municipal em face de seus interesses, divergentes de município para município.

A propósito, o enunciado da Súmula 645 do Supremo Tribunal Federal que prevê:

“Sumula 645 – É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

Quando do exame da liminar, ressalvei o entendimento de que “não havendo lei municipal que proíba o funcionamento dos estabelecimentos comerciais varejistas nos domingos e feriados, autorizado está o mesmo, com base no disposto no art. 6º, da Lei 10.101/2000”.

Ocorre que, no caso dos presentes autos, em se tratando de competência do Município de Belo Horizonte, impõe-se rever a decisão liminar proferida, eis que verifico a existência de legislação municipal sobre a matéria, especificamente a Lei 5.913/1991, que em seus arts. 1º e 4º, § 1º, determina:

“Art. 1º - O Comércio de Belo Horizonte *podrá funcionar no horário especial de 6 (seis) às 22 (vinte e duas) horas, de segunda a sábado*, respeitando-se sempre os direitos dos empregados, assegurados pela legislação trabalhista.

“Art. 4º - Nas datas tradicionalmente comemoradas no Município, mesmo quando coincidentes com feriados ou domingos, fica o Poder Executivo autorizado a permitir o funcionamento de qualquer estabelecimento comercial, independentemente da opção de horário adotada, *desde que seja requerida licença à Prefeitura, com anuência por escrito do sindicato de classe, respeitada a legislação trabalhista e com indicação do horário pretendido*, respeitando-se sempre o limite previsto no art. 1º.

Parágrafo único – A anuência referida no caput deste artigo deverá ser concedida *com antecedência mínima de 7 (sete) dias da data pretendida para o funcionamento especial*, a qual acompanhará obrigatoriamente o requerimento para concessão da licença.” (grifos meus).

O legislador municipal, então, autorizou o Poder Executivo a permitir o funcionamento de qualquer estabelecimento comercial nas datas tradicionalmente comemoradas no Município, mesmo quando coincidentes com feriados e domingos, condicionando a flexibilização dos dias e horário à licença da Prefeitura, com anuência escrita do Sindicato de Classe, concedida com antecedência mínima de 7 (sete) dias da data pretendida, respeitada a legislação trabalhista.

Não procede a alegação dos Impetrantes de que o art. 3º da referida lei municipal apresenta um rol meramente exemplificativo dos estabelecimentos autorizados a funcionarem sem limitação de horário e dia. Tal relação é taxativa.

Convém assinalar que, na Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre o Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e região metropolitana, a Federação do Comércio do Estado de Minas Gerais e seus Sindicatos Filiados de Belo Horizonte, trazida aos autos às fls. 241/242, não há autorização expressa sobre a abertura do comércio além da previsão legal. Inclusive, ao tratar da adequação da jornada, na cláusula vigésima-sesta da Convenção, ficou implícito o entendimento de que o comércio está autorizado a funcionar de segunda-feira a sábado, *verbis*:

“Vigésima-sesta – adequação da jornada

É permitido que os empregadores escolham os dias da semana (de segunda-feira a sábado) em que ocorrerão reduções da jornada de trabalho de seus empregados, para

adequá-la às 44 (quarenta e quatro) horas semanais.”

Ressalto, por fim, que os Impetrantes não comprovaram nos autos a existência de qualquer convenção ou acordo coletivo que tratasse da matéria em questão.

Assim, não vislumbro a existência de direito líquido e certo a amparar o direito pleiteado pelos impetrantes.

A matéria emanada dos autos foi apreciada por esta Turma no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança 2003.34.00.039098-8/DF, Relatora a eminente Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, que assim fundamentou o seu voto, acolhido, por unanimidade, *verbis*:

Incensurável a sentença apelada, que julgou improcedente o pedido, com apoio do parecer do Procurador da República Francisco Guilherme Vollstedt Bastos (fls. 98/102), do qual transcrevo os seguintes parágrafos (fls. 106/108):

“(…) 11. No caso vertente, não vislumbramos justo receio por parte das representadas quanto a eventual atuação da fiscalização do trabalho pela abertura dos estabelecimentos comerciais aos domingos.

12. Ora, as declarações da própria autoridade coatora (ofício de 004/2003, fl. 59), as informações prestadas (fls. 75/95) e os autos de infração (fls. 55/56) juntados pela impetrante demonstram que a atuação passada da fiscalização se limitara à abertura dos estabelecimentos nos feriados, sendo a abertura aos domingos expressamente autorizada por força do art. 6º da Lei 10.101/2000.

(…)

13. Impende destacar o ofício 004/2003 (fl. 59), em que a autoridade é bem eloqüente ao informar, *literis*:

Outrossim, em relação ao trabalho aos domingos, informamos que a fiscalização se fará presente, visando à inspeção dos atributos relacionados a horário de funcionamento, escala de revezamento, remuneração e folgas antecipadas e jornadas de trabalho’.

14. Portanto, restou patente que a eventual apenação dos lojistas aos domingos pela fiscalização do trabalho só ocorrerá se eventualmente esses cometerem infrações trabalhistas relacionadas aos direitos trabalhistas dos empregados e não quanto a simples abertura dos estabelecimentos.

15. No tocante à abertura em feriados, encontra-se presente o justo receio por parte das representadas, tendo em vista as informações pres-

tadas pela autoridade coatora (fls. 59 e 75/95) e outros documentos juntados aos autos (fls. 55/56).

16. Nesse ponto, entendemos que o argumento utilizado pela impetrante para justificar a legalidade da abertura dos estabelecimentos comerciais, ou seja, o amparo legal concedido pelos arts. 8º, 9º e 10 da Lei 605/1949 não pode ser aceito, tendo em vista a eventual necessidade de abertura não decorreria de “exigências técnicas” inerentes à atividade econômica explorada pelas representadas.

17. Vale observar que as “exigências técnicas” decorrem da necessidade de manutenção dos serviços prestados de forma contínua, ininterrupta, sob pena de se ver inoperante a empresa. Tal conceito encontra-se positivado no Decreto 27.048, de 12 de agosto de 1949, *in verbis*:

Art. 6º Excetuados os casos em que a execução dos serviços for imposta pelas exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, garantida, entretanto, a remuneração respectiva.

§ 1º Constituem exigências técnicas, para efeitos deste Regulamento, aquelas que em razão do interesse público, ou pelas condições peculiares às atividades da empresa ou local onde as mesmas se exercitarem, tornem indispensáveis a continuidade do trabalho, em todos ou alguns dos respectivos serviços.

18. Assim, fatores conjunturais do mercado no final de ano – argumento utilizado pela impetrante – não podem ser considerados “exigência técnica” a justificar a abertura dos estabelecimentos em feriados.

19. Também se mostra impertinente a interpretação analógica pugnada pela impetrante no sentido de comparar as atividades de suas empresas filiadas com as de supermercados ou similares, porque esses últimos, como bem explicitado nos próprios precedentes jurisdicionais trazidos pela impetrante, são apenas a reunião dos bens de comércio de urgente necessidade (enumerados no anexo do Decreto 27.048/1949) em um único estabelecimento de vendas. Ademais, as mercadorias e serviços oferecidos aos consumidores em shopping centers são diversos dos enumerados pelo Decreto acima referido, ou seja, não são, em regra, de caráter urgente.

20. Por outro lado, também não foi expedida qualquer autorização, de caráter excepcional, para o seu funcionamento nas datas questionadas (art. 8º), e menos ainda permissão por decreto do Poder Executivo (art. 7º, § 2º).

21. Destarte, inexistindo fundamento jurídico a tutelar a pretensão da impetrante quanto à

abertura dos estabelecimentos durante os feriados, toma-se evidente a improcedência desse pleito.

Ante todo o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da segurança pleiteada.”

Irretocável o parecer. Os princípios constitucionais que regem a ordem econômica, entre os quais o da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor (CF, art. 170, incisos IV e V e parágrafo único), não conduzem à interpretação extensiva de leis que restringem direitos do trabalhador.

O art. 6º da Lei 10.101/2000 autoriza o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da CF, segundo o qual compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Quanto ao trabalho aos domingos no comércio varejista não há, portanto, dúvidas de que, em todo território nacional, por força de lei federal, ele será permitido, assegurado o repouso semanal remunerado, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, no dia de domingo, respeitadas as demais normas de proteção do trabalho e outras previstas em acordo ou convenção coletiva (Lei 10.101/2000, art. 6º, parágrafo único). Estender esta permissão restritiva dos direitos dos trabalhadores a todos os feriados – nacionais ou locais – não me parece compatível com o escopo da lei federal, especialmente porque os feriados são concebidos para celebrar determinadas datas de importância nacional ou local, que podem variar de acordo com as circunstâncias culturais de cada parte do País.

Por outro lado, a extensão da autorização para funcionamento aos domingos e feriados, independentemente de autorização prévia do Ministério do Trabalho, concedida pela Lei 605/1949 e seu decreto regulamentar (Decreto 27.048/1949, arts. 6º, § 1º, e 7º), aos varejistas de peixe, varejistas de carnes frescas e caça, venda de pão e biscoitos, varejistas de frutas e verduras, varejistas de aves e ovos, feiras-livres e mercados, aos supermercados decorreu de interpretação jurisprudencial que considera ser tal tipo de estabelecimento agregador de todas essas mercadorias.

É certo que os grandes supermercados vendem outros tipos de mercadorias, ao lado das constantes do Decreto 27.048/1949, mas também é certo que os supermercados se dedicam especialmente ao ramo alimentar, diversamente do que ocorre com *shopping centers*. Estender a regra de exceção, a pretexto de que os supermercados também vendem outros tipos de mercadorias, aos *shopping centers*, implica transformar a exceção em

regra e acabar também com os feriados para todo o comércio varejista em geral, interpretação que não se comporta nos limites literais do art. 6º da Lei 10.101/2000 e não atende às peculiaridades e as circunstâncias culturais que justificam cada um dos feriados nacionais ou locais.

Considero, portanto, que o funcionamento do comércio varejista em geral nos feriados – aí incluídos os *shopping centers* – não está abrangido pela regra do art. 6º da Lei 10.101/2000 e nem se compreende na lista de exceções contida no Decreto 27.048/1949, dependendo de autorização especial da autoridade pública competente ou convenção coletiva de trabalho.

O acórdão respectivo foi publicado no *DJ* de 03/09/2007, com a seguinte ementa:

Administrativo. Shopping Center. Funcionamento em feriados.

1. *Shoppings centers* não se confundem com supermercados. A estes se aplica, por interpretação jurisprudencial, a regra de exceção do Decreto 27.048/1949, que permitiu, a comerciantes de diversos tipos de alimentos, o funcionamento nos domingos e feriados, independentemente de autorização especial do Poder Público.

2. Ao comércio varejista em geral, inclusive *shopping centers*, o art. 6º da Lei 10.101/2000 permitiu, independentemente de autorização especial da autoridade competente, o funcionamento aos domingos, mas não aos feriados. Estender esta permissão restritiva dos direitos dos trabalhadores a todos os feriados – nacionais ou locais – não é compatível com o escopo da lei federal, especialmente porque os feriados são concebidos para celebrar determinadas datas de importância nacional ou local, que podem variar de acordo com as circunstâncias culturais de cada parte do País.

3. Apelação a que se nega provimento.

Pelo exposto, à luz dessas considerações, nego provimento à apelação dos impetrantes, e dou provimento à do Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e Região Metropolitana, para autorizar o seu ingresso na lide, na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo, todavia, na situação em que se encontra.

É o meu voto.

Apelação Cível

2006.38.00.039883-4/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Apelante: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Iphan

Procurador: Dr. Cristiano Sales Curcio

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Zani Cafueiro Tobias de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Procurador: Marcus Paulo de Souza Miranda

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – MG

Divulgação: e-DJF1 de 18/07/2008

Publicação: 21/07/2008

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Patrimônio cultural brasileiro. Instituto do patrimônio histórico e artístico nacional – Iphan. Preservação. Cadastramento nacional. Legalidade. Dano de âmbito nacional. Competência jurisdicional. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 93, II).

I – Em se tratando de ação civil pública ajuizada contra autarquia federal, visando inibir danos ao patrimônio cultural brasileiro, com reflexos em todo o território nacional, como no caso, é competente a Justiça Federal localizada em Capital do Estado ou no Distrito Federal, para processar e julgar o feito, por força do que dispõe o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985. Precedentes do STJ. Preliminar de incompetência do juízo que se rejeita, na espécie.

II – A implementação e funcionamento de cadastro nacional, para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, possui respaldo legal (Decreto-Lei 25/1937, art. 26), competindo ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, na condição de órgão responsável pela proteção, fiscalização, promoção, estudo e pesquisa do patrimônio cultural brasileiro (Decreto 5.040/2004), nos termos do art. 216 da Constituição Federal, promover, dentre outras ações, a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a sua revitalização, exercendo, quando necessário, o poder de polícia administrativa, para essa finalidade.

III – A determinação judicial, no sentido de impor-se ao referido órgão o fiel cumprimento de suas funções institucionais, não representa qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, por se tratar, no caso, de medida garantidora da tutela constitucional de defesa do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216 e incisos), a merecer a proteção do Estado, na dimensão constitucional de seu interesse difuso, que integra o meio ambiente cultural, sob a tutela expressa e visível da Carta Magna, nos comandos mandamentais de que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (CF, art. 215, caput) e ainda de que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (CF, art. 216, § 1º), pois “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas e IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais” (CF, art. 216, III e IV), sendo que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei” (CF art. 216, § 4º).

IV – Apelação e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Sexta Turma do TRF 1ª Região – 26/05/2008.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de apelação interposta pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan contra sentença proferida pelo douto Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, impondo à autarquia promovida as seguintes obrigações de fazer: a) adoção das medidas administrativas necessárias para instituição e funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros; b) exercer vigilância permanente sobre todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, bem como dos agentes de leilões que comercializam tais coisas, exigindo-lhes: 1) O registro referido no art. 26 do Decreto-Lei 25/1937; 2) a remessa das relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem, aplicando as sanções administrativas cabíveis aos infratores e fazendo comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 3) o cumprimento do disposto no art. 28 do Decreto-Lei 25/1937, mediante exercício de vigilância sobre os comerciantes de antiguidades e agentes de leilões e aplicação das sanções administrativas cabíveis aos infratores e comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal, sob pena de pagamento de multa pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso, a contar da data do término do prazo estabelecido por este egrégio Tribunal, em sede de agravo de instrumento, a ser revertida para o Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347, de 24/07/1985 (fls. 376/413).

Em suas razões recursais, noticia a autarquia recorrente, preliminarmente, que a decisão proferida por este egrégio Tribunal, nos autos do AG 2007.01.00.004441-9, deferindo, em parte, o pedido de antecipação da tutela postulada pelos autores da

demanda, restou suspensa, por decisão da douta Presidência do colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 129-1. Ainda em preliminar, insiste no argumento de incompetência do juízo monocrático, sob o fundamento de que, em se tratando de autarquia e girando a discussão travada nestes autos em torno do seu posicionamento central, é competente o foro do local da sua sede, no caso, o da Cidade de Brasília/DF. No mérito, reitera os mesmos fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que a ausência do cadastro nacional postulado neste feito não estaria contribuindo para a prática de ações criminosas, envolvendo a dilapidação do patrimônio cultural brasileiro, acrescentando, ainda, que o registro almejado estaria a cargo do órgão responsável pelo registro de empresas mercantis, além do que a referida postulação reclamaria a alocação de recursos humanos e materiais, a qual, além de se encontrar atrelada a políticas governamentais, deve submeter-se à legislação orçamentária, razão por que não poderia ser imposta pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença recorrida, com a conseqüente improcedência da demanda (fls. 422/462).

Com as contra-razões de fls. 465/489 e 591/508, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força, também, da remessa oficial, opinando a douta Procuradoria Regional da República pela manutenção da sentença recorrida (fls. 532/541).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado). Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

A sentença monocrática relatou e decidiu a espécie dos autos, nestas letras:

Os representantes do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal, devidamente qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação civil pública, com pedido de concessão de medida liminar, em face do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan com a finalidade de se impor ao Iphan o cumprimento das seguintes obrigações de fazer: a) adotar as medidas administrativas necessárias para a instituição e funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros; b) exercer vigilância permanente sobre todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, bem como dos agentes de leilões que comercializam tais coisas, exigindo-lhes: 1) O registro referido no art. 26 do Decreto-Lei 25/1937; 2) a remessa das relações completas das coisas históricas e artísticas que possuem, aplicando as sanções administrativas cabíveis aos infratores e fazendo comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 3) o cumprimento do disposto no art. 28 do Decreto-Lei 25/1937, mediante exercício de vigilância sobre os comerciantes de antiguidades e agentes de leilões e aplicação das sanções administrativas cabíveis aos infratores e comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 4) para a hipótese de descumprimento das determinações supra, requerem os autores seja cominada multa diária no importe de R\$ 10.000,00 sem prejuízo de outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, previstas no art. 461, do CPC, alegando, em resumo, o seguinte:

Pretendem os representantes do Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, em apertada síntese, tutela judicial com a finalidade de determinar ao Iphan o cumprimento das seguintes obrigações de fazer: a) adotar as medidas administrativas necessárias para a instituição e funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros; b) exercer vigilância permanente sobre todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, bem como dos agentes de leilões que comercializam tais coisas, exigindo-lhes: 1) o registro referido no art. 26 do Decreto-Lei 25/1937; 2) a remessa das relações

completas das coisas históricas e artísticas que possuem, aplicando as sanções administrativas cabíveis aos infratores e fazendo comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 3) o cumprimento do disposto no art. 28 do Decreto-Lei 25/1937, mediante exercício de vigilância sobre os comerciantes de antiguidades e agentes de leilões e aplicação das sanções administrativas cabíveis aos infratores e comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 4) para a hipótese de descumprimento das determinações supra, requerem os autores seja cominada multa diária no importe de R\$ 10.000,00 sem prejuízo de outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, previstas no art. 461, do CPC, argumentando que em, 04/06/2004, visando coibir a ação dos comerciantes ilegais de coisas históricas e de valor cultural o Ministério Público do Estado de Minas Gerais juntamente com o Iepha-MG e o Iphan elaboraram a Recomendação Conjunta 01/2004 a fim de que fosse dado cumprimento aos dispositivos do Decreto-Lei 25/1937 que normatizam o comércio de antiguidades em nosso país, sendo que a referida recomendação prescrevia que todos os comerciantes de obras de arte e antiguidades sediados no estado de Minas Gerais promovessem seu adequado registro junto ao Iphan e fizessem a remessa periódica de listas contendo a descrição de todas as coisas que possuíssem, em obediência ao art. 26, do Decreto-Lei 25/1937 e que todos os agentes públicos se comprometessem a fiscalizar e dar efetivo cumprimento aos dispositivos legais relativos à tutela do patrimônio cultural brasileiro, acentuando que até a presente data nenhuma medida foi tomada a fim de que fosse revertido o quadro que ensejara a elaboração da Recomendação 01/2004, o que demonstra a omissão e inércia da administração federal do órgão a quem toca a proteção do patrimônio cultural brasileiro, afirmando que no que tange ao controle do comércio de antiguidades em âmbito federal o registro de todos os comerciantes de antiguidades junto ao Iphan e a vigilância sobre coisas que são comercializadas por eles torna possível o controle, por parte dos órgãos de fiscalização competentes, de todos os comerciantes de antiguidades e de todo o rol de bens culturais comercializados, viabilizando, inclusive, o eventual resgate de bens que gozam de proteção administrativa e que se encontram desaparecidos, assinalando que as disposições constitucionais sobre a fiscalização e proteção de nossos bens culturais (arts. 23, III e IV, 30, IX, 215 e 216) não importam em uma simples declaração de intenções por parte do legislador constituinte, mas sim da imposição de um dever indeclinável aos entes incumbidos de cumprir tais mandamentos, ressaltando que a omissão da fiscalização do comércio

de bens culturais no país, não pode continuar, pois implica em agravamento diário do estado de degradação do patrimônio cultural brasileiro e de todos os efeitos deletérios dela decorrentes.

Com a petição inicial (fls. 3/27), além do respectivo instrumento particular de mandato vieram os comprobatórios das alegações (fls. 28/155).

O pedido de concessão de medida liminar, mediante a r. decisão (fls. 191/196), foi indeferido.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento (fls. 228/253), ao qual foi deferido, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal, sob a rubrica de efeito suspensivo, para ‘determinar ao Iphan a implementação, em todo o território nacional, no prazo de 90 (noventa) dias, de cadastro para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte, de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, nos termos do art. 26, do Decreto-Lei 26/1937, adotando-se, ainda, as medidas necessárias à permanente fiscalização e controle do cumprimento do referido dispositivo normativo, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso’, nos termos da decisão de fls. 254/262.

Regularmente citado (fls. 264-v) o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan apresentou defesa (fls. 267/304), alegando, preliminarmente, incompetência da Justiça Federal para o julgamento da presente ação sob o fundamento de que a competência para a instrução e julgamento da presente ação é o foro da sede da pessoa jurídica, no caso uma das varas federais da Seção Judiciária de Brasília/DF, ilegitimidade passiva vez que o Iphan não detém a competência administrativa exclusiva de satisfazê-la, eis que todas as incumbências para o efetivo registro das atividades de comércio pertencem hoje ao Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC, órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, bem assim às Juntas Comerciais dos Estados-Membros, ilegitimidade processual do Ministério Público Estadual para figurar como parte na presente ação não podendo ser admitida a sua atuação no juízo federal ainda que em litisconsórcio com o Ministério Público Federal, vez que o STF entende que o sistema constitucional de repartição de atribuições de cada corpo do Ministério Público corresponde, substancialmente, à distribuição de competência entre as Justiças da União e a dos Estados e do Distrito Federal, e no qual, a área reservada ao Ministério Público Federal é coextensiva, *mutatis mutandis*, àquela da jurisdição da Justiça Federal comum e dos órgãos Judiciários de superposição — o STF e o STJ — e quanto ao mérito argumentando a inexistência

denexo de causalidade entre as ações desenvolvidas pelo Iphan e a prática de ilícitos sobre bens culturais móveis integrantes do patrimônio cultural brasileiro, colacionando decisões no sentido de que o Iphan visa combater condenáveis práticas ilícitas denunciadas na inicial relativamente a bens culturais tombados furtados ou desaparecidos, sustentando que a imputação feita pelo *Parquet* ao Iphan pelos danos provocados ao patrimônio cultural brasileiro, advindos direta e exclusivamente dos ilícitos praticados por terceiros, entra em testilha com os princípios jurídico-normativos que norteiam a matéria relativa à responsabilidade do Poder Público, especialmente com a regra esculpida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, assinalando que não restou demonstrado em nenhum momento que a inexistência de um sistema nacional de registro de comerciantes de artes e antiguidades é causa geradora, única ou principal, de dano difuso — direto e imediato — ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, acentuando que a preservação dos bens móveis de valor artístico, histórico e cultural brasileiro constitui-se numa questão multifacetária que não se resolve apenas com a implantação de um simples cadastro em nível nacional, de negociantes de antiguidades e obras de arte, principalmente, se não for realizado dentro de um planejamento adequado, com programação de sustentabilidade a médio e longo prazo, afirmando que a tarefa de criação de um sistema nacional de registro especial dos comerciantes de obras de arte e antiguidades exige necessariamente dotação orçamentária específica para cobertura das despesas com elevado investimento e manutenção dada a dimensão do território nacional, assinalando que não se pode acolher a visão superficial do Ministério Público no sentido de que a questão envolve a simples criação de um cadastro porquanto tal exegese não condiz com o texto expresso da lei que prescreve consistir a providência administrativa na criação de um registro especial dos negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, o que evidentemente envolve a restrição de atividades de comércio, sem o qual estariam todos aqueles que se encontrassem sem o devido registro em situação irregular perante a lei e, assim, na completa ilicitude, ressaltando que o orçamento do Iphan é insuficiente para a realização de todos os atos necessários a uma completa proteção do vasto patrimônio histórico e artístico nacional o que nos leva a invocar a cláusula da reserva do possível para justificar a impossibilidade deste instituto de assumir as despesas, relativas à criação do cadastro pretendido pelo *Parquet* e da realização da conseqüente fiscalização em um prazo tão exíguo e de uma só vez.

O representante tanto do Ministério Público Federal (fls. 358/364) quanto do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 366/374) ofertaram réplica (fls. 358/364) rebatendo as questões preliminares argüidas na contestação apresentada pelo Iphan e quanto ao mérito argumentando que a responsabilidade do Iphan existe não no sentido de co-autoria ou participação por omissão em eventuais práticas criminosas, mas no sentido de implementar as medidas necessárias para o cumprimento de sua missão institucional de tutelar efetivamente o patrimônio cultural brasileiro, sustentando que as ações necessárias para a efetivação do cadastro são relativamente simples, consistindo basicamente em elaboração da ficha de registro a ser preenchida pelos comerciantes; inserção dos dados do registro em um banco de dados e expedição dos respectivos certificados de registro, acentuando que no que tange à fiscalização dos antiquários, sabe-se que o Iphan conta com 21 Superintendências Regionais açambarcando todos os Estados da Federação todos devidamente aparelhadas, assinalando que tais dados são suficientes para se concluir que as atividades de fiscalização do comércio de antiguidades — até mesmo por decorrerem expressamente do disposto no Decreto-Lei 25/1937, Lei 8.029/1990 e Decreto 5.040/2004 — não se afiguram como nenhuma atividade extraordinária ou excessivamente dispendiosa, não merecendo prosperar a mera alegação do Iphan de necessidade de grandes gastos públicos e contratação de servidores, alegação, aliás, inverossímil e desprovida de qualquer sustentação probatória e defendendo a inaplicabilidade da reserva do possível com escusa para cumprimento de dever legal.

(...)

Trata-se, na espécie, de ação civil pública para o fim de se impor ao Iphan o cumprimento definitivo das seguintes obrigações de fazer: a) adotar as medidas administrativas necessárias para a instituição e funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros; b) exercer vigilância permanente sobre todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, bem como dos agentes de leilões que comercializam tais coisas, exigindo-lhes: 1) o registro referido no art. 26 do Decreto-Lei 25/1937; 2) a remessa das relações completas das coisas históricas e artísticas que possuem, aplicando as sanções administrativas cabíveis aos infratores e fazendo comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 3) o cumprimento do disposto no art. 28 do Decreto-Lei

25/1937, mediante exercício de vigilância sobre os comerciantes de antiguidades e agentes de leilões e aplicação das sanções administrativas cabíveis aos infratores e comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 4) para a hipótese de descumprimento das determinações supra, requerem os autores seja cominada multa diária no importe de R\$ 10.000,00 sem prejuízo de outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, previstas no art. 461, do CPC.

Na hipótese sob apreciação, conforme se apura das peças do processo, o Iphan por ocasião da apresentação de sua defesa preliminar (fls. 160/189), suscitou as seguintes questões preliminares: a) incompetência da Seção Judiciária de Minas Gerais para o julgamento da ação tendo em vista que o Iphan fica em Brasília (DF), além disso, segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Conflito de Competência 28003/RJ, tratando-se de dano de âmbito nacional e que transcende a área geográfica de mais de um Estado é competente para a causa o foro do Distrito Federal (art. 93, II, da Lei 8078, de 1990); b) ilegitimidade passiva do Iphan para promover, com exclusividade, atos de registro das atividades de comércio, as quais pertencem hoje ao Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, bem assim às Juntas Comerciais dos Estados-Membros.

As questões preliminares suscitadas na defesa prévia apresentada, mediante a r. decisão (fls. 191/196) foram rechaçadas ao fundamento, em síntese, de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para julgar as ações coletivas que versem sobre danos de âmbito nacional, registrando quanto à suposta ilegitimidade passiva do Iphan que não se pretende, com este feito, seja ele compelido a desenvolver atividades de registro do comércio afetas ao DNRC e Juntas Comerciais dos Estados-Membros, mas tão-somente a instituição, bem como a devida manutenção e fiscalização de seu conteúdo, de cadastro especial previsto no art. 26, do Decreto-Lei 25/1937, para os negociantes de antiguidades e obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos e raros, como fim de coibir seu comércio irregular.

Inconformado, o Iphan interpôs Agravo de Instrumento (fls. 241/253).

Não pode, pois o Iphan, quando da apresentação da defesa na ação principal, reeditar as questões prévias — incompetência absoluta do juízo e a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação civil pública — por força do disposto no art. 471, “caput” do Código de Processo Civil, onde se dispõe que:

“Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo.”

No caso em tela, tendo o julgador singular rejeitado ambas as questões preliminares, por ocasião da apreciação da defesa prévia apresentada pelo Iphan, não se afigura, possível que ele seja compelido a voltar a se pronunciar novamente a respeito do tema, mormente, como ocorre na hipótese sob apreciação, em que ambas as questões prévias encontram-se sob o crivo da instância superior por força de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela parte interessada.

Examino, por último, a questão prévia remanescente consistente na suposta ilegitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, ainda que em litisconsórcio com o Ministério Público Federal ao fundamento de que a regra prevista no § 5º do art. 5º da Lei 7347, de 24/07/1985, padece do vício da inconstitucionalidade por estar em descompasso com o art. 127, § 1º, da Constituição Federal que prevê o princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público de sorte que não se admite que litiguem, em litisconsórcio ativo, os Ministérios Públicos Federal e do Estado de Minas Gerais.

José dos Santos Carvalho Filho (“*Ação Civil Pública*”, 4ª ed., Editora Lumen Juris, 2004, p. 230), a propósito do tema em debate, assinala, com soberana autoridade que não procedem às opiniões no sentido de que o litisconsórcio de Ministérios Públicos seria inconstitucional. São suas palavras:

“Os argumentos, *data vênia*, não procedem. Na verdade, nenhum atrelamento rígido vincula o Ministério Público a órgãos jurisdicionais. É claro que como sua atuação se faz basicamente, perante órgãos da Justiça, a organização institucional procura ajustar a adequação entre órgãos ministeriais e jurisdicionais através do sistema de lotação. Mas inexistente prévia vinculação constitucional; caberá ao *Parquet* fazer valer sua autonomia na organização institucional para ajustar a posição de seus órgãos junto aos órgãos jurisdicionais”.

Vêm ao encontro dessa linha de pensamento as oportunas ponderações de *Hugo Nigro Mazzlli* (“*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*”, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1991, p. 124/126):

“Entendemos, porém, que tais críticas não fazem justiça não só à proveitosa atuação conjunta e harmônica de ambas as instituições, sem quebra da respectiva autonomia como ainda apontam óbices que não têm o alcance que se lhes quer emprestar.

Em primeiro lugar, os sempre lembrados princípios da unidade e indivisibilidade do Ministé-

rio Público só valem dentro de cada instituição (art. 127, § 1º, CF); não se pode, pois, falar em unidade ou em indivisibilidade entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre estes e o da União, nem mesmo entre os diversos Ministérios Públicos da União entre si (art. 128, I, da CF).

Por outro lado, é verdade que o § 5º do art. 128 da CF reservou à lei complementar de cada Ministério Público a disciplina da sua organização, de suas atribuições e de seu estatuto. Isto não significa, porém, que a lei federal ordinária não possa cometer atribuições ao Ministério Público, ou que à disciplina processual, por ela trazida, esteja imune esta Instituição.

(...)

Embora a Constituição de 1988 não tenha chegado a explicitar a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos, não vemos impedimento bastante para que tal solução seja adotada. Trata-se, ademais, de sistema que já se encontra paralelo na atual intervenção do Ministério Público dos Estados e do Ministério Público Federal, senão conjuntamente, ao menos sucessivamente, em diversas hipóteses que jamais causaram maior controvérsia. Podemos lembrar os feitos em que nas instâncias ordinárias oficiou o Ministério Público local e na instância recursal passa a oficiar o Ministério Público Federal. Também serve de paralelo a intervenção sucessiva quando não até mesmo simultânea de ambas as instituições, não só em causas acidentárias ou nas demais mencionadas pelos §§ 3º e 4º do art. 109 da CF, como também em qualquer ação cível ou criminal, que, na fase recursal, seja encaminhada rotineiramente a um dos tribunais federais.”

Afinal, como averba o publicista *Rodolfo de Camargo Mancuso* (“*Ação Civil Pública*”, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2006, p. 217) é importante ressaltar que,

“em virtude de alteração legislativa provida do art. 113 do CDC (Lei 8.078/1990), acrescentando um parágrafo (5º) ao art. 5º da Lei 7.347/1985, os Ministérios Públicos da União, Distrito Federal e Estados podem consorciar-se no pólo ativo da ação civil pública. Dada a unidade e indivisibilidade do *Parquet* (art. 127, § 1º), Nery e Nery entendem que, a rigor, a questão não seria de litisconsórcio e sim de representação:

‘Essa representação é questão interna corporis do MP, não sendo lícito ao juiz decidir a respeito salvo se houver expressa previsão legal limitando o campo de atuação do MP’.”

Essa orientação doutrinária é importante destacar — foi expressamente consagrada em decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça,

proferida em julgamento que se acha consubstanciada em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Ação Civil Pública. Litisconsórcio facultativo entre Ministério Público Federal e Estadual. Possibilidade. § 5º, do art. 5º da Lei 7.347/1985. Inocorrência de veto. Pleno vigor.

1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito.

2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual.

3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público Federal e Estadual/distrital.

5. Recurso provido. (RESP 382659/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 19/12/2003, p. 322).

No caso em tela, o Iphan sustenta que não há nexos de causalidade entre as ações por ele desenvolvidas e a prática de ilícitos sobre bens culturais móveis integrantes do patrimônio cultural brasileiro, colacionando decisões no sentido de que o Iphan visa combater condenáveis práticas ilícitas denunciadas na inicial relativamente a bens culturais tombados furtados ou desaparecidos, sustentando que a imputação feita pelo *parquet* ao Iphan pelos danos provocados ao patrimônio cultural brasileiro, advindos direta e exclusivamente dos ilícitos praticados por terceiros, entra em testilha com os princípios jurídico-normativos que norteiam a matéria relativa à responsabilidade do Poder Público, especialmente, com a regra esculpida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Patente o desacerto da tese veiculada na defesa apresentada pela autarquia.

No caso em exame, não se atribui ao Iphan a condição de co-responsável pelos fatos relatados na petição inicial ou participação por omissão em eventuais práticas criminosas — como pretende fazer crer a defesa apresentada — mas a sua responsabilidade por omissão em adotar as medidas necessárias para o cumprimento de sua missão institucional de tutelar efetivamente o patrimônio cultural brasileiro na forma determinada tanto na legislação infraconstitucional (art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937) quanto em nível constitucional (CF, arts. 23, 111 e IV; art. 216, § 1º), mediante a implantação do registro especial previsto na legislação

que dispõe sobre a preservação do patrimônio cultural.

Na hipótese sob apreciação, a autarquia argumenta que inexistência de um sistema nacional de registro de comerciantes de artes e antiguidades não é causa geradora, única ou principal, de dano difuso — direto e imediato — ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, acentuando que a preservação dos bens móveis de valor artístico, histórico e cultural brasileiro constitui-se numa questão multifacetária que não se resolve apenas com a implantação de um simples cadastro em nível nacional, de negociantes de antiguidades e obras de arte, principalmente, se não for realizado dentro de um planejamento adequado, com programação de sustentabilidade a médio e longo prazo, afirmando que a tarefa de criação de um sistema nacional de registro especial dos comerciantes de obras de arte e antiguidades exige necessariamente dotação orçamentária específica para cobertura das despesas com elevado investimento e manutenção dada a dimensão do território nacional, assinalando que não se pode acolher a visão superficial do Ministério Público no sentido de que a questão envolve a simples criação de um cadastro porquanto tal exegese não condiz com o texto expresso da lei que prescreve consistir a providência administrativa na criação de um registro especial dos negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, o que evidentemente envolve a restrição de atividades de comércio, sem o qual estariam todos aqueles que se encontrassem sem o devido registro em situação irregular perante a lei e, assim, na completa ilicitude, ressaltando que o orçamento do Iphan é insuficiente para a realização de todos os atos necessários a uma completa proteção do vasto patrimônio histórico e artístico nacional, o que o leva a invocar a cláusula da reserva do possível para justificar a impossibilidade de o instituto de assumir as despesas relativas à criação do cadastro pretendido pelo *Parquet* e da realização da conseqüente fiscalização em um prazo tão exíguo e de uma só vez.

No que tange a supostas dificuldades do Iphan para a implantação do registro especial pretendido na petição inicial — com fundamento legal no art. 216, § 1º, da CF e art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, conforme foi lembrado pelos autores as providências necessárias para a efetivação do registro especial são relativamente simples consistindo basicamente em elaboração de ficha de registro a ser preenchida pelos negociantes; inserção dos dados do registro em um banco de dados e expedição dos respectivos certificados de registro.

Neste tópico específico — adoto decidir — as considerações expendidas pelo representante do

Ministério Público Federal — em sede de réplica — vazadas nos seguintes termos (fl. 363):

O Iphan já conta atualmente com vários bancos de dados similares, o que evidencia que a instituição tem pleno conhecimento do funcionamento de tais serviços, não havendo qualquer razão plausível para se descumprir o determinado em uma norma de 1930, sendo que outros cadastros muito mais recentes já foram instituídos.

No que tange à fiscalização dos antiquários, sabe-se que o Iphan conta com 21 (vinte e uma) Superintendências Regionais açambarcando todos os Estados da Federação, todas devidamente aparelhadas. Registre-se o reforço no quadro atual através de concurso público recentemente realizado, com mais de 200 (duzentos) técnicos das mais diversas áreas — nomeados.

Ademais, prevê o Decreto 25/1937 (arts. 23 e 25) a possibilidade de parcerias entre o Iphan e outros órgãos públicos para o desempenho de suas funções, o que abre amplas perspectivas de atuação através de convênios com órgãos estaduais de proteção ao patrimônio cultural, Polícia Federal, Polícia Ambiental etc, à similitude do que ocorre atualmente com o Ibama.

Tais dados são suficientes para se concluir que as atividades de fiscalização do comércio de antiguidades — até mesmo por decorrerem expressamente do disposto no Decreto-Lei 25/1931, Lei 8.029/1990 e Decreto 5.040/2004 — não se afiguram como nenhuma atividade extraordinária ou excessivamente dispendiosa, não merecendo prosperar a mera alegação do Iphan de necessidade de grandes gastos públicos e contratação de servidores, alegação, aliás, inverossímil e desprovida de qualquer sustentação probatória.

Finalmente, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada como pretexto para o adiamento na adoção de políticas públicas de proteção ao patrimônio cultural determinadas tanto pela Constituição Federal e explicitadas pelo legislador ordinário, notadamente, quando decorrido tempo suficiente para a adoção de providências formais por parte do administrador tendo em conta que o art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, foi editado há quase 70 (setenta) anos.

Efetivamente, a Constituição Federal, em seus arts. 23, incisos III e IV; e 216, inciso IV, § 1º, estabelece, o seguinte:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)”

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os

monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos:

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

Art. 276. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

§ 1º – O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.’

Como se vê, a Constituição de 1988, cuidou de disciplinar a proteção do ‘patrimônio cultural’ em seu art. 23, III, quando trata da competência comum para ‘proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos’ e ainda no inciso IV, ao mencionar ‘obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural’, mencionando novamente no art. 216, § 1º, que o Poder Público com a colaboração da comunidade promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

É por essa razão que *José Afonso da Silva* (“*Ordenação Constitucional da Cultura*”, Ed. Malheiros, 2001), ao discorrer sobre as obras, objetos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, explica que:

“As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços às manifestações artístico-culturais são outros tantos bens culturais que a Constituição considera incluídos no patrimônio cultural brasileiro. Que obras, que objetos, que documentos, que edificações e espaços? A compreensão do texto demanda a invocação do art. 23, III, segundo o qual é da competência comum da União, Estados e Distrito Federal e Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor artístico e cultura... Então, aquelas obras, objetos etc., indicados no inciso IV do art. 216 são esses mesmos bens submetidos à proteção de entidades federativas ali indicadas.”

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema da competência comum, incluído a proteção dos documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural (CF, art. 23, III), bem

assim o dever de guarda e proteção a fim de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (CF, art. 23, IV), reconheceu que esse tema envolve a responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável, proferindo, então, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Ementa: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral.

1. Lei Estadual 11.380/1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável.

2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. “(ADI 2544/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17/11/2006, p. 47).”

O registro dos comerciantes de antiguidades e obras de arte pretendido na petição inicial vem expresso como determinação no art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, nos seguintes termos:

“Art. 26. Os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem.”

No que se refere ao comércio clandestino de bens culturais móveis o referido Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, estabelece:

“Art. 28. Nenhum objeto de natureza idêntica à dos referidos no art. 26 desta lei poderá ser posto à venda pelos comerciantes ou agentes de leilões, sem que tenha sido previamente autenticado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou por perito em que o mesmo se louvar, sob pena de multa de cinqüenta por cento sobre o valor atribuído ao objeto.”

Relativamente à obrigatoriedade de o Iphan fazer cumprir os dispositivos do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, notadamente o cumprimento da obrigação de fazer consistente na criação do registro especial que torne possível o controle, por parte dos órgãos de fiscalização competentes, de todos os comerciantes de antiguidades e de todo o acervo de bens culturais comercializados de sorte a viabilizar, inclusive, o eventual resgate de bens que gozam de proteção administrativa e que se encontram desaparecidos, a Lei 8.029, de 12/04/1990, em seu art. 2º, § 1º, determina:

“Art. 2º É o Poder Executivo autorizado a constituir:

(...)

§ 1º O Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural sucede a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Sphan, nas competências previstas no *Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-Lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei 4.845, de 19 de novembro de 1965 e na Lei 3.924, de 26 de julho de 1961.*”

Por sua vez, o Decreto 5.040, de 07/04/2004, em seu anexo I, ao dispor sobre a natureza e a finalidade do Iphan, prescreve o seguinte:

“Art. 2º O Iphan tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-Lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei 4.845, de 79 de novembro de 1965, e no Decreto 3.551, de 4 de agosto de 2000, e, especialmente:

I – coordenar a execução da política de preservação, promoção e proteção do patrimônio cultural, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;

II – desenvolver estudos e pesquisas, visando a geração e incorporação de metodologias, normas e procedimentos para preservação do patrimônio cultural; e

III – promover a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a revitalização do patrimônio cultural, exercendo o poder de polícia administrativa para a proteção deste patrimônio.”

Na hipótese em julgamento, pretende-se tutela judicial para compelir o Iphan a adotar políticas públicas para a proteção e preservação do patrimônio cultural com imposição de obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária.

Nestas condições, a pretensão veiculada na petição inicial aparentemente não estaria em compatibilidade vertical com a Lei Fundamental na medida em que a condução de políticas públicas não está sujeita a um exame de correção pelo Poder Judiciário, vedação que se justifica na necessária separação das funções do Estado (art. 20, da Constituição Federal) e, além disso, a realização de despesas públicas não poderia ser realizada sem a prévia autorização orçamentária (CF, inciso I, do art. 167).

Desta forma, a pretensão deduzida na peça vestibular estaria, pelo menos ao primeiro exame, violando essas normas constitucionais (separação de poderes e exigência de prévia dotação orçamentária para a realização da despesa pública) na medida em que a obrigação de fazer a ser imposta ao Iphan mediante a decisão judicial deveria ser adotada no prazo de trinta dias, sob pena de não o fazendo sujeitar-se ao pagamento de multa pecuniária diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). E dizer, ou o Iphan adota as medidas necessárias para a instituição ou funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, na forma prevista no art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937, ou responde pelo pagamento da multa pecuniária diária.

É certo que o limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas (*Sérgio Fernando Moro, Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, Ed. Max Limonad, 2001, p. 96*), pois, nessa seara, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Executivo e Legislativo.

Entretanto, em hipóteses excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário o controle do caminho para elaboração de políticas públicas quando, como na hipótese dos autos, o órgão competente descumprir os encargos que sobre ele incidem comprometendo, com tal comportamento, a integridade do patrimônio cultural nacional — entre eles a instituição de mecanismos de proteção do patrimônio cultural com o objetivo de preservá-lo

para as presentes e futuras gerações — ainda que derivados de normas constitucionais programáticas (CF, art. 216, § 1º).

Como observou com acuidade, *Sérgio Fernando Moro (Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, Ed. Max Limonad, 2001, p. 108/109)*, a reserva do financiamento possível constitui severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial de direitos a prestações materiais não se tratando, porém, de barreira intransponível, em lição que parece talhada à foice para a hipótese vertente:

“Não sem dificuldades, pode o Judiciário verificar quais as prestações materiais são de possível atendimento, dando ao direito fundamental o adequado nível de desenvolvimento e efetivação. Afinal, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve descuidar-se das exigências constitucionais.”

A propósito, o texto constitucional oferece roteiro seguro para apreciação dos fatos relatados frente à legislação que dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural brasileiro:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Na espécie vertente, argumentar-se-á, com suporte em respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial, tratar-se de uma norma meramente programática que protege um interesse geral, mas não confere ao respectivo beneficiário o poder de exigir a sua plena satisfação antes que o legislador cumpra o dever de completá-la com legislação integrativa (RESP 576414-RS, DJU 01/07/1996; AMS 1998.01.00.063752-8-DF, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral DJU de 13/12/1999, p. 19).

Ora, consoante adverte *Regina Maria Macedo Nerv Ferrari (“Normas Constitucionais Programáticas”, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 222/223)*.

“(…) Aceitar que todas as normas constitucionais programáticas estão completamente destituídas da possibilidade de propiciar a figura do direito subjetivo, é imaginá-las recheadas de inoperância, e, ainda mais, com o perigo de ocorrer que interesses poderosos contrariados venham encontrar aliados para propiciar a constância do imobilismo,

capaz de influenciar o curso dos acontecimentos, bloqueando a sua efetividade, de tal modo que a supremacia constitucional “sucumbiria diante do efeito paralisante irradiado pela omissão de órgão de um poder constituído.”

A respeito, *Geraldo Ataliba* (“*Lei Complementar*”, Ed. *Revista dos Tribunais*, 1971, p. 18), aborda, igualmente, oportunos comentários:

“Ora, como deixar de reconhecer caráter jurídico a uma disposição constitucional? Na pior das hipóteses a disposição constitucional mais abstrata e vaga possui, no mínimo, a eficácia paralisante de todas as normas inferiores, se contrastantes com seu sentido, bem como determinadora de importantíssimas conseqüências na compreensão do contexto constitucional e de cada disposição que o integra, bem como determina relevantes conseqüências exegéticas, relativamente a todo sistema normativo (incluídas as leis ordinárias e normas inferiores).”

Não pode, pois, a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo para deixar de dizer o direito.

Vale colacionar, neste sentido, o magistério de *Ana Paula Barcelos* (“*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*”, Ed. *Renovar*, 2002, p. 245-246), em sua importante obra sobre a interpretação da Constituição:

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

De fato, mesmo as normas constitucionais de eficácia limitada, instituidoras de princípios programáticos, são dotadas de um *mínimo* de eficácia podendo criar situações jurídicas subjetivas, como no caso presente, não se podendo admitir que restrições orçamentárias para fazer frente às despesas decorrentes da implementação do cadastro pretendido sirva de empecilho à efetivação da norma prevista no § 1º, do art. 216 c/c art. 23, III e IV, todos da Constituição Federal, mormente em se tratando de cadastro cuja obrigatoriedade já foi estabelecida *há quase setenta anos* por intermédio do art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937.

O articulista *José Eduardo Ramoss Rodrigues* (“*Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, Estatuto da Cidade*”, in *Ação Civil Pública, Coordenador Edis Milaré*, Ed. *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 286), recorda que nas hipóteses de omissão do Poder Público, como ocorre no caso sob apreciação, a ação civil pública se revela importante instrumento de defesa do patrimônio cultural:

“Em síntese, a ação civil pública, embora não seja instrumento cotidiano de preservação do patrimônio cultural, tem-se mostrado extremamente útil, em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo e na iminência da destruição, deterioração ou mutilação de um bem ou conjunto de bens de valor cultural, como instrumento disponível pela sociedade civil para invocar a necessária tutela do Poder Judiciário.”

Essa é a razão pela qual: *Regina Maria Macedo Nerv Ferrari* (“*Normas Constitucionais Programáticas*”, Ed. *Revista dos Tribunais*, 2001, p. 235/236), em autorizado magistério, explica que o *princípio da reserva do financeiramente possível* não pode ser utilizado pelo Poder Público com o intuito de inviabilizar o cumprimento do comando emergente da Constituição Federal. São suas palavras:

“(…) Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.”

Não se trata, a toda evidência, de o Poder Judiciário promover a escolha de determinada política pública para a preservação do patrimônio cultural, mormente, quando haja expressiva signifi-

cação econômica, como na hipótese dos autos, que sabidamente resulta de um juízo eminentemente político, mas tão-somente de impedir que o Estado — sob a invocação da cláusula da ‘reserva do possível’ — se negue a cumprir as suas obrigações: legais e constitucionais de promover a proteção do patrimônio cultural como se tratasse de um bem de somenos valor, por se localizar em posição inferior na escala de prioridades da Administração, esquecendo que o pleno desenvolvimento da cidadania não comporta a hierarquização dos bens da vida (CF, art. 1º, II).

Calham, a respeito, estas pertinentes reflexões do articulista *Paulo Gustavo Guedes Fontes* (*Ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*, in *Ação Civil Pública*, Coordenador *Edis Milaré*, Ed. *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 483) ao discorrer sobre as obrigações de realizar ‘atividades materiais’ explica que se essa atividade estiver perfeitamente definida em lei, como ocorre no caso presente, não se pode falar em discricionariedade:

“Por outro lado, o fato de a obrigação imposta à Administração implicar a realização de uma despesa não pode evidentemente constituir um critério: é uma consequência da maior parte das decisões judiciais. A ação civil pública intentada no campo das relações do consumo, para impedir a majoração ilegal das tarifas, pode sem dúvida ter consequências mais relevantes: sob esse aspecto do que a obrigação imposta ao município de construir uma escola primária. Por fim, pode acontecer que essa “atividade material” esteja perfeitamente definida em lei; nesse caso, não se poderia falar em discricionariedade.”

Cabe ter presente, neste ponto, que a Suprema Corte já proclamou — por mais de uma vez — que o caráter programático das regras inscritas na Carta da República,

“não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (RTJ 171/326-327, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 195. 192-RS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 198.263-RS, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 237.367-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 242. 859-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 246. 242-RS, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 279.519-RS, Rel. Min. Nelson Jobim; RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

Necessário, pois, recorrer-se à teoria dos valores constitucionalmente assegurados — princípios orçamentários inerentes à despesa pública/cidadania — na busca de um equilíbrio. É nessa linha o ponto de vista de *Jairo Gilberto Schafer* (*Direitos Fundamentais — Proteção e Restrições*, *Livraria do Advogado*, Porto Alegre, 2001, p. 76) que, com muita propriedade, assinalou a propósito colisão de direitos fundamentais:

“Os direitos constitucionais estabelecem entre si uma relação de convivência e de preservação do núcleo essencial, de modo a possibilitar o exercício harmônico e perene das diversas posições jurídicas criadas pela Constituição: o exercício absoluto de um direito não pode levar à anulação do exercício do mesmo ou de outros direitos por indivíduos ou pela coletividade, estabelecendo-se entre eles uma interligação institucional e prática (princípio da concordância prática) que reforça a característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, por ‘traduzir a Constituição um vínculo de essencial unidade e coerência interna.’”

Esse entendimento *tem prevalecido* na doutrina de Daniel Sarmento (*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Ed. *Lumen Juris*, 2002, p.: 74), cujo magistério considera que,

“Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.”

Carlos Roberto Siqueira de Castro (*A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Editora *Forense*, 2003, p. 72), compartilha desse entendimento explicando que,

“é claro que, do ponto de vista de uma orientação filosófica de feição humanitária poder-se-ia até dizer que a vida e a dignidade humana, enquanto epicentro e fonte dos demais valores existenciais, devessem ocupar, numa análise hermenêutica, uma posição de proeminência em relação aos bens materiais. De igual modo, seria plenamente sustentável, do ponto de vista jurídico, que em determinada lide a vida e a dignidade humana estivessem naturalmente a merecer da intérprete um tratamento de superioridade jurídica em relação a outros valores em disputa.”

Impõe-se destacar, neste ponto específico, que a Suprema Corte, em contexto assemelhado ao da presente causa, já teve o ensejo de acolher tal

orientação humanitária em decisão monocrática da lavra do eminente Min. Celso de Mello (pet 1246 MC/SC, DJU de 31/01/1997), assim resumida:

“Entre proteger a inviabilidade da direita à vida, que se qualifica como direita subjetiva inalienável assegurada pela própria Constituição da República (art. 50, *caput*), ao fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundária do Estado, entenda — uma vez configurado esse dilema — que razões de ardem ética-jurídica impõem ao julgador uma só e passível ação: a respeito indeclinável à vida.”

A propósito, não há como deixar de trazer à colação a lição de *José Carlos Vieira de Andrade* (“*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*” de 1976, 2ª ed., Almedina, 2001, p. 313), para quem o mais prudente e razoável nos contextos de conflito é, em primeiro lugar, preservar a unidade sistêmica da Constituição e, além disso, sopesar as circunstâncias de cada situação concreta para definir, caso a caso, o interesse a merecer tutela constitucional:

“Terá, pais, de respeitar-se a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando as soluções no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar as preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema.”

Essa perspectiva exegética foi vislumbrada por *Jorge Miranda* (“*Teoria do Estado e da Constituição*”, Ed. Forense, 2002, p. 452), ao comentar que a Constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo na busca de uma unidade e harmonia de sentido, afirmando que as contradições:

“hão de ser superadas, nuns casos, mediante a redução adequada do respectivo alcance e âmbito de cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na efectivação, de certos princípios frente aos restantes - nuns casos, pois, através de coordenação, noutros através de subordinação. Tem de fazer-se, por conseguinte, um esforço de concordância prática, assente num critério de proporcionalidade. E pode ter de se solicitar (mesmo sem se aderir a todas as premissas do puro método valorativo) a ponderação ou a hierarquização dos valores inerentes aos princípios constitucionais.”

Pertinentes, a propósito, as ponderações de *Andreas Joachim Krell* (“*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*”, Ed. Safe, 2002, p. 22/23), a propósito da possibilidade de o Poder Judiciário intervir — em hipóteses como a dos presentes autos — em que o dever de proteção do

patrimônio artístico, histórico e cultural com o objetivo de impedir a evasão e a destruição de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural está sendo injustamente recusado pelo Estado, em ordem a implementar o cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, tal qual determina a legislação (art. 26, do Decreto-Lei 25, de 30/11/1937) e a Carta Política (art. 216, § 1º):

“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de, efectivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais: depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas

sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”

Esse é, igualmente, o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”, em acórdão cuja ementa registra:

“Ementa: Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricioná-

rias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos, sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (RE-AgR 410715/SP, a Turma, Rei. Min. Celso de Mello, DJU de 03/02/2006, p. 76).

Igualmente, o E. Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de prestigiar a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário nas hipóteses, como a do caso presente, em que a Constituição Federal consagra um direito (CF, art. 216, § 1º, c/c arts. 23, III e IV) e a norma infra-constitucional o explícito (art. 26, do Decreto-Lei 25, de 1937), tornar o direito realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária, em acórdão assim ementado:

“Administrativo. Constitucional. Art. 127 da CF/1988. Art. 7º da Lei 8.069/1990. Direito ao ensino fundamental aos menores de seis anos ‘incompletos’. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência.

(...)

5. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa

inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

(...)

11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

1.2. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

(...)

1.6 Recurso especial não conhecido. “(RESP 753565/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux *DJUI* de 28/05/2007, p. 290).

Finalmente, quanto ao pedido de concessão de prazo razoável para efetivação do cadastro

— pleiteado expressamente na defesa apresentada — a fim de se observar os procedimentos atinentes às propostas de orçamento previstas na Constituição Federal, tendo em vista que a despesa deve estar prevista no orçamento da Instituição, pondero que o prazo concedido pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento (fls. 254/262) — noventa dias — é mais que razoável para que a Administração adote as medidas necessárias para a efetivação do cadastro cuja obrigatoriedade remota a 30/11/1937, notadamente, tendo em conta o teor do Ofício 141/2003-GAB/PROJUR/Iphan, de 11/11/2003, (fl. 206) no qual se noticiava que a autarquia estaria desenvolvendo os estudos para implantação em nível nacional do registro de antiguidades e de obras de arte em geral.

Assim sendo, tendo presentes as razões expostas e, pelo que mais dos autos constam, *julgo parcialmente procedente* pedido formulado na petição inicial para o fim de se impor ao Iphan o cumprimento definitivo das seguintes obrigações de fazer: a) adotar as medida administrativa necessárias para a instituição e funcionamento permanente de cadastro nacional para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros; b) exercer vigilância permanente sobre todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, bem como dos agentes de leilões que comercializam tais coisas, exigindo-lhes: 1) o registro referido no art. 26 do Decreto-Lei 25/1937; 2) a remessa das relações completas das coisas históricas e artísticas que possuem, aplicando as sanções administrativas cabíveis aos infratores e fazendo comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal; 3) o cumprimento do disposto no art. 28 do Decreto-Lei 25/1937, mediante exercício de vigilância sobre os comerciantes de antiguidades e agentes de leilões e aplicação das sanções administrativas cabíveis aos infratores e comunicação ao Ministério Público para fins de responsabilização em âmbito criminal, sob pena de pagamento de multa pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso, a contar da data do término do prazo estabelecido pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento (fls. 254/262), a ser revertida para o Fundo de que trata o art. 13, da Lei 7347, de 24/07/1985. Incabível, na espécie, honorários de advogado (RESP 785489/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJUI* de 29/06/2006, p. 186). Custas, na forma da Lei 7347/1985.” (fls. 376/413).

II

No que se refere à preliminar de incompetência do juízo monocrático, não prospera a pretensão recursal deduzida pela autarquia recorrente, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou o juízo monocrático, *in verbis*:

Inicialmente, afasto a preliminar de incompetência da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais para processo e julgamento do presente feito. Ainda que o réu uma autarquia federal, estatui o inciso IV, do art. 1º, da Lei 7.347/1985 (LACP), que se regem pelas suas disposições qualquer ação de responsabilidade por danos patrimoniais causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, caso específico dos presentes autos, onde se busca a instituição e manutenção pelo réu de cadastro nacional de negociadores de antiguidades com o fim de se evitar danos ao patrimônio cultural brasileiro. Por sua vez, o art. 21, da Lei 7.347/1985 determina que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Este (Lei 8.078/1990), em seu art. 93, II (integrante do Título III), prevê que a competência para processar e julgar as ações coletivas é o “foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Significa dizer que, em se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, a competência para conhecer da ação é a do foro da Capital do Estado ou a do Distrito Federal. Não há a exclusividade do foro do Distrito Federal para julgar as ações coletivas que versem sobre danos de âmbito nacional. Neste sentido já firmou entendimento o STJ, como se vê das ementas abaixo:

Competência. Ação civil pública. Defesa de consumidores. Interpretação do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. Dano de âmbito nacional.

Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal.

Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. (CC 26842/DF – Relator Ministro Waldemar Zveiter – Relator p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha – 2ª Seção – DJ de 05/08/2002, p. 194, RSTJ vol. 160, p. 217.)

Conflito de competência. Ação civil coletiva. Código do Consumidor, art. 93, II.

A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.” (CC 17532/DF – Relator Ministro Ari Pargendler – 2ª Seção – DJ de 05/02/2001 p. 69) (fls. 191/192).

Com efeito, da simples leitura dos dispositivos legais em referência (art. 93, II, da Lei 8.078/1990, c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985), não resta qualquer dúvida, no sentido de que, em se tratando de dano de âmbito nacional, como no caso, ou regional, a competência, para processar e julgar a ação civil pública será do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, a descaracterizar, na espécie, a alegada incompetência do juízo monocrático.

Em recente julgamento, o colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento, conforme se vê do seguinte julgado:

Administrativo. Ação civil pública. Competência. Art 2º da Lei 7.347/1985. Art. 93 do CDC.

1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor.

Inteligência do art. 2º da Lei 7.347/1985 e 93, II, do CDC. (AgRg na MC 13.660/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJ 17/03/2008, p. 1)

Rejeito, pois, a preliminar em referência.

III

No mérito, em que pesem os fundamentos deduzidos pela autarquia recorrente, não prospera a pretensão recursal por ela postulada, na medida em que não conseguem abalar as sólidas e bem lançadas razões em que se amparou a sentença monocrática.

Com efeito, conforme já assinalai por ocasião da apreciação do pedido de antecipação da tutela recursal formulado nos autos do AG 2007.01.00.004441-9, “a implementação do cadastro postulada nos autos de origem encontra expressa previsão legal, sendo que, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 25/1937, ‘os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Serviço do Patri-

mônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuírem'. Em sendo assim (...), não se pode admitir que a suposta ausência de dotação orçamentária para fazer frente às despesas decorrentes da implementação do referido cadastro sirva de obstáculo à concessão da medida postulada pelo douto Ministério Público Federal, mormente em se tratando de cadastro cuja obrigatoriedade já fora estabelecida desde os idos de 1937, competindo ao Iphan, na condição de órgão responsável pela proteção e fiscalização do patrimônio cultural brasileiro, desincumbir-se dessa atribuição, na forma legal”.

Há de ver-se, ainda, que a pretensão postulada pelos demandantes, na espécie em comento, longe de caracterizar a alegada violação ao princípio da separação dos Poderes, consiste, única e exclusivamente, na busca da tutela jurisdicional, com vistas no cumprimento, por parte da autarquia recorrente, de função a que está institucional e legalmente obrigada, como forma de garantir-se a tutela constitucional de defesa do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216 e incisos), a merecer a proteção do Estado, na dimensão constitucional de seus interesses difusos, que integram o meio ambiente cultural, sob a tutela expressa e visível da Carta Magna, nos comandos mandamentais de que *“o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”* (CF, art. 215, *caput*) e ainda *“o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”* (CF, art. 216, § 1º), pois *“constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas e IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais”* (CF, art. 216, III e IV), sendo que *“os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”* (CF art. 216, § 4º).

Confirmam-se, ainda, os lúcidos fundamentos lançados pela douta Procuradoria Regional da República, nestas letras:

(...)

O recurso procura rebater a crítica de que a omissão do Iphan na criação do cadastro venha contribuindo para as incontáveis ações criminosas que resultam na dilapidação do patrimônio cultural brasileiro, sem perceber o desvio no que, de fato, interessa para a discussão da causa: pode ou não o Iphan eximir-se das obrigações previstas nos arts. 26 e 28 do Decreto-Lei 25/1937?

Sobre esse ponto específico, o Recorrente concentra-se na tese de que, para cumpri-las, seriam necessárias medidas regulamentares prévias, a cargo do órgão responsável pelo registro das empresas mercantis, e de que a criação do cadastro encontraria obstáculos insuperáveis de ordem administrativa, ao menos no curto prazo, como a movimentação de servidores e equipamentos, além da falta de dotação orçamentária. Por isso, conclui que a sentença teria invadido o campo reservado à discricionariedade administrativa e violado o princípio da separação dos Poderes.

Nenhuma das objeções, porém, impressiona.

O sistema de registro público para as empresas mercantis e atividades afins a que alude o Recorrente compreende, no que interessa à questão em debate, apenas o arquivamento dos atos constitutivos das firmas individuais ou sociedades mercantis, propósito que em nada interfere na idéia da estruturação de um cadastro destinado à catalogação dos bens móveis de valor histórico e cultural relevante para o País e ao controle dos que pretendam comercializá-los de forma profissional.

No caso do Iphan, o sistema atuará sobre a atividade empresarial e não sobre os atos de criação da empresa, daí a diferença.

A imposição coercitiva ao Iphan do cumprimento da obrigação também não implica, ao contrário do que advoga o Recorrente, a intromissão em atos que seriam da competência discricionária da Entidade.

Veja que, ao anunciar a criação de um cadastro destinado ao controle sobre a negociação dos objetos de valor histórico e cultural, a lei não deixou ao Órgão a quem cumpria a execução do ato nenhum juízo de conveniência e oportunidade a respeito de sua prática, senão a obediência vinculada ao que ali se determina.

A percepção de que a regulamentação do sistema não poderá ser feita sem a realização de escolhas de ordem administrativa não perturba o

raciocínio, pois o Autor não requereu a adoção de nenhum modelo pré-estabelecido. Entendeu que a tarefa seria privativa do Iphan e que o Órgão estaria plenamente habilitado a realizá-la.

E aqui, mais uma vez, a retórica intransigente do recurso, baseada na ameaça de que a obrigação do cadastro trará danos à rotina administrativa da Autarquia, não convence que uma entidade pública, criada especificamente para atuar na área do patrimônio artístico e cultural, não disponha dos meios necessários para superar as dificuldades de uma nova tarefa que se presume, para ela, plenamente realizável.

Ainda nesse contexto, a Recorrente invoca a barreira da “reserva do possível”, isto é, da idéia de que os direitos sociais serão satisfeitos na medida das possibilidades materiais do Estado, definidas de acordo com os critérios do órgão político legitimado, para abster-se de qualquer responsabilidade sobre a indisponibilidade de verbas necessárias para custear a obrigação.

Alega, e talvez esse seja o seu principal argumento, que diante da carência de recursos orçamentários, a interferência judicial terminaria por impor a transferência de recursos aprovados para o atendimento de outras necessidades sociais, assumindo, assim, o Poder Judiciário, uma prerrogativa que não lhe pertence.

Mas se a Constituição Federal confere ao Estado o permanente dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância e outras formas de preservação, do que se extrai um correlato direito social a integridade desse mesmo patrimônio, não será lícito ao Poder Público eximir-se do encargo, negando as condições necessárias à sua efetivação, a pretexto da escassez dos meios materiais necessários, a menos que o faça com fundamentos que se submetam a uma análise objetiva.

É o que tem dito o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões como a aqui traduzida pelo voto do Ministro Celso de Mello:

“(…)

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a

imediate efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF 345/2004).

Cumprir advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (Otávio Henrique Martins Port, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item 6, e p. 209/211, itens 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental, negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(…)”

(AG. EG. no Recurso extraordinário 410.715-5 – São Paulo)

O que anula, no caso, a justificativa orçamentária para o descumprimento da obrigação estabelecida pelos arts. 26 e 28 do Decreto-Lei 25/1937 é o fato de o Poder Público encontrar-se em mora há mais de 70 anos.

Esse dado palpável é uma prova concreta e definitiva de que a imprevisão de meios financeiros nunca foi à causa verdadeira da omissão, de modo que se a desculpa é aceita, o que ganha o Poder Público é o direito de eternizar o tratamento negligente que sempre deu à questão.

Essa mesma percepção guiou o Relator do agravo de instrumento, interposto pelo parquet federal contra a decisão que lhe negara o pedido de liminar, a conceder a antecipação da tutela recursal. Vale, por isso, repeti-la:

“Conforme bem registrou a decisão agravada, a implementação do cadastro postulada nos autos de origem encontra expressa previsão legal, sendo que, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 25/1937, ‘os negociantes, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Ser-

viço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cumprindo-lhes outrossim apresentar semestralmente ao mesmo relações completas das coisas históricas e artísticas que possuem’.

Em sendo assim, com a devida vênia das razões em que se amparou o juízo monocrático, não se pode admitir que a suposta ausência de dotação orçamentária para fazer frente às despesas decorrentes da implementação do referido cadastro sirva de obstáculo a concessão da medida postulada pelo douto Ministério Público Federal, mormente em se tratando de cadastro cuja obrigatoriedade já fora estabelecida desde os idos de 1937, competindo ao Iphan, na condição de órgão responsável pela proteção e fiscalização do patrimônio cultural brasileiro desincumbir-se dessa atribuição, na forma legal.”

E para além do ponto de vista estritamente jurídico, retomando aqui o problema da dilapidação do patrimônio histórico e cultural do país, é elementar que a instituição do cadastro representará um instrumento de eficácia inegável no controle das práticas criminosas, ainda que não se tenha a ingenuidade de afirmar que tais práticas serão banidas por completo.

Numa palavra, se o Iphan não é o responsável direto pelos danos que os bens móveis de valor histórico e cultural do país vêm sofrendo, não há como defender-se da acusação de que, lavando as mãos diante do ambiente de facilidades encontradas pelos meliantes que atuam no setor, estará contribuindo, de forma indireta, para a perda daquele acervo (fls. 534/541).

Registre-se, por fim, que os óbices apontados pela autarquia recorrente, com vistas no cumprimento da determinação mandamental contida na sentença monocrática, ao que tudo indica, já não mais subsistem, em face dos termos da Instrução Normativa 1, de 11 de junho de 2007, emitida pelo Sr. Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, implantando o Cadastro Especial dos Negociantes de Antiguidades, de Obras de Arte de Qualquer Natureza, de Manuscritos e Livros Antigos ou Raros, previsto nos arts. 26 e 27 do Decreto 25/1937, a que se reporta a peça de fls. 419/420, em fotocópia, cabendo-lhe, agora, velar pela sua fiel observância, no exercício do seu poder de polícia.

IV

Com estas considerações, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial, mantendo-se a sentença recorrida, em todos os seus termos.

Sétima Turma

Apelação Cível

2000.01.00.121802-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Apelante: Sinal – Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito

Advogados: Drs. Marcos Luis Borges de Resende e outros

Apelado: Banco Central do Brasil – Bacen

Procurador: Dr. José Maria da Cunha e outro

Divulgação: e-DJF1 de 21/08/2008

Publicação: 22/08/2008

Ementa

Tributário e Processo Civil. Contribuição sindical e ação de consignação em pagamento: dúvida sobre a legitimidade do sindicato destinatário. Matéria de conhecimento limitado (art. 896, do CPC) Apelação não provida.

I – Insurge-se o Sindicato *Sinal* contra a sentença que extinguiu, sem o julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, uma vez que desde a publicação da Lei 8.112/1990, os servidores do Bacen não estavam obrigados ao recolhimento da contribuição sindical (ADIn 449-2/1990-DF). Em realidade o Banco Central pretende desonerar-se da obrigação (imposto sindical) em face da insistente controvérsia acerca da legitimidade no recebimento da contribuição sindical, notadamente referente ao ano de 1995.

II – A ação de consignação em pagamento possui cognição limitada, ou seja, a matéria discutida possui limitação legal (na matéria de defesa – contestação) para seu conhecimento, conforme se infere do art. 896, do CPC. Não há como discutir outra matéria em Ação de Consignação em Pagamento, que não figure no rol do art. 896, do CPC. É vedado, expressamente, a quaisquer dos Sindicatos réus, inclusive o apelante, abordarem o tema da legitimidade do levantamento do pagamento, em face da dúvida sobre qual seria o ente sindical destinatário da contribuição sindical.

III – Nota-se que, o próprio Banco Central, na sua petição inicial, em momento algum relata recusa, negativa, ou não formalização do depósito (pelo tempo ou lugar), mas apenas, relata a dúvida sobre a legitimidade do Sindicato que será o destinatário do valor da contribuição sindical do ano de 1995. A matéria aludida na petição inicial é sobre *legitimidade* do réu, portanto, matéria estranha ao art. 896, do CPC.

IV – Se há dúvida sobre a legitimidade do destinatário da contribuição sindical, a Ação de Consignação em Pagamento é inadequada, pois, aqui se presume como certo o réu, cuja citação é realizada para levantar o depósito, o que é inviável nesta demanda, pois o próprio Bacen não sabe qual o Sindicato legitimado e tenciona trazer aos autos a discussão (e a solução) de quem seria o Réu, dentre tantos réus. De fato, nenhum dos réus recusou o pagamento ou apontou qualquer irregularidade, ou seja, o mérito da ação de consignação em pagamento não foi desafiado.

V – Apelação não provida.

VI – Peças liberadas pelo Relator, em 15/07/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 15/07/2008.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado): — Por petição protocolizada em 27/07/1995, o Banco Central do Brasil ajuizou ação de consignação em pagamento contra o Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito (Sinal) e outros, requerendo o depósito da importância de R\$ 336.907,32, referente ao valor total da contribuição sindical do ano de 1995, com o rateio, na hipótese de serem declarados credores os vários sindicatos dos bancários. Alega que parte dos servidores do Banco Central criou o Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito (Sinal), enquanto parte filiou-se ao Sindicato dos empregados bancários nos estabelecimentos bancários. Assevera que os dois sindicatos se consideram legítimos representantes dos funcionários do Banco Central e se julgam credores das contribuições descontadas de seus vencimentos (art. 580 da CLT). No caso de dúvida sobre quem deva legitimamente receber a contribuição social, expõe que se prevalecer o entendimento de que é o Sindicato *Sinal*, caberá a ele o valor total da contribuição, por ser de âmbito nacional, e que, se a decisão for pela legitimidade do Sindicato dos empregados bancários em estabelecimento bancários, deve a contribuição ser rateada entre os sindicatos dos bancários.

A Juíza Federal Substituta da 5ª Vara – DF, Adverci Rates Mendes de Abreu, mediante sentença proferida em 08/06/2000 (fls. 500/507), julgou extinto o processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC), ao fundamento de que:

- a) o STF, mediante o julgamento da ADI 449-2/1990-DF, declarou a inconstitucionalidade do art. 251 da Lei 8.112/1990, restando modificada a natureza do vínculo dos servidores do Banco Central, que passaram a ser regidos pelo regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, não estando sujeitos à contribuição sindical prevista na CLT;
- b) se os servidores do Bacen, desde a publicação da Lei 8.112/1990, eram servidores públicos, não estavam

desde então obrigados ao recolhimento da Contribuição Sindical, sendo que os recolhimentos havidos foram indevidos. Condenou o autor no pagamento das custas processuais. Os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 500,00 para cada réu.

Irresignado o *Sinal* – Sindicato Nac dos Serv Fed Aut nos Entes de Form Prom e Fisc da Polit da Moeda e do Credito ofereceu apelação (f. 509/514), alegando que:

- a) foi juntada cópia de acórdão do STF, em que declarou inconstitucional o art. 251 da Lei 8112/1990, requerendo o levantamento dos valores depositados à disposição do juízo, para que se pudesse devolver aos funcionários;
- b) de acordo com o art. 898 do CPC, o consignante, uma vez realizado o depósito, não pode recebê-lo de volta, devendo o Juiz declarar efetuado o depósito e extinguir a obrigação, continuando o processo a correr apenas entre os credores;
- c) o Banco Central não tem legitimidade para postular a devolução de importâncias que não lhes pertence. O depósito porventura efetuado pelo Banco dos servidores que eram considerados empregados (art. 580, da CLT), para repassar à entidade sindical, ele, como mero repassador, não tem legitimidade para postular a devolução da importância que nunca lhe pertenceu;
- d) somente os empregados poderiam, se fosse o caso, pleitear a referida devolução;
- e) o fato de o STF haver declarado inconstitucional o art. 251 da Lei 8.112/1990 não significa que os atos praticados enquanto tal norma eram considerados válidos sejam nulos;
- f) a MP 1535, bem como a lei que resultou de sua conversão, ratifica os pagamentos feitos pelo Banco Central aos seus servidores de acordo com a legislação trabalhista, no período de 1º/01/1991 a 30/11/1996, não havendo como fugir ao cumprimento do disposto no art. 580, I, da CLT;
- g) não obstante o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o STF não exigiu a devolução de eventuais valores pagos no período em que a norma era tida como válida.

Contra-razões (fls. 523/528), sem fatos novos.

É o relatório.

Voto*

Insurge-se o Sindicato *Sinal* contra a sentença que extinguiu, sem o julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, uma vez que desde a publicação da Lei 8.112/1990, os servidores do Bacen não estavam obrigados ao recolhimento da contribuição sindical (ADIn 449-2/1990-DF).

Em realidade o Banco Central pretende desonerar-se da obrigação (imposto sindical) em face da insistente controvérsia acerca da legitimidade no recebimento da contribuição sindical, notadamente referente ao ano de 1995.

A ação de consignação em pagamento possui cognição limitada, ou seja, a matéria discutida possui limitação legal (na matéria de defesa – contestação) para seu conhecimento, conforme se infere do art. 896, do CPC, senão vejamos:

Art. 896. Na contestação, o réu poderá alegar que:

I – Não houve recuso ou mora em receber a quantia ou coisa devida;

II – Foi justa a recusa;

III – O depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;

IV – O depósito não é integral

Nota-se que, o próprio Banco Central, na sua petição inicial, em momento algum relata recusa, negativa, ou não formalização do depósito (pelo tempo ou lugar), mas apenas, relata a dúvida sobre a legitimidade do Sindicato que será o destinatário do valor da contribuição sindical do ano de 1995. A matéria aludida na petição inicial é sobre *legitimidade* do réu, portanto, matéria estranha ao art. 896, do CPC. Não há como discutir outra matéria em Ação de Consignação em Pagamento, que não figure no rol do art. 896, do CPC. É vedado, expressamente, a quaisquer dos Sindicatos réus, inclusive o apelante, abordarem o tema da legitimidade do levantamento do pagamento, em face da dúvida sobre qual seria o ente sindical destinatário da contribuição sindical.

Se há dúvida sobre a legitimidade do destinatário da contribuição sindical, a Ação de Consignação em Pagamento é inadequada, pois, aqui se presume como certo o réu, cuja citação é realizada para levantar o depósito, o que é inviável nesta demanda, pois o próprio Bacen não sabe qual o Sindicato legitimado e tenciona trazer aos autos a discussão (e a solução) de quem seria o réu, dentre tantos réus. De fato, nenhum dos réus recusou o pagamento ou apontou qualquer irregularidade, ou seja, o mérito da ação de consignação em pagamento não foi desafiado.

Por fim, a sentença acerta quando afirma que, desde o julgamento da ADIn 449-2/1990-DF, que julgou inconstitucional o art. 251, da Lei 8.112/1990 e confirmou a modificação do vínculo dos servidores do Bacen (deixaram de ser celetistas e passaram a ser regidos pelo RJU – Lei 8.112/1990), estes não estando sujeitos ao recolhimento da contribuição sindical. Desde o advento da Lei 8.112/1990, os servidores do Bacen não estão obrigados ao recolhimento da contribuição sindical, pois possuem a condição de servidores públicos. Não há interesse processual, uma vez que aquilo que se pretende depositar (contribuição sindical referente ao ano de 1995) ter desaparecido do mundo jurídico (com o julgamento da ADIn), desde a publicação da Lei 8.112/1990, determinando a perda do objeto da demanda.

Posto isso, nego provimento à apelação.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Carlos Olavo. Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2006.37.00.005156-8/MA

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Maranhão

Procurador: Dr. Antônio Roberto Pires da Costa

Apelada: Geiza Carneiro Leda

Advogado: Dr. Marcus Vinícius Cardoso e outros

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara – MA

Divulgação: e-DJF1 de 31/07/2008

Publicação: 01/08/2008

Ementa

Administrativo. Remessa Oficial. Apelação em Mandado de Segurança. OAB. Exame de Ordem. Anulação de Questão do exame pelo Poder Judiciário. Ilegalidade. Possibilidade.

I – O entendimento desta 8ª Turma é de que, em regra, não cabe ao Poder Judiciário, quando se tratar de exame da OAB, julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora, salvo quando ocorrer na realização do certame alguma ilegalidade.

II – O Edital de inscrições do referido exame, no seu item 7.1, estabelece que “na prova objetiva, serão avaliados, além das habilidades, conhecimentos jurídicos, dentro das disciplinas profissionalizantes obrigatórias e integrantes do currículo mínimo de Direito, fixadas pelo CNE e MEC, bem como pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, o seu Regulamento Geral e o Código de Ética e Disciplina da OAB”.

III – Considerando que a questão 34 do exame da ordem de 2006.2 da OAB/MA versa sobre direito do consumidor, matéria não incluída na grade curricular mínima da Faculdade Federal de Direito do Maranhão, cabível a anulação de tal questão por ferir o Edital do certame.

IV – Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/07/2008.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: – Remessa oficial e apelação em mandado de segurança da sentença proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão que, ratificando a liminar deferida, concedeu a segurança para, decla-

rar a anulação da questão 34 do Exame da Ordem de 2006.2 da OAB, devendo o valor ser computado na nota da prova objetiva da impetrante, assegurando sua participação na segunda fase do aludido exame, caso a nota alcance o patamar mínimo exigido.

Na sentença, o Juiz *a quo* entendeu que *a disciplina do Direito do Consumidor não é disciplina obrigatória da grade curricular mínima da Universidade Federal do Maranhão. Trata-se de disciplina eletiva, juntamente com as seguintes: Direito Ambiental, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Econômico, História do Direito, Direito Eleitoral e Criminologia.*

A apelante alega que *a anulação de questões sob alegação despropositada de erro material em sua elaboração seria prejudicar todo o processo seletivo já aperfeiçoado, assim como determinar um tratamento anti-isonômico, com violação ao princípio constitucional da isonomia descrito no caput do art. 5º da CF/1988, isso em relação ao demais candidatos que observaram a correção do edital publicação e a elaboração das questões.*

Consta, às fls. 94/95, decisão monocrática de minha lavra que apreciou o Agravo de Instrumento 2007.01.00.009635-9/MA, na qual foi dado provimento ao agravo para que o recurso ordinário interposto pelo impetrado fosse recebido como recurso de apelação.

Com as contra-razões de fls. 98/106, subiram-se os autos a essa Corte.

O MPF, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso (fls. 115/118).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: – O mandado de segurança foi impetrado com o objetivo de anular a questão 34 do exame da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB de 2006.2, possibilitando, assim, à participação da impetrante na 2ª fase do aludido exame.

O entendimento desta corte, inclusive com precedentes desta 8ª Turma, é de que, em regra, não cabe ao Poder Judiciário, quando se tratar de exame da OAB, julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora, salvo quando ocorrer na realização do certame alguma ilegalidade.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos e Cleberson José Rocha (convocados). Ausentes, justificadamente, por motivo de licença, o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa e o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ.

Precedente desta Corte:

Administrativo. Mandado de Segurança. OAB. Exame de Ordem. Anulação de questões pelo Poder Judiciário. Impossibilidade.

I – Se não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do Exame da OAB, limitada a sua atuação, em casos que tais, à apreciação de eventual ilegalidade do procedimento administrativo do exame em referência, afigura-se incabível a apreciação do mérito dos critérios de correção das provas aplicadas no certame. (q.v., *verbi gratia*, AMS 2002.33.00.022325-9/BA, publicado em 05/05/2006, Sétima Turma).

II – Apelação e remessa oficial providas. (TRF 1ª Região, 8ª Turma, AMS 2005.33.00.007296-7/BA, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, 09/03/2007 DJ p. 159)

No entanto, o presente caso apresenta ilegalidade da questão sob análise, fazendo-se necessária e legítima a intervenção do Judiciário.

Consoante o Edital de inscrições do referido exame, no seu item 7.1, estabelece que *“na prova objetiva, serão avaliados, além das habilidades, conhecimentos jurídicos, dentro das disciplinas profissionalizantes obrigatórias e integrantes do currículo mínimo de Direito, fixadas pelo CNE e MEC, bem como pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, o seu Regulamento Geral e o Código de Ética e Disciplina da OAB”*.

O que se verifica, em verdade, é que a disciplina de Direito do Consumidor não faz parte do conteúdo curricular mínimo de Direito da Universidade Federal do Maranhão, pois se trata de disciplina eletiva, não podendo figurar nas questões do exame sob análise.

Assim, considerando que a questão 34 do exame da ordem de 2006.2 da OAB/MA versa sobre direito do consumidor, cabível a anulação de tal questão por ferir o Edital do certame.

Essa 8ª Turma, ao apreciar questão idêntica, se manifestou no seguinte sentido:

Administrativo. Mandado de Segurança. OAB. Exame de Ordem. Anulação de questões constantes de provas do certame pelo Poder Judiciário. Matéria não integrante do currículo mínimo do curso de Direito. Violação às regras do Edital. Possibilidade.

A eg. 8ª Turma deste Tribunal tem o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário, em relação ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo eventual ilegalidade no procedimento

administrativo na realização do referido exame, apreciar os critérios adotados para a elaboração e correção de questões constantes das provas do certame, eis que inseridos dentro do campo de atuação exclusiva da banca examinadora.

2. Estabelecendo o edital do exame que as provas abrangerão como área de conhecimento as disciplinas profissionalizantes obrigatórias e integrantes do currículo mínimo do Curso de Direito, fixadas pelo MEC e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, a banca examinadora não poderia exigir dos candidatos questões atinentes ao Direito do Consumidor, uma vez que ultrapassa os limites delineados pelas regras do certame.

3. Remessa oficial improvida.(TRF 1ª Região, 8ª Turma, REOMS 2006.37.00.005132-8/MA, Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (Conv.) 14/12/2007 *DJ* p. 168)

Assim, verificada a ilegalidade da questão n.34, uma vez que fere o item 7.1 do edital do exame, não merece qualquer reforma a sentença de primeiro grau que concedeu a segurança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.031519-0/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Decisão: 12/08/2008

Divulgação: e-DJF1 de 21/08/2008

Publicação: 22/08/2008

Decisão

I

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara da Subseção Judiciária de Altamira/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Lourival Novaes Medrado dos Santos, ora agravante, indeferindo o pedido de dilação de prazo para retirada de bovinos da área litigiosa, em cumprimento à decisão antes proferida nos autos, convalidando o depósito efetivado pelo oficial de justiça, e decretando o perdimento do rebanho bovino pertencente ao agravante, com fundamento no art. 25, § 2.º, da Lei 9.605/1998, para que seja destinado pelo Ibama a entidades beneficentes.

Apreciando o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, o eminente Juiz Federal convocado, João Carlos Costa Mayer Soares, concedeu, em parte, o pedido, para “suspender o decreto de perdimento do rebanho bovino em alusão, mantendo, no entanto, o leilão designado para a sua alienação e determinando que os valores arrecadados sejam depositados cautelarmente em conta judicial até decisão final do agravo pela Turma” (fls. 479/484), sobrevivendo, contudo, a decisão de fls. 563/565, em que o não menos eminente Desembargador Federal Olindo Herculano Menezes, no exercício do plantão da Presidência deste egrégio Tribunal, deferiu, parcialmente, pedido formulado pelo agravante, determinando que “não seja aceito, no leilão de 28 de julho, nenhum lance inferior ao preço de mercado, como tal entendido o valor mínimo de R\$ 3.151.530,35, cotado para o leilão não exitoso do dia 21/07/2008”.

Por intermédio da petição de fls. 487, a União Federal postulou a sua intervenção no feito, nos termos do art. 5º da Lei 9.469/1997.

Também compareceram aos autos o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO, noticiando a sua admissão, no feito de origem, na condição de litisconsortes ativos, pugnano pela reconsideração das referidas decisões, a fim de que seja mantido o perdimento de bens determinado na decisão agravada, a fim de viabilizar, por outros meios, a destinação do rebanho apreendido e, por conseguinte, a sua retirada da estação ecológica descrita nos autos, inibindo-se, assim, a continuidade do dano ambiental já ocorrido na aludida área. Postulam, ainda, a reforma da decisão que estipulou como preço mínimo, para o leilão do referido rebanho, o seu valor de mercado, sob o fundamento de que, além do valor ali indicado encontrar-se em patamar superior àquele praticado na região, mormente em face das ações fiscalizatórias que ali desenvolve, estaria a inviabilizar o interesse de possíveis candidatos a arrematantes, impondo-se, assim, o afastamento da limitação em referência, de forma a dar-se efetivo cumprimento à decisão agravada, no particular.

II

Preliminarmente, determino que se proceda à anotação, na autuação, na distribuição e nos demais assentamentos cartorários, do nome do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO, na condição de agravados, tendo em vista que foram admitidos na relação processual instaurada nos autos de origem, na condição de litisconsortes ativos do Ministério Público Federal.

III

Não obstante os fundamentos deduzidos na petição de fls. 572/583, mantenho a decisão de fls. 479/484, por seus próprios fundamentos, indeferindo, assim, por enquanto, o pedido de reconsideração formulado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO, no tocante à decretação de perdimento do rebanho descrito nestes autos, mantendo-se, por ora, afastada a sua imposição, por se me afigurar incabível, na fase atual em que se encontra o feito de origem, sem prejuízo, contudo, do seu reexame, no momento oportuno ou no bojo da ação criminal eventualmente instaurada, para fins de apuração dos fatos narrados neste feito, que, em tese, constituem infração penal ambiental, nos termos dos arts. 40 e 48 da Lei 9.605/1998.

No que se refere, porém, ao leilão do rebanho do gado em referência, e considerando o impasse gerado a partir da prolação da aludida decisão de fls. 563/565, estabelecendo, como preço mínimo, o seu valor de mercado, circunstância essa que, em duas outras oportunidades, tornou ineficazes as tentativas de alienação já realizadas, impõe-se, na espécie, o reexame da questão, de forma a tornar viável a concretização positiva do certame, evitando-se, se possível, a alienação por valor insignificante ou preço vil, conforme assim aventado nestes autos.

Posta a questão nestes termos e sem desgarrar-se dos lúcidos fundamentos em que se amparou a referida decisão de fls. 563/565, penso que a garantia constitucional assegurada ao direito de propriedade, quando em confronto com outro direito também constitucionalmente garantido, em maior dimensão, como no caso, em que se busca a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, deverá se submeter aos ditames de sua função social, em sintonia com o interesse difuso de toda a coletividade, que, na espécie, restou flagrantemente violado, conforme bem demonstra a Nota Técnica, a que se reporta a peça de fls. 501/507 destes autos, emitida pela Coordenadoria de Monitoramento Ambiental do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, de que destaco o seguinte trecho:

“(…)

A constante presença de gado bovino impede a regeneração da floresta, pois o pisoteamento diário do gado gera uma grande compactação do solo. Isso dificulta ou mesmo impede a germinação das sementes e o desenvolvimento das plântulas das árvores nativas que se encontram em florestas vizinhas que chegam a estas áreas por diferentes formas de dispersão (vento, animais silvestres como aves e roedores). A compactação do solo, também diminui a infiltração de água nos solos e a conseqüente recarga dos aquíferos. A degradação da área é agravada pelo plantio de gramíneas exóticas para a alimentação do gado, que dificulta o processo de regeneração natural da floresta, por ser uma espécie colonizadora bastante agressiva e que não encontra inimigos naturais. Além disso, o gado adentra à floresta danificando o seu sub-bosque, gerando uma degradação progressiva, o empobrecimento da diversidade biológica, a perda das funções ecológicas e por fim, devido à fragilidade dos solos amazônicos, as áreas adjacentes ao desmatamento inicial, gradativamente serão convertidas em campos colonizados por estas gramíneas exóticas. Soma-se a este fato, segundo relatos colhidos durante a visita técnica da Conab à área, a renovação do plantel em 2007, o que demonstra o descaso com o Poder Judiciário que determinou o embargo da área e a retirada imediata dos semoventes” (fls. 505).

Nesse contexto fático, o agravante está cometendo, em tese, um flagrante e permanente crime contra a Flora, pois está causando dano direto a uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, que é a Estação Ecológica Terra do Meio, no município de Altamira(PA), onde se encontra criminosamente, o seu rebanho de bovinos. Neste sentido, dispõem o art. 40 e respectivos parágrafos 1º e 2º, da Lei 9.605, de 12/02/1998, nestes termos:

– Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

– A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.

Essa constante presença do gado bovino do agravante naquela Unidade de Conservação Integral agrava ainda mais o ecossistema da Estação Ecológica Terra do Meio, em Altamira(PA), na flagrante tipificação criminal de “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”, naquela localidade.

O crime, ali, em tese e de fato, é *permanente* até que se retire o seu rebanho, ali instalado, o que não pretendeu fazê-lo, criminosamente, o agravante, descumprindo o provimento judicial, de natureza mandamental, nesse sentido.

Em situação similar, o Supremo Tribunal Federal negou Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, nestas letras:

Ementa: Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Trancamento da ação penal. Violação ao Princípio da Legalidade. Inexistência. Crime permanente versus crime instantâneo de efeitos permanentes. Súmula 711. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Recurso desprovido.

1. A conduta imputada ao paciente é a *de impedir o nascimento de nova vegetação* (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a Flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protraí no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente.

2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à Lei 9.605/1998. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal.

3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescrição não consumada.

4. Recurso desprovido. (Recuso Ordinário em *Habeas Corpus* 83.437-0/São Paulo. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Primeira Turma/STF. Julgado em 10/02/2004, *DJe* de 17/04/2008).

A postura agressora do agravante, pelo visto, na espécie dos autos, atenta contra os objetivos e diretrizes legais do Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC, nos termos estabelecidos pelos arts. 4º, incisos I a XIII e 5º, incisos I a XIII, da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.

A Nota Técnica SUGOF/SUOPE/SUPAB, subscrita por técnicos da Conab, em 09/07/2008, afirma que “os bovinos, que foram apreendidos pelo Ibama em decorrência da prática de crime ambiental pelo seu proprietário, encontram-se em áreas de pasto na Unidade de Conservação Federal – Estação Terra do Meio, na localidade denominada Fazenda Laurilândia, no município de Altamira/PA, sendo classificados em: 45 touros, 2.100 vacas, 800 novilhos(as) e 555 bezerros(as)”.

Nos termos determinantes da referida Lei 9.985, de 18/07/2000, *toda Estação Ecológica é de posse e domínio público, tendo como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. Nela é proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da Unidade ou regulamento específico.* A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. Na Estação Ecológica só podem ser permitidas alterações dos ecossistemas no caso de: I – medidas que visem a restauração de ecossistemas modificados; II – manejo de espécies com o fim de preservar a diversidade biológica; III – coleta de componentes dos ecossistemas com finalidades científicas; e IV – pesquisas científicas cujo impacto sobre o ambiente seja maior do que aquele causado pela simples observação ou pela coleta controlada de componentes dos ecossistemas, em uma área correspondente a no máximo três por cento da extensão total da unidade e até o limite de um mil e quinhentos hectares.

Já a Lei 6.902, de 27 de abril de 1981, ao dispor sobre a criação de Estações Ecológicas e demais áreas de Proteção Ambiental, determina que “*as Estações Ecológicas não poderão ser reduzidas nem utilizadas para fins diversos daqueles para os quais foram criadas. E na área reservada às Estações Ecológicas será proibido: a) presença de rebanho de animais domésticos de propriedade particular; b) exploração de recursos naturais, exceto para fins experimentais, que não importem em prejuízo para a manutenção da biota nativa, ressalvado o disposto no § 2º do art. 1º; c) porte e uso de armas de qualquer tipo; d) porte e uso de instrumentos de corte de árvores; e e) porte e uso de redes de apanha de animais e outros artefatos de captura*” (art. 7º, § 1º, *alienas a, b, c, d e e*)

Há de ver-se, pois, que já não mais se pode admitir a permanência daquele rebanho na área descrita nos autos, a caracterizar o flagrante delito do agente infrator, com danos irreversíveis ao meio ambiente e resultando em total

ineficácia da decisão inicialmente proferida nos autos principais, posteriormente confirmada, em caráter provisório, por este egrégio Tribunal, nos autos do AG 2007.01.00.005078-6.

Com efeito, ao apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal ali formulado, deixei consignado que “em homenagem à tutela ambiental acima referida, ações agressoras do meio ambiente, como a noticiada nos autos de origem, devem ser rechaçadas e inibidas, com vistas na preservação ambiental, em referência. Na espécie dos autos, contudo, o desmatamento noticiado, que já se operou, e o conseqüente *dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautela, necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descuidar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de prevenção, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.*

Posta a questão nestes termos e ante as dificuldades de ordem operacional para o efetivo cumprimento desta ordem judicial, há de se autorizar, no caso, a desocupação da área em discussão, em prazo razoável, possibilitando, assim, a preservação do patrimônio do recorrente, o qual servirá, inclusive, de garantia para a reparação do dano ambiental postulado pelo douto Ministério Público Federal, em caso de procedência da demanda instaurada nos autos de origem” – destaquei.

Registre-se, por oportuno, que *a referida decisão fora proferida em 16 de fevereiro de 2007, portanto, há mais de um ano e meio*, sem que o rebanho tenha sido retirado da mencionada Estação Ecológica, em flagrante desobediência à ordem judicial, que fora dirigida ao ora agravante, submetido, agora, às sanções processuais, civis, administrativas e criminais, aplicáveis, na espécie (CPC, art. 14, inciso V, e respectivo parágrafo único, c/c o art. 330 do Código Penal), constituindo-se, ainda, esse procedimento, um manifesto atentado ao exercício da jurisdição e total afronta à ação da Justiça.

Não há, pois, como se admitir que o agravante, após descumprir, acintosamente, a determinação judicial em referência, sujeitando-se, inclusive, ao pagamento da multa pecuniária fixada pelo juízo monocrático e às sanções criminais cabíveis, agora, venha a lançar mão de expedientes mercadológicos, abusivamente protelatórios, para inibir, por vias indiretas, a retirada do rebanho da aludida área, agravando ainda mais e criminosamente o dano ambiental, ali, instalado, numa área de *Conservação Ambiental e de Proteção Integral.*

Em sendo assim, ainda que se deva salvaguardar o pagamento de preço justo pela alienação do referido rebanho, não se pode classificar como vil aquele que não corresponda, exatamente, ao seu valor de mercado, nessa terceira tentativa de uma alienação frustrada, notadamente em face da constante flutuação que sói acontecer em casos assim, numa situação já bastante complicada para a venda e retirada desse gado, visando a urgente defesa e preservação do meio ambiente, no caso em tela.

Ademais, não se pode perder de vista que, consoante sólida jurisprudência de nossos tribunais, notadamente do colendo Superior Tribunal de Justiça, somente “considera-se preço vil o inferior à metade do valor da avaliação” (AgRg no REsp 347.327/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 01/07/2002). Nessa mesma linha de entendimento posicionaram-se os seguintes julgados: REsp 555.809/MG, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 25/04/2005; REsp 448.575/MA, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; AgRg no REsp 649.532/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 01/08/2006; e REsp 101.7301/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/05/2008.

Não há como cogitar-se, assim, de se fixar o preço de mercado, já na terceira tentativa de alienação desse gado, criminosamente instalado em Unidade de Conservação Ambiental Integral, quando, em circunstâncias normais, “em segundo leilão não há qualquer exigência limitatória nos lances, podendo a arrematação fazer-se a quem mais der” (RTFR 128/53), devendo ser evitado, se possível, o preço vil (CPC, art. 692).

A todo modo, esclareça-se, de logo, que a continuar o impasse na venda desses bovinos nessa próxima tentativa de alienação, com graves prejuízos à tutela do meio ambiente já bastante agredido, na espécie dos autos, admite-se, em tese e em caráter excepcional, que se realize essa venda, de logo, até mesmo por preço inferior à metade do valor em que foram avaliados os bens (STJ – 4ª Turma. Unânime. REsp 166.789. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. DJU de

21/09/1998, p. 198), levando-se em conta a circunstância do caso concreto, para a caracterização ou não do preço vil, na espécie.

Não cabe invocar-se, aqui, categoriais jurídicas do direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, num contexto ambiental de flagrante delito, a ponto de se lhe autorizar legalmente o confisco, por descuidar de sua função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”. (ADI-MC 3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006)

IV

Com estas considerações, acolhendo, em parte, as razões expendidas às fls. 572/583, determino, em caráter de urgência, o regular prosseguimento do leilão do rebanho descrito nestes autos, observando-se, se possível, o preço mínimo não inferior a 50% (cinquenta por cento) do seu valor de mercado, nos termos dos arts. 691 e 692 do CPC, aplicáveis, analogicamente, na espécie, devendo as partes e seus advogados serem previamente notificados, pela imprensa oficial, da realização do referido leilão, e com expressa previsão, no respectivo edital, de que o arrematante assumirá o compromisso de proceder à integral retirada do rebanho arrematado, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 10 (dez), sob pena de perdimento do valor ofertado, em favor do erário público, sem prejuízo do ressarcimento dos danos ambientais que daí decorrerem, a partir de seu possível inadimplemento.

Comunique-se, via fax, com urgência, ao juízo monocrático, para adoção das medidas necessárias ao regular cumprimento desta decisão, cientificando-se, também, o Sr. Superintendente de Operações da Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, responsável pelo leilão em referência.

Antes de apreciar o pedido de intervenção no feito, formulado pela União Federal, oficie-se ao juízo monocrático, solicitando informações, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do seu eventual ingresso no feito de origem, em face da natureza da lide ali instaurada e do que dispõe o art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

Oficie-se, ainda, com urgência, ao Exmo Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República, no Estado do Pará, solicitando informações sobre a eventual instauração de inquérito policial ou de ação criminal, para fins de apuração dos fatos narrados nestes autos, que, em tese, configuram ilícito penal, em situação de flagrante delito.

Intimem-se o Ibama, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, a União Federal e o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Brasília-DF, 12 de agosto de 2008.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.031955-3/DF

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 15/08/2008

Divulgação: e-DJF1 de 26/08/2008

Publicação: 27/08/2008

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo ativo, pretende a Companhia de Eletricidade do Acre – Eletroacre ver reformada a decisão proferida pelo MM. Juiz da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Declaratória 2008.34.00.016189-8, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que objetivava a suspensão da eficácia da Resolução Normativa 303/2008, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Em síntese, a agravante sustenta que a Resolução Normativa 303/2008, da ANEEL, comporta diversas ilegalidades, quais sejam: I – *em face do texto da Lei 8.631/1993, art. 8º, § 2º, inadmissível é a interpretação restritiva imposta pela ANEEL, que está a violar o direito da autora, ora agravante, ao reembolso do ICMS incidente sobre a aquisição de combustíveis, no período de 20/04 a 20/06*; II – *a legislação de regência do subsídio da “CCC” não veda o reembolso do ICMS incidente sobre os combustíveis quando o respectivo crédito tenha sido aproveitado na escrita fiscal da empresa (Lei 8.631/1993, art. 8º, § 2º)*; e III – *o poder regulamentar concedido à ANEEL não a autoriza a editar normas que contrariem a lei, como no caso ocorreu em relação ao art. 8º, § 2º, da Lei 8.631/1993.*

Acrescenta que *a ANEEL reembolsou corretamente o ICMS nos exercícios de 2004, 2005 e 2006 e modificou a interpretação dada ao § 2º, art. 8º, da Lei 8.631/1993, apenas em 2007, quando criou a aludida restrição ao reembolso do ICMS, não podendo exigir a devolução do ICMS já reembolsado pela “CCC” no período de 2004 a 2006, porque é vedada a aplicação retroativa da nova interpretação da lei, a teor do inciso XIII, § único, art. 2º, da Lei 9.784/1999.*

No que se refere às penalidades impostas pela referida resolução normativa, a agravante defende a violação ao princípio da legalidade estrita. Quanto ao *periculum in mora*, reputa-o presente no fato de que *os valores do ICMS, que a ANEEL pretende sejam restituídos à “CCC”, não foram previstos no orçamento de 2008. E trata-se de quantia astronômica, totalizando R\$ 36.477.560,55 (doc. 13). Esta importância, mesmo dividida em 36 prestações mensais para pagamento, corresponde a R\$ 1.103.265,57 por mês, quantia muito elevada, cujo dispêndio comprometerá o normal desenvolvimento das operações diárias da agravante.*

Requer, assim, seja concedido o efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo-se os efeitos da Resolução Normativa ANEEL 303/2008.

Este agravo, protocolizado em 03/07/2008, veio-me concluso em 14/08/2008, em razão do despacho proferido em 06/08/2008 à fl. 232.

Decido

Em razão do evidente *periculum in mora*, recebo o agravo como de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

Pretende a agravante a suspensão dos efeitos da Resolução Normativa 303/2008, da ANEEL, em que condiciona o reembolso do ICMS pela Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC-ISOL à comprovação de que a despesa com o tributo consiste em um custo efetivo das empresas que fazem jus ao benefício.

O art. 8º da Lei 8.631/1993 dispõe que: *fica estendido a todos os concessionários distribuidores o rateio do custo de consumo de combustíveis, incluindo o de biodiesel, para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 11 da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.*

No § 2º está estabelecido que *o custo a que se refere este artigo deverá incorporar os seguintes percentuais de todos os encargos e tributos incidentes, devendo o pagamento do rateio ser realizado pelo sistema de quotas mensais, baseadas em previsão anual e ajustadas aos valores reais no próprio exercício de execução: I – 100% (cem por cento) para o ano de 2004; II – 80% (oitenta por cento) para o ano de 2005; III – 60% (sessenta por cento) para o ano de 2006; IV – 40% (quarenta por cento) para o ano de 2007; V – 20% (vinte por cento) para o ano de 2008; e VI – 0 (zero) a partir de 2009.*

Neste momento processual, entendo que o condicionamento exposto na Resolução 303/2008 da ANEEL para reembolso do ICMS na “CCC”, quanto à necessidade de comprovação de que tal tributo representou custo por não ter sido creditado nos livros fiscais, indica uma limitação ao direito previsto no art. 8º, § 2º, da Lei 8.631/1993.

As resoluções, como atos infra-legais que são, não se prestam a impor comportamentos não disciplinados por lei ou limitar direitos nela previstos, haja vista que a função do ato administrativo restringe-se a complementar esta, de modo a permitir sua concreção, jamais instaurando, primariamente, qualquer forma de cerceio a direitos de terceiros.

O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (REsp 704570/SP, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro Luiz Fux, do STJ, DJ 04/06/2007, p. 302).

Mostra-se razoável, ainda, a tese defendida pela agravante acerca da impossibilidade de aplicação retroativa de nova interpretação, conferida pela ANEEL, por meio da Resolução Normativa 303/2008, ao art. 8º, § 2º, da Lei 8.631/1993.

Anteriormente, a matéria era regida no âmbito da agência reguladora pelas Resoluções 135/2004, 144/2005 e 208/2006, as quais regulamentaram o reembolso do ICMS previsto na Lei 8.631/1993 sem impor condições ou limitações às concessionárias de energia elétrica. Em face da Resolução 303, editada em 2008, a ANEEL pretende alcançar período pretérito, 2004 a 2006, conferindo, retroativamente, à regra legal interpretação diversa.

Destarte, diante da prova inequívoca da verossimilhança das alegações da agravante, entendo coerente e necessária a suspensão dos efeitos da Resolução Normativa 303/2008 da ANEEL, por vislumbrar, ao mesmo neste exame perfunctório, ter sido extrapolado o poder regulamentar da agência reguladora.

O *periculum in mora* está presente, tendo em vista a vultuosidade dos valores que a ANEEL pretende ver restituídos à “CCC” e as sérias penalidades previstas pelo descumprimento à Resolução Normativa 303/2008, da ANEEL, que poderão inviabilizar não só a sustentabilidade da agravante, mas que podem comprometer a própria prestação dos serviços públicos de energia elétrica.

Pelo exposto, *defiro o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo* ao presente agravo, para determinar a suspensão dos efeitos da Resolução Normativa 303/2008 da ANEEL.

Comunique-se, *com urgência*, ao MM. Juiz *a quo*, para determinar imediato cumprimento a esta decisão.

Cumpra-se o disposto no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Cumpra-se.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2008.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.033158-1/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Decisão: 04/08/2008

Divulgação: e-DJF1 de 07/08/2008

Publicação: 08/08/2008

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que, nos autos da ação popular ajuizada por Celson Ricardo Carvalho de Oliveira contra o Consórcio Parques Urbanos e Outros, revogou decisão antes proferida nos autos, que deferia, em parte, o pedido de antecipação da tutela ali formulado, em que se determinou “(...) o imediato embargo das obras de reforma e ampliação do empreendimento Aeroclube Plaza Show”, bem assim a retirada, “(...) no prazo de 72 (setenta e duas horas), dos morros de terras, entulhos e escombros depositados na área do Parque Público, sob pena de multa diária, ora arbitrada em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), pro rata”.

A decisão, ora agravada, restou lavrada nestes termos:

“1. Persiste a controvérsia sobre ter havido ou não descumprimento da ordem judicial de embargos das obras do Aeroclube Plaza Show. é que, apesar do quanto asseverado na certidão de fls. 858/859, lavrada pelos Srs. Oficiais de Justiça, considero plausíveis as escusas apresentadas pelo Consórcio Parques Urbanos, às fls. 870/881.

2. A título ilustrativo, basta ver que, como bem disse o aludido Réu, o Decisório de fls. 375/389 afastou expressamente o pleito de interdição de estabelecimentos comerciais já instaladas ou por instalar no aludido empreendimento. Sendo assim, reputo que não pode ser considerado, aos menos neste momento, descumprimento à ordem judicial a ulitimação de trabalhos elétricos e a pintura no interior da Loja Marisa.

3. Assim, embora a farta documentação carreada pelo Autor Popular às fls. 683/697 e 1.357/1.363 indique a possibilidade de ter havido o noticiado descumprimento à ordem de embargo das obras, também constam nos autos provas indiciárias, trazidas pela parte Ré, dando conta de que esse descumprimento não ocorreu, e que as obras realizadas após o embargo tiveram caráter emergencial, conforme previamente avisado pelo primeiro demandado às fls. 656/660.

4. A questão, portanto, somente poderá ser dirimida após a fase instrutória, quiçá realizando-se perícia ou se aproveitando das provas colhidas em procedimento investigatório criminal instaurado pelo MPF, conforme noticiado às fls. 1403. Com isso, descabe, neste momento, deliberar sobre a adoção ou não das medidas requeridas pelo Autor Popular às fls. 660/670, mormente no que atine à configuração ou não de ato atentatório ao exercício da jurisdição, para os fins do art. 14, parágrafo único, do CPC, sendo certo, porém, que não compete a este Juízo Cível decretar prisão por crime de desobediência, mas tão-somente, quando for o caso, noticiar os indícios de cometimento da infração para os órgãos de persecução criminal.

5. É próprio dos provimentos de urgência a sua revogabilidade a qualquer tempo (CPC, arts. 273, § 4º e 807), uma vez cessadas as circunstâncias que a ensejaram (o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*).

6. *In casu*, o fundamento para a determinação do embargo das obras de reforma e ampliação do Aeroclube Plaza Show foi a falta de autorização do Iphan, exigida pelo art. 17, do Decreto-Lei 25/1937, por se tratar de imóvel situado no entorno de área tombada, eis que, sem a imediata paralisação, poderia “se consumir a lesão a bem sujeito a proteção federal, sem que o ente público competente tenha outorgado a imprescindível autorização” (fls. 385/387).

7. Pois bem, agora já consta dos autos o parecer favorável do Iphan à continuidade das obras do empreendimento, como se vê às fls. 842/844. Tem-se, pois, que não mais subsiste o motivo fático – a falta de autorização do Iphan – que ensejou a determinação de embargo das obras, razão pela qual deve tal ordem ser revogada.

8. É certo que a autorização do Iphan é combatida pelo Autor Popular às fls. 930/946 e, diga-se, com sólidos argumentos e instruída com robusta documentação, a indicar a possibilidade de que o ente técnico incumbido de zelar pelos bens tombados pelo Patrimônio Histórico Nacional esteja cedendo a pressões de interesses econômicos e concedendo autorizações sem uma análise mais detida e isenta. Nada, obstante, não há como deixar de dar prevalência, neste processo, ao parecer do Iphan, por se tratar de ato administrativo dotado de presunção de legitimidade, que somente pode ser elidida por provas seguras (e não meros indícios) de ilegalidade ou desvio de finalidade.

9. Outrossim, a alegação de atuação viciada do Iphan não compõe a causa de pedir nem serviu de supedâneo à Decisão de fls. 375/389. Sua invocação agora, penso, caracteriza inovação na demanda, quando a lide já se encontra objetivamente estabilizada, sem que haja autorização dos Réus para tal (CPC, art. 264).

Face ao exposto, Revogo A Determinação de Embargo das obras de reforma e ampliação do Aeroclub Plaza Show.

Intimem-se, inclusive a Representante do primeiro Réu por mandado, bem como o Autor, para réplica, em 10 dias" (fls. 1452/1454).

Em suas razões recursais, insiste o recorrente na manutenção da suspensão das obras em referência, sustentando, em resumo, que a ação popular instaurada nos autos de origem repousa em dois fundamentos: ausência de regular licenciamento ambiental e de competente autorização do Iphan, para fins de reforma e ampliação das instalações do empreendimento comercial descrito nos autos, resultando daí o embargo das aludidas obras, que restou chancelado pelo juízo monocrático, em decisão já confirmada por este egrégio Tribunal, em caráter provisório, em sede de agravo de instrumento. Acrescenta que o descumprimento da ordem judicial inicialmente proferida nos autos de origem resta manifesta, na espécie, em virtude da realização de diversas obras alusivas à reforma e ampliação do referido empreendimento comercial, no decorrer do período de embargo, bem assim, da manutenção em pleno funcionamento de pista automotiva construída entre as suas instalações e a faixa de praia, conforme farta documentação carreada para os autos. Destaca, ainda, que a decisão agravada ampara-se no argumento equivocado de que um mero parecer emitido pela área técnica do Iphan seria suficiente para autorizar o prosseguimento das obras, na medida em o referido parecer, além de violar toda a legislação municipal aplicável à ordem urbanística local, o edital de concorrência e o contrato de concessão de direito real de uso, sequer fora ratificado pela autoridade competente, não se configurando, assim, no ato administrativo formal, passível de suprir a omissão inicialmente apontada nos autos de origem, que macula a realização das referidas obras, qual seja, competente *autorização* do Iphan. Sustenta, mais, que, além da ausência de regular autorização, as obras em referência não dispõem de competente licenciamento ambiental, a caracterizar, também sob esse enfoque, a sua irregularidade, razão por que requer a concessão de efeito suspensivo, para sobrestar-se a eficácia da decisão agravada, restabelecendo-se, por conseguinte, os efeitos da decisão anteriormente proferida pelo juízo monocrático, mantida por este egrégio Tribunal, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora (fls. 2/44).

Os presentes autos vieram distribuídos, por dependência, em face da prevenção gerada pela anterior distribuição do AG 2008.01.00.003011-6, interposto contra a decisão inicialmente proferida no feito principal, concedendo, em parte, o pedido de antecipação da tutela ali formulado, em cujos autos proferi o *decisum*, a que se reporta a peça de fls. 688/695, em fotocópia.

Por meio da petição de fls. 3064/3067, o agravante noticia a apresentação de documento novo, perante o juízo monocrático, consistente na suposta ausência de representação válida da pessoa designada pelo Consórcio agravado, para autuar em seu nome, perante o Iphan, em face do que postula a requisição de todo o procedimento administrativo instaurado naquela autarquia relativa ao pleito de autorização das obras questionadas nos autos de origem.

Antecipando-se à intimação, o agravado Consórcio Parques Urbanos apresentou suas contra-razões, às fls. 3130/3146.

Registro, inicialmente, que a postulação formulada às fls. 3064/3067, no sentido de que seja requisitado ao Iphan o procedimento administrativo ali instaurado, deverá ser submetido ao juízo monocrático, na medida em que a discussão acerca da alegada irregularidade de representação, ali noticiada, não fora objeto da decisão, aqui, impugnada.

No mais, não obstante os fundamentos do *decisum* impugnado, vejo presentes, na espécie, os requisitos do art. 558, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, tendo em vista que, tendo o pedido de antecipação da tutela, inicialmente deferido pelo monocrático, sido submetido ao crivo deste egrégio Tribunal, que, por decisão provisória, em sede de agravo de instrumento, manteve a sua concessão, substituindo, assim, o *decisum* da lavra daquele juízo *a quo*, nos termos do art. 512 do CPC, e que deve manter a sua eficácia, até ulterior deliberação judicial do Órgão Colegiado, não podendo ser reformada, pelo juízo monocrático, ainda que por meio de ato sentencial.

Com efeito, em que pese a previsão legal de revogabilidade, a qualquer tempo, dos provimentos de urgência (CPC, arts. 273, § 4º, e 807), conforme assim consignado na decisão agravada, uma vez submetido o *decisum* ao reexame da Corte revisora, que, sobre ele se pronunciar, substitui-lo-á em todos os seus termos, e, a partir daí, somente o juízo *ad quem* dispõe de competência funcional para revogá-lo, sob pena de ocorrência de usurpação dessa competência, o que não se admite, na espécie, em homenagem à ordem jurídica instalada em nosso país.

Ademais, ainda que assim não fosse, não prosperaria mesmo o fundamento em que se amparou o juízo monocrático — de que a omissão antes existente (ausência de autorização do Iphan) teria sido suprida —, tendo em vista que, conforme consignou a própria decisão agravada, o documento de fls. 857/859, em fotocópia, consiste em mero parecer emitido por técnicos do Iphan, que, embora conclua pelo prosseguimento das obras, não se equipara à autorização legalmente exigida daquele órgão, em casos que tais.

Não se pode olvidar, também, conforme assim já consignei por ocasião da apreciação do pedido de antecipação da tutela recursal formulado nos autos do AG 2008.01.00.003011-6, que, encontrando-se as obras, cuja execução se pretende sobrestar, localizadas dentro de área de proteção ambiental permanente, inserida dentro de zona costeira marítima, apontada nos autos, e clausulada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), afigura-se insuficiente, na espécie, a existência de licenciamentos ambientais estaduais e/ou municipais, posto que, em casos assim, o bem a ser tutelado é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não dispensa o inafastável *estudo prévio de impacto ambiental*, e de vizinhança, mediante a presença fiscalizatória e indispensável do Ibama, como órgão executor da política nacional do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinam, em casos que tais, o art. 225, ° 1º, IV, da Constituição Federal, o art. 10 da Lei 6.938/1981, as Resoluções 1/1986 e 237/1997-Conama e o art. 36 da Lei 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade), não se podendo admitir a continuidade da execução das obras já iniciadas, sob pena de comprometer-se, ainda mais, o equilíbrio ecológico e ambiental na referida área, com danos de incerta reparação, a autorizar-se a concessão da almejada antecipação da tutela, no particular.

Com estas considerações, defiro o pedido de efeito suspensivo formulado na inicial, restabelecendo-se, por conseguinte, a eficácia da decisão antes proferida nos autos de origem e confirmada por este egrégio Tribunal, com a consequente suspensão da execução das obras de reforma e ampliação do empreendimento comercial descrito nos autos, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Arbitro, desde logo, multa pecuniária diária, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos promovidos, por dia de atraso no cumprimento deste julgado, nos termos do art. 14, parágrafo único, do CPC, sem prejuízo das demais sanções ali previstas.

Intimem-se os agravados, com urgência, via fax, para fins de ciência e imediato cumprimento, e, também, para as finalidades do art. 527, V, do CPC, cientificando-se, ainda, o juízo *a quo*.

Dê-se vistas, após, à douda Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília-DF, em 4 de agosto de 2008.

Recurso Cível

2005.36.00.908048-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Allan José Metello de Siqueira

Recorrido: Eurides Guimarães Silva

Advogado: Bruno Medeiros Pacheco

Publicação: DO/MT de 03/07/2008

Ementa

Administrativo. Servidora pública aposentada. Pagamento a maior de vantagem em face do reenquadramento na carreira. Reposição ao erário. Equívoco da administração. Caráter alimentar. Boa-fé. Não obrigatoriedade de devolução de valores até a data da notificação da irregularidade do pagamento e da exigência de restituição. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Sentença mantida.

I – Com efeito, o ordenamento proíbe o enriquecimento sem causa do servidor que recebe vantagem ilícita, de cuja ilicitude sabia ou devia saber. No entanto, quando a boa-fé do servidor se apresenta manifesta, como no caso dos autos, não há a obrigação de reposição dos valores ao erário, em face do princípio da boa-fé, que, por sua vez, perdura até que o servidor seja notificado do erro.

II – No caso concreto, a análise da boa-fé da autora encontra suporte no fato de que a culpa do pagamento indevido se deu em face de erro no cálculo do sistema SIAPE, o qual segundo o INSS não estava adaptado para adequar os valores decorrentes dos diversos reenquadramentos da carreira da autora. Vislumbra-se, desse fato, que a complexidade dos cálculos impossibilitou que a autora tomasse conhecimento da diferença a maior em sua remuneração, mesmo porque, sabia que receberia aumento, mas não sabia o quanto este total significaria a mais em seus vencimentos.

III – Comprovada, pois, a boa-fé da servidora, não há que se falar em devolução dos valores ao erário.

IV – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e negou a ele provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 27/06/2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha:— O INSS insurge-se contra a sentença que julgou *procedente* o pedido inicial, declarando inexistência de débitos retidos, referente à vantagem na diferença entre o valor da classe/padrão da servidora e ao da classe/padrão imediatamente inferior em fase da adesão da parte autora às Carreiras Previdenciárias, por consi-

derar que a servidora recorrida receberá as vantagens, de natureza alimentar, munida de boa-fé, o que lhe desobriga à restituição.

Alega que o servidor não possui direito adquirido a determinadas vantagens pecuniárias, que podem ser criadas e suprimidas unilateralmente pelo Estado, sem a anuência do servidor.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

Voto

A insurgência recursal da Autarquia Previdenciária recai sobre a declaração de inexistência da obrigação de repor ao erário verbas indevidamente recebidas, à vista de erro oriundo do sistema de cálculo.

A resolução da presente querela vai implicar a ponderação entre o princípio da legalidade, no sentido de conferir a Administração o poder de cumprir lei e o princípio da boa-fé, relativo à conduta do servidor, que não tenha contribuído para o recebimento indevido da vantagem, nem estava ciente do equívoco do pagamento.

Com efeito, tenho considerado em meus votos e decisões que o ordenamento, visto como um todo, proíbe o enriquecimento ilícito do servidor que recebe vantagem ilícita, de cuja ilicitude sabia ou devia saber.

No entanto, quando a boa-fé do servidor se apresenta manifesta, como no caso dos autos, tenho considerado válido o entendimento segundo o qual não há a obrigação de reposição dos valores ao erário, até que o servidor seja notificado do erro.

Nesse sentido transcrevo entendimento do TRF da 1ª Região, em caso semelhante ao da Autora:

Administrativo. Servidora pública aposentada. Incorporação de quintos/décimos. Substituição da vantagem do art. 193 da Lei 8.112/1990 pela vantagem do art. 3º da Lei 8.911/1994. Inocorrência de decadência. Reposição ao erário. Equívoco da administração. Caráter alimentar. Boa-fé. Não obrigatoriedade de devolução de valores até a data da notificação da irregularidade do pagamento e da exigência de restituição. Sentença reformada.

1. Trata-se de remessa oficial e de apelação em Mandado de Segurança, objetivando fosse a Autoridade impetrada compelida a abster-se de efetuar a pretendida substituição da vantagem do art. 193 da Lei 8.112/1990, até então calculada e paga sobre a função FC-05 integral, pela vantagem prevista no art. 3º da Lei 8.911/1994, composta de parcelas referentes a 1/5 de FC-05, 3/5 de CD-04 e 1/5 de FG-03, o que implicaria diminuição dos proventos de aposentadoria, bem como a reposição ao erário do montante correspondente ao excesso recebido. Alegou a Impetrante que se aposentou em 09/05/1995 com a vantagem do art. 4º da MP 832/1995, sendo que desde a inativação vem percebendo seus proventos com base no art. 193 da Lei 8.112/1990, calculados com base na função comissionada FC-05 integral. Porém, passados mais de 06 (seis) anos de sua apo-

sentadoria, foi instada pela Administração a se manifestar sobre parecer que opinava pela retificação da parcela incorporada, de forma a excluir a vantagem do art. 193 da Lei 8.112/1990 e incluir a vantagem do art. 3º da Lei 8.911/1994, com sensível redução no valor dos proventos, o que consubstanciaria prática ilegal em face da decadência já operada, em face do art. 54 da Lei 9.874/1999. Tal retificação foi justificada pela Administração pelo fato de que o valor da referida vantagem vinha sendo calculada com base na retribuição integral da FC-05, de maior valor, porém exercida por período inferior a dois anos, contrariando os dispositivos legais pertinentes.

2. No que se refere à decadência, único argumento da Impetrante contra a revisão de seus proventos, a egrégia Corte Especial do STJ fixou o entendimento de que o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração anule os atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários será contado a partir da vigência da Lei 9.784/1999, que o instituiu, e não do momento em que aqueles foram editados, quando anteriores a ela (conf. MS 9.112/DF, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 14/11/2005). Nesse sentido também já decidiu este Tribunal, v.g., AMS 1997.37.00.005275-8/MA, Rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (conv.), 1ª Turma, *DJ* de 13/11/2006, p. 36; MAS 2001.34.00.025374-6/DF, Rel. Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros, 2ª Turma, *DJ* de 13/10/2006, p. 11). Assim sendo, não restou operada a decadência neste caso concreto, já que a Impetrante aposentou-se em 09/05/1995, tendo sido instada a manifestar-se sobre o OFÍCIO DP/PRH 507/2001, acerca da retificação dos proventos, em dezembro de 2001.

3. *Por outro lado, mostrou-se evidente a boa-fé da servidora na percepção da vantagem que foi paga espontaneamente, pois a quantia que recebeu a mais resultou de equívoco da própria Administração. Desse modo, por se tratar de verba alimentar recebida de boa-fé — já que não contribuiu para a realização do pagamento indevido — a impetrante adquiriu direito à integral propriedade dos valores pagos, pelo que não está obrigada à reposição exigida até a notificação da retificação intentada com a exigência de restituição dos valores pagos indevidamente, através do Ofício DP/PRH 507/2001, datado de 07/12/2001 (fl. 41). Precedentes do TRF 1ª Região.*

4. De acordo com parecer do MPF citado pelo ilustre Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (RESP 644.716/RS, STJ, 5ª Turma, *DJ* de 14/11/2005, p. 381), “vem o Tribunal de Contas da União flexibilizando os termos da Súmula 235, e dispensando o ressarcimento de valores indevidamente recebidos, mesmo em hipóteses não albergadas pela Súmula 106, quando presentes cumulativamente: a)

a existência de razoável dúvida sobre a correta aplicação da norma; b) a boa-fé dos envolvidos; c) o decurso e razoável lapso temporal entre o pagamento indevido e a correção deste”.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para, reformando a sentença, conceder parcialmente a segurança tão-somente para determinar que não sejam devolvidas ao erário as parcelas relativas à diferença entre as vantagens do art. 193 da Lei 8.112/1991 e do art. 3º da Lei 8.911/1994, até a data em que foi notificada a servidora do pagamento equivocado pela Administração e da necessidade de restituição dos valores pagos indevidamente.

Origem: TRF – Primeira Região; Classe: AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 2002.37.00.004321-0; Processo: 2002.37.00.004321-0; UF: MA; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data da decisão: 20/02/2008; Documento: TRF100268264; e-DJF1 data: 18/03/2008; página: 22; Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves. – Destaquei.

No caso concreto, a análise da boa-fé da autora encontra suporte no fato de que a culpa do pagamento indevido se deu em face de erro no cálculo do sistema SIAPE, o qual segundo o INSS não estava adaptado para adequar os valores decorrentes dos diversos reenquadramentos da carreira da autora.

Isso porque, a autora passou por três reenquadramentos em sua carreira, em face da sucessão de leis que permitiam tal opção, sendo que em cada alteração de sua classe padrão, o sistema deveria adequar o valor do vencimento padrão e das vantagens incorporadas, para fins de cálculo da vantagem do art. 192, I da Lei 8.112/1990.

É certo, portanto, que as fórmulas para os cálculos das diferenças geradas em face de cada reestruturação da carreira exigiam uma análise acurada dos percentuais a serem aplicados, o que tornava difícil detectar qualquer erro a maior ou a menor dos valores devidos. Esse fato contribuiu para a caracterização da boa-fé da autora, uma vez que cada rubrica devida á autora passava por um reenquadramento de valor, tornando, como dito, difícil identificar se houve erro ou não no cálculo feito pela Administração.

Ademais, conforme se denota da contestação e recurso do Réu, não se tratam de valores altos, que se tornam mais fáceis de serem percebidos, mas sim de diferenças que variavam de 80 a 122 reais, sendo, assim, difícil para a autora, ter conhecimento de houvera erro em seus vencimentos.

Em face do exposto, verifica-se que a declaração de inexistência de débito não viola o princípio da legalidade, uma vez que tal princípio não está sendo descon siderado no presente caso, mas apenas relativizado pelo princípio da boa-fé, também normatizado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso* e seu *improvemento*, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Sem custas (art. 4º, I, Lei 9.289/1996).

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Recurso Cível

2006.36.00.905069-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: Aliomar Vieira da Silva

Procurador: Dr. José Carlos Carvalho Júnior

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Danilo Eduardo Vieira de Oliveira

Publicação: DO/MT 03/07/2008

Ementa

Previdenciário. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade parcial. Condições pessoais. Inviabilidade da reabilitação profissional. Perda do movimento da mão. Grau de escolaridade limitado à primeira série do ensino fundamental.

I – No caso em análise, a perícia médica conclui que o Autor é portador de Discopatia intervertebral e seqüela de acidente vascular encefálico (AVC), alegando ser incapacitado parcial e permanentemente para atividades laborais que demandem esforço físico.

II – Examinando os aspectos intelectuais, culturais e socioeconômicos do Recorrente, que possui a primeira série do ensino fundamental, praticamente não alfabetizado, e exerce a profissão de pedreiro, é de ser ele considerado pessoa totalmente incapaz para o trabalho, fazendo jus ao benefício de aposentadoria por invalidez.

III – Recurso provido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e deu a ele provimento*, nos termos do voto da Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 27/06/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Trata-se de recurso interposto pelo autor *Aliomar Vieira da Silva* contra a sentença que julgou *parcialmente procedente* seu pedido de restabelecimento do benefício auxílio-doença c/c pedido de transformação em aposentadoria por invalidez, sob o fundamento de que o autor não estava total e permanentemente incapaz para a atividade laborativa, concedendo-lhe somente o auxílio-doença e não a Aposentadoria por Invalidez.

Alega, em síntese, que: suas condições pessoais não lhe permitem mais ser inserido(a) no mercado de trabalho, mesmo após o processo de reabilitação pro-

fissional, uma vez que já tem idade elevada e baixo grau de escolaridade.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — O Autor pretende a conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, insurgindo-se contra a sentença que julgou *parcialmente procedente* seu pedido na esfera inicial, reconhecendo tão somente seu pedido de auxílio-doença e determinando a reabilitação profissional.

De início, quanto ao auxílio-doença, é benefício concedido ao portador de enfermidade presumidamente suscetível de recuperação, tendo, por isso, como fato constitutivo casos que conduzam à incapacidade provisória. Já no que toca à aposentadoria por invalidez, verifica-se que a sua outorga está condicionada à ocorrência de incapacidade permanente para a atividade laboral.

Ademais, outro requisito legal a ser considerado nas pretensões de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é a existência de qualidade de segurado, anteriormente ou à época do início da incapacidade, salvo se referida incapacidade sobrevier em função do agravamento ou progressão da doença ou lesão, nos termos do art. 42, § 2º da LBPS, aplicável analogicamente ao benefício de auxílio-doença, *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.

omissis

§ 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 caso em análise, a perícia médica conclui que o Autor é portador de Discopatia intervetebral e seqüela de acidente vascular encefálico (AVC), alegando ser incapacitado parcial e permanentemente para atividades laborais.

Entretanto, examinando os aspectos intelectuais, culturais e socioeconômicos, podemos ver que o Autor já tem 56 anos, com um baixo grau de instrução (primeira série do primeiro grau), somente tendo exercido atividades simples e braçais (pedreiro/rural). Tais fatos com toda certeza inviabilizarão o desempenho de outras atividades laborativas no concorrido mercado de trabalho brasileiro, inviabilizando, igualmente a participação em reabilitação profissional, em face das condições pessoais do Recorrente, não tanto pela idade de 53 anos, mas pelas seqüelas do AVC (perda dos movimentos de alguns membros) e baixíssimo grau de escolaridade (primeira série do ensino fundamental).

Além do mais, por mais que se submeta a um processo de reabilitação, não lograria exercer outra atividade profissional que demandasse esforço físico, justificando assim a aposentadoria por invalidez que se requer.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento*, reformando a sentença prolatada, convertendo o auxílio-doença deferido pelo juízo de primeira instância em aposentadoria por invalidez e cancelando a inserção do autor em programa de reabilitação profissional.

Sem custas e honorários.

É como voto.

Recurso

2007.35.00.706818-8/GO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôres Nobre

Recorrente: Eligimar Andrade da Silva

Advogada: Adriana Lopes Fortini

Advogado: Alencar Junior de Souza Vargas

Advogado: Fernando Santana

Advogada: Kátiuscia Moraes de Santana

Advogada: Sandra Mara da Silveira Costa

Recorrido: Inss – Instituto Nacional do Seguro Social

Procurador: Claud Wagner Gonçalves Dias

Publicação: DO/GO de 27/08/2008

Ementa

Previdenciário. Condições da ação. Prévio requerimento administrativo. Turma Nacional de Uniformização. Precedentes.

I – Nova orientação esboçada pela Turma Nacional de Uniformização diante da realidade vivenciada pelos Juizados Especiais Federais ao longo dos últimos cinco anos.

II – O interesse de agir, como uma das condições da ação, pressupõe que a prestação de Justiça atenda aos critérios de utilidade e necessidade, de modo a evitar, entre outros inconvenientes, que o magistrado atue em bases aleatórias.

III – É potencializado o risco do erro judicial quando se confia ao processo, presidido por verdades formais, toda a tarefa de realizar Justiça no relacionamento entre a Administração e os administrados.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, por maioria, *não conhecer* do agravo retido e *negar provimento* ao recurso, nos termos do voto do juiz-relator. Vencida a Juíza *Maria Divina Vitória*.

Além do Signatário, participaram do julgamento a Excelentíssima Juíza Maria Divina Vitória (Presidente) e o Excelentíssimo Juiz Roberto Carlos de Oliveira, Membros da Turma Recursal.

Goiânia/GO 03/08/2007.

Juiz Federal *Carlos Augusto Tôres Nobre*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôres Nobre: — Trata-se de recurso interposto contra sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Nas razões apresentadas, inicialmente pugna o reclamante pela apreciação ao agravo retido interposto.

Alega a reclamante que o juiz *a quo* extinguiu a ação sem apreciação do mérito sob o fundamento de carência do direito de ação, pois considerou que a inexistência de requerimento na esfera administrativa configura falta de interesse de agir. Assevera que o requerimento administrativo perante a autarquia previdenciária não constitui pressuposto de admissibilidade para a propositura de ação judicial, em especial a

de aposentadoria. Segundo sustenta, referida exigência contraria o seu direito de petição e de defesa e o devido processo legal previstos no art. 5º, inciso XXXV, LIII, LIV e LV da Constituição Federal.

Por fim, postula o conhecimento e procedência do recurso para que não lhe seja exigido o procedimento administrativo e que os autos retornem ao Juizado de origem e, de conseqüência, a instrução seja realizada.

Não foram apresentadas contra-razões.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôrres Nobre: — Não conheço do agravo retido, pois descabe tal recurso nos Juizados.

Para propor ou contestar ação, diz o Código de Processo Civil em seu art. 3º, é necessário ter interesse ou legitimidade. O dispositivo cuida do interesse processual, de ordem instrumental, que não se confunde com o termo *interesse* quando empregado no sentido de pretensão.

Segundo Vicente Greco Filho, interesse processual “*é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão*”¹. E adiante sugere como identificar a existência de interesse processual a justificar a movimentação da máquina judiciária: “*Basta que seja necessário, isto é, que o autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual*”².

Com efeito, a parte-autora não demonstra ter requerido o benefício junto ao INSS, o que nos coloca, em um primeiro momento, diante da Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Preconiza o verbete que “em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”.

O enunciado não impõe ao autor o prévio exaurimento, isto é, não se exige que seja esgotada a via administrativa. E não poderia mesmo exigir, pois seria um absurdo negar a jurisdição diante de omissão da autarquia em manifestar-se, por exemplo, sobre pedido administrativo de aposentação.

Por outro lado, o exame atento da súmula não afasta a necessidade prévia da via administrativa³. De fato, é da Administração a incumbência de dizer primeiramente se determinado segurado reúne ou não reúne as condições de obter certo benefício previdenciário. A propósito, confira-se recente manifestação da Turma Nacional, nestes termos: (...) 2. Nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário. (...) – Processo 2005.72.95.996179-0, Relatoria do Juiz Federal Alexandre Miguel, *DJU* 26/10/2006.

Tal entendimento tem orientado inclusive decisões posteriores na Turma Nacional, como se nota do Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei Federal no Processo 2006.38.00.722179-2, *DJU* de 11/06/2007.

Aceitar o surgimento da lide a partir da contestação do INSS, postura muito comum nos órgãos de primeira instância e nos tribunais, decorre de situação objetiva, a própria contestação, e também de uma orientação que busca não desperdiçar esforços processuais já empreendidos na instrução.⁴ Porém, isso não quer significar que o magistrado deixe de conhecer, já no limiar da demanda, circunstância que o Código expressamente define como aferível de ofício.

O Poder Judiciário não é a instância primeira de ingresso para requerimento de nítida feição administrativa. O suporte das pretensões deduzidas no Judiciário é

¹ Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1998, 1º Volume, p. 80.

² Idem, p. 80.

³ O risco de abusar a autarquia previdenciária dessa orientação, sob a forma de omissão por tempo indefinido, fica afastado diante da expressa previsão do art. 41, § 6º da Lei 8.213, de 1991, nestes termos:

“§ 6º. O primeiro pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.”

⁴ “(...) II - No presente caso, o INSS, em sua contestação, enfrentou o mérito do pedido, tornando-se inócuo remeter a autora à esfera administrativa. (...)” (AC 94.01.09569-8/MG, TRF 1ª Região, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, *DJ* de 15/01/2002, p. 76.

o processo, e por menos formalista que seja o juiz a ele se impõe a sistemática de preclusões e de distribuição dos ônus entre as partes, notas do procedimento judicial que pelo resultado que podem produzir mostram-se incompatíveis com a sucessão de atos que o agente administrativo realiza ao examinar um pedido de aposentadoria.⁵ O agir do magistrado em tais condições potencializa o erro judicial, e não é ocioso lembrar que tanto deve ser evitado negar direito a quem o tem como conceder a quem não o tem.

Atribuir ao Judiciário a condição de instância primeira de ingresso na matéria é sujeitá-lo ao risco, sempre presente, de prestar jurisdição em bases aleatórias, por mais diligente, por mais aguçado que seja o discernimento do magistrado.

Aspecto também a ser considerado diz com incentivo à litigiosidade, medida que não se coaduna com a racionalidade reclamada pelos modernos sistemas jurídicos. A esse respeito, transcrevo manifestação do Juiz Itagiba Catta Preta Neto:

“Aceitar o ajuizamento do pedido sem que se passe previamente pela esfera administrativa, inclusive, vai de encontro à tendência conciliatória preconizada pelo Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal que recentemente lançou o projeto “conciliar é legal”, e secundado entre outros, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região como recente mutirão de conciliações em processos envolvendo a Caixa Econômica Federal – EMGEA – que foram dadas baixas em várias hipotecas.

Note-se que, ao responder uma demanda, seja pelo princípio da eventualidade, seja pelo próprio desafio da vitória, os órgãos de representação jurídica (procuradoria etc.) vêm-se na “obrigação” de contestar o direito do segurado que eventualmente, em pedido administrativo, poderia ser reconhecido deferido” (Jornal da AJUFER 26, p. 9).

Por último, não vislumbro risco de exigência absurdas e impeditivas do exercício da jurisdição. Nesse

sentido a voz de um especialista na matéria, Wladimir Novaes Martinez:

“A justiça Federal tem entendimento sobre a negativa da autarquia federal. Quando é pública e notória a disposição do INSS de indeferir esta ou aquela pretensão, o beneficiário pode ingressar diretamente com a ação. Mas tratando-se de direito novo, sobre o qual não haja manifestação ou rarefeitas as finalizações, é imprescindível a decisão indeferitória do órgão gestor” (Curso de Direito Previdenciário, Tomo III, p. 21, grifo nosso).

Sinceramente não há como sustentar a irresponsabilidade do INSS ao ponto de existir, entre seus quadros, disposição pública e notória de indeferir aposentadoria ou benefício assistencial aos cidadãos pobres deste País que buscam os seus serviços.

Ante o exposto, *não conheço* do agravo retido e *nego provimento* ao recurso.

Deixo de condenar a parte recorrente em custas e honorários advocatícios, por ausência de contrarrazões.

É como voto.

⁵ Como se vê, a questão transcende à constatação de que o Poder Judiciário não está aparelhado para protocolar e responder, sem a prévia provocação do INSS, a milhares de requerimentos diários de aposentadoria por invalidez, por tempo de serviço e por idade, pois se fosse sua a competência, e não do órgão previdenciário, tudo deveria ser feito para vencer esta falta de aparelhamento. Trata-se em verdade de base procedimental e estrutura organizacional inconciliáveis com o exame administrativo que a provocação do segurado suscita.

Processo

2008.36.00.700066-3/MT

Relator: Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi

Impetrante: Alzira Conrada da Costa

Impetrado: Juiz do Juizado Especial Federal de Mato Grosso

Publicação: DO/MT de 03/07/2008

Ementa

Mandado de segurança. Cabimento. Manutenção de multa. Descumprimento de decisão judicial. Multa. Art. 461, § 6º, do CPC. Segurança parcialmente concedida.

I – O Mandado de Segurança tem sido admitido como um meio para se combater ato judicial tido por abusivo e do qual não caiba recurso. É pacificado no e. STJ que cabe às turmas recursais processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado em exercício no juizado especial federal, assim como do juiz da própria turma recursal.

II – Não obstante o art. 461 do Código de Processo Civil admita a multa diária para assegurar e tornar ágil o cumprimento de uma decisão, o mesmo artigo, em seu § 6º, bem como o parágrafo único do art. 465 (CPC) permitem ao juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso se verifique se tornou excessiva ou insuficiente, como o caso em análise.

III – Segurança parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT, 27/06/2008.

Juiz Federal César Augusto Bearsi, Relator

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi:—
Entendo cabível o presente *mandamus*.

O Mandado de Segurança tem sido admitido como um meio para se combater ato judicial tido por abusivo e do qual não caiba recurso. Essa matéria não gera maiores controvérsias, já que é pacificado no e. STJ que cabe às turmas recursais processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado em exercício no juizado especial federal, assim como do juiz da própria turma recursal.

Nesse sentido:

Processual Civil. Locação. Mandado de segurança contra ato de juiz de direito que atua em juiza-

do especial. Competência da turma recursal. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a competência para processar e julgar ação mandamental impetrada contra ato de juizado especial é da respectiva Turma Recursal. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 302.143/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 05/06/2006 p. 308)

Analisando os fatos, verifico que a Impetrante contribuiu para o longo período de mora, pois não informou ao Juízo em tempo hábil a fim de se adotarem as providências cabíveis para o cumprimento da sentença prolatada, tornando o valor aplicado excessivo.

A multa deixou de ser apenas uma maneira de assegurar o cumprimento da decisão judicial, para permitir o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece. A punição não pode ser mais desejável ao credor que o cumprimento da ordem.

O juiz, nesse caso, pode reduzir o valor da multa por descumprimento de decisão judicial quando percebe que o montante gera enriquecimento indevido.

Não obstante o art. 461 do Código de Processo Civil admita a multa diária para assegurar e tornar ágil o cumprimento de uma decisão, o mesmo artigo, em seu § 6º, bem como o parágrafo único do art. 465 (CPC) permitem ao juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso se verifique se tornou excessiva ou insuficiente, como o caso em análise.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Redução da multa pecuniária fixada em ação cautelar. Possibilidade. Preclusão. Inexistência. Arts. 461, § 6º e 621 do CPC.

I – A fixação de multa tem por finalidade estimular o cumprimento da decisão e tornar efetiva a medida concedida. Hipótese em que impõe sua redução sob pena de enriquecimento sem causa do expropriante, o que não se admite.

II – Inexiste preclusão para discussão a respeito da multa cominatória, pois, segundo o art. 461, § 6º, do CPC, O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

III – Agravo regimental não conhecido.

IV – Agravo de instrumento desprovido. (AG 2006.01.00.038803-0/TO, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 12/12/2007, p. 29)

Embargos à execução. Descumprimento de decisão judicial. Multa. Art. 461, § 6º, do CPC. Modificação. Faculdade do magistrado. Inobservância do requisito.

I – A disposição contida no § 6º, do art. 461, do Código de Processo Civil não obriga ao magistrado alterar o valor da multa mas, em verdade, confere uma faculdade, condicionada ao preenchimento de um requisito, qual seja, que tal valor tenha se tornado insuficiente ou excessivo.

II – (...).

III – Recurso improvido. (REsp 938.605/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 234).

Diante do exposto, concedo parcialmente a segurança para reduzir a multa aplicada para R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês de atraso. Sem custas e honorários.

É como voto.

Processo

2008.36.00.700138-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha

Recorrente: Maru Rodrigues Ferreira da Silva Barreto

Procurador: Dr. Bruno Medeiros Pacheco

Recorrida: Caixa Econômica Federal

Publicação: DO/MT de 03/07/2008

Ementa

Civil. Indenização. Suposta irregularidade na efetivação de saque. Saque realizado pelo titular da conta ou pessoa de sua confiança com uso das senhas. Irregularidade não comprovada pela requerente. Recurso improvido.

I – Em questões como esta, a jurisprudência nacional tem se orientado pelo entendimento segundo o qual, ocorrendo saques indevidos, o banco será responsabilizado se os referidos saques houverem sido efetivados por terceiros, sem o conhecimento do titular. Isso equivale a dizer que, se o saque fora realizado pelo titular, ou pessoa de sua confiança, com o uso de suas senhas, não há que se falar em responsabilidade objetiva, devendo, em casos como tais, existir prova da negligência da Instituição Financeira.

II – A inversão do ônus da prova, diga-se, tem sido deferida quanto demonstrada a existência de fraude no manuseio dos cartões magnéticos e senhas, ou por terceiros, ou por procedimento de clonagem, ou transferência clandestina. Esses são considerados os “saques indevidos” pelos Tribunais Pátrios, enquanto o saque feito pelo próprio titular da conta não é considerado indevido, até que haja prova irrefutável de fraude por parte do banco, fato que não ocorre na presente demanda.

III – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e negou-lhe provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 27/06/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Maru Rodrigues Ferreira da Silva Barreto insurge-se contra a sentença que julgou *improcedente* o pedido de indenização por *danos morais e materiais* decorrentes de problemas ocorridos no atendimento eletrônico disponibilizado pela recorrida.

Aduz, em síntese, o seguinte: que em 05/04/2004 solicitou ao seu pai que fizesse um saque no valor de R\$400,00 (quatrocentos reais), lhe entregando o cartão do banco e a senha. Acontece que o pai da Recorrente

não conseguiu realizar o saque à vista de problemas na senha numérica e de letras, mas que o referido que o valor fora descontado de sua conta, razão pela qual procurou a Recorrida para tentar resolver o problema, porém sem êxito, dando causa à esta demanda judicial.

Alega a Recorrente, ademais, que a quantia debitada indevidamente se referia a aposentadoria por invalidez que é verba de caráter alimentar, configurando ainda mais a ofensa moral do ato da Ré.

Contra-razões apresentadas fls. 68/70.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Sem razão a Recorrente.

A pretensão recursal resume na alegação de prejuízos materiais e morais sofridos em face de ter sido efetivamente descontado da conta corrente da autora valores que não conseguiu sacar em operação realizada em caixa de atendimento eletrônico.

Inicialmente quanto à pretensão de dano material, a responsabilidade da instituição é objetiva, cuja configuração basta a constatação do dano e o respectivonexo, só podendo ser excluída pela demonstração de que houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, nos termos do art.14 do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, o uso do cartão magnético com a respectiva senha é exclusivo do titular da conta bancária e eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidades para o Banco se provado ter agido com negligência na entrega do numerário (REsp 602680, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 16/11/2004, p. 117).

Conforme documentos juntados aos autos, verifica-se que houve a efetivação do saque no valor pretendido, não ficando assim, demonstrada nenhuma irregularidade, falha ou fraude na entrega do numerário sacado em caixa eletrônico de auto-atendimento, não podendo assim ser responsabilizada a ré por não restar evidenciado o nexo causal aduzido pela Requerente.

Por sua vez, a alegação da Autora de que fora ignorado na sentença o pedido na inicial de produção de todas as provas admitidas, inclusive cópia da fita onde consta a gravação do saque, não encontra respaldo fático, já que as fl. 43 consta o extrato de movimentação do Caixa Eletrônico, no qual aparece um saque, no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) na conta corrente da Autora.

Em questões como esta, a jurisprudência nacional tem se orientado pelo entendimento segundo o qual, ocorrendo saques indevidos, o banco será responsabilizado se os referidos saques houverem sido efetivados por terceiros, sem o conhecimento do titular. Isso equivale a dizer que, se o saque fora realizado pelo titular, ou pessoa de sua confiança, com o uso de suas senhas, não há que se falar em responsabilidade objetiva, devendo,

em casos como tais, existir prova da negligência da Instituição Financeira. Veja-se:

Civil. Responsabilidade civil. Saque indevido em conta corrente. Inversão do *ônus da prova*. *Indenização por danos morais*. *Não cabimento*. *Prova de culpa da vítima*.

1. Sendo certo que o saque se deu com o uso do cartão magnético e da senha do titular da conta, que os repassou indevida e voluntariamente a terceiro, e não havendo indícios de fraude, não há como atribuir responsabilidade ao banco. A guarda do cartão e o zelo pela manutenção do sigilo da senha pessoal incumbem ao correntista.

2. Nega-se provimento à apelação. (Origem: TRF Primeira Região; Classe: AC – Apelação Cível – 2002.38.00.030002-1; Processo:2002.38.00.030002-1; UF: MG; Órgão Julgador: Sexta Turma; Data da decisão: 19/01/2007; Documento: TRF100242864)

Civil. Responsabilidade civil. Saque indevido em conta poupança. Uso de cartão magnético e senha pessoal. Ação de cobrança. Honorários advocatícios.

1. Alegada a ocorrência de saque indevido em conta corrente e/ou poupança, com uso de cartão magnético e senha pessoal do titular da conta, não há como atribuir à instituição bancária o ônus pela identificação da pessoa que realizou a operação.

2. No caso, a autora não logrou comprovar tenha agido a instituição financeira com negligência, imperícia ou imprudência, pelo que não se pode atribuir a responsabilidade pelo saque à ré, não se configurando, assim, hipótese de prejuízo indenizável.

3. Demonstrada a condição de hipossuficiência da autora, os honorários advocatícios devem ser fixados em valor compatível com sua condição econômica.

4. Sentença reformada parcialmente.

5. Apelação parcialmente provida. (Origem: TRF Primeira Região; Classe: AC – Apelação Cível – 2001.36.00.003509-1; Processo:2001.36.00.003509-1; UF: MT; Órgão Julgador: Sexta Turma; Data da decisão: 27/03/2006; Documento: TRF100230127; *DJ* Data: 12/06/2006; Página: 109; Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro)

A inversão do ônus da prova, diga-se, tem sido deferida quanto demonstrada a existência de fraude no manuseio dos cartões magnéticos e senhas, ou por terceiros, ou por procedimento de clonagem, ou transferência clandestina. Esses são considerados os “saques indevidos” pelos Tribunais Pátrios, enquanto o saque feito pelo próprio titular da conta não é considerado in-

devido, até que haja prova irrefutável de fraude por parte do banco, fato que não ocorre na presente demanda.

Quanto ao dano moral, considera-se ocorrido quando se demonstra o prejuízo decorrente da prática de atos ilícitos, omissivos ou comissivos, que lesionam direitos da personalidade, como direito à intimidade, à privacidade, à honra e a integridade física, provocando dor, constrangimento, e humilhação, entre outros, verifica-se que, de igual modo, não ocorre no presente caso.

Com efeito, não havendo demonstração de atos ilícitos por parte da Requerida, a alegação de prejuízos morais também deixa de possuir respaldo fático e jurídico.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento*, mantendo a sentença prolatada.

Condeno a parte Recorrente ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), cuja cobrança, no entanto, ficará suspensa, em face da concessão de benefício de justiça gratuita.

É como voto.

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

Decisão de relator, em agravo de instrumento, concedendo efeito suspensivo. Ataque por mandado de segurança: hipóteses excepcionais.

Somente é cabível mandado de segurança contra decisão do relator que, em agravo de instrumento, concede efeito suspensivo ou antecipa os efeitos da tutela em casos regidos pela excepcionalidade, nos quais a decisão se manifeste ostensivamente ilegal ou com abuso de direito.

Não é ilegal ou abusiva a decisão de segunda instância que entende ser legítima a exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, prevista em edital, como condição de investidura no cargo de Procurador Federal.

Prodigalizar a admissibilidade do mandado de segurança contra ato de relator em agravo de instrumento, em face do qual não cabe agravo regimental, implicaria transformar a Corte Especial num órgão revisor dos despachos proferidos pelos relatores das Turmas e Seções.

Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2008.01.00.009958-4/BA

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – Corte Especial

Divulgação: *e-DJFI* de 1º/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Mandado de segurança. Seqüestro. Determinação de ofício. Art. 127, CPP.

É cabível mandado de segurança contra decisão que, de ofício, determina o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras de sociedade anônima, prejudicando um sem números de sócios, que não participaram do crime de não repassar para o INSS os descontos feitos dos empregados.

Após a CF/1988, o juiz não pode ser parte ativa. No processo penal, ele tem de aguardar a provocação da parte, não podendo, de ofício, decretar o seqüestro de bens.

Mandado de Segurança 2008.01.00.004689-6/PA

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Tourinho Neto – 2ª Seção

Divulgação: *e-DJFI* de 1º/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Descaminho. Princípio da insignificância. Art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002.

É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando mesmo que se proceda ao desconto do valor da cota de isenção, considerando a alíquota de 50% sobre a quantia remanescente, percebe-se que o tributo iludido é, em muito, superior ao patamar do art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002.

Embargos Infringentes no Recurso Criminal 2005.38.00.008682-5/MG

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 2ª Seção

Divulgação: *e-DJFI* de 22/08/2008

Publicação: 25/08/2008

Conflito negativo de competência. Ações civis públicas. Nulidade de contratos de concessão de áreas e espaços em aeroportos. Prevenção por continência nos moldes do art. 104 do CPC.

Como o objeto da ação primeiramente proposta (impugnação aos contratos de concessão de áreas e espaços em aeroportos em benefício de empresas com atuação no segmento de transporte aéreo), em tramitação na 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, movida pelo MPE, é mais amplo e abrangente do que o objeto da ação distribuída para a 13ª Vara (impugnação de contrato celebrado entre a Infraero e determinada empresa), configura-se o fenômeno da continência, previsto no art. 104 do CPC.

A ocorrência de duas ações civis públicas com idênticos objetos mediatos, mesmo que diversos os objetos imediatos, impõe a reunião das causas, seja por conexão ou continência, a fim de evitar divergências nas decisões, mormente diante da relação de prejudicialidade da primeira em relação à segunda.

Conforme precedente do STJ, a configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas.

Conflito de Competência 2008.01.00.020148-7/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 3ª Seção

Divulgação: *e-DJFI* de 1º/08/2008

Publicação: 04/08/2008

Benefício de prestação continuada. Menor deficiente. Art. 203, V, da CF/1988. Necessidade de prova pericial.

A Constituição Federal abrigou em sua categoria de beneficiários da assistência social o deficiente e o idoso, não excluindo de seu rol as crianças porventura carentes e que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família (art. 203).

Na concessão de benefício de prestação continuada é necessária a realização de exame médico-pericial, por médico da previdência social, nos termos do art. 20, § 6º, da Lei 8.742/1993, ou por perito oficial, nomeado pelo juiz.

Apelação Cível 2004.37.01.000936-2/MA

Rel.: Des. Federal José Amílcar Machado – 1ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 04/08/2008

Publicação: 05/08/2008

Concurso público. Agente de Polícia Federal. Investigação social. Idoneidade moral abalada pela existência de dívidas e execuções movidas contra o candidato. Exclusão do curso de formação. Ausência de previsão legal e editalícia.

Não há nenhum dispositivo no edital do concurso para o provimento de cargos de Agente de Polícia Federal ou na legislação de regência, que impeça o exercício do cargo por quem tenha contraído dívidas. O contexto probatório dos autos evidencia o esforço envidado pelo demandante, no sentido de promover a quitação dos débitos constantes dos registros de sua investigação social, a saber: execução por título extrajudicial, ajuizada pela Seccional do Espírito Santo da Ordem dos Advogados do Brasil e uma ação de execução de prestação alimentícia. Tais circunstâncias revelam, por si sós, que não se trata de pessoa que, de modo voluntário, habitualmente descumpra obrigações legítimas, não sendo válida, por via de consequência, a conclusão de que a existência dos mencionados procedimentos cíveis possa ser subsumida à conduta descrita no art. 8º, alínea a, da Instrução Normativa 001/2004-DPG/DPF, que levou à sua exclusão do certame.

Apelação em Mandado de Segurança 2006.34.00.034837-9/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Divulgação: *e-DJFI* de 31/07/2008

Publicação: 1º/08/2008

Estatística

AGOSTO/2008

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	17
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	67
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	177
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	479
Despachos Diversos (Asret)	36
Decisões Diversas (Asret)	18
Decisões em Plantão (Asret)	7
Suspensão de Segurança Deferida (Asret)	1
Suspensões de Segurança Indeferidas (Asret)	3
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança	13
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	6
Agravo Regimental Prejudicado	1
Agravos Regimentais Não Providos	5
Embargo de Declaração Não Conhecido	1
Recursos Extraordinários Eletrônicos Encaminhados ao STF Via Corec (Asret)	2
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	13
Memorandos Expedidos (Asret)	6
Ofícios Expedidos (Asret)	13
Despachos Diversos (Corej)	10
Despachos Diversos (Secju)	37
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	6
Informações Prestadas à AGU (Secre)	3
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	78
Apostilas (Secre)	4
Atos (Secre)	51
Portarias (Secre)	25
Ofícios (Secre)	77
TOTAL	1.156

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	211
Recursos Especiais Inadmitidos	187
Recursos Extraordinários Inadmitidos	33
Decisões Diversas	11
Despachos	5
Processos Sobrestados	118
TOTAL	565

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	1.467
Processos Remetidos à ASVIP	555
Processos Remetidos à ASRET	861
Processos Remetidos ao STF	146
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	31
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	5
Processos Remetidos ao STJ	454
Processos Recebidos do STJ	746
Processos Recebidos do STF	213
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	940
Processo Remetido ao Arquivo Judicial	1
Processos Sobrestados na Corec	3.233
Agravos Processados	231
TOTAL	8.883

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	4
Recursos Inadmitidos	132
Despachos Diversos	6
TOTAL	142

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

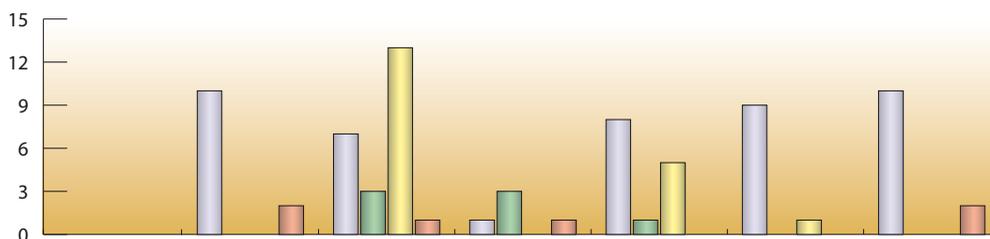
Recursos Admitidos	119
Recursos Inadmitidos	171
Despachos Diversos	45
TOTAL	335

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – AGOSTO/2008

1ª Seção

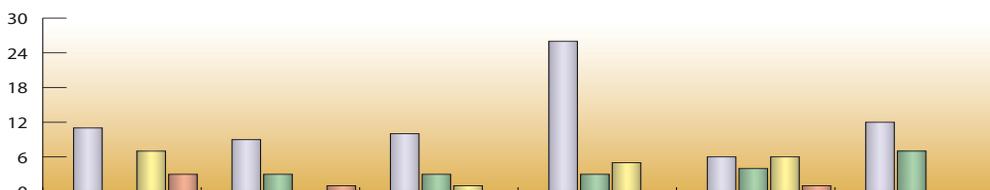
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos		10	7	1	8	9	10
Desp. Term. Publicados			3	3	1		
Julgados			13		5	1	
Acórdãos Publicados		2	1	1			2

2ª Seção

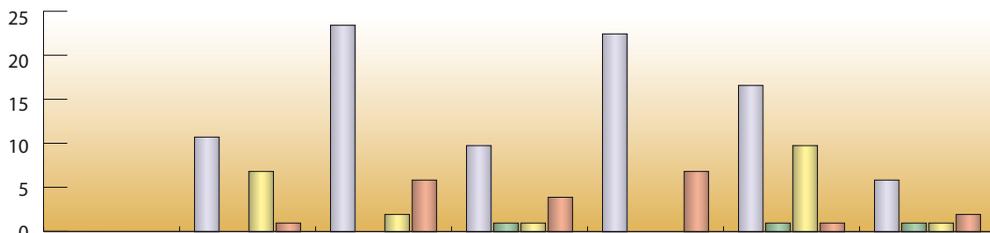
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	11	9	10	26	6	12
Desp. Term. Publicados		3	3	3	4	7
Julgados	7		1	5	6	
Acórdãos Publicados	3	1			1	

3ª Seção

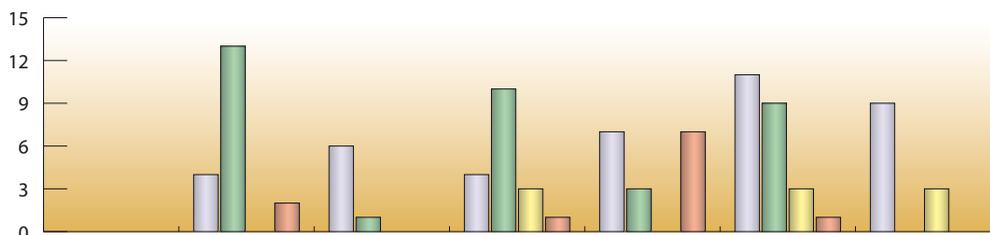
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos		11	24	10	23	17	6
Desp. Term. Publicados				1		1	1
Julgados		7	2	1		10	1
Acórdãos Publicados		1	6	4	7	1	2

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Antônio Ezequiel

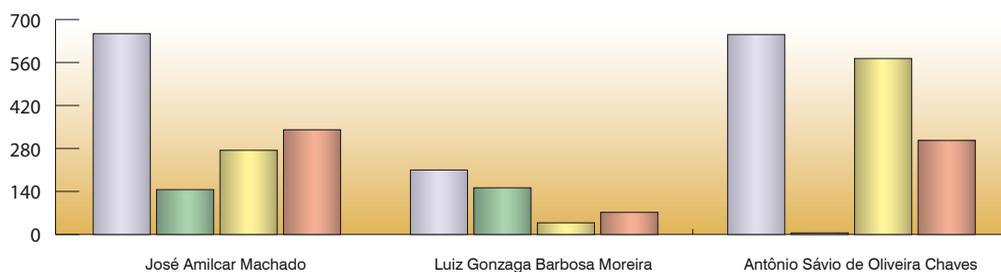


	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Carlos Olavo	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos		4	6	4	7	11	9
Desp. Term. Publicados		13	1	10	3	9	
Julgados				3		3	3
Acórdãos Publicados		2		1	7	1	

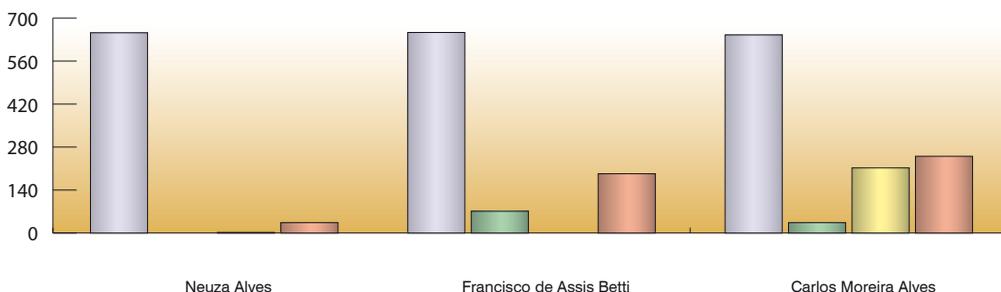
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – AGOSTO/2008

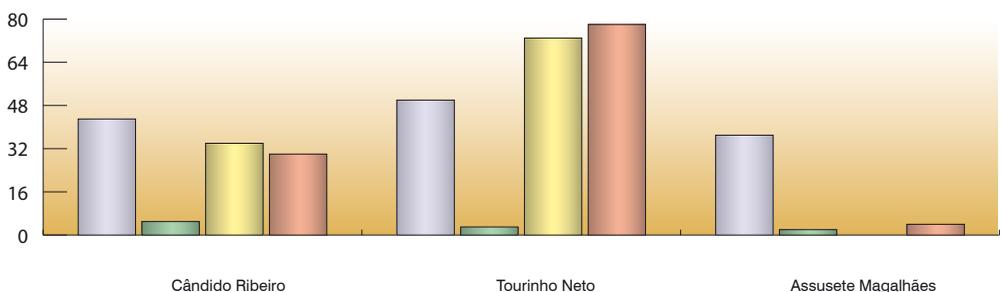
1ª Turma



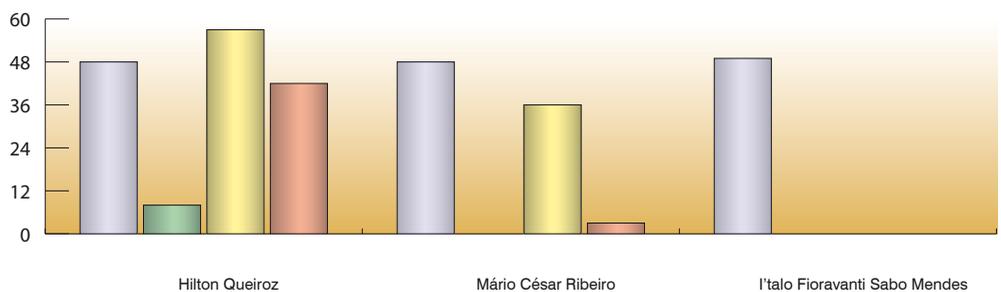
2ª Turma



3ª Turma

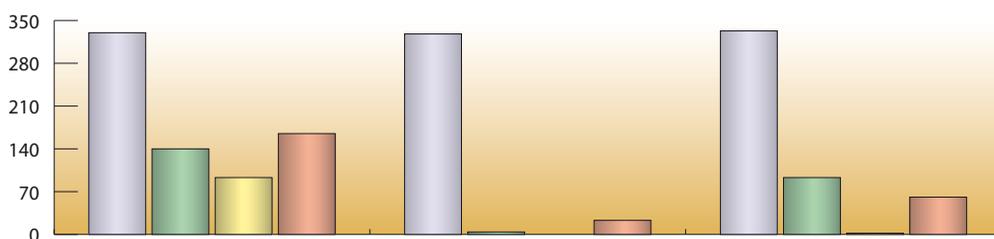


4ª Turma



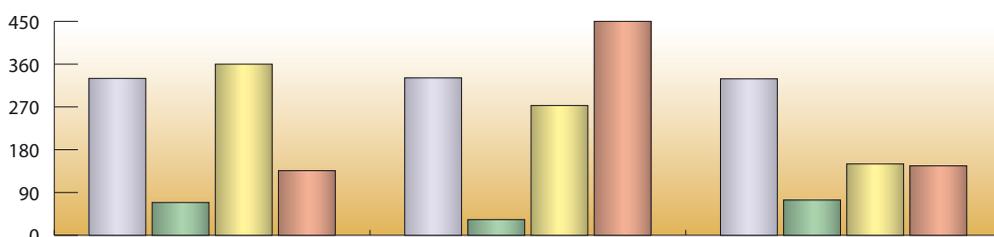
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – AGOSTO/2008

5ª Turma



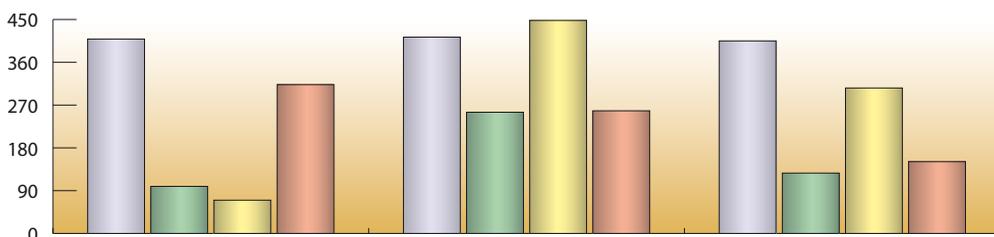
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	330	328	333
Desp. Term. Publicados	140	4	93
Julgados	93		2
Acórdãos Publicados	165	23	61

6ª Turma



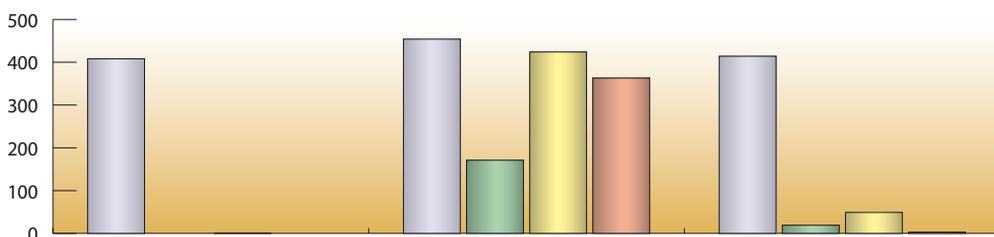
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	330	331	329
Desp. Term. Publicados	69	33	74
Julgados	360	273	150
Acórdãos Publicados	136	450	146

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Carlos Olavo
Distribuídos	409	413	405
Desp. Term. Publicados	99	255	127
Julgados	70	448	306
Acórdãos Publicados	313	258	151

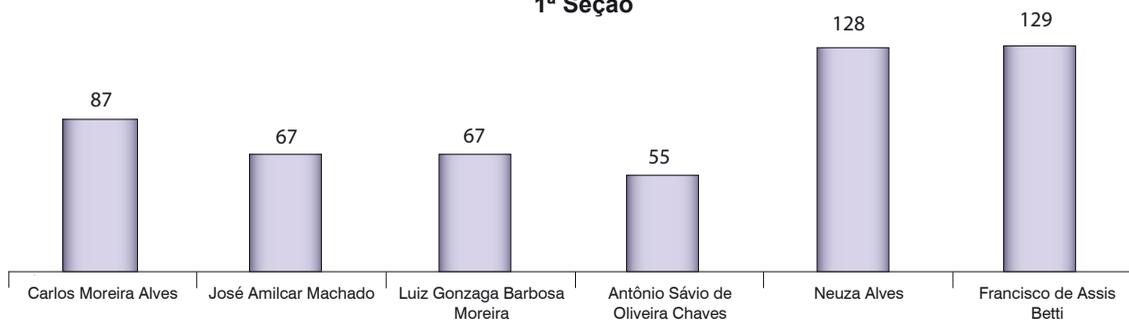
8ª Turma



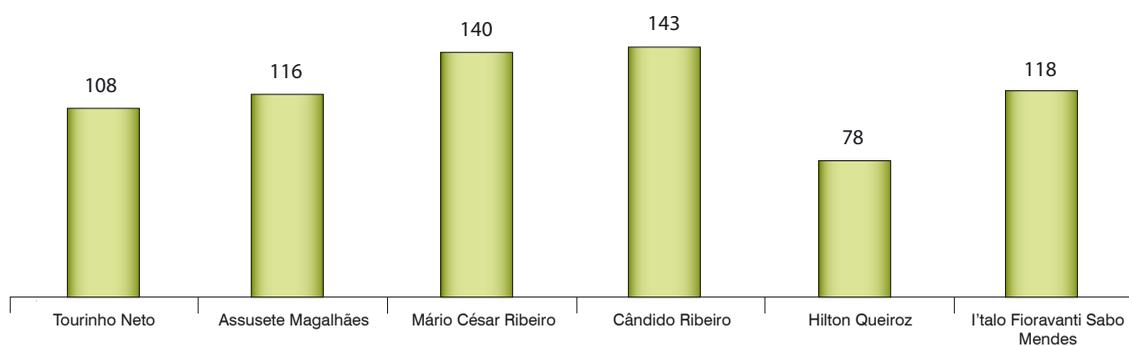
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	408	454	414
Desp. Term. Publicados		171	19
Julgados	1	424	49
Acórdãos Publicados		363	3

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – AGOSTO/2008

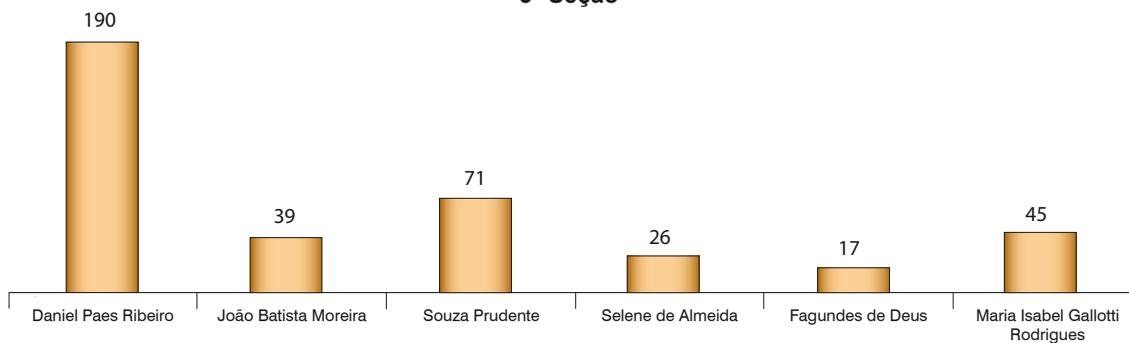
1ª Seção



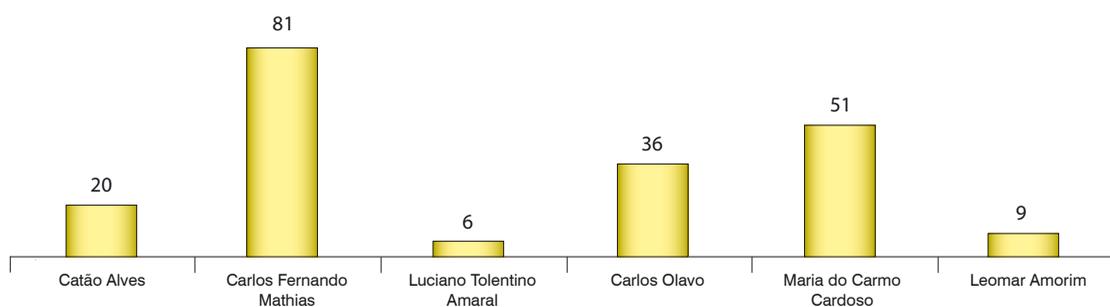
2ª Seção



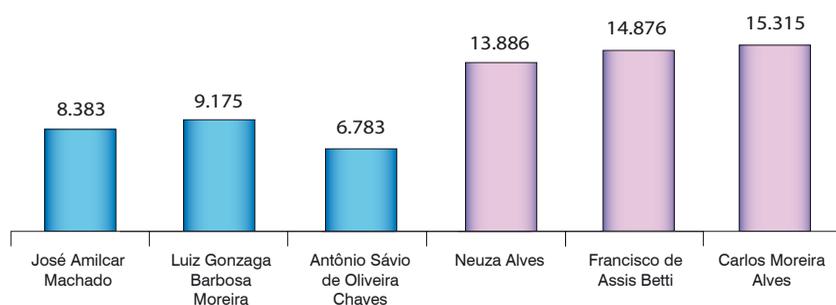
3ª Seção



4ª Seção



PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – AGOSTO/2008



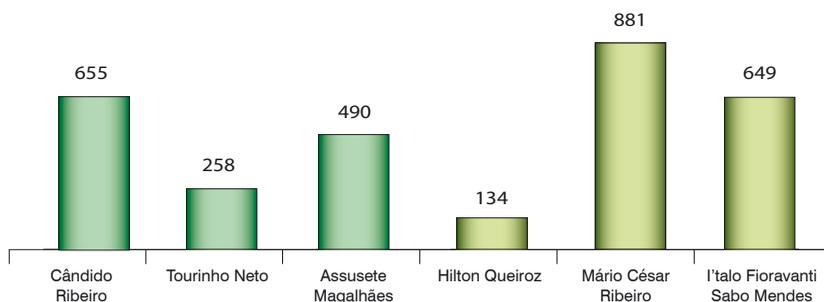
COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

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.

1ª Turma

2ª Turma

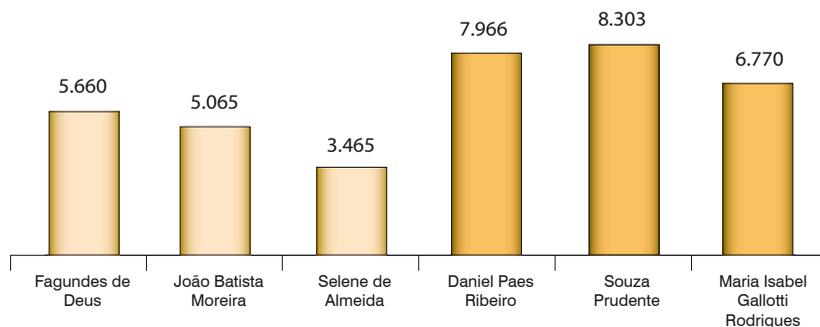


3ª Turma

4ª Turma

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.

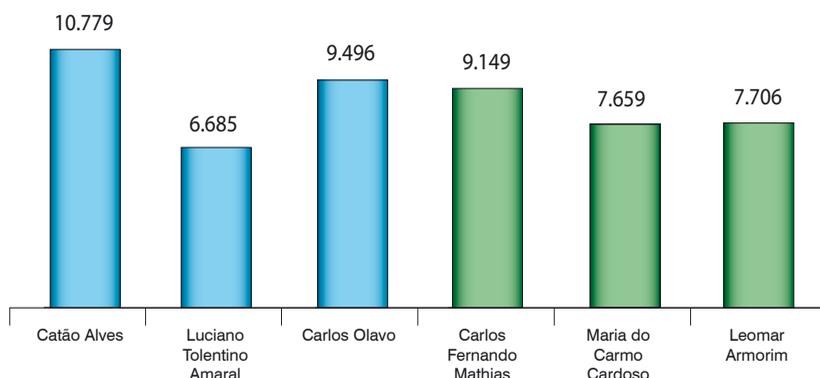


5ª Turma

6ª Turma

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.



7ª Turma

8ª Turma

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	7ª Turma			81
André Prado de Vasconcelos	1ª Seção			3
	2ª Turma		11	575
Antônio Cláudio Macedo da Silva	1ª Seção	1		
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção		4	
	5ª Turma	103	164	92
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma	46	54	49
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma		231	78
César Cintra Fonseca	3ª Turma			1
Cleberon José Rocha	2ª Turma			4
	4ª Seção	31	3	1
	8ª Turma	126	217	294
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma	1	64	109
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Turma		55	9
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	7ª Turma		1	62
Guilherme Mendonça Doehler	7ª Turma		67	270
Iran Esmeraldo Leite	2ª Turma			156
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		250	156
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção			16
	1ª Turma	49	204	86
João Carlos Costa Mayer Soares	3ª Seção	1		
	6ª Turma	11	5	67
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			9
Klaus Kuschel	2ª Seção			3
	4ª Turma	2		54
Leão Aparecido Alves	4ª Seção			1
	8ª Turma			396
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma	2	19	12
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção	1	13	4
	5ª Turma	132	50	74
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		49	

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			1
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma			1
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção	22	11	
	8ª Turma	173	243	100
Pompeu de Sousa Brasil	1ª Seção		2	1
	2ª Turma	78	500	351
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção	1		1
	7ª Turma	3	85	217
Reynaldo Soares da Fonseca	2ª Seção		5	1
	3ª Turma	4	31	31
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma			9
Rogéria Maria Castro Debelli	1ª Seção		2	
	2ª Turma	11	451	
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	3	4	
	4ª Turma	8	46	55
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma	161	1	17
Sônia Diniz Viana	1ª Turma	9	37	58
Urbano Leal Berquó Neto	5ª Turma	1		

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Antônio Ezequiel da Silva	7ª Turma			40

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 cojud-revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 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.