

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Julho 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

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Geraldo Martins Teixeira Júnior

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lúcia Prata da Costa

Evanildes Carvalho Amorim

Maria Benáurea Santos

Robson Taylor de Barros

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

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

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

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

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

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 *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Bettui

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 Ítalo 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
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

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
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargadora Federal Assusete Magalhães

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Ítalo 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
Desembargador Federal Carlos Olavo

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 Ítalo 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
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

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

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal 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

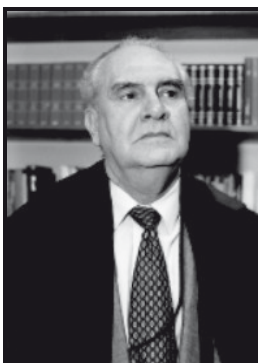
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 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



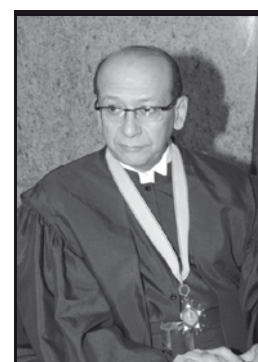
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



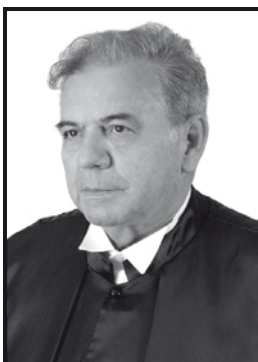
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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, 15

Atualidades: ponto de vista, 17

Um grande passo em direção à celeridade processual — o inovador projeto de conciliação com o INSS

Lincoln Rodrigues de Faria

Gastando o Latim, 19

Ex officio: Ex-officio?

Luciana Carvalho Fonseca

Habeas Verbum: Língua do Direito, 21

Nossa sabedoria gramatical oculta (que significa “saber português”?)

Mário Alberto Perini

Variedades, 25

De Bello Gallico

Caio Júlio César

Artigos Doutrinários

Tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, 27

Antônio Souza Prudente

Constituição dirigente e democracia. A constituição dirigente (ainda) como suporte normativo do desenvolvimento do projeto de modernidade periférica do Brasil, 43

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Conselho Nacional de Justiça: justificativa de criação e conformação constitucional, 56

Rubem Lima de Paula Filho

Tópico Jurídico

Vinte anos da Constituição cidadã, 65

Vallisney de Souza Oliveira

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Licença para acompanhar cônjuge. Inexistência de deslocamento. CF/1988, art. 226. Lei 8.112/1990, art. 84, *caput*, 67

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Mandado de Segurança 2007.01.00.046883-2/DF

1ª Seção – Sentença de liquidação. Revisão de benefícios. Equivalência ao número de salários mínimos da RMI. Ofensa à coisa julgada. Anulação da sentença homologatória, com prosseguimento da ação pela via executória de título judicial vigente, 72

Rel.: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Ação Rescisória 95.01.20370-0/MT

2ª Seção – Agente menor de 70 anos na data da sentença condenatória e maior de 70 anos na data do julgamento colegiado. Acórdão que não reformou a sentença condenatória. Redução do prazo prescricional, 75

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Embargos Infringentes e de Nulidade na Apelação Criminal 1998.38.00.045318-1/MG

3ª Seção – Ação originária ajuizada em face do DNER. Inocorrência de sucessão posterior à propositura da ação precedente. Ilegitimidade passiva da União para a ação rescisória, 85

Rel.: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (convocado)

Embargos Infringentes em Ação Rescisória 2000.01.00.047182-1/DF

4ª Seção – IRRF sobre lucros líquidos anuais. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Necessidade de exame do contrato social. Previsão de imediata distribuição dos lucros aos sócios, 90

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Ação Rescisória 2003.01.00.006538-0/MG

1ª Turma – Servidor público. Processo disciplinar administrativo. Proposição de penalidade de suspensão. Aplicada penalidade de demissão. Agravamento sem motivação. Controle judicial. Ato nulo. Danos morais. Situação de constrangimento, 96

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Apelação Cível 1999.34.00.005779-4/DF

2ª Turma – Ex-combatente. Pensão especial. Cumulação com aposentadoria de servidor público civil. Pagamento de parcelas pretéritas. Reconhecimento administrativo. Postergação do pagamento. Satisfação do crédito condicionada à dotação orçamentária, 105

Rel.: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Apelação Cível 2004.38.00.032658-7/MG

3ª Turma – Execução fiscal. Depositário infiel. Prisão. Tendência do Supremo Tribunal Federal pró inconstitucionalidade, 111

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Habeas Corpus 2008.01.00.021228-4/BA

4ª Turma – Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Apropriação indébita. Crime omissivo-material. Autoria e materialidade comprovadas, 115

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

Apelação Criminal 2001.38.00.010264-6/MG

5ª Turma – Fornecimento de medicamentos em caráter emergencial para a Funasa-RR. Aquisição sem prévia licitação. Obrigação da Administração em adimplir com a obrigação. Tentativa de eximir-se da obrigação beneficiando-se da própria torpeza, 119

Rel.: Desembargadora Federal Selene de Almeida

Apelação Cível 2001.42.00.000203-5/RR

6ª Turma – Intoxicação por ingestão de medicamento contaminado. Responsabilidade da Administração Pública. Nexos causal. Configuração. Negligência. Indenização por danos materiais e danos morais, 123

Rel.: Juiz Federal Davi Wilson de Abreu Pardo (convocado)

Apelação Cível 2001.40.00.001874-5/PI

7ª Turma – IPI. Leasing de aeronave estrangeira. Incidência do imposto. Disposição expressa da Lei 6.099/1974, 130

Rel.: Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado)

Apelação Cível 2005.34.00.034214-8/DF

8ª Turma – Contrato de fornecimento de energia elétrica. Potência garantida. Reconhecimento como prestação de serviços em ato declaratório interpretativo (ADI 10/2006). Majoração de alíquota do IRPJ, CSL, PIS e Cofins, 132

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

Agravo de Instrumento 2007.01.00.028919-0/AM

Decisão Monocrática

Ação civil pública. Paralisação das obras de construção da Usina Hidroelétrica de Estreito. Lesão à ordem e à economia públicas, 135

Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Suspensão de Liminar 2008.01.00.028353-2/MA

JEFs em Revista

Redução no valor de multa cominatória. Demora no cumprimento de ordem judicial. Ausência de enriquecimento sem causa pelo autor, 143

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Agravo de Instrumento 2008.36.00.700028-0/MT

Requisição de pagamento. Valor superior a sessenta salários mínimos. Competência Juizado Especial Federal, 145

Rel.: Juiz Federal Jeferson Schneider

Processo 2008.36.00.700045-4/MT

Pensão por morte. Falecimento do segurado. Ex-cônjuge. Não comprovação de dependência econômica. Benefício devido integralmente à companheira, 147

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2008.36.00.700059-1/MT

Rescisão do contrato de trabalho. Demissão sem justa causa. Verbas rescisórias. Caráter indenizatório. Imposto de renda. Repetição de indébito. Prescrição. Arts. 3º e 4º da LC 118/2005. Incidência da taxa Selic desde a retenção indevida, 149

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2008.36.00.700081-0/MT

Ação rescisória. Não cabimento. Art. 59 da Lei 9.099/1995, 152

Rel.: Juiz Federal Jeferson Schneider

Processo 2008.36.00.700109-0/MT

Indenização. Autor adquirente de imóvel rural de terceiro. Pagamento de imposto ITR em nome do vendedor. Sub-rogação. Pagamento a maior. Restituição de indébito requerida e procedida em nome do antigo proprietário. Ausência de prova de sub-rogação perante a receita. Inexistência de conexão entre ação da administração e suposto dano. Ausência de dano material ou moral, 154

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Processo 2008.36.00.700115-8/MT

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 157

Progressão funcional nas carreiras do magistério superior. Tempo de serviço no exercício de mandato eletivo. Contagem para promoção por merecimento. Art. 38, IV, da CF/1988.

Militar temporário. Reengajamento. Parecer favorável. Ato discricionário da Administração. Relação estatutária. Inaplicabilidade de normas de direito privado.

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Captura de senhas de contas bancárias pela internet.

Ação de improbidade. Nepotismo. Gradação das sanções.

Hospital universitário. Interrupção de tratamento quimioterápico por falta dos medicamentos. Risco de morte. Direito à saúde. Garantia constitucional. Lei 8.080/1990.

Usufruto do bem. Direito de propriedade. Privação. Indenização.

Responsabilidade civil. Cobrança de dívida. Valor excessivo. Ambiente de trabalho. Danos morais.

Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Inclusão em “lista negra” elaborada pela ANP e publicada na internet.

Estatística, 161

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 171

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 173

A propósito, ainda, da Escola de Magistratura Federal da Primeira Região, o efetivo cumprimento de seus objetivos institucionais pode, sim, contribuir para um significativo avanço no aprimoramento dos magistrados vinculados a nosso Tribunal.

Lembre-mos do que prescrevem as disposições de seu Estatuto:

Art. 1º. A Escola de Magistratura da Primeira Região – Esmaf, instituída pela Resolução 12, de 03/07/2000, com sede na cidade de Brasília/DF e atuação nos Estados integrantes da Primeira Região, tem por finalidade a preparação, formação, treinamento e aperfeiçoamento dos magistrados federais.

Art. 2º. São atribuições da Esmaf:

I – apoiar as comissões de concurso para ingresso na magistratura federal, quando solicitada;

II – promover atividades de ensino e pesquisa;

III – realizar cursos regulares de preparação, formação, treinamento e aperfeiçoamento de magistrados;

IV – providenciar a edição de trabalhos de interesse jurídico, inclusive as teses dos magistrados afastados nos termos da Lei Complementar 35/1979 e da Resolução 21, de 17/12/1997, deste Tribunal;

V – manter intercâmbio com as demais Escolas de Magistratura;

VI – promover Encontros, Seminários, Simpósios, Palestras e Painéis;

VII – promover quaisquer atividades culturais que visem incentivar o estudo do Direito e o aprimoramento da função judicante, sejam elas desenvolvidas no Brasil ou no exterior;

VIII – promover a divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecido valor científico, devidamente selecionados pelo Juiz Diretor;

IX – elaborar, para apreciação do Presidente do Tribunal, um Plano Semestral de Metas.

Parágrafo único. Todos os cursos promovidos pela Escola pressupõem uma avaliação final, que será encaminhada ao Corregedor-Geral e à Comissão de Promoção, para fins de vitaliciamento e promoção dos magistrados.

Firme nessas regras, poderá a Esmaf escolher, periodicamente, a fim de serem tratados nos cursos que disponibilizar, os temas que mais convenham às necessidades dos juízes da Primeira Região, para que bem executem suas funções.

Tais cursos serão destinados aos magistrados de primeiro grau e, devidamente planejados, não irão prejudicar a atividade jurisdicional durante o afastamento dos juízes convocados a acompanhá-los, dos locais em que servem, organizando-se, para tanto, a escala de suas substituições, atualmente facilitada pela existência de titulares e substitutos.

Penso que o regular funcionamento dos cursos, além de favorecer a atualização permanente dos magistrados, servirá para a “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, c, da Constituição Federal).

Penso, ademais, que a obrigatoriedade da frequência a esses cursos será de mais proveito e menos custo para o Tribunal do que a concessão de licenças a magistrados, sem prejuízo da remuneração, para frequentarem, por longos períodos, cursos de pós-graduação, no Brasil e no exterior.

Urge, pois, a presença da Esmaf, cada vez mais atuante, no âmbito do TRF 1ª Região.

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”.

Um grande passo em direção à celeridade processual — o inovador projeto de conciliação com o INSS

Lincoln Rodrigues de Faria*



Por Martha Hormann

Em ato inédito, com objetivo de conferir agilidade à tramitação dos feitos processuais e efetividade à prestação jurisdicional, o TRF 1ª Região instituiu programa de conciliação para atuar nos processos em que o INSS é demandado. Para informar como está funcionando o Projeto, o Dr. Lincoln Rodrigues de Faria, Juiz auxiliar da Presidência desta Corte e Coordenador do Projeto, concedeu-nos a seguinte entrevista:

Revista: Qual é o principal objetivo do grupo de conciliação com o INSS?

Lincoln Rodrigues de Faria: O projeto de conciliação nos processos de indenizações previdenciárias que tramitam em grau de recurso no Tribunal Regional Federal da Primeira Região foi implantado pela Resolução PRESI/600-4, de 6 de março de 2008, com a finalidade de buscar uma solução rápida para as lides que são trazidas ao Tribunal em grau de recurso, uma vez que notoriamente o Tribunal tem recebido um grande número de recursos de natureza previdenciária.

Revista: Com que estrutura está funcionando esse grupo?

Lincoln Rodrigues de Faria: Esse grupo, hoje, possui uma Secretaria Executiva de apoio ao projeto de conciliação no Tribunal, e, atualmente, está funcionando com apenas dois servidores desta Corte. Também, juntamente com essa equipe, devemos destacar o grande trabalho que vem sendo feito pela Procuradoria Geral do INSS, que tem mantido aqui no Tribunal servidores seus e, também, procuradores federais, com a fi-

nalidade de analisar os processos que são conduzidos para esse projeto de conciliação.

Revista: Na prática, como funciona o grupo?

Lincoln Rodrigues de Faria: Esse projeto foi implantado da seguinte forma: a 1ª Seção desta Corte, que é incumbida da análise dos processos previdenciários, seleciona processos, notadamente processos que se refiram à aposentadoria rural, pensão rural, salário maternidade e benefício assistencial. A seleção é feita pelos gabinetes, que remetem os processos para a Secretaria Executiva do projeto. Esta encaminha esses processos à Procuradoria do INSS, que faz a análise do que consta nos autos; verifica se há possibilidade de entabular um acordo, e, em caso positivo, apresenta nos autos uma proposta, que será encaminhada à primeira instância, para o advogado que patrocina a causa, por meio de intimação via correios. E essa intimação já contém a proposta do INSS; se o advogado concorda, remete, também via correios, para o Tribunal a sua concordância, e esta é encaminhada ao Relator do processo para a homologação. Homologado, o benefício já é implantado, e fica remanescente apenas o pagamento das prestações pretéritas, mas o benefício já é implantado imediatamente após a homologação por parte do relator da apelação.

Revista: O pagamento pretérito é feito por precatório?

* Juiz Federal Titular da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG e atualmente convocado como Juiz Auxiliar da Presidência do TRF 1ª Região.

Lincoln Rodrigues de Faria: O pagamento pretérito, a depender do valor, será por precatório (valores acima de sessenta salários mínimos por beneficiário) ou Requisição de Pequeno Valor – RPV (valores até sessenta salários mínimos por beneficiário).

Revista: O pessoal que está deslocado para esse trabalho é suficiente?

Lincoln Rodrigues de Faria: Não. Sem dúvida alguma qualquer acréscimo em termos de recursos humanos seria de grande valia para acelerar esses processos, mas infelizmente a força de que o Tribunal dispõe é essa. Mesmo assim, o resultado alcançado pelos servidores que lá se encontram tem sido bom, e temos dado vazão aos processos que são encaminhados à Secretaria Executiva.

Revista: Não há, então, previsão de crescimento desse grupo em termos de recursos humanos?

Lincoln Rodrigues de Faria: Bem, se houver uma demanda maior em termos de processos a serem encaminhados a esse grupo, evidentemente a Presidência do Tribunal estará atenta e procurará uma solução.

Revista: Já existem estatísticas sobre as conciliações alcançadas por meio desse trabalho?

Lincoln Rodrigues de Faria: Sim, sim, a última estatística que temos, do começo de junho, e ao final desse mês, mostra que já havíamos encaminhado para esse grupo 3.600 (três mil e seiscentos) processos para análise, sendo 600 (seiscentos) processos do gabinete de cada desembargador relator. A maioria desses processos já foi submetida a análise, de forma que já foram expedidos 1.170 (um mil cento e setenta) mandados de intimação para os advogados da parte, com proposta de acordo, e temos 309 (trezentos e nove) processos encaminhados para homologação, ou seja, processos nos quais já houve a proposta de acordo e a concordância da parte, restando apenas pendente a homologação pelos relatores. É importante ressaltar que são processos que, se não tivesse ocorrido a conciliação, entrariam no leito normal da margem do recurso, e a 1ª Seção sabidamente é a que mais está assoberbada de processos em grau de recurso.

Revista: Na prática, então, essa iniciativa deve ajudar a desafogar o Tribunal?

Lincoln Rodrigues de Faria: Sem dúvida alguma. Não só esses processos têm fim de uma forma mais célere, como também a ausência da sua análise na turma leva à seguinte consequência: outros processos, que possivelmente demorariam mais a serem apreciados pela turma julgadora, serão julgados de forma mais célere. A intenção é que processos de menor complexidade e em que haja possibilidade real de o INSS formular proposta de acordo, não sejam levados para julgamento. Evita-se o julgamento para agilizar a finalização desses processos e possibilitar que outros processos de maior complexidade possam também ter acelerado o seu julgamento perante a Corte. Trata-se de um projeto inovador, iniciado na Primeira Região, e o seu sucesso tem levado outros Tribunais Regionais Federais a tentarem viabilizar a mesma sistemática. Esperamos que, realmente, o êxito venha a favor do cidadão mais necessitado, tendo a sua aspiração no âmbito do Direito Previdenciário definida o mais rápido possível.

O latim e o inglês: nota histórica

A evolução do inglês é, normalmente, dividida em três períodos: o do *Old English* (até a conquista normanda em 1066), o do *Middle English* (1066 a 1500) e o do *Modern English* (1500 a 1800).

Até a conquista normanda, período do *Old English*, o território que conhecemos hoje por Grã-Bretanha era dividido em tribos que falavam línguas anglo-saxônicas e celtas. Além disso, a ilha era constantemente invadida ao norte por povos germânicos. Eram várias as línguas usadas no Direito que era próprio de cada tribo e, predominantemente, oral.

O segundo período, o do *Middle English*, encerra o período da influência germânica e inaugura o da influência do latim e do francês. Assim, a partir de 1066, enquanto o francês era a língua da corte, o *latim predominava* no Direito, pois era a língua do clero, dos instruídos, ou seja, dos juízes da coroa e dos redatores de documentos oficiais, leis, cartas e ordens.

A influência do latim foi tão intensa no inglês que, por dois séculos, foi usada como língua do direito escrito. Mesmo, mais tarde, durante o ápice da influência do francês na linguagem jurídica, o latim ainda era usado nos documentos de maior importância.

O papel do latim no inglês foi tão marcante que até hoje são empregadas inúmeras expressões latinas na linguagem jurídica em inglês (e.g. *inter partes*, *ceteris paribus*, *in camera*, *certiorari*, *a mensa et thoro*).

*Texto retirado do site: www.migalhas.com.br

**Advogada com graduação pela Universidade Federal do Pará – UFPA (1999), Especialização em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2001), Especialização em Tradução pela Universidade de São Paulo (2003) – USP e Mestrado em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês pela Universidade de São Paulo USP (2006) na área de tradução jurídica e linguística de corpus. Atualmente é professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Tem experiência na área de Linguística e Direito, com ênfase em Tradução jurídica e linguística de corpus, atuando principalmente nos seguintes temas: direito contratual, terminologia jurídica, tradução jurídica, linguística forense.

Entretanto, se observarmos as expressões latinas no inglês e as utilizadas no português do Brasil, veremos que:

a) muitas *diferem* (i.e. há expressões em latim no inglês jurídico que não são utilizadas no português e vice-versa) e,

b) que, apesar de muitas *coincidirem*, as *acepções* dessas expressões (que à primeira vista nos são familiares) *nada têm em comum*: como no caso de *ex officio*, e também no de *in rem*, *inter partes*, entre outras.

Assim, tendo em vista que as acepções de expressões em latim idênticas podem variar de uma língua para a outra (inglês/português), haverá *repercussões na tradução*. Em outras palavras, em muitos casos, a tradução de uma expressão em latim utilizada no inglês poderá ser uma expressão em português (não em latim) no português e vice-versa.

Observemos o caso de *ex officio* na indagação do leitor:

Grafia – A diferença começa a ser sentida a partir da grafia:

a) *em português* escrevemos *ex officio* sem o sinal diacrítico,

b) *em inglês*, *com: ex-officio*.

Acepções

Em português, a expressão é aplicada, nas palavras do leitor “às situações em que o juiz pode praticar determinado ato sem prévio pedido das partes”.

Em inglês, aplica-se o sintagma em contextos em que um indivíduo *em virtude de* ser titular de um determinado cargo, também exerce um outro (*ex-officio member*).

O exemplo mais prototípico é o caso de o *Vice-Presidente dos Estados Unidos* ocupar, em decorrência do cargo (e não por eleição), a *presidência do Senado*.

Um outro exemplo, no contexto empresarial, é o fato de o *CEO (Chief Executive Officer)* ser, em regra,

membro do *Board of Directors* (Conselho de Administração).

Traduzir latim por inglês/português

Com o exame das acepções acima, verificamos que, se ao traduzirmos um documento do inglês para o português, mantivermos a expressão em latim, na prática, tradução não haverá, mas confusão.

Como traduzir *ex officio* em inglês?

No sistema americano, há uma regra de processo civil adotada por diversos estados segundo a qual há uma série de *defenses* que podem ser levantadas a qualquer tempo e por qualquer uma das partes *ou pelo juiz*. Na esfera federal, essas *defenses* são conhecidas como *The 12(b) defenses* e tratam da competência, do foro, da citação, entre outros.

Termo específico

Não é raro, no sistema americano, que uma ação seja extinta por incompetência do órgão julgador, por exemplo, mas, normalmente, *o fato é trazido à tona pela outra parte*. O mesmo ocorrendo para o caso de prescrição ilustrado pelo leitor em sua pergunta. Conseqüentemente, não encontramos um termo/sintagma em inglês para a expressão *decisão ex officio* em português, cabendo ao tradutor, pelo menos, duas alternativas:

Criar um neologismo, tais como:

a) *unwaivable defense* – transmite a idéia da obrigatoriedade da decisão em relação ao juiz;

b) *jurisdictional defense* – ressalta que a decisão provém do juiz e não das partes.

Utilizar uma paráfrase:

a) *a decision the court must issue by force of law* – se entendermos que é obrigação do juiz;

b) *a decision the court may issue without being required to by the parties* – se entendermos que se trata de faculdade do juiz.

Inexistência de termo específico – A falta de uma expressão em inglês para traduzir o termo *ex officio*

utilizado no nosso sistema pode ser mais um reflexo das diferenças entre as culturas jurídicas em tela (brasileira e anglo-americana) em que os papéis desempenhados por advogados e juizes em muito diferem.

Referências:

Fonseca, Luciana Carvalho. (2007) *A tradução de binômios nos contratos de common law à luz da lingüística de corpus*. Dissertação de Mestrado. FFLCH/USP.

Tesdahl, D. (2005). *The Nonprofit Board's Guide to Bylaws: Creating a Framework for Effective Governance*. Boardsource: Boardsource.

Mellinkoff, D. (1963). *The Language of the Law*. Boston: Little, Brown.

Nossa sabedoria gramatical oculta* (que significa “saber português”?)

Mário Alberto Perini**

“Saber gramática”, ou mesmo “saber português”, é geralmente considerado privilégio de poucos. Raras pessoas se atrevem a dizer que conhecem a língua. Tendemos a achar, em vez, que falamos “de qualquer jeito”, sem regras definidas. Dois fatores principais contribuem para essa convicção tão generalizada: primeiro, o fato de que falamos com uma facilidade muito grande, de certo modo sem pensar (pelo menos, sem pensar na *forma* do que vamos dizer), e estamos acostumados a associar conhecimento a uma reflexão consciente, laboriosa e por vezes dolorosa. Segundo, o ensino escolar nos inculcou, durante longos anos, a idéia de que não conhecemos a nossa língua; repetidos fracassos em redações, exercícios e provas não fizeram nada para diminuir esse complexo.

Pretendo trazer aqui boas notícias. Vou sustentar que, apesar das crenças populares, *sabemos*, e muito bem, a nossa língua. E tentarei mostrar que nosso conhecimento da língua é ao mesmo tempo altamente complexo, incrivelmente exato e extremamente seguro. Isso se aplica não apenas àqueles que sempre brilharam nas provas de português, mas também a praticamente qualquer pessoa que tenha o português como língua materna. Será preciso, primeiro, distinguir dois tipos de conhecimento, aos quais se dão as designações de “implícito” e “explícito”. Vamos partir de um exemplo: eu sou capaz de andar com razoável eficiência e em geral ando bastante durante o dia. Nunca ninguém me chamou a atenção, insinuando que não ando corretamente, ou que deveria fazer um curso para aprender a andar melhor. Minha maneira de andar atende às finalidades práticas às quais aplico essa atividade, e não se distingue notavelmente da maneira de andar da maioria dos meus conhecidos. No entanto, não sou capaz de explicar os processos musculares e nervos que ocorrem quando ponho em prática essa minha habilidade tão corriqueira. A fisiologia do andar é para mim um completo mistério.

Pergunta-se, então: tenho ou não tenho conhecimento adequado da habilidade de andar? A resposta é que tenho esse conhecimento em um sentido importante, ou seja, “sei andar” — tenho conhecimento *implícito* adequado da habilidade de andar. Já meu conhecimento *explícito* dessa habilidade é deficiente, pois sou incapaz de explicar o que acontece com meu corpo quando estou andando. O que nos interessa aqui é o seguinte: sou detentor de um conhecimento implícito altamente complexo e eficiente, e nesse sentido pode-se dizer que tenho muito pouco a aprender no que se refere a andar. O que eu sei é explicitar o que faço para andar: não conseguiria dar uma aula a respeito ou colocar tudo no papel.

É importante observar que ninguém diria que eu ando “de qualquer jeito” só porque não tenho conhecimento explícito dessa atividade. Meu andar se submete a regras muito específicas, que poderão eventualmente ser estudadas por um especialista e, por exemplo, colocadas no papel na forma de uma descrição detalhada. Mas, independentemente de haver ou não essa descrição, meu conhecimento (implícito) da habilidade de andar é completo.

Vou mostrar que qualquer falante de português possui um conhecimento *implícito* altamente elaborado da língua, muito embora não seja capaz de explicitar esse conhecimento. E veremos que esse conhecimento não é fruto de instrução recebida na escola, mas foi adquirido de maneira tão natural e espontânea quanto na nossa habilidade de andar. Mesmo pessoas que nunca estudaram gramática chegam a um conhecimento implícito perfeitamente adequado da língua. São como pessoas que não conhecem a anatomia e a fisiologia das pernas, mas que andam, dançam, nadam e pedalam sem problemas.

* Texto retirado do livro *Sofrendo a Gramática, Ensaios sobre a linguagem*, Editora Ática, 2002, p. 11.

** Graduado em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais, doutorado pela University of Texas e atualmente é professor voluntário da Universidade Federal de Minas Gerais, atua na subárea de Teoria e Análise Linguística, com concentração em português brasileiro falado, sintaxe, ensino de português e gramática de construções.

Para passar logo a um exemplo, digamos que encontramos em algum texto a seguinte seqüência de palavras:

(1) Os meus pretensos amigos de Belo Horizonte

Essa é uma expressão bem-formada em português, e qualquer pessoa pode ver isso. Mas esse reconhecimento de que se trata de uma expressão bem-formada requer o conhecimento de uma ordenação estrita dos elementos que formam a expressão. Tanto é assim que sabemos que qualquer das expressões abaixo é malformada (o asterisco se usa tradicionalmente para marcar expressões malformadas ou agramaticais):

(2) Os meus amigos de Belo Horizonte pretensos

(3) Meus os pretensos amigos de Belo Horizonte

(4) Os meus de Belo Horizonte amigos pretensos

(5) Meus amigos pretensos de Belo Horizonte os

Observe-se a precisão do nosso julgamento de como se devem ordenar as palavras nesses exemplos. Creio que a imensa maioria dos falantes (escolarizados ou não) concordariam comigo que apenas (1), das cinco expressões vistas, é aceitável em português. Isso é algo que sabemos com exatidão, e não é tão simples assim. Como explicaríamos a um estrangeiro por que só (1) é bem-formada? A maioria das pessoas não conseguiria explicar isso com eficiência, e no entanto seu conhecimento implícito não deixaria de identificar as más-formações quando ocorressem.

É claro que esse conhecimento não nos veio das aulas de gramática: quem é que estudou na escola a ordenação obrigatória das palavras em expressões como (1)? Adquirimos esse conhecimento da mesma maneira informal pela qual adquirimos a habilidade de andar: uma parte por imitação e uma parte através de capacidades mais ou menos específicas que herdamos como dotação genética.

Outro exemplo, um pouco mais complicado, é o seguinte: sabemos que se pode acrescentar a um substantivo ou a um pronome uma oração começada por *que* (“uma oração adjetiva”), como em:

(6) Procurei Marília, que não me recebeu.

O substantivo aqui é *Marília*, e a seqüência *que não me recebeu* é a oração adjetiva. Podemos acrescentar orações adjetivas a qualquer elemento de valor substantivo, o que inclui pronomes como *ele*, *você* etc.:

(7) Eu trouxe um queijo para ele, que bem o merece.

Mas se o pronome estiver modificado de alguma maneira, como por exemplo se estiver contraído com a preposição *de* (formando a palavra *dele*), ou se estiver em forma oblíqua (*-o*, *-lo*, *-lhe*), o acréscimo de uma oração adjetiva dá resultados bem menos aceitáveis. Parece haver uma gradação: uma oração adjetiva acrescentada a *dele*, *dela* é um pouco estranha; se for acrescentada a um pronome oblíquo, ou a um possessivo, fica simplesmente horrível. O resultado é o seguinte:

(8) Fui à casa dela, que não me recebeu.

(9) Fui procurá-la, que não me recebeu

(10) Fui à sua casa, que não me recebeu.

Esses julgamentos de aceitabilidade são bastante uniformes entre os falantes. Mas não podem ter sido aprendidos na escola: esse fenômeno nunca é mencionado nas gramáticas, e certamente a maioria dos professores nem tem consciência dele. Trata-se de mais um aspecto do nosso conhecimento implícito dos mecanismos da nossa língua; somos capazes de tomar decisões e fazer julgamentos de aceitabilidade com segurança, baseando-nos em um tipo de conhecimento que manejamos com facilidade quase incrível.

Tomemos um último exemplo. Nas frases abaixo, há um sujeito (em *italico*) e um objeto direto (em **negrito**):

(11) *Eu* vi **Raimundinho** na TV.

(12) *Nós* vimos *Marília* na TV.

(13) *Eu* *nos* vi na TV.

Mas há uma restrição muito curiosa¹ à co-ocorrência de objetos e sujeitos: nunca se pode usar uma frase na qual o objeto direto exprima um subconjunto do conjunto expresso pelo sujeito. Assim, sabemos que a palavra *eu* exprime um subconjunto do conjunto expresso por *nós* (isto é, *nós* quer dizer *eu* + outros). Correspondentemente, não se pode fazer uma frase na qual *nós* seja sujeito e *eu* (ou sua forma oblíqua) seja objeto direto:

(14) *Nós* *me* vimos na TV.

Isso se aplica igualmente a sujeitos e objetos não pronominais, como se pode ver em:

(15) *Meus irmãos* viram meu irmão na TV.

Essa frase só é aceitável se se entender que o irmão que foi visto na TV não pertence ao grupo dos irmãos que o viram. Será inaceitável se se entender que o irmão que apareceu na TV faz parte do conjunto dos que assistiram ao programa.

De onde tiramos esse conhecimento? Como se explica que tenhamos intuições tão definidas acerca de frases que nunca encontramos antes? Tudo provém do uso que fazemos a todo momento desse mecanismo maravilhosamente complexo que temos em nossas mentes, e que manejamos com admirável destreza. Esse mecanismo é o nosso conhecimento implícito da língua, objeto principal da investigação dos lingüistas.

¹ Essa restrição foi observada por Paul Postal (*On raising*, MIT Press, Cambridge, 1974.)

De Bello Gallico*

Caio Júlio César**

XVII. Caesar, his de causis, quas commemoravi, Rhenum transire decreverat; sed navibus transire, neque satis tutum esse arbitrabatur, neque suae neque populi Romani dignitatis esse statuebat. Itaque, etsi summa difficultas faciendi pontis proponebatur propter latitudinem, rapiditatem altitudinemque fluminis, tamen id sibi contendendum aut aliter non transducendum exercitum existimabat. Rationem pontis hanc instituit. Tigna bina sesquipedalia, paulum ab imo praeacuta, dimensa ad altitudinem fluminis, intervallo pedum duorum inter se jungebat. Haec quum machinationibus immissa in flumen defixerat fistucisque adegerat, non sublicae modo directa ad perpendicularum, sed prona ac fastigata, ut secundum naturam fluminis procumberent: iis item contraria bina, ad eundem modum juncta, intervallo pedum quadragenum, ab inferiore parte, contra vim atque impetum fluminis conversa statuebat. Haec utraque, insuper bipedalibus trabibus immissis, quantum eorum tignorum junctura distabat, binis utrimque fibulis ab extrema parte distinebantur: quibus disclusis atque in contrariam partem revinctis, tanta erat operis firmitudo atque ea rerum natura, ut, quo major vis aquae se incitavisset, hoc arctius illigata tenerentur. Haec directâ materie injectâ contexebantur et longuriis cratibusque consternebantur: ac nihilo secius sublicae et ad inferiorem partem fluminis obliquè agebantur, quae, pro pariete subjectae et cum omni opere conjunctae, vim fluminis exciperent: et aliae item supra pontem mediocri spatio, ut, si arborum trunci sive naves dejiciendi operis essent a barbaris missae, his defensoribus earum rerum vis minueretur, neu ponti nocerent.

Comentários sobre a Guerra Gálica*

Tradução de Francisco Sotero dos Reis **

XVII. Pelas causas mencionadas determinara César passar o Rim; mas fazê-lo em barcas nem reputava ser assaz seguro, nem próprio da sua e dignidade do povo romano. Assim, posto que, por causa da largura, rapidez e profundidade do rio, oferecesse grande dificuldade o construir nele uma ponte, julgava todavia dever empreendê-lo, ou aliás não passar o exército. Tal era a estrutura da ponte que delineou. Mandava juntar, com intervalo de dois pés entre si, dois madeiros de pé e meio de espessura cada um, tanto acuminados por baixo, e proporcionados em comprimento a profundidade do rio. Introduzidos neles com máquinas e enterrados a pancadas de maço (20), não perpendicularmente à maneira de pilares, mas com pendor e inclinação no sentido da corrente, mandava da mesma forma, a quarenta pés de distância, colocar da parte inferior, voltados contra a violência e ímpeto do rio, outros dois fronteiros a esses, juntos de igual modo. Estes quatro madeiros, em cujos vãos se entravava por cima outro transversal de dois pés de espessura, eram de cada lado atracados nas extremidades com duas fortes chapas de ferro, que vindo cravar-se na parte oposta, ficava a obra tão firme e tal, que quanto maior era a força da corrente, tanto mais se consolidava. Sobre travessões tais assentava todo o vigamento na direção de uma à outra margem do rio, e sobre aqueles a contextura de barrotes e pranchas. E para mais segurança enterravam-se na parte inferior do rio botaréis inclinados que, ligando-se à obra, lhe servissem de contra-forte para quebrar a violência da corrente, e bem assim outros, em pequena distância acima da ponte, os quais a serem impelidos pelos bárbaros troncos de árvores e navios para destruir a obra, a protegessem, diminuindo-lhes a força.

*De Bello Gallico – Liber IV-XVII.

**Em latim *Gaius Julius Caesar*, líder militar e político da República romana (100 a.C.-44 a.C.).

*Comentários sobre a Guerra Gálica (De Bello Gallico) – Tradução de Francisco Sotero dos Reis. Editora Tecnoprint SA.

**Jornalista, poeta e escritor brasileiro do século XIX, (1800-1871).

Tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental*

Antônio Souza Prudente**

1. Tutela inibitória do risco ambiental, como instrumento de eficácia do princípio da precaução

A constatação preambular da Carta da Terra, proclamada em 14 de março de 2000, vem nos impor o enorme desafio de proteger e preservar, com total responsabilidade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, nos termos seguintes:

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio da uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações.¹

Nessa inteligência, foi promulgada, em 02 de março de 2005, a “*Charte de L’environnement*” da França, estabelecendo em seus considerandos

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains;

* Texto destacado da tese de doutorado do autor perante a UFPE.

** Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Graduado no Curso de Direito do Largo São Francisco (Arcadas/USP/SP), Professor Decano do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília, Mestre e Doutor em Direito Público – Ambiental pela Universidade Federal de Pernambuco.

¹ PARIS. Carta da Terra. Aprovada pela Unesco, em 14 de março de 2000.

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins.

E, em seus arts. 5º e 6º, taxativamente, proclama:

Art. 5º – Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées, afin de parer à la réalisation du dommage.

Art. 6º – Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.²

Em comentários a esses dispositivos do ordenamento jurídico francês, o Professor Paulo Afonso Leme Machado manifestou-se, oportunamente, nestas letras:

A França, na Carta do Meio Ambiente, introduz o princípio da precaução, que é o mais discutido em todo o planeta neste momento. É a primeira Constituição no mundo a inserir expressamente esse princípio. Os franceses não faltaram à sua hora: em 1789, assentaram os alicerces da liberdade individual; em 1946, fizeram do asilo aos refugiados políticos uma bandeira. A Carta am-

² Paris. França. *Charte de L'environnement*. Promulgada em 2 de março de 2005.

biental diz que quando a ocorrência de um dano, ainda que incerto diante do estado dos conhecimentos científicos, puder afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, através da aplicação do princípio da precaução, a implementação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais, com a finalidade de evitar a realização do dano.

O princípio passou a ser vinculado a uma avaliação prévia dos riscos, quando houver a probabilidade de danos graves e irreversíveis. Essa avaliação evitará medidas arbitrárias ou a omissão nas ações devidas. A Carta Constitucional francesa ao tratar da precaução não poderia ser, evidentemente, imprudente e, por isso, as medidas deverão ser proporcionais, para que haja adequação entre os meios utilizados e os fins desejados.³

Visando um modo de vida sustentável como critério comum, através do qual a conduta de todos os indivíduos, organizações, empresas, governos, e instituições transnacionais, será guiada e avaliada, necessitamos, com urgência, construir sociedades democráticas, que sejam justas, participativas, sustentáveis, assegurando, assim, que as comunidades em todos os níveis garantam os direitos humanos e as liberdades fundamentais e proporcionem a cada um a oportunidade de realizar seu pleno potencial; promover a justiça econômica e social, propiciando a todos a consecução de uma subsistência significativa e segura, que seja ecologicamente responsável; proteger e restaurar a integralidade dos sistemas ecológicos da terra, com especial preocupação pela diversidade biológica e pelos processos naturais que sustentam a vida e prevenir o dano ao ambiente como o melhor método de proteção ambiental e, quando o conhecimento for limitado, assumir uma postura de precaução, orientando ações para evitar a possibilidade de sérios ou irreversíveis danos ambientais, mesmo quando a informação científica for incompleta ou não conclusiva, impondo o ônus da prova àqueles que afirmarem que a atividade proposta não causará dano significativo e fazer com que os grupos sejam responsabilizados pelo dano ambiental, principalmente na cobrança preventiva do poluidor-pagador, que, antes, deve investir em técnicas e programas eficazes para não poluir, garantindo, enfim, que

a decisão a ser tomada se oriente pelas conseqüências humanas globais, cumulativas, de longo prazo, indiretas e de longo alcance.

Nesse contexto, merece destaque a reflexão oportuna do nobre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na qualidade de Presidente da Escola Nacional da Magistratura, em prol de “Um Novo Processo, Uma Nova Justiça”, nestes termos:

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O Povo, espoliado e desencantado, está nele a confiar e reclama sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da Justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.⁴

Cândido Rangel Dinamarco, ao distinguir os conceitos de tutela jurisdicional e atividade jurisdicional do Estado, afirma que

A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juizes no exercício da função jurisdicional, pois entende que a tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce e o serviço jurisdicional, que vem a culminar na tutela, é o fator que, pela sua própria natureza e pela concreta posituação do poder em que se resolve, confere o caráter de dinamismo

³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *A Carta Constitucional do Meio da França e o Brasil*. Revista Bimestral de Direito Público – Ano VI – 2005 – n° 30 – Porto Alegre (RS) -. 58.

⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*, Del Rey, 1993, pp. 26/27.

à tutela jurisdicional, em confronto com a tutela estática residente nas normas abstratas.⁵

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do pleno acesso à justiça (CF, art. 5º, incisos XXXIV, XXV e LXXVIII) se bem instrumentalizada, na força determinante de sua auto-aplicabilidade protetora (CF, art. 5º, § 1º), com a técnica processual moderna da tutela mandamental-inibitória negativa ou positiva (antecipatória ou final) reprimirá o abuso, em tempo de evitar, em muitos casos, que a prática do ilícito aconteça (CPC, arts. 273, § 7º e 461, §§ 3º, 4º e 5º), livrando, assim, o cidadão e a coletividade de correr atrás do prejuízo, em busca de uma indenização nem sempre justa, ainda que materialmente possível.

Para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição da República Federativa do Brasil impõe ao Poder Público o dever de (I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; (VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (CF, art. 225, § 1º, incisos I a VII).

Com razão, pois, Guilherme Marinoni, quando afirma que:

Para que o direito fundamental ao meio ambiente e as normas que lhe conferem proteção possam ser efetivamente respeitados, é necessária uma ação que I) ordene um não-fazer ao particular para impedir a violação da norma de proteção e o direito fundamental ambiental; II) ordene um fazer ao particular quando a norma de proteção lhe exige uma conduta positiva; III) ordene um fazer ao Poder Público quando a norma de proteção dirigida contra o particular requer uma ação concreta; IV) ordene um fazer ao Poder Público para que a prestação que lhe foi imposta pela norma seja cumprida; V) ordene ao particular um não-fazer quando o estudo de impacto ambiental, apesar de necessário, não foi exigido; VI) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento contraria o estudo de impacto ambiental sem a devida fundamentação, ressentindo-se de vício de desvio de poder; VII) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento se fundou em estudo de impacto ambiental incompleto, contraditório ou ancorado em informações ou fatos falsos ou inadequadamente explicitados.

A ação adequada, em todos esses casos, é a inibitória, pois voltada, mediante um não-fazer, a impedir a prática ou a continuação do ilícito, ou dirigida, por meio de um fazer, a realizar o desejo preventivo da norma de proteção. Contudo, no caso de *ilícito de eficácia continuada*, — ou seja, na hipótese de um agir já exaurido, mas cujos efeitos ilícitos ainda se propagam, abrindo oportunidade a danos —, é necessária apenas a remoção do ilícito, vale dizer, a ação de remoção do ilícito.⁶

E, noutra passagem, no que tange à natureza propriamente inibitória da tutela mandamental, Luiz Guilherme Marinoni, com sua peculiar clarividência observa que

A tutela inibitória poderá ordenar um fazer ou um não fazer, conforme a conduta seja de caráter omissivo ou comissivo. A tutela inibitória pode ser classificada como uma tutela preventiva e específica. Preventiva porque voltada para o futuro; específica porque destinada a garantir o exercício integral do direito, segundo as modalidades originariamente fixadas pelo direito material.

A técnica da tutela inibitória, como se vê, é voltada para o futuro e não para o passado. A tu-

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional. Ensaio (Trabalho Avulso)*. Inédito, São Paulo, pp. 11/12.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 375.

tela inibitória demonstra a superação do princípio de derivação romana, pelo qual o ressarcimento do dano é a verdadeira forma de tutelar contra o ilícito, independentemente da natureza específica do próprio ilícito e da situação jurídica violada.

Ninguém prefere o dano à prevenção. Negar o direito à prevenção do dano é admitir que o cidadão é obrigado a suportar o dano, tendo apenas direito à indenização. Ou o que é pior, é criar um sistema de tutelas onde impera a monetização dos direitos, incompatível, como é óbvio, com os direitos com conteúdo não patrimonial. O art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito à tutela inibitória, pois o direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, e esse, por sua vez, o direito à tutela preventiva, direito ineliminável em um ordenamento jurídico que pretenda tutelar de forma efetiva os direitos.⁷

A dimensão da tutela jurisdicional, assim prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, com natureza mandamental, antecipatória ou final, ilumina-se nos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, nos enfoques a seguir transcritos:

A Reforma pretendeu armar o juiz de poderes muito intensos, destinados a combater a resistência do obrigado em todos esses casos. Transpondo para o Código de Processo Civil o que consta no de Defesa do Consumidor (art. 84), o legislador dispensou inclusive o processo de execução das sentenças que condenem a uma ação ou abstenção. Mitigou sensivelmente a regra de que a competência se exaure com a publicação da sentença de mérito (art. 463), para incumbir o juiz, no processo de conhecimento mesmo, a desencadear todas as medidas necessárias a induzir o demandado a cumprir. Compete-lhe, com vista a esse objetivo, impor *astreintes* ainda que não pedidas na demanda inicial (art. 461, § 4º), além de determinar a remoção ou busca-e-apreensão de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento (até mesmo material e forçado) de atividades nocivas, etc. Inclusive o emprego de força policial é expressamente autorizado — sabido que a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado-de-Direito. Enfim, são imensos os poderes que o juiz deve exercer com o objetivo de motivar o obrigado a cumprir a própria obrigação que causara a condenação ou a produzir o resultado equivalente que venha a ser determinado. Bem

exercidos, esses poderes serão capazes de produzir resultados melhores que os do processo de execução, e mais rapidamente.

A conversão da obrigação em perdas-e-danos, que em si é portadora de uma meia-justiça, só se admite quando impossível a realização do resultado pretendido ou se o preferir o próprio credor (art. 461, § 1º). À facilidade com que no passado se convertiam em pecúnia as obrigações específicas vem reagindo a doutrina do passado e do presente, residindo no novo art. 461 uma eficiente resposta a esses anseios. Atende-se também à recomendação de que, “na medida do que praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Chiovenda).

No quadro geral da Reforma e do estado da doutrina que a inspirou, essas novas disposições caracterizam-se como medidas destinadas a afastar óbices relacionados com o quarto dos pontos sensíveis enunciados acima, a saber, com a problemática da utilidade das decisões. Inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos.⁸

Nesse contexto processual, possibilita-se a aplicação da tutela específica, com natureza mandamental-inibitória, em qualquer processo, onde figure uma ameaça concreta ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público (também ao Poder Judiciário) o dever constitucional de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), adotando, com presteza, as técnicas processuais necessárias à inibição ou remoção do ilícito ambiental, que se anuncie, concretamente, nas entranhas dos autos do processo judicial.

Diante da impotência do sistema jurídico ortodoxo, que sempre se mostrou incapaz de proteger, em tempo oportuno, os bens essenciais à sadia qualidade de vida, o princípio da precaução, fixado constitucionalmente no plano do direito ambiental, tanto em seu aspecto material (CF, art. 225, *caput*), quanto instrumental (CF, art. 5º, XXXV), impede que a vida

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questão do Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Curitiba, Juruá, 1999, 163/195.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Vol. II, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 143/144.

seja tratada como simples mercadoria a ser convertida em dinheiro, na ganância voraz dos mercados globalizados, firmando-se, assim, uma nova visão processual, destinada ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, determinadas, cautelarmente, a título de urgência, pelos órgãos e agentes do Poder Judiciário, de ofício, ou a requerimento dos legitimados ativos, mas, sempre endereçadas àqueles que, por ação ou omissão, ameaçam o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. Princípio da Máxima Prioridade da tutela jurisdicional coletiva

Assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida em todas as suas formas (CF, art. 5º, *caput*), dentro de uma estrutura “ecologicamente equilibrada” (CF, art. 225, *caput*), a Carta Magna estabeleceu uma expressa imposição ao Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a toda coletividade de defender e preservar os bens essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

A preservação desses bens ambientais determinará o atendimento por atuação diligente do Poder Público e de toda coletividade de um dos princípios mais importantes do Direito Ambiental, o princípio da precaução, na medida em que, na maioria das vezes, a existência de danos aos bens ambientais será quando muito reparada por meio de indenização em dinheiro, que em nada auxilia na proteção da vida, como valor fundamental do nosso ordenamento jurídico-ambiental.

Com razão, pois, o ilustre Professor Gregório Assagra de Almeida, na afirmação do *princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva*, apregoando que

O direito processual coletivo comum é instrumento de tutela dos direitos coletivos fundamentais da sociedade. Por seu intermédio resolve-se um grande conflito social e se evita a proliferação, não muito desejada, de demandas individuais, bem como o surgimento de decisões conflitantes.

Portanto, sempre existirá interesse social na tutela jurisdicional coletiva, razão pela qual, valendo-se da regra interpretativa do sopesamento, conclui-se que os processos coletivos devem ser analisados com a máxima prioridade, até porque o interesse social prevalece sobre o individual.

O princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva é consequência dessa supremacia do interesse social sobre o individual, e também decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário, assim como os operadores do direito, deve atuar para priorizar a tramitação e o julgamento do processo coletivo.⁹

Visando, assim, assegurar a vida em todas as suas formas e não, apenas, o ressarcimento pecuniário, depois de ser lesada ou destruída, é que o comando do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garante a todos os titulares difusos desse direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, a apreciação e tutela oportuna do Poder Judiciário, buscando afastar, de logo, qualquer ameaça de dano a esse direito essencial, oportunizando-nos as modernas técnicas processuais de antecipação de tutelas inibitórias do ilícito ambiental (CPC, art. 273, § 7º, e 461, § 3º).

3. Ação Popular e Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado

Dentre os vários instrumentos processuais de nosso ordenamento jurídico, a possibilitarem a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, destacam-se a ação popular e a ação civil pública, com as técnicas modernas da tutela inibitória do risco ambiental.

3.1 Da Ação Popular Ambiental

A ação popular está prevista constitucionalmente no art. 5º, inciso LXXIII, da Carta Magna, nos termos seguintes:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 572/573.

Observe-se, assim, que o texto constitucional em vigor incluiu, expressamente, o meio ambiente dentre os bens jurídicos protegidos pela ação popular, destacando, também, nessa tutela, o patrimônio histórico e cultural (meio ambiente cultural).

O autor popular, cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos políticos, está legitimado ativamente, para agir em defesa do bem difuso (meio ambiente ecologicamente equilibrado), em nome de toda coletividade.

No pólo passivo da demanda popular poderá figurar qualquer pessoa física ou jurídica, responsável pelo ato agressor e lesivo ao meio ambiente.

A Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, estabelece que, na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado (art. 5º, § 4º). Esse provimento judicial, na força determinante da tutela cautelar do meio ambiente, que impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), deve ser adotado, de ofício, ou a requerimento da parte, pelo juiz competente, como membro integrante de um dos Poderes do Estado, que é o Poder Judiciário. Para assim agir, o Poder Judiciário encontra-se, agora, melhor aparelhado pelo comando do parágrafo 5º do art. 461 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, na determinação de que “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

No objetivo de aprimorar a legislação processual civil brasileira, para dar-lhe mais efetividade, a Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, já havia acrescentado o inciso V e um parágrafo único ao art. 14 do CPC (que cuida da litigância de má-fé), com a seguinte redação:

Artigo 14 – São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais antecipados ou finais.

Parágrafo único – A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e providências processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa. Não sendo paga a multa no prazo estabelecido, será inscrita como dívida ativa do Estado ou da União, conforme o Juízo competente.

O texto em referência, ao determinar que as sanções e multas nele previstas devem ser aplicadas ao responsável pelos atos atentatórios ao exercício da jurisdição, pretende restaurar, no campo da legislação ordinária, a garantia fundamental da personalidade da pena (CF, art. 5º, inciso XLV: — “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), corrigindo-se, assim, o equívoco processual de ordenar sempre a aplicação de multas punitivas, coercitivas ou ressarcitórias, à parte processual, sem considerar aqueles casos em que a parte processual é o próprio Estado e o agente infrator é o funcionário competente para a prática do ato.

Com idêntico propósito, o referido texto legal estabeleceu, também, nova redação ao art. 287 do CPC, que restou devidamente aparelhado e visivelmente ampliado, nestes termos:

Art. 287 – Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

Com a redação proposta pelo novo texto processual, os comandos coercitivos dos arts. 287, 461, § 4º, e 644 do CPC revestem-se de maior vigor para garantir o cumprimento das decisões judiciais, na distribuição de uma justiça rápida e efetiva, ainda quando a parte obrigada seja uma entidade estatal.

Esclareça-se, de logo, que o termo “liminar” não se relaciona com a natureza jurídica do provimento judicial, que se busca processualmente, nem com ele se confunde ou se identifica, como é de praxe fazê-lo doutrina e jurisprudência, aqui, no Brasil.

A palavra “liminar” está ligada à idéia de tempo no processo, vale dizer, à pressa ou urgência do provi-

mento judicial, que se pede, no processo. Por isso é que se diz, corretamente, que o juiz decidiu, liminarmente (advérbio de tempo) ou, na expressão latina: *in limine litis, inaudita altera pars*.

Desenganadamente, liminar não é provimento judicial, mas sim momento processual.

O provimento judicial, que se identifica, erroneamente, com a “liminar” do parágrafo 4º do art. 5º da Lei 4.717/1965, em referência, tem inegável natureza jurídica de tutela jurisdicional, mandamental-inibitória, com eficácia cautelar de prevenção do ilícito ambiental.

O poder geral de cautela do juiz confere-lhe poderes estatais, que autorizam a editar provimentos mandamentais-inibitórios (ordenando um *facere* ou um *non facere* ao agente público ou ao particular), a requerimento da parte interessada, ou de ofício, prevenindo e impedindo a continuação do ilícito ambiental, a ponto de livrar, oportunamente, o meio ambiente e a coletividade dos efeitos danosos da agressão ambiental.

Nessa inteligência, a concessão da tutela mandamental-inibitória será cabível, uma vez preenchidos os pressupostos legais, em qualquer tipo de processo ou ação judicial, em que se busque prevenir, de pronto, a prática danosa do ilícito agressor ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.2 Da Ação Civil Pública Ambiental

A ação civil pública ambiental era prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que outorga legitimação ao Ministério Público para ação de responsabilidade civil contra o poluidor por danos causados ao meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 14, § 1º).

Se a ação civil pública ambiental tem suas origens atreladas ao texto material da Lei 6.938/1981, seu perfil processual encontra-se definitivamente traçado no tecido instrumental da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, visando, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e à ordem urbanística (art. 1º, incisos I a VI).

A Lei 7.347/1985, que regula a ação civil pública ambiental, possibilita, também, ao juiz conceder a antecipação de tutela cautelar em defesa dos bens ambientais, com ou sem justificação prévia, na redação de seus arts. 4º, 11 e 12, nos termos seguintes:

Art. 4º – Poderá ser ajuizada ação cautelar para fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

(...)

Art. 11 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

De ver-se, ainda, que se aplicam à ação civil pública, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11/01/1973) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), por força do que dispõem os arts. 19 e 21 da referida Lei 7.347/1985.

Estão legitimados a propor, judicialmente, a ação civil pública ambiental, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista e, ainda, qualquer associação, que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei

7.347/1985, art. 5º, incisos I e II), sendo que o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da Lei (art. 5º, § 1º).

4. O fenômeno processual da coisa julgada nas ações ambientais de efeitos difusos

No âmbito do processo civil tradicional, em que se visa harmonizar, basicamente, conflitos interindividuais, ou entre grupos bem definidos e restritos de pessoas, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472).

Essa regra, contudo, não se aplica às ações coletivas, em que se busca a tutela de interesses difusos ou metaindividuais, como é o caso da defesa do meio ambiente, onde, normalmente, lesada é a coletividade.

Nesse novo enfoque processual, a sentença proferida, nos autos da ação civil pública ambiental, visando a tutela dos interesses transindividuais de natureza indivisível, projeta seus efeitos em relação a todos os interessados indeterminados, sem limitação territorial.

Correta, pois, nesse passo, é a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso, na fala de que “nos conflitos plurindividuais ou metaindividuais, a coisa julgada não pode funcionar como está regulamentada no CPC, porque, nessa dimensão coletiva, os legítimos contraditores formam legiões, sendo inviável identificá-los e citá-los para o contraditório, até porque o que mais importa é que o representante legalmente legitimado (art. 5º da LACP ou art. 82 do CDC) seja reconhecidamente idôneo”.

Nessa linha de pensar, também observa Kazuo Watanabe “que a finalidade do legislador foi conferir maior peso político às demandas coletivas, para que possa haver adequada solução dos conflitos coletivos, a fim de evitar decisões conflitantes e, ao mesmo tempo, aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado que vive de demandas fragmentárias”.

De acordo com a disciplina da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), nas ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá

intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 103, I). Os efeitos da coisa julgada, nesse caso, não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade (art. 103, § 1º).

A todo modo, as ações coletivas de interesses difusos não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104). Essa restrição, contudo, somente resulta dos efeitos condenatórios da sentença coletiva, pois a eficácia inibitória, resultante do julgamento coletivo, a todos aproveita, indiscriminadamente, com abrangência *erga omnes*.

Convém observar-se, ainda, que a limitação espacial dos efeitos da coisa julgada, na ação coletiva pelo acréscimo introduzido pela Lei 9.494, de 10/09/97, com a redação da Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/2001, alterando o texto do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24/07/1985), não se aplica às ações coletivas de interesses difusos ou transindividuais, mas tão-somente àquelas de interesse coletivo *stricto sensu*, que fazem coisa julgada *ultra partes*, cujos efeitos são limitados a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, arts. 81, II, e 103, II), como resulta das letras do art. 2º-A da referida Lei 9.494/1997, assim redigido: “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Essa disposição legal, de duvidosa constitucionalidade, não alcança a abrangência espacial dos interesses ou direitos difusos, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como assim caracterizados nas ações coletivas ambientais, cuja tutela mandamental tende a irradiar seus efeitos *erga omnes* por todos os lugares em que se tenham de produzir em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, feito bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

5. Tutela inibitória do risco ambiental, no caso exemplar dos transgênicos, no Brasil

O Juízo da Sexta Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal proferiu sentença, de minha lavra, com data de 10 de agosto de 1999, nos autos do Processo Cautelar 98.34.00.027681-8, ajuizado pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, em litisconsórcio com a Associação Civil Greenpeace e o Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama contra a União Federal, a Monsanto do Brasil Ltda. e a Monsoy Ltda., ordenando que as empresas promovidas apresentassem Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma preconizada pelo art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, mediante a formação de equipe multidisciplinar, competente e imparcial, pelo Poder Público, via Ibama, observando-se os trâmites regulamentares da Resolução 001/96 – Conama, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial, da soja transgênica (*round up ready*), no Brasil.

A referida decisão judicial impedira, ainda, as aludidas empresas, Monsanto do Brasil Ltda. e Monsoy Ltda., de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, já produzidas, até que sejam regulamentadas e definidas, pelo Poder Público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados, no País.

Ordenara, finalmente, a suspensão do cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CNTBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja *round up ready*, o que, certamente, ocorrerá, com a apresentação do Estudo Conclusivo de Impacto Ambiental, já referido. Enquanto se realiza tal Estudo, o plantio da soja transgênica será restrito ao necessário, para realização de testes e do próprio EIA/Rima, em regime monitorado e em área de contenção, delimitada e demarcada, com a proibição de serem comercializados os frutos obtidos com os aludidos testes, nas diversas fases que integram a feitura do EIA/Rima.

Estabeleceu a sentença, também, a aplicação de multa pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos, por dia, a partir da data do descumprimento de

qualquer das medidas por ela adotadas, aos agentes infratores públicos ou privados (Lei 7.347/85, art. 11), emitindo, assim, ordem mandamental-inibitória aos Srs. Ministros da Agricultura, da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente e da Saúde, para que não expeçam qualquer autorização às empresas referidas, antes de serem cumpridas as determinações judiciais, ali, contidas, ficando suspensas as autorizações que, porventura, tenham sido expendidas, nesse sentido.

O Juízo da sentença, que fora a primeira a ser prolatada, nessa matéria, no mundo globalizado, entendeu, com base nos fundamentos, aqui expostos, que o Poder Público não cumpriu a ordem constitucional, no caso em exame, quanto à exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para liberação do plantio, com fins comerciais, da soja transgênica (*Round up ready*). Apresentou-se o Poder Público, nesse contexto, em posição assumida de interesses privados, com um simples parecer técnico da CTNBio, visando atender ao pleito monopolista e ganancioso da Monsanto do Brasil Ltda. e de suas subsidiárias, sem atentar para a gravidade do princípio da prevenção, garantidor do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Por isso que, na aludida sentença, restou-lhe a imposição judicial, em nome de toda a sociedade globalizada, do dever constitucional de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), sem as interferências do abuso do poder econômico, dominador de mercados, repudiadas pela Constituição (CF, art. 173, § 4º).

No eco de tantas vozes autorizadas, no mundo da biotecnologia, a exigir prudência e segurança no trato de organismos geneticamente modificados (OGM), com vistas a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais, das plantas, dos seres vivos em geral e de todo o meio ambiente, impõe-se a observância rigorosa do princípio da precaução, na espécie.

A apresentação cientificamente fundamentada do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma preconizada pelo art. 225, § 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, como condição indispensável ao plantio, em escala comercial, da soja *round up ready*, resulta, em termos vinculativos, dos direitos fundamentais (vida, liberdade, segurança e meio ambiente ecologicamente equilibrado) de primeira e

quarta dimensão, com respaldo, inclusive, no Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (Montreal, janeiro de 2000) e nas disposições da Resolução 305-Ibama, de 12/06/2002, avalizadas pelo art. 1º da nova Lei de Biossegurança (Lei 11.105, de 24/03/2005).

No mundo atual, a hipertrofia do Poder Executivo, em muitos países, como no Brasil, tende a desconsiderar o valor e o significado da ordem constitucional legítima, a fim de que determinado plano de governo, gerenciador de interesses alienígenas, se sobreponha à intangibilidade do sistema constitucional vigente.

Nas vias desse contexto, os juízes devem exercer função relevante de cidadania, na defesa do Estado Democrático de Direito, pondo freios aos constantes abusos do Executivo arrogante e gerenciador de interesses estranhos à vontade soberana do povo, que assegura a Lei Suprema.

Assim o fora, pelo visto, na liberação do plantio da soja transgênica, para fins comerciais, aqui, no Brasil, sem a observância da exigência constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima), a ser constatada pela ação diligente do Idec e do Ministério Público Federal perante meu Juízo, avaliado por sólida e inquebrantável decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a consciência constitucional de que todos temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

Tal decisão, de eficácia mandamental – inibitória, tem força de lei entre as partes, já com a autoridade de ato jurídico perfeito e de coisa julgada formal, não devendo ser afrontada como o fora por Medida Provisória ou Decreto Presidencial, que não se prestam a funcionar, validamente, no plano normativo, como instrumentos reformadores de decisões judiciais, sob pena de seus agressores responderem por crime de responsabilidade, perante o Senado Federal (CF, arts. 52, I e II, e 85, VII) e de prevaricação junto ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, inciso I, alíneas b e c), sem prejuízo das sanções pecuniárias nela previstas.

6. Irrevogabilidade das decisões judiciais por medida provisória ou lei congressual

A Medida Provisória 131, de 25 de setembro de 2003, geneticamente modificada por interesses econômicos alienígenas e dominadores do mercado global, seguindo as pegadas da Medida Provisória 113, de 26 de março de 2003, convertida na Lei 10.688, de 13 de junho de 2003, afrontou, expressamente, sentença da Justiça Federal, que, desde 10 de agosto de 1999, proíbe o plantio, em escala comercial, da soja transgênica (*round up ready*), em todo o território nacional, até que se apresente Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma preconizada pelo art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal.

A malsinada Medida Provisória 131, de 2003, ao liberar o plantio e a comercialização da soja geneticamente modificada, em algumas regiões do país, sem o indispensável Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) incitou nossos agricultores à prática do crime de desobediência à ordem judicial, agredindo, expressamente, direitos fundamentais (vida, liberdade, segurança e meio ambiente ecologicamente equilibrado), em afronta às garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI), da independência e harmonia entre os Poderes da União (CF, art. 2º) e do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Se antes da vigência da Emenda Constitucional 32, de 2001, o abuso na edição e reedição de medidas provisórias caracterizava flagrante atentado ao Estado Democrático de Direito, por ato arrogante do Presidente da República ante a omissão agressora do Congresso Nacional, agora, esse abuso normativo se qualifica, já não mais pelo excesso editorial das medidas provisórias, feito exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, mas pela tipificação criminal do atentado expresso contra a Constituição Federal, especialmente quando o Presidente da República edita ato normativo contra o cumprimento das decisões judiciais.

Nesse contexto, não se deve ignorar que o princípio da responsabilidade dos governantes, nos governos democráticos, fora adotado, em plenitude, pela Constituição da República Federativa do Brasil, em termos graves e expressos (CF, arts. 85 e 86).

As decisões judiciais que proíbem a liberação dos transgênicos, no Brasil, até que se apresente o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, caracterizam-se como atos jurídicos perfeitos, que preenchem todos os requisitos legais para sua validade e foram concluídos na forma da lei processual em vigor e da Constituição Federal, gerando uma situação jurídica própria de coisa julgada formal, na consciência coletiva e difusa de que todos temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

Essas decisões judiciais têm força de lei entre as partes e efeitos difusos *erga omnes*, em matéria ambiental, e só podem ser reformadas pelo próprio Poder Judiciário, através das vias recursais adequadas, e nunca mediante atos normativos do Executivo ou do Legislativo, pois a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXV), sob pena de quebra do princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República e o total aniquilamento do Estado Democrático de Direito.

No plano da eficácia jurídica, não vale a Medida Provisória ou a lei que a converta em adoção normativa, mas valem as sentenças judiciais que lhe são anteriores e já proibiam o plantio, em escala comercial, da soja transgênica, no Brasil, sem o EIA/Rima, desde 1999, devendo as partes, no processo, e o douto Ministério Público Federal cobrar do Poder Judiciário o seu integral cumprimento, toda vez que forem contrariadas em sua autoridade e determinação mandamental, com as conseqüências de natureza civil e penal.

Se não for assim, sempre que as decisões do Poder Judiciário contrariem interesses do Poder Executivo ou mesmo os gerenciados das multinacionais, editar-se-á medida provisória, a tempo e gosto desses interesses, para anular-se as decisões da Justiça. E, a partir daí, já não teremos mais o Estado de Direito, nem segurança jurídica, nem mesmo paz e tranqüilidade social. Instaurar-se-á o total arbítrio e a truculência do Poder Executivo, no País, com o absolutismo das forças gananciosas do mercado internacional. Nesse contexto, só nos restará o velório da soberania nacional.

Nesse propósito, afiguram-se bem oportunos, ainda, os lúcidos comentários de João Barbalho sobre o

Poder Judiciário, ante a primeira Constituição Republicana do Brasil, na consideração de que

A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. (...) É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas, que se extinguem, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Executivo. A função do liberalismo, no passado, diz o eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo, na época atual, é opor um limite ao poder ilimitado dos Parlamentos. (...) Ai está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua autoridade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros Poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.¹⁰

Não destoa desse discurso histórico e sempre atual a posição defendida pelo eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na fala ativa de que a Magistratura não pode anular-se como poder político e nem deixar-se subjugar pelos que pretendam impor-lhe o vínculo da dominação institucional, convertendo e degradando o Poder Judiciário à condição de instância desqualificada de submissão, reduzida, de maneira inaceitável, em seu disponível grau de independência e liberdade.

Nesse tom, já advertia Pimenta Bueno, nos idos de 1857, com estas letras:

Tirai a independência do Poder Judiciário e vós lhes tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis mais magistrados, e sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder (...). Não é, pois, no amor ou no interesse dos juizes, que o princípio vital de sua independência

¹⁰CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Freitas Bastos, 1902, p. 322.

deva ser observado como um dogma, e sim por amor dos grandes interesses sociais.¹¹

A Medida Provisória 131, de 2003, ignorou a autoridade das decisões judiciais, na liberação da soja geneticamente modificada, agredindo os postulados constitucionais da segurança jurídica, no País. Apresentou-se, assim, perante a sociedade brasileira, como ato normativo flagrantemente inconstitucional, sem nenhum efeito jurídico.

Essa Medida Provisória, ainda que, abusivamente, já convertida em lei, é *res nullius*, é um nada jurídico, porque golpeia a Constituição da República e atenta contra o Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica da Nação, caracterizando-se como ato emissor da ganância capitalista, na orquestração desmoralizadora do Poder Judiciário, visando descredenciá-lo perante a sociedade global. Levanta-se tal Medida, como perigoso precedente normativo, em favor dos detentores do poder do capital contra a ação humanitária do Poder Judiciário, que não se deixa encantar pelo canto mágico e ilusório das sereias, nas vitrines do mercado universal das multinacionais, nem se rende ao imaginário da “Besta do Apocalipse”, no banquete financeiro dos mercados, para comungar da hóstia transgênica de Satanás, porque já se comprometeu com a vida e a liberdade das pessoas, no contexto social, onde a esperança, sequer, venceu o medo, na construção de um mundo melhor para todos.

A propósito desse tema, a douta Procuradoria-Geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança 11.105/2005, manifestou-se, perante o Supremo Tribunal Federal, considerando que essa Lei violou, também, a coisa julgada e desrespeitou o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, nestes termos:

Os arts. 30, 34, 35 e 36 da Lei 11.105/2005 não consideraram duas decisões judiciais em plena vigência exaradas no âmbito da Ações Civis Públicas interpostas pelas associações civis Idec e Greenpeace contra a União Federal, para que não houvesse liberação para plantio comercial da soja geneticamente modificada Roundup Ready, resistente ao herbicida Roundup (Glifosato) sem o estudo prévio de impacto ambiental.

A sentença proferida em medida cautelar pela 6ª Vara da Justiça Federal, exarada ainda no ano de 1999, posteriormente mantida pelo TRF da 1ª Região, determina a proibição do plantio de soja geneticamente modificada sem a realização de estudo prévio de impacto ambiental e a sentença de mérito, do ano de 2000, mantém os termos da cautelar e julga a necessidade do estudo de impacto ambiental realizado nos termos da Lei 6.938/1981, para a liberação do plantio comercial da soja Roundup Ready.

O art. 35 da Lei 11.105, ao estabelecer que “ficam autorizadas a produção e a comercialização de sementes de cultivares de soja geneticamente modificadas tolerantes a glifosato, registradas no Registro Nacional de Cultivares – RNC do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento”, afastou a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para o plantio e comercialização de “soja transgênica” — não importa de que safra —, desrespeitando decisão judicial válida e eficaz proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de processo cautelar. Com efeito, na Apelação Cível 2000.01.00.014661-1/DF, a Desembargadora Federal Assusete Magalhães, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmou a sentença cautelar da lavra do então Juiz Federal de 1º grau, Antônio Prudente, nos termos da seguinte ementa:

“Constitucional e Processual Civil. Ação cautelar. liberação do plantio e comercialização de soja geneticamente modificada (soja round up ready), sem o prévio estudo de impacto ambiental. Art. 225, § 1º, IV, da CF/1988 c/c arts. 8º, 9º e 10., § 4º, da Lei 6.938/1981 e arts. 1º, 2º, caput e § 1º, 3º, 4º e anexo I, da Resolução Conama 237/1997. Inexistência de normas regulamentadoras quanto à liberação e descarte, no meio ambiente, de OGM. Princípios da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Poder geral de cautela do magistrado. Inexistência de julgamento *extra petita*. Art. 808, III, do CPC. Inteligência.

I – Improcedência da alegação de julgamento *extra petita*, mesmo porque, na ação cautelar, no exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide.

II – A sentença de procedência da ação principal não prejudica ou faz cessar a eficácia da ação cautelar, que conserva a sua eficácia na pendência do processo principal — e não apenas até a sentença — mesmo porque os feitos cautelar e principal têm natureza e objetivos distintos. Inteligência do art. 808, III, do CPC.

¹¹ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da constituição do Império*, Senado Federal, 1978, p. 324.

III – Se os autores só reconhecem ao Ibama a prerrogativa de licenciar atividades potencialmente carecedoras de degradação ambiental, não há suporte à conclusão de que a mera expedição de parecer pela CTNBio, autorizando o plantio e a comercialização de soja transgênica, sem o prévio estudo de impacto ambiental, possa tornar sem objeto a ação cautelar, na qual os autores se insurgem, exatamente, contra o aludido parecer.

IV – O art. 225 da CF/1988 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado “a bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (art. 225, § 1º, IV, da CF/1988).

V – A existência do *fumus boni iuris* ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito material invocado, encontra-se demonstrada especialmente: a) pelas disposições dos arts. 8º, 9º e 10º, § 4º, da Lei 6.938, de 31/08/1981 —recepção pela CF/1988 — e dos arts. 1º, 2º, *caput* e § 1º, 3º, 4º e Anexo I da Resolução Conama 237/1997, à luz das quais se infere que a definição de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a que se refere o art. 225, § 1º, IV, da CF/1988, compreende “a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas”, tal como consta do Anexo I da aludida Resolução Conama 237/1997, para a qual, por via de consequência, necessário o estudo prévio de impacto ambiental; b) pela relevância da tese de que o parecer conclusivo da CTNBio não tem o condão de dispensar o prévio estudo de impacto ambiental, para o plantio, em escala comercial, e a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, especialmente ante séria dúvida quanto à constitucionalidade do art. 2º, XIV, do Decreto 1.752/1995, que permite à CTNBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental — de competência do IBAMA — em se tratando de liberação de organismos geneticamente modificados, no meio ambiente, em face do veto presidencial à disposição constante do projeto da Lei 8.974/1995, que veiculava idêntica faculdade outorgada à CTNBio. Precedente do STF (ADin 1.086-7/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, *in DJU* de 16/09/1994, p. 24.279); c) pela vedação contida no art. 8º, VI, da Lei 8.974/1995, diante da qual se conclui que a CTNBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte, no meio ambiente, de organismos geneticamente

modificados, sob pena de se tomarem ineficazes outras disposições daquele diploma legal, pelo que, à míngua de normas regulamentadoras a respeito do assunto, até o momento presente, juridicamente relevante é a tese de impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente; d) pelas disposições dos arts. 8º, VI, e 13, V, da Lei 8.974/1995, que sinalizam a potencialidade lesiva de atividade cujo descarte ou liberação de OGM, no meio ambiente, sem a observância das devidas cautelas regulamentares, pode causar, desde incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e lesão corporal grave, até a morte, lesão ao meio ambiente e lesão grave ao meio ambiente, tal como previsto no art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei 8.974/1995, tipificando-se tais condutas como crimes e impondo-lhes severas penas.

VI – A existência de uma situação de perigo recomenda a tutela cautelar, no intuito de se evitar — em homenagem aos princípios da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar —, até o deslinde da ação principal, o risco de dano irreversível e irreparável ao meio ambiente e à saúde pública, pela utilização de engenharia genética no meio ambiente e em produtos alimentícios, sem a adoção de rigorosos critérios de segurança.

VII – Homologação do pedido de desistência do IBAMA para figurar no polo ativo da lide, em face da superveniência da Medida Provisória 1.984-18, de 01/06/2000.

VIII – Preliminares rejeitadas. Apelações e remessa oficial, tida como interposta, improvidas.

Essa decisão inovadora e unânime da 2ª Turma do TRF da 1ª Região, como dito, ratificou sentença cautelar e, muito embora tenha sido alvo de recurso especial, encontra-se válida e eficaz, haja vista a inexistência de efeito suspensivo. Observa-se que tanto o referido acórdão como a sentença proferida pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal na Ação Civil Pública 1998.34.00.027681-8 foram confirmados por outro acórdão da 5ª Turma do mesmo TRF da 1ª Região, que proveu agravo regimental interposto pelo MPF contra a decisão monocrática da Desembargadora Federal, Selene Maria de Almeida, que concedia efeito suspensivo à apelação da União e da Monsanto.

Vê-se, pois, que o Poder Judiciário, no exercício de sua missão constitucional, apreciou e definiu o alcance de dispositivo da Carta Maior, decidindo pela necessidade do estudo prévio de impacto ambiental como condição para o plantio em escala comercial de espécies geneticamente modificadas.

Ora, ninguém pode olvidar que o Poder Judiciário é o detentor do mister constitucional de interpretar e aplicar a norma jurídica aos casos concretos. Foi precisamente isso que se fez no caso em questão: diante de pretensão levada a sua apreciação, o Poder Judiciário proferiu decisão, impondo à União, uma das demandadas, o cumprimento de uma prestação, em caráter mandamental, qual seja a de exigir a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental para liberação de sementes geneticamente modificadas.

Mesmo ciente do teor do provimento jurisdicional, o Poder Executivo, mais de uma vez, deixou de cumprir o aludido acórdão em pleno vigor, editando diversas medidas provisórias, isentando as sementes e plantas transgênicas, obtidas clandestinamente, sem a realização do EIA/Rima, como aconteceu com a Medida Provisória 131, de 25 de setembro de 2003, convertida na Lei 10.814/2003, objeto da Adin 3.109-1.

A par do flagrante desrespeito ao Poder Judiciário, o Poder Legislativo afronta a Constituição e o princípio da independência e harmonia entre os poderes, porquanto se vale de um subterfúgio, no caso um casuísmo da lei para consolidar situação de fato, desde o seu início, ilegal, para novamente furtar-se ao cumprimento de uma condenação judicial. Não há dúvida de que, se decisão judicial, ainda que não transitada em julgado, definiu o alcance de uma *norma constitucional* afirmando que a introdução de espécies geneticamente modificadas insere-se no âmbito do art. 225, § 1º, IV, da Constituição da República, o Legislador não poderia desautorizar o comando emanado do Poder Judiciário.

Isso porque a proteção constitucional do ato jurídico perfeito e da coisa julgada material e formal não pode ser reduzida às sentenças transitadas em julgado. Do contrário, as decisões judiciais, em antecipação de tutela, não teriam efeito nenhum, se a coisa julgada material não fosse, por igual, estendida às sentenças e acórdãos regularmente proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário, cuja validade e comando, ainda que temporários, não se discute.

A extrapolação pelo Poder Executivo, agora com a ajuda do Poder Legislativo, de suas funções é evidente porque, mesmo sendo parte interessada e sujeito passivo de uma condenação judicial, usou instrumento legislativo de estatura inferior à da norma interpretada e aplicada para esquivar-se do cumprimento de

um dever constitucional, comprometendo, dessarte, o princípio da harmonia e independência dos Poderes, desenhado no art. 2º da Constituição Federal.

Daí porque são inconstitucionais os dispositivos legais, previstos nos arts. 30, 34, 35 e 36 que autorizam, convalidam e reiteram registros provisórios de sementes geneticamente modificadas, e permitem a produção, comercialização e o plantio de soja transgênica em desrespeito à regra da exigência do EIA como condição prévia a liberação no meio ambiente dessas sementes de grãos geneticamente modificadas, conforme consta do acórdão validamente exarado pelo TRF da 1ª Região (Adin 3.526).¹²

Nesse contexto, há de ver-se que o Juiz do Terceiro Milênio está autorizado pela consciência da cidadania plena e pela ordem jurídica justa a decidir, com total independência, em juízo sumário, com base na verossimilhança das alegações e probabilidades da vontade da lei, já não mais aceitando a condição passiva de locutor impotente e amordaçado pela norma legal, como assim o quis Montesquieu, no passado, e assim o querem, no presente, os condutores da globalização econômica e do capitalismo financeiro e colonialista, no mercado internacional.

Estamos vivendo, hoje, sem dúvida, na plenitude do poder geral de cautela do juiz, que de há muito rompera as mordaças da doutrina liberal, para garantir o retorno do cidadão, neste novo século, capaz de reedificar o mundo pela consciência dos homens, no exercício de uma comunhão difusa de sentimentos e de solidariedade, que se ilumina na inteligência criativa e serviente à aventura da vida, no processo de construção de uma democracia plenamente participativa, na defesa oportuna e inadiável do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

7. Conclusão

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário está sendo permanentemente convocado, com os demais Poderes Públicos e toda coletividade, a de-

¹²PETIÇÃO INICIAL da Ação direta de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança 11.105/2005 – ADIN 3.526/2005.

fender e preservar o meio ambiental ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), que repudiem qualquer postura de inércia ou omissão, ante os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural, visando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da *precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), e a conseqüente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, §1º, IV).

Essa tutela cautelar do Meio Ambiente, constitucionalmente estabelecida (CF, art. 225, *caput*) viabiliza a garantia fundamental e difusa do direito à vida, à liberdade e à segurança de todos (CF, art. 1º, *caput*) na instrumentalidade do fenômeno jurídico da Biossegurança, caracterizada pelo conjunto de normas legais e regulamentares, que estabelecem critérios e técnicas para a manipulação genética, com a finalidade de evitar danos ao Meio Ambiente e à saúde humana, no contexto amplo da diversidade biológica.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/1981) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a ma-

nutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, incisos I e VI).

Dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, exigem-se “a avaliação de impactos ambientais” e “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” (art.9º, III e IV), estabelecendo-se, ainda, que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente e do IBAMA, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (art. 10 e respectivo parágrafo 4º, com a redação dada pela Lei 7.804, de 18/07/1989).

A imposição de medidas de precaução já fora recomendada, em junho de 1972, pela Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, com a advertência de que “atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas conseqüências ambientais” e, ainda, encontra abrigo na Declaração do Rio de Janeiro, decorrente da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992, que, nas letras de seu princípio 15, assim proclamou: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

No mesmo sentido, a Convenção Internacional de Diversidade Biológica, realizada em 1998, também disse que “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar esta ameaça”.

De ver-se, pois, que a tutela específica, liminarmente antecipável, como já prevista no parágrafo 3º do art. 461 do CPC, identifica-se, em seus pressupostos de admissibilidade, como aquela inserida no art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/1951, bem assim com a antecipação de tutela cautelar, constante do parágrafo 7º do art. 273 do

CPC, com a redação determinada pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, em harmonia com o art. 5º, § 4º, da Lei 4.717/1965 (ação popular) e com os arts. 4º, 11 e 12 da Lei 7.347/1985 (ação civil pública) com força mandamental-inibitória, aplicável até mesmo, de ofício, em matéria ambiental, por imposição do comando constitucional da tutela cautelar do meio ambiente (CF, art. 225, *caput*) e da instrumentalidade dos parágrafos 4º, 5º e 6º do aludido art. 461 do CPC, com a redação dada pela referida Lei 10.444/2002.

A tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, como instrumento de eficácia do princípio da precaução, resulta, assim, dos comandos normativos do art. 5º, *caput* e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo 2º, c/c o art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável e da minimização de riscos para as presentes e futuras gerações, em toda sua dimensão cósmico-difusa, planetária e global.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 572/573.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Senado Federal, 1978, p. 324.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Freitas Bastos, 1902, p. 322.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Vol. II, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 143/144.

– *Tutela Jurisdicional. Ensaio (Trabalho Avulso)*. Inédito, São Paulo, pp. 11/12.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *A Carta Constitucional do Meio Ambiente da França e o Brasil*. Revista Bimestral de Direito Público – Ano VI – 2005 – nº 30 – Porto Alegre (RS) -. 58.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Questão do Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Curitiba, Juruá, 1999, 163/195.

– *Técnica Processual e Tutela de Direitos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 375.

PARIS. Carta da Terra. Aprovada pela UNESCO, em 14 de março de 2000.

PARIS. França. *Charte de L'environnement*. Promulgada em 2 de março de 2005.

PETIÇÃO INICIAL da Ação direta de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança 11.105/2005 – ADIN nº 3.526/2005

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*, Del Rey, 1993, pp. 26/27.

Constituição dirigente e democracia. A constituição dirigente (ainda) como suporte normativo do desenvolvimento do projeto de modernidade periférica do Brasil

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

Introdução

Vinte anos da Constituição! e o projeto constitucional brasileiro tenta avançar no caminho da construção de uma sociedade livre, justa e fraterna sobre os trilhos do Estado Democrático de Direito. Todavia, não se pode deixar de perceber que as promessas estabelecidas na Carta, que constituem, de uma maneira geral, fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, ainda não foram cumpridas. De fato, o déficit de políticas sociais ainda não realizadas é enorme. Se a realidade portuguesa permite divisar avanços em face do projeto da União Européia em que se situa, e se em nome da supranacionalidade lá se propaga aos quatro cantos que *a Constituição Dirigente se encontra* morta, como, aliás, parece estar convencido o próprio Canotilho, aqui, contudo, a situação é diversa e uma análise mais aprofundada revela que o constitucionalismo dirigente ainda se avulta como projeto constitucional para o Brasil.

Com efeito, a consideração do Estado Democrático de Direito como um *locus* privilegiado na ordem global heterárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, faz com que a Constituição assuma papel importante quando ela se apresenta aquiescida pela função mediatizadora de *inclusão*. Deveras, a opção pela compatibilidade e fortalecimento do Estado Democrático de Direito com o pluralismo político-jurídico da sociedade global descortina, necessariamente, qualquer que seja a via teórica a ser palmilhada, a questão dos direitos humanos no contexto da incessante luta por justiça social ao amparo de mecanismos voltados para divisar meios assecuratórios da igualdade. Nesse espaço, alerta Böckenförde que "*si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al*

Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este."¹

Portanto, a igualdade de que se fala é a igualdade material, projetada não apenas a partir da fundamentabilidade dos direitos humanos (formal), mas a partir de efetiva responsabilidade do Estado e da sociedade visando à inclusão. Bolzan chama a atenção para estas duas vertentes de concretização dos direitos humanos. Segundo ele:

Em primeiro lugar deve-se pensar em uma vertente de concretização pelo Estado, ou seja, é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios (...) De outra banda seria preciso pensar a questão da concretização dos direitos humanos a partir de uma perspectiva social (concretização pela sociedade) (...) poder-se-ia supor uma processo de autonomização social — o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista — que conduzisse a uma apropriação coletiva das incumbências necessárias à efetivação de tais conteúdos. Tal efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio âmbito da sociedade e pelos atores sociais os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, intransponíveis, próprias às características estruturais do Estado Contemporâneo, como Estado do Bem-Estar Social em suas diversas experimentações práticas.²

Na concretização dos conteúdos é preciso se ter presente que a questão desborda dos limites da posi-

*Juiz Federal e professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF e doutorando em Direito pela UNISINOS/RS.

¹BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 32.

²BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 73-78, passim.

tividade. Se de um lado essa atuação descortina uma fundamentabilidade formal ou narrativa dos direitos humanos que está, nalgumas hipóteses a exigir vinculação do legislador para sua densificação, por outro lado, o exame dessa questão não pode desconsiderar a metanarratividade desses conteúdos que apontam para um processo integralizador a partir das chamadas *cláusulas constitucionais abertas* a exemplo do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira que introjeta conteúdos a partir de sua principiologia, bem como de normas de direito internacional, e ainda a *aplicabilidade direta* desses conteúdos, cuja serventia “embora não suficiente, no âmbito das *liberdades negativas*, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais — ditas *liberdades positivas*” onde a atuação estatal, para além da atuação do legislador, exige “que se agregue uma atuação promotora dos mesmos, a qual se funda em geral na *ação executiva* do Estado (...). Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais através da ação política — políticas públicas-estatal.”³, mas que se desdobra, também e igualmente em mecanismos voltados para a garantia desses direitos por meios emancipatórios previstos ou que decorram do próprio sistema constitucional como é o caso das ações afirmativas em defesa do princípio da igualdade que “é guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) (...) E sua transformação essencial oferece-se à mostra, clara e indubitavelmente, no art. 3º, I, III e IV...”⁴

Nesse contexto, o comprometimento com a efetivação do potencial emancipatório da Constituição de 1988 descortinou, entre nós, aquilo que se conveniou chamar *constitucionalismo brasileiro da efetividade*⁵ que se desenvolve sob três constatações: 1) a

garantia das liberdades individuais a partir, inclusive, da abertura do Texto e sob o influxo do *direito diretamente aplicável*; 2) a luta contra o discurso neoliberalista em defesa dos direitos sociais amplamente fundamentabilizados na Carta; e 3) a proposta constitucional dirigente marcada por um projeto de futuro.

É a partir daí, que, nas linhas seguintes, queremos submeter algumas reflexões sobre o projeto constitucional brasileiro, inserido no contexto dos países periféricos, e julgadas oportunas nesse momento em que a Constituição de 1988 completa vinte anos de existência.

Repensando a igualdade sob o influxo da fundamentabilidade dos direitos humanos no fio condutor da constituição dirigente

A fundamentabilidade de direitos e responsabilidades coloca em relevo o papel da constituição, do *pacto social*, sendo por ora, ao menos neste ensaio, irrelevante investigar onde realmente se projetará com maior intensidade, se no espaço local, regional, nacional, supranacional ou mundial, o que deverá constituir a preocupação dos teóricos e, quem sabe, conduzir à efervescência de um neoconstitucionalismo. Considerando, todavia, os dias presentes, a irradiação dessa fundamentabilidade se deslancha a partir da constituição do Estado Nacional, que na esteira das colocações aqui alçadas avulta-se o lugar apropriado para projetar a redução do *défict social* e *democrático*, pois o *constitucionalismo planetário*, lembra Bolzan, ainda é uma incógnita, conquanto coloque superlativamente a questão democrática.⁶

O respeito aos direitos e a eficácia de suas garantias somente podem existir numa estrutura política onde se apresenta inquestionável a autonomia do Poder Judiciário. Vale dizer que repousa na independência dos tribunais a garantia de realização da vontade popular plasmada na ordem jurídica estabelecida, bem como a eficácia de todo o elenco dos direitos fundamentais e suas garantias, que não devem se expor ao desrespeito do arbítrio político, posto que a todo ato atentatório, nesse sentido, estarão sempre colocados à

³ Idem, p. 74.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996, p. 289.

⁵ A expressão é apresentada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2003, p. 13.

⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 90.

disposição dos governados todos os mecanismos assecuratórios dos direitos.

Nesse desdobramento, é correto afirmar que no paradigma democrático, a eficácia dos direitos fundamentais se volta para satisfação da igualdade material, que implica na liberdade real, mercê da vivência não apenas da liberdade, da igualdade, mas de igual forma, da fraternidade como direito de terceira geração de difícil implementação, conquanto alardeado desde a Revolução Francesa. Sob o manto da solidariedade, esse novo paradigma aponta para o direito ao desenvolvimento, à paz e à própria democracia, que, em conjunto, se dirigem para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como, aliás, aponta Bobbio⁷.

Para a vivência dos direitos humanos sob tal contextura, teremos que considerar não apenas a fundamentabilidade formal, basicamente relacionada à positivação dos direitos, como igualmente uma fundamentabilidade material que partindo daquela projeta-se metapositivamente ao escopo de ampliar a concepção, elenco e vivência dos direitos humanos.

Num primeiro plano, portanto, a fundamentabilidade está associada à idéia de constitucionalização dos direitos. Com efeito, voltemos ao comando vazando no art. 16 na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ali está escrito que “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” A idéia, desde o influxo do liberalismo até os nossos dias, ainda é a mesma: se os direitos estiverem solenemente reconhecidos serão observados, o que não se mostra inteiramente verdadeiro, tal como adiante se verá quando enfrentarmos a fundamentabilidade material, e a análise se voltar para a eficácia dos direitos fundamentais. Por ora, no entanto, o exame da questão ficará reduzido a enfrentar a constitucionalização dos direitos humanos.

Pode-se perceber, com efeito, que desde 1789 a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão precisava o alcance das matérias que uma constituição deve comportar. Ao lado das normas que criam, organizam, estruturam e estabelecem a competência dos órgãos que vão exercer o poder, têm-se as normas garantidoras de direitos. Convém verificar que

até mesmo em face da redação do art. 16 daquela Declaração, os direitos humanos estariam sendo garantidos pela constituição, o que leva à correta idéia de que eles precedem, porque inerentes e essenciais à natureza humana, de modo que uma constituição jamais poderia estabelecer tais direitos, senão apenas reconhecer, garantir, assegurá-los⁸.

De qualquer sorte, de uma forma ou de outra, isto é, seja garantindo ou mesmo estabelecendo, o fato é que as constituições apresentam um elenco de direitos que estariam assegurados ao indivíduo isoladamente considerado e ao indivíduo considerado em relação aos outros (direitos sociais), além de estabelecerem direitos voltados para assegurar uma vida fraterna e feliz como o direito à paz, ao desenvolvimento, às relações de consumo sadias, ao meio ambiente equilibrado e à própria democracia. Considerados, nessa conformidade, matéria de constituição, decorre, desde aí, a primeira dimensão da fundamentabilidade formal dos direitos humanos porquanto as normas que deles tratam, na condição de normas fundamentais do sistema jurídico, situam-se em grau superior na hierarquia das normas⁹. Como corolário, tem-se que as normas definidoras de direitos fundamentais encontram-se submetidas ao procedimento formal estabelecido para a reforma e constituem limitação material para o exercício desse poder.

Com relação a essa dimensão da fundamentabilidade dos direitos humanos, quer se dizer que seu elenco estabelecido pela Carta não comporta redução. E a alteração do quadro normativo para ampliar submetese aos requisitos formais para reforma constitucional. Essa linha de raciocínio vem recebendo forte oposição em defesa de modificações constitucionais restritivas

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 11.

⁸ “Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano II, que dispunha: *‘le peuple français reconnaît l’existence de l’Être suprême et l’immortalité de l’âme’*; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 71-72 (nota de rodapé). Veja-se a pretensão do Estado. Realmente apenas a manifestação de ateísmo ou de materialismo é que poderia ser inibida pela norma, porém jamais teria a indigitada norma o condão de fazer qualquer cidadão francês acreditar na existência de um ente supremo e imortalidade da alma.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

de direito. Tem-se defendido, com efeito, até mesmo que não se pode admitir a invocação de direito adquirido em face da constituição. E assiste-se no cenário político brasileiro e internacional à luta dos cidadãos em defesa dos direitos ao longo do tempo conquistados, insistindo na vedação de retrocesso, ao passo que governos, sequiosos de resultados e eficiência, de outro lado, irrompem uma política de redução sem precedentes dos direitos historicamente incorporados ao patrimônio social se dizendo fundados no princípio da solidariedade social e na cláusula da reserva do possível inerente ao pacto político. Esse problema já havia sido divisado por Jellinek e é reafirmado por Alexy:

Los derechos fundamentales no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, es decir, el legislador posee competencia para restringirlos según lo desee, aunque en determinada forma. La libertad inconstitucional se convierte en una teoría tal, como lo formulara Georg Jellinek, en "libertad de coacciones ilegales, la importancia material de los derechos fundamentales es nula."¹⁰

Na verdade, a fundamentabilidade formal das normas consagradoras de direitos humanos aponta para a circunstância de que tais normas estabelecem vinculabilidade imediata aos órgãos que vão exercer o poder público, constituindo substrato material e parâmetros a serem observados pelos agentes do Estado no momento da opção política, da tomada de decisão e nas ações e controles a cargo dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais. É dizer, na ação dos agentes estatais devem estar preservados os direitos consagrados. Não é por outra razão que as normas definidoras de direitos gozam de aplicabilidade imediata, impondo-se, desde aí, a sua integral observância e expungindo comportamentos ainda que omissivos ou negligentes da parte dos agentes do Estado. A Constituição da República Portuguesa, com extremado acerto, foi mais além para estabelecer esta vinculação também em relação às entidades privadas. Com efeito, dispõe o art. 18, § 1º, que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." Já a Carta brasileira, na esteira de sua congênere, proclama que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º), sem fazer distinção alguma em relação à vinculabilidade de

agentes ao preceito, deve-se entender que aí se subsumem não apenas os agentes de poder, mas igualmente a atividade privada. Não há dúvida que seu comando emergente atinge tanto os agentes públicos quanto as entidades privadas. A Constituição da República Federal da Alemanha estabelece igualmente que "Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como preceitos directamente aplicáveis" (artigo 1º, § 3º). E normas sempre neste sentido podem ser observadas em tantas outras constituições. Não poderia ser de outra forma.

Com isso, pretende-se que a constituição se imponha de tal sorte que os preceitos definidores de direitos fundamentais não possam ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política, lembra Canotilho¹¹, para quem o problema do *direito directamente aplicável* está no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de *interpositio legislativa*.¹²

¹¹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 13.

¹²É o que acontece, registra Canotilho, "com a acritica transparência do princípio a aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, (...) § 1º, da Constituição Brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais." (CANOTILHO, 1996, p. 13). O pensamento do mestre lusitano cliva-se já a partir da reformulação da concepção de constituição dirigente — que mais adiante exploraremos — que realoca o constitucionalismo dirigente no plano da sociedade global introduzindo profundas modificações na concepção inicial. E por isso que — e agora voltando à questão ora analisada — prossegue afirmando que "A incompreensão teórico-dogmática da aplicabilidade directa de normas constitucionais e, sobretudo, da *normatividade* da constituição leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-constitucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissões ou do mando de injunção (...) Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimônia normativa quanto a positivação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição (...) o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida." (CANOTILHO, 1996, p. 13- 14). Vislumbrar o constitucionalismo dirigente como um projeto para resgate das promessas não cumpridas nos países

¹⁰Idem, p. 504.

Atento a este aspecto, Barroso, voltando atenção para o potencial emancipatório da Constituição brasileira, preocupa-se com a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, considerando a opinião doutrinária dominante de que tais normas são de natureza programática, voltadas para estabelecer fins, objetivos a serem alcançados pelo Estado, e que, por isso, são de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, não se encontrando aptas, de regra, para produzirem efeitos jurídicos sem o desdobramento a cargo da legislação infraconstitucional¹³, sustenta, num desdobramento enriquecido e ampliado do pensamento de José Afonso da Silva, que tais normas irradiam efeito vinculante perante os agentes do Estado, impondo, no mínimo, uma abstenção diante da finalidade eleita, impedindo, assim, condutas tendentes a contrariá-las. A esse efeito das normas programáticas, decorrente, sem dúvida, da vinculabilidade de seu preceito à guisa de viabilizar a fundamentabilidade dos direitos humanos na dimensão da igualdade e da fraternidade, o referido autor denomina *eficácia negativa*, na medida que impõe abstenções e proíbe condutas positivas tendentes a arrostar a finalidade consagrada na norma. Por isso

da modernidade periférica implica aceitar-se a metanarratividade dos direitos humanos e a introjeção no sistema de instrumentos para garantir eficácia.

¹³Para José Afonso da Silva, “podemos indicar *condições gerais de aplicabilidade* das normas constitucionais programáticas. Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais de que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia mediante lei ordinária (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Uma e outra, contudo, pode ser aplicada independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais) situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do poder público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo (...). Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)” (SILVA, op. cit. p. 146-147).

mesmo, essa eficácia negativa que a vinculabilidade irradia também tem sido reconhecida como *efeito paralisante de normas programáticas*. Trocando em miúdos, como sempre lembra Barroso, seria em nome da materialização do adágio popular “se não puder ajudar, que não prejudique” que se poderia divisar atos inconstitucionais diante de preceitos constitucionais programáticos¹⁴.

A circunstância de a constituição se encontrar, nessa contextura, vinculada a procedimentos formais e materiais tem grandes conseqüências para todo o sistema jurídico, na medida em que as normas de direitos humanos apontam para os conteúdos que se apresentam como *possíveis*, aqueles que são constitucionalmente *necessários* e aqueles que são *impossíveis* revelando o núcleo de sua fundamentabilidade formal, como aponta Alexy¹⁵.

¹⁴Segundo Barroso, “As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente. Segundo proclama abalizada doutrina, delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, *atípico* (...) elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la. Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se juridicamente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.” (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 117-118 e 157).

¹⁵ALEXY, 1993, p. 505.

A importância do conteúdo das normas definidoras de direitos humanos na clivagem dessa conformação é desvelada por Canotilho:

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade. *Prima facie*, a fundamentabilidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentabilidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentabilização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentabilidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Low Libertaties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentabilidade material pode fornecer suporte para : (1) abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais mas não formalmente (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (Baldassarre) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.¹⁶

Deveras, numa análise apressada poder-se-ia chegar à conclusão de que o cerne da fundamentabilidade material dos direitos humanos já estaria contido dentro da própria fundamentabilidade formal. A essa conclusão chegará o exegeta que admitir que toda norma materialmente constitucional é necessariamente formalmente constitucional, o que revela um equívoco. De efeito, toda norma insculpida numa constituição passou pelo crivo de um poder constituinte — seja democrático (assembleia constituinte), seja autocrático, quando a constituição foi elaborada a contadas mãos, senão pelas mãos exclusivas de um ditador — ainda que este poder constituinte seja o derivado e a norma adjuntada ao texto original o foi pelas mãos do poder de reforma legitimamente exercitado dentro dos limites traçados na própria constituição. Todavia, uma constituição não se resume ao documento escri-

to. Pode-se divisar, com efeito, normas constitucionais que não obstante não se encontrarem expressas no texto, integram a constituição de um Estado. A idéia, é bem de ver, não é nova. Ferdinand Lassalle, na segunda metade do século XIX, já apontava para a existência de uma constituição material, sociológica, que se identificava com os “fatores reais do poder” em oposição à constituição escrita identificada como uma folha de papel.¹⁷

Nessa compleição, concebe-se a existência de normas que não constam expressamente do texto de uma constituição, mas que revelariam conteúdo de constituição, o que conduziria a afirmação de que há normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais, partindo-se do pressuposto de que a constituição deve ser entendida como um sistema aberto de normas e princípios. E para entender a constituição dessa maneira é pressuposto que se considere o direito como um sistema ao mesmo tempo fechado e aberto. Quer-se dizer, em outras palavras, que não se reduza o direito apenas às normas expressas, no âmbito de uma racionalidade jurídica pós-positivista.

O objetivo de conceber-se a fundamentabilidade dos direitos humanos sob esse pano de fundo volta-se para imprimir eficácia às normas definidoras de direitos e, portanto, revelar a função mediatizadora da constituição em defesa de inclusão. Voltadas para esse aspecto, as constituições contemporâneas têm revelado essa preocupação na medida em que estabelecem objetivos, programas, finalidades a serem alcançadas pelo Estado. Nesse sentido tem-se divisando o caráter compromissário das constituições ao escopo de criar condições de igualdade, garantido, dessa forma, a liberdade real.

Tudo começou depois do segundo pós-guerra, quando o constitucionalismo começou a enxergar que as democracias conviviam com um aparato formal espetacular onde se asseguravam eleições periódicas, sufrágio universal, ampla liberdade de expressão, inclusive com liberdade de imprensa levada a extremos, multipartidarismo, sem que, contudo, pudesse-se dizer que a sociedade fosse verdadeiramente democrática. As deficiências do liberalismo democrático apontaram para uma guinada na Teoria da Constituição, que pas-

¹⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 509-510.

¹⁷LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 19.

sou a se preocupar com ideais igualitários, sobretudo nos Estados de modernidade tardia, como o Brasil, onde se passou a divisar limites e possibilidades da constituição a partir de uma visão substancialista em defesa da democracia material. Ressumbra, desde aí, a importância da igualdade material crivada pela justiça social sob o fio condutor da constituição dirigente, no afã de vincular não apenas o Legislador, mas também o Executivo e igualmente o Judiciário à realização do projeto constitucional.

Assim, a preocupação com a vivência dos direitos humanos fundamentais se projeta como pano de fundo da questão democrática sendo, portanto, ocupação de todas as vertentes teóricas sociológicas, jurídicas ou políticas que se debruçam sobre o tema. Essa preocupação, depois do segundo pós-guerra erigiu-se a partir da idéia de justiça social e vinculação da atividade estatal a programas, pautas, objetivos e finalidades a serem alcançados ao escopo de atingi-la em decorrência da experiência do *welfare state*. Foi a partir daí, que Peter Lerche¹⁸ no âmbito da experiência deflagrada com a Constituição Alemã de 1949 – A Carta de Bonn – perscrutava os limites de vinculação do legislador a preceitos constitucionais impositivos de deveres legislativos e, conseqüentemente, enfrentava a normatividade desses dispositivos daquela Lei Fundamental. Todavia, Lerche não possuía a atenção voltada para uma generalização teórica em face de comandos programáticos. Essa preocupação, na verdade, veio a ser explorada por Canotilho em sua tese doutoral intitulada *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Nesse trabalho, o que indaga Canotilho é “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômicos-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”¹⁹ A resposta de Canotilho é (ou ao menos era) voltada para divisar uma racionalização da política por meio de uma legitimação material em nível constitucional na medida em que a constituição incorporasse fins a serem alcançados com as tarefas a esse fito. Nesse sentido “a definição a nível constitucional, de tarefas económicas e sociais do Estado, corresponde ao novo *paradigma*

da constituição dirigente”.²⁰ Adviria, daí, a normalização da atividade política com o estabelecimento de *imposições constitucionais* a serem observadas não apenas pelo legislador, mas pelos demais poderes no momento da atividade concretizadora, de tal sorte que o problema se coloca em nível de cumprimento da constituição que se viria, portanto, guindada à condição de *substrato jurídico para a mudança social*.²¹

Para alguns a *constituição dirigente se encontra “morta”*.²² Tudo tem partido da idéia de que a normatização na lei fundamental das tarefas e fins do Estado conduziria a uma estatização do mundo da vida transformando a constituição num instrumento tão auto-suficiente que ignorando outras formas emancipatórias²³ avultar-se-ia um instrumento poderoso que por si só resolveria todos os problemas²⁴.

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da constituição dirigente. Na verdade, observe-se que nas palavras dele o fim do constitucionalismo dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1ª) entender-se o dirigismo constitucional como

²⁰Idem, p. 169.

²¹A *concepção material de legitimidade* daí decorrente considera que “Uma teoria da constituição não pode e não deve circunscrever-se a um <<processo>> tecnocraticamente apto a <<justificar>> o funcionamento sem falhas do sistema; como instrumento normativo, a constituição <<preocupa-se>> com a <<justeza>> das decisões, com a <<identidade material>> de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.” (CANOTILHO, 1994, p. 108).

²²A expressão tem sido alardeada a partir de uma enunciação do próprio Canotilho: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais.” (CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, prefácio)

²³Registra o próprio Canotilho que “os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes — desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo autopoietico, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica — não se cansam de proclamar a falência dos “Códigos dirigentes” num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos.” (CANOTILHO, 1996, p. 8).

²⁴BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

¹⁸LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

¹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167.

normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias; e 2º) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais. É sob o influxo desses dois aspectos que ele compreende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à constituição dirigente. E Canotilho reconhece que veio a perceber isso tarde e lentamente demais²⁵ dando a compreender que a história já se encontraria finda, quando, na verdade, nalgumas experiências estatais, como no Brasil, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslanchando. Não estamos, aqui, nos posicionando frontalmente contrários ao novo modelo de constitucionalismo proposto pelo mestre português, assentado em bases teóricas adequadas ao *locus* europeu onde viceja a experiência constitucional portuguesa. O que pretendemos demonstrar é que há experiências pontuais e históricas de Estado — refrimo-nos aos Estados periféricos, como no caso do Brasil — que precisam ser consideradas como modelo diferenciado a apropriar o constitucionalismo dirigente como forma emancipatória. E, para tanto, vamos recorrer a elementos da Teoria dos Sistemas, porque com base na policontextualidade dela decorrente, encontra-se erigido o constitucionalismo moralmente reflexivo divisado por Canotilho.

Sem olvidar o *alto grau de diferenciação* do sistema social erigido a partir da hipercomplexidade²⁶

²⁵ CANOTILHO, 1996, p. 9.

²⁶ Sob o prisma da pragmática sistêmica, sob o influxo do pensamento de Luhmann, a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade. Deveras, o homem que hoje vive num mundo globalizado tem cada vez mais expectativas. Quanto mais globalizada a sociedade, mais são as expectativas a serem satisfeitas e, como se sabe, muitas delas vêm a ser frustradas, o que exige seletividade na eleição de quais expectativas devem ser atendidas no âmbito da contingência. Nessa contextura, afirma Luhmann que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações (...) Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” A ideia de complexidade, como se vê, não significa complicação. Significa que as várias possibilidades de experiências ampliam-se. Ampliam-se as alternativas.

da sociedade moderna radicada na auto-organização, estamos convencidos de que a perda da autonomia e unidade do direito ao deslocar o Estado de sua posição central com respeito à escolha de conteúdos e definição de procedimentos, tem ensejado uma maior (não qualitativamente) comunicação intersistêmica, na exata medida em que esse deslocamento exige que o sistema político, assim como o sistema econômico, entre outros, sejam considerados, tal qual o direito, subsistemas sociais diferenciados e, aí, as limitações são recíprocas não havendo espaço para um dirigismo constitucionalizante da sociedade através de um código unitarizante e conformador dos vários sistemas sociais (*lícito/ilícito*).

Se o dirigismo constitucional limita — racionaliza/normatiza — a política e a economia ao eger conteúdos e definir programas, não se pode olvidar a gama de comunicações intersistêmicas — um imenso

Basta pensar, por exemplo, nas possibilidades de profissão nas sociedades primitivas, sem dúvida, muito menos complexas que nas sociedades modernas. A seu turno, contingência é o que limitará as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas. Emerge, a partir daí, a necessidade de que certas experiências, “que possibilitam um bom resultado seletivo, (sejam) enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 45-46, passim). Isso ocorre através de um emaranhado de operações estruturadas a partir de comunicações que imprimem certa funcionalidade ou sentido ao sistema. Essa funcionalidade dos variados sistemas sociais é diferenciada através de um código binário que no sistema jurídico é *direito/não-direito* ou *lícito/ilícito*; na economia: *ter/não-ter*; na política: *poder/não-poder* ou *governo/oposição*; na arte *belo/feio* e assim por diante. A ideia de sistema conduz à existência de partes uma em consonância com as outras formando um todo que se distingue da simples soma das partes. Significa dizer, portanto, que cada operação de um sistema, diferencia-se dos outros sistemas em razão do seu código binário de preferência, encontrando-se, por isso, apta a ensejar a produtividade recursiva do próprio sistema, assegurando a sua existência e o seu fechamento operacional. O sistema constitui, a partir daí, uma perspectiva de observação da sociedade. E num mundo que é o horizonte de todas as sociedades, vamos encontrar vários sistemas (biológicos, sociais, psíquicos, etc). Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (*lícito/ilícito*), apto a imprimir-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas. Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possa ser realizado, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade de selecionar dentro de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.

incremento de recíproca irritabilidade, na linguagem de Luhmann²⁷ — que estão em causa na definição desses conteúdos. E aqui nos referimos não apenas à definição de primeiro grau, nitidamente institucionalizadora²⁸ por ocasião do exercício do poder constituinte, seja originário, seja derivado; mas a uma segunda definição por ocasião de ações concretizadoras (legislativas, executivas ou judiciais). Basta pensar, em relação à economia, quando a diferenciação impingida pelo seu código binário de preferência (*ter/não-ter*) e seus próprios programas impõem os conteúdos do neocapitalismo liberal reduzindo ou suprimindo o papel do Estado (as prestações estatais no âmbito social) em nome da globalização desenfreada... Deveras, a atuação do código hipertrófico (*ter/não-ter*) tem-se erigido em detrimento da autonomia e unidade tanto do direito quanto da política.

Os efeitos dessas irritações podem ser facilmente divisados no nível das ações (des)concretizadoras com os conhecidos casos de compra de voto de parlamentar ou de propinas judiciárias para juízes e servidores da justiça, delegados, agentes do Ministério Público, etc, ou, ainda, em relação ao sistema político, com a desenfreada prática do fisiologismo. A atuação hipertrófica do sistema econômico conduz ao aparecimento

da função simbólica da constituição, onde a autonomia e unidade do direito restam expostas às ingerências da economia e também da política, afastando a saudável fatorização de interesses que deve nortear a comunicação intersistêmica, que na verdade se vê reduzida a uma aparência de comunicação que conduz à idéia de filtragem de um conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada tal qual desvelada por Marcelo Neves.²⁹

O mundo da vida já se acha, nessa contextura, colonizado pelos sistemas econômico e político e a *constitucionalização da responsabilidade* a partir de um perfil ético discursivo como sustentado, agora, por Canotilho³⁰, deve se colocar não especificamente no âmbito do dirigismo constitucional, mas em toda relação intersistêmica, ou dito com outras palavras, deve se utilizar da inclusão para mediatizar as ações concretizadoras que se deflagram envolvendo todos subsistemas sociais.³¹

²⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 541.

²⁸ Adverte Canotilho que “se a idéia de <<conformação racional>> da sociedade abriu caminho para o conceito de constituição como *modelo de conformação social racional*, nem por isso é legítimo falar em *constituição-plano* para traduzir a idéia da planificação constitucional como o instrumento mais relevante da racionalidade conformadora. O problema central da directividade da constituição reside não tanto na própria constitucionalização do instrumento do plano como na definição das existências *normativo-constituintes* destes. A configuração constitucional do plano limitada aos <<aspectos concepcionais>> impõe-se como uma primeira exigência normativa, a fim de não converter uma lei fundamental, que se pretende justamente como ordenação consciente da colectividade (HELLER), em *constituição-plano*, com os perigos inerentes da *planificabilidade* da própria constituição (...) assume-se o plano como forma de racionalidade e como forma de dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição. Se estes dois momentos continuam a ser indiscutidos nas democracias socialistas, deparam nos países capitalistas, com manifesto cepticismo e oposição nos últimos tempos (...) Apesar disso, o plano continua a ser considerado como <<símbolo de um futuro melhor>>, como <<localização da utopia>> (...) a análise fenomenológica dos planos político-econômico tem demonstrado que uma estreita *constitucionalidade do plano acaba na planificabilidade da constituição*. É, porém, diferente dizer-se que o plano deve estar <<constitucionalizado>> de afirmar-se que <<a constituição é o plano>>.” (CANOTILHO, 1996, p. 170).

²⁹ Consultar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

³⁰ CANOTILHO, 1996, p. 15-16.

³¹ É sob esta perspectiva que concebemos a influência Lumanniana sobre Canotilho. Essa nossa abordagem pressupõe que se considere que na sua função sistêmica, o direito, ao estabilizar expectativas comportamentais reduzindo complexidades, é ao mesmo tempo um sistema fechado e aberto. Fechado operacionalmente porque, *tal qual os demais sistemas*, se produz autopoieticamente a partir de programas próprios e operações diferenciadas pelo código binário (*licito/ilícito*) — auto-referência. Aberto cognitivamente, porque não se encontra imune às irritações dos demais sistemas. Essa abertura cognitiva, por meio dos acoplamentos estruturais, ensaja a inter-referência sistêmica o que faria exsurgir o direito reflexivo. Se as operações intersistêmicas se processarem mediatizadas pelo código *inclusão/exclusão* sob o fio condutor dos direitos humanos fundamentais, pode-se cogitar de um direito reflexivo voltado para inclusão, como fez Canotilho quando concebe o constitucionalismo moralmente reflexivo voltado para a estabilização mediatizada a partir dos quatro contratos globais: *contrato para as “necessidades globais”* — remover as desigualdades — *o contrato cultural* — tolerância e diálogo de culturas — *contrato democrático* — democracia como governo global e *contrato do planeta terra* — desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 1996, p. 17). O problema, todavia, foi percebido com agudeza por Streck que se ampara em Bercovici para afirmar esse modelo de direito “para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Falar em responsabilidade social com a atuação hipertrófica do sistema econômico (*ter/não-ter*) sob o influxo do neocapitalismo liberal parece-nos realmente utópico! Daí pontua Streck, com absoluta precisão, que “critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo

O que estamos querendo fazer compreender é que a diferenciação sistêmica ao invés de se apresentar como instrumento emancipador em nome do *alto grau de deferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada*³² que impulse uma subsidiariedade participativa, que em proveito da expansão ascendente do poder permite o desenvolvimento de modelos regulativos típicos, no dizer de Canotilho, *modelos de autodireção social*³³, pode, nas comunidades periféricas, tornar a constituição um instrumento simbólico se as ações concretizadoras dos agentes estatais ou não, não se voltarem para mediatizar adequadamente o binômio *inclusão x exclusão* a partir da condição de possibilidade emergente do texto nesse sentido dirigente. Essa função mediatizadora da constituição como condição de possibilidade é a feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente que está longe de conformar autoritariamente a sociedade.

Quem seria e onde estaria, nessa contextura, Leviatã ou Morloch³⁴? Um Estado debilitado pela perda de unidade e autonomia do direito em face da hipertrofia da economia e da política? Ou será que não estaria escondido nos modelos nocivos de autodireção social internos ou imersos nas malhas da sociedade global heterárquica? E, aqui e acolá, agindo hegemonicamente, faz seu poder aparecer seja por meio de operações domésticas desconcretizantes ou através de operações transnacionais? Ceder a constituição dirigente periférica ao espaço da transnacionalização e globalização ainda que sob o pálio das cláusulas contratuais globais divisadas por Canotilho³⁵, tornando-a

com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenador pela idéia de “responsabilidade social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128, passim).

³² CANOTILHO, 1996, p. 9.

³³ Idem, *ibidem*

³⁴ A referência é tomada a partir de Canotilho quando afirma: “Falar em constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale legitimar um Estado-Morloch ou Leviathan.” (Idem, p. 11).

³⁵ “A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e a globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao *contrato para as “necessidades globais”* — remover as desigualdades — o *contrato cultural* — tolerância e diálogo de culturas — *contrato democrático* — democracia como governo global e *contrato do planeta terra* — desenvolvimento sustentado.” (CANOTILHO, 1996, p. 17).

“menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante (...) enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*” terá o condão de impedir a atuação hegemônica do capital, sobretudo numa ordem não-democrática e em detrimento de um espaço nacional fragilizado onde o Estado Democrático de Direito ainda não se consolidou?

Transposta a questão, nesta linha de raciocínio, para a esfera internacional, parece-nos que a colonização do mundo da vida projeta-se, igualmente, erigida sobre os mesmos efeitos. Deveras, se no plano interno fala-se que a técnica jurídica “apóia-se em práticas afastadas da vida real”³⁶ conduzindo à violação do mundo da vida pela colonização do direito abominando-se, com isso, o dirigismo constituinte, no âmbito internacional, a técnica jurídica apropriada às operações transnacionais têm afastado de suas malhas as camadas populacionais de países periféricos em razão do alto grau de conhecimento de questões técnicas afetas à economia globalizada que ainda se situam no âmbito dos Estados do centro e, propositadamente, nalguns — não poucos casos — não são disseminadas. As camadas mais pobres da população, que amargam os efeitos do processo de uma globalização hegemônica, não compreendem o que e como (ganham?) perdem com a mediação dos interesses a partir do código hipertrófico e a partir daí começam a eclodir postulações que antes se encontravam afetas apenas à órbita interna do Estado. Assistimos, já após Canotilho ajustar o constitucionalismo dirigente às exigências da supranacionalidade europeia, a acontecimentos que merecem ser levados em consideração. Estamos nos referindo ao veto do povo francês e holandês à Constituição da União e os rumos que tomou o processo de fragmentação da antiga Iugoslávia, que à parte de toda manietação das potências europeias e do Estado líder, parece revelar um apelo de povos, de nações, em defesa dos espaços locais, revelando a importância de um projeto que ainda não se encontra acabado: o Estado Nacional. A significação destes acontecimentos não estaria atrelada a um fortalecimento do Estado nacional, com a satisfação de políticas sociais ainda não cumpridas (daí porque Estados

³⁶ LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

da modernidade tardia) e a necessidade divisada de, no ambiente de incertezas, serem estabelecidas outras espécies de diretivas que não as supranacionais acerca de determinados direitos ou assuntos?

Não é por outra contextualização que Streck, afastando-se da análise sistêmica, mas com sólidos aportes hermenêuticos, enfrenta em pormenorizada análise, a trajetória do pensamento de Canotilho para concluir pela viabilidade da proposta do constitucionalismo dirigente nos Estados da modernidade periférica.³⁷ Ele parte do pressuposto de que os Estados periféricos não conseguiram ultrapassar o projeto da modernidade, mais especificamente, não passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e se vêem projetados na sociedade global com esse *déficit* de tal sorte que se avulta pertinente a permanência de uma *capacidade compromissária-dirigente* do texto constitucional apta a revelar uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* ou uma *Teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, que “deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*”, que constituiriam os substratos constitucionais específicos da Teoria, que se encontraria alicerçada no núcleo básico que alberga “as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático e (Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no *binômio democracia e direitos humanos-fundamentais*.”³⁸

Para Streck, o contrato social que descortina o constitucionalismo programático-compromissário-dirigente possui nítido caráter hermenêutico. A legitimação da constituição por esse viés não estaria numa filosofia do sujeito de índole liberal-individualista³⁹,

³⁷ STRECK, 2004, p. 114-145.

³⁸ Idem, p. 133-135, *passim*.

³⁹ “*calado na filosofia do sujeito, na filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias, com sua liberdade/capacidade de se “autodeterminar”*. A idéia de Constituição voltada para o resgate das promessas da modernidade, redefinitória, portanto, da noção de Direito até então vigorante, constitui-se como um contraponto a uma lógica da coisificação, própria do modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo. Esse individualismo (o indivíduo comporta-se como átomo jurídico-político) assenta-se na categoria “sujeito de direito”, na idéia de *homo juridicus* e *homo oeconomicus*, que se engendra a partir da fusão do paradigma liberal-individualista com o paradigma da filosofia da consciência. Pressupõe, pois, uma metafísica” (Idem, p. 122-123).

mas assentada na subjetividade que não é instauradora de mundo⁴⁰; mundo que não pode ser compreendido a partir de deduções metafísicas como *fundamento último ou qualquer modelo de fundamentação objetivista* (A Constituição dirigente não pode ser entendida como fundamento último, como ressurreição da sociedade ou como *ultima ratio*), mas a partir de uma estrutura pré-compreensiva constituidora de sentido, onde o homem aparece “inserido em um mundo constituído a partir da linguagem, que lhe antecede (...) envolto em um complexo de significações, traduzidas pela linguagem, que o coloca no mundo e possibilita a compreensão do mundo.” É exatamente esse *modo-de-ser-no-mundo* que opera desde e sempre na nossa compreensão, “o que legitima qualquer discurso no contexto da subjetividade, intersubjetividade, diálogo, etc” e permite a explicitação formal-material do pacto fundador que se manifesta no mundo circundante como manifestação da própria condição existencial do ser humano, como um acontecer que emerge primariamente da nossa própria existência e sempre a ela remete.⁴¹ Por esse caminho, estamos convencidos: a filosofia não vem demasiado tarde! E arrematando o raciocínio, o mestre gaúcho escreve:

No paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (da filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo, *pela exata razão de que, na tradição engendrada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social*. Por isso, a Constituição que exsurge desse novo paradigma é

⁴⁰ “a crítica de Canotilho à filosofia do sujeito não é, como erroneamente se poderia supor, a crítica à *metafísica do sujeito* (objeto, por exemplo, de crítica pela ontologia fundamental de cariz hermenêutico), mas, sim, a uma “racionalidade cognitivo-instrumental”, pela qual o sujeito “cognocente” intervém na “ordem do mundo” (Habermas). Assim, quando Canotilho faz uma crítica à filosofia do sujeito, está se referindo a uma crítica à teoria da subjetividade ou do diálogo consensual (racionalidade comunicativa), na tradição frankfurtiana da teoria crítica. E nisso não discordo do professor lusitano.” (Idem, p. 124).

⁴¹ STRECK, 2004, p. 125-127, *passim*.

diferenciada, constituidora, dirigente e programática (mas não como receituário omnicomprensivo e totalizante, enfim, como fundamento último, no que concordo inteiramente com Canotilho), isto porque o Direito, nesta quadra, *assume uma nova feição*; não mais a proteção do indivíduo, enquanto mônada, pretensamente autônomo (espécie de Barão de Münchhausen), *mas, sim, a proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então* (e no Brasil de hoje) *sonnegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista*, o qual, como já explicitado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência.⁴²

E Streck prossegue, confiante no seu projeto, assinalando que “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante — o seu núcleo essencial-fundamental.” Ele não tem dúvida de que o art. 3º da Constituição brasileira projeta o núcleo de especificidade desvelador das promessas incumpridas da modernidade tardia, que conduz à força normativa da constituição⁴³ que se pretende preservar e que se desloca por caminho contrário ao percorrido pelas políticas neoliberais. “O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante.”⁴⁴

Para não concluir

Trabalhar a Constituição brasileira, de feição nitidamente dirigente-compromissária, impõe atenção redobrada a uma compreensão que se irradia sob duas considerações: a) o constitucionalismo dirigente periférico deve levar em conta o núcleo básico geral da Teoria da Constituição (a construção do Estado

Democrático de Direito sob o influxo do binômio *democracia – direitos humanos*) e b) a consideração do núcleo de especificidades peculiares à modernidade periférica e os elementos especificamente identificáveis a cada Estado.⁴⁵ A medida dessa compreensão deve encontrar-se alçada em um equilíbrio de tal maneira que a defesa das imposições constitucionais a partir do recorte de normas-fins e normas-tarefas não conduza ao *autismo nacionalista e patriótico*⁴⁶, da mesma forma que em nome do “novo contrato global” não se solape os direitos já conquistados e o desejo de inclusão dos povos periféricos.

A partir dessas considerações, assume relevância o problema do controle formal e material das políticas públicas. De fato, a consideração do núcleo básico da Constituição “implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins”, emergindo “a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional”⁴⁷. A questão a ser colocada é saber se o Poder Judiciário pode atuar como mecanismo de controle e, nessa perspectiva, quais os limites que se impõe a essa atuação. O ativismo judicial, a partir dessa concepção, fica para outra oportunidade. Gostaríamos de assentar, contudo e desde já, que divisar a atuação da jurisdição constitucional em defesa do constitucionalismo dirigente não implica desconsiderar “outras formas de direção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subsidiariedade*, isto é, modelo de autodireção social estamentalmente garantidos até aos *modelos neocorporativos* passando pelas formas de *delegação* conducente a regulações descentradas e descentralizadas.”⁴⁸ Dito de outra maneira, confiar no constitucionalismo dirigente não implica olvidar a existência de outros pólos nômicos de escolha de conteúdos e definição de procedimentos na emergência de movimentos e mobilizações sociais — isso já assentamos aqui, mais de uma vez — todavia, na experiência periférica, mais especificamente na brasileira, a partir da qual deslocamos nossas preocupações, se o caminho é conformar a atuação a fim de resgatar o cumprimento das promessas constitucionais, o recurso ao Poder Judiciário não pode ser relegado.

⁴² Idem, p. 127.

⁴³ No sentido tomado por Hesse que vê as possibilidades e limites da força normativa da constituição atreladas à sua historicidade, faticidade e finitude, de modo que o elemento normativo permita a conformação da realidade política e social (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, fl. 24) como contraponto às idéias de Lassalle, que limitava a capacidade normativa da constituição à compatibilidade com uma constituição real que se identifica com os fatores reais e efetivos de poder político, econômico, militar, sociológico, etc, cujo confronto se revelava em detrimento da constituição escrita, que se viria reduzida a uma *folha de papel* (LASSALLE, 1988, p. 25).

⁴⁴ STRECK, 2004, p. 139-141, *passim*.

⁴⁵ Idem, p. 134.

⁴⁶ CANOTILHO, 1996, p. 15.

⁴⁷ STRECK, 2004, p. 141.

⁴⁸ CANOTILHO, 1996, p. 9.

Ao lado da *flexibilização participativa*, a atuação pelo próprio Estado apropriada “à jurisdição a tarefa gloriosa de responder satisfatoriamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos” e deve ser exercida de modo a “tirar o proveito possível dos conteúdos e procedimentos constitucionais positivados”⁴⁹, ou projetados a partir de sua metanarratividade. Aos vinte anos de vigência do Texto, é preciso (re)pensar o caminho que devemos seguir...

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição.” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.
- _____. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. _____, *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁹BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 72 e 95.

Conselho Nacional de Justiça: justificativa de criação e conformação constitucional

Rubem Lima de Paula Filho*

1. Introdução

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, a quem foi atribuída a competência de controlar a atuação administrativa e financeira desse mesmo poder, bem assim o cumprimento funcional dos juizes, conforme previsto no novel art. 103-B, da Carta Magna, mais precisamente no parágrafo 4º.

Não se pode afirmar que a novidade veio desacompanhada de inúmeros questionamentos, de todas as naturezas possíveis, referentes desde a forma de composição até a própria conformação constitucional. Tanto assim o foi, que a constitucionalidade do órgão foi posta à prova quando do julgamento da Adin 3.367-1/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, a qual foi julgada totalmente improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Resolvida a feição constitucional do Conselho Nacional de Justiça, seus mandamentos também têm sido objeto de inúmeros embates, tanto internamente, através da utilização dos mecanismos de caráter procedimental já instituídos, quanto perante o próprio Poder Judiciário, não sendo raras as impetrações de mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra atos dele emanados.

A par dessas nuances e mesmo para garantia de seu pleno funcionamento, tornou-se necessária a instituição de mecanismos eficientes e hábeis a proporcionar a consecução dos objetivos almejados pelo constituinte derivado. Assim, o próprio Conselho Na-

cional de Justiça editou seu Regimento Interno, estabelecendo sistemáticas tendentes à materialização do procedimento, objetivando a resolução das mais diversas modalidades de acesso ao órgão, entre as quais se pode destacar a correição, a inspeção, a sindicância, a reclamação disciplinar, a representação por excesso de prazo, o processo disciplinar etc.

Busca este breve estudo descrever o contexto de anseios jurídicos em que inserida a criação do Conselho Nacional de Justiça, bem assim seu quadro de conformação constitucional, frente aos questionamentos já verificados a esse respeito.

2. Antecedentes e justificativa para criação do Conselho Nacional de Justiça

A Emenda Constitucional 7, de 13/04/1977, introduziu no corpo da Carta Magna anterior a figura do Conselho Nacional da Magistratura, órgão com sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, sendo composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal e por este escolhidos.

Por atribuição, caberia ao Conselho Nacional da Magistratura conhecer das reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Funcionaria perante o órgão o Procurador-Geral da República.

Como se observa, o ente citado possuía atribuições de caráter nitidamente correicionais frente aos tribunais, exercendo, também, o controle de legalidade sobre condutas alusivas a juizes de primeiro grau, inclusive aplicando penalidades.

Sobre o espaço ocupado pelo Conselho Nacional da Magistratura, José Adércio Leite Sampaio esclarece o seguinte¹:

* Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Estado do Maranhão. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UNISUL. Professor de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado do Maranhão. Exerceu os cargos de Técnico Judiciário na Seção Judiciária do Estado do Maranhão, Defensor Público e Juiz de Direito naquele Estado, bem como de Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Ceará e do Distrito Federal.

O Conselho era feito de papel e de intenção. Dizia-se que seu objetivo era unificar o sistema da magistratura estadual e federal, além de evitar atos de insubordinação administrativa e de corrupção. Havia mesmo louvores à nova instituição, como fizeram o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Antônio Neder (1979), na inauguração do Conselho, a ressaltar a necessidade de um órgão judicial de alta hierarquia para disciplinar o comportamento dos magistrados, transformando-o na “serena voz do direito” e no “sacerdote da regra jurídica”.

Prossegue, ainda, o mesmo autor²:

A tese da contrariedade à independência do Judiciário era também afastada por nomes como Néri da Silveira (1986, p. 42), para quem a existência do órgão censório, integrado por membros da mais alta corte do País, não seria contrária à independência do Judiciário “como poder político”. A abertura política impediu que o real desiderato da medida — o controle das instâncias inferiores e estaduais da justiça — fosse cumprido, para o bem e para o mal. O Judiciário continuou a seguir a sua trajetória sem a interferência do Conselho, exercendo suas competências constitucionais com a autonomia permitida pelo tempo e, em contraponto, aprofundando vícios e corporativismos que vinham desde a época da colônia. Com os ares democráticos, o discurso da reforma do Judiciário voltou, mas de forma ambígua. Defendia-se a independência plena, objetiva e subjetiva, do Poder como exigência inafastável do Estado de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Pois bem, não se pode desconsiderar a atmosfera presente na década de 80, do século passado. Toda uma conjuntura de superação da Ordem então instituída passa a ser experimentada, mesmo no seio do Poder Judiciário, pregando-se, a partir de então, a necessidade de se instituir um verdadeiro e efetivo autogoverno dos juízes, o que já não mais se coadunava, no todo, com a inicial proposta, lançada quando da criação do Conselho Nacional da Magistratura.

Assim, não mais se apresentava simpática a idéia de se imputar a outrem que não aos próprios tribunais a responsabilidade de decidir a respeito de eventuais deslizes de seus membros e juízes subordinados. Desse modo, como explanado na transcrição doutrinária acima, defendia-se a independência plena, objetiva e subjetiva, do Poder, como exigência inafastável do Estado de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Sensível à “ameaça” à independência do Judiciário, traduzida na figura do Conselho Nacional da Magistratura, o constituinte originário de 1987/1988 não o fez ser novamente incluído na recente Carta Política. Ao revés, concedeu aos tribunais todas as garantias necessárias, aptas a sustentar a independência do Poder Judiciário. Para tanto, no art. 96, I, esclareceu competir aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista na própria Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecendo o disposto no seu art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei e; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

De fato, as competências destacadas foram muito além do disposto no art. 115, da Constituição Federal anterior, agora, inclusive, sendo expressamente lembrada a atividade correicional.

Aos juízes, enquanto órgãos do Poder Judiciário, foram elasticadas as garantias já abarcadas no texto anterior, passando a agora, conforme art. 95, contarem com: a) vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII e; c) irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Desmandos, prática de nepotismo, improbidades e a premente necessidade de tornar-se mais responsável a gestão administrativo-financeira tiveram o condão de fazer emergir uma nova temática na década posterior, anos 90, desta feita sob o pálio da discussão a respeito da necessidade de se instituírem mecanismos/órgãos

de controle da atividade jurisdicional, sacramente se respeitando o mérito das, propriamente ditas, decisões judiciais. Assim, a discussão acerca do controle externo do Poder Judiciário passa a se desenvolver, em meio a debates, simpósios, seminários, publicações etc.

A partir de então, o discurso assume feição reafirmada. Não se contraria a idéia de que os tribunais deverão se auto-administrar, contudo pareceu ser imprescindível que tais entes tivessem seus atos de natureza não necessariamente judiciais submetidos à supervisão, ainda mais considerando todas as interessantes e respeitadas competências dos tribunais e garantias dos juizes das mais diversas esferas de atuação. Sob esse novo foco de discussão, elevaram-se as vozes dos que passaram a defender a importância de prestação de contas por parte dos administradores das casas de justiça, bem como da criação de um órgão com tais atribuições.

A respeito desse novo plano de visão, peculiar é o comentário abaixo³:

As garantias da Magistratura — decorrentes da independência judicial — não são valores em si, justificando-se, na verdade, como caminhos para chegar mais próximo quanto possível do ideal de Juiz imparcial — terceiro suprapartes e livre de pressões. Esta concepção instrumental encontra amparo em Weber, que sublinha:

“Quando está constituído um ‘direito’ ao ‘cargo’ (como, por exemplo, no caso dos juizes...), ele não serve normalmente para o fim de uma apropriação pelo funcionário, mas sim para garantir seu trabalho de caráter puramente objetivo (‘independente’), apenas vinculado a determinadas normas no respectivo cargo.”

Assim sendo, a independência judicial não é um valor absoluto e a-histórico, portanto ela tem seus contornos concretamente delineados a partir do confronto com outros valores de idêntica estatura. Neste plano indubitavelmente situa-se o dever democrático de prestar contas (*accountability*) — inerente ao exercício de uma função pública. Logo, a independência judicial é temperada pela possibilidade de o Juiz ser responsabilizado caso se afaste em razão da qual aquela é instituída.

Torna-se até despiendo relatar, até mesmo pela impossibilidade física para tanto, o número de vezes em que se discutiu a necessidade de ser instituído um “Controle Externo” do Poder Judiciário, durante a década passada e início desta. As aflições e as resistências eram sobremaneira motivadas por várias indagações, até então de difíceis respostas, geralmente afetas ao

que deveria ser objeto do aludido controle e quem o exerceria.

Não se faz oportuno tecer os meandros das tramitações legislativas que culminaram com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, apenas sendo curial que se afirme que o ambiente acima descrito — referente à idéia de conter eventuais abusos, provenientes de membros do Poder Judiciário — foi a motivação principal para a instituição do Conselho Nacional de Justiça, o qual, frise-se, nem de longe veio a lume sob a proteção da unanimidade, ao revés, sofrendo inúmeros questionamentos, fosse no âmbito teórico, com a desaprovação por parte de alguns estudiosos de nomeada, fosse no aspecto prático, com os embates judicialmente travados, impulsionados pelo inconformismo com decisões judiciais tomadas. Por fim, sobre o momento histórico, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, bem sintetiza os fatos⁴:

A EC 45/2004 tem sua origem em movimento iniciado nos anos noventa, a fim de promover a reestruturação da magistratura, com profunda reforma de sua base, visando a corrigir os defeitos existentes nas normas que a disciplinam e a torná-la mais eficiente..

3. Conformação constitucional Conselho Nacional de Justiça

Determina o art. 103-B, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, que o Conselho Nacional de Justiça seja composto de quinze membros, sendo nove oriundos do próprio Poder Judiciário, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Assim é composto o Conselho Nacional de Justiça: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um Desembargador de Tribunal de Justiça, um Juiz Estadual, um Juiz de Tribunal Regional Federal, um Juiz Federal, um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um Juiz do Trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro do Ministério Público Estadual, dois advogados e dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A presidência do órgão compete ao Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A respeito das nomeações, são elas da competência do Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Como se nota, buscou o constituinte derivado estabelecer a heterogeneidade de composição do órgão, respeitando a quase totalidade das vertentes do Judiciário Nacional⁵. Deu crédito, da mesma forma, aos pontos de vista externos do Poder, ao determinar que membros do Ministério Público, da Advocacia e da Sociedade Civil participassem de sua montagem, algo que não ocorria no já extinto Conselho Nacional da Magistratura.

Diz, ainda, a Carta Magna que competirá ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça o encargo da Corregedoria, no que, desde logo, fixou-lhe competências (§ 5º).

Deverão officiar perante o Conselho Nacional de Justiça o Procurador-Geral da República e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (§ 6º).

A apresentação da composição serviu apenas de prefácio para se adentrar na questão alusiva à conformação constitucional do ente novo, haja vista, necessário sempre lembrar, que o constituinte derivado não possui o mesmo *status* de indiscutibilidade que o originário, podendo muito bem, como sedimentado o entendimento, ser passível de incorrer em ofensas ao Texto Máximo.

Então, já não mais se discute a natureza do Conselho Nacional de Justiça, encontrando-se solidificado o discurso de que se compõe de órgão de natureza administrativa⁶, submetendo-se seus atos e decisões, que não têm o atributo da coisa julgada, ao controle de legalidade típico dos atos administrativos em geral.

A conclusão a respeito da natureza do novo órgão parte da análise apurada de suas competências, em termos gerais de controle administrativo e financeiro do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

De fato, como se observa, o Conselho Nacional de Justiça não atua em caráter substitutivo às partes, dirimindo conflitos individuais ou coletivos com os mesmos atributos e prerrogativas dos demais órgãos do Poder Judiciário. Oportuna, creio, é a douda passagem abaixo transcrita⁷:

A vontade do poder constituinte derivado foi atribuir natureza administrativa ao Conselho

Nacional de Justiça. É órgão despersonalizado da estrutura do Poder Judiciário, mas não de natureza jurisdicional. O aspecto determinante está em que as decisões do Conselho Nacional de Justiça não têm qualidade de coisa julgada material, é dizer, a da imutabilidade, mesmo fora da lide em que proferidas. Prova disto está em que a Constituição Federal admite implicitamente ulterior controle jurisdicional das referidas decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

Indiscutível, portanto, é a natureza administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo com a então séria necessidade de regulamentação das formas de procedimentalizar as atividades do Conselho Nacional de Justiça, decidiu o constituinte reformador eleger algumas atribuições ao órgão, independentemente das previstas no Estatuto da Magistratura (§ 4º). Estabeleceu, destarte, as seguintes atribuições:

a) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

b) zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

c) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e;

g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Com efeito, sem dúvida, as atribuições elencadas, e suas posteriores regulamentações, traduzem, da melhor forma possível, o desiderato do constituinte derivado quanto aos objetivos a serem permanentemente almejados pelo Conselho Nacional de Justiça, expressos no tripé controle administrativo, controle financeiro e observância do cumprimento do dever funcional dos juízes.

Malgrado as reflexões acima, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, se viu obrigado a analisar a conformação constitucional do Conselho Nacional de Justiça. Falo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. A ação em destaque invocou basicamente três argumentos, os quais, uma vez acatados, teriam por consequência o reconhecimento da ofensa à Carta Magna:

- a) violação do princípio da separação e da independência dos Poderes;
- b) violação do princípio federativo e;
- c) vício formal de tramitação.

A ação em destaque, sob a relatoria do Cezar Peluso foi, por maioria, julgada improcedente, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente. Os Ministros Carlos Veloso e Ellen Gracie, por sua vez, julgaram-na parcialmente procedente e o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu pelo seu acatamento, em menor escala. O vício formal, por sua vez, foi rechaçado por todos os integrantes da Corte.

A respeito da alegada violação ao princípio da separação dos poderes, em longo e explicativo voto,

Sua Excelência o Ministro Relator, tratou da questão do modo abaixo resumido, correspondente a excerto de suas razões de decidir⁸:

Seria, deveras, fraqueza de espírito insistir na demonstração do absurdo lógico-jurídico que estaria em dar, sob pretexto de usurpação de poderes, pela inconstitucionalidade da criação do Conselho, sem antes reconhecê-la, com maiores e mais conspícuas razões, ao processo de nomeação de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal.

A *fortiori*, esta conclusão óbvia, não apenas decepa a objeção de inconstitucionalidade específica a título de injúria ao sistema da separação e independência dos Poderes, mas, sobretudo, é prova suficiente de que não há nenhuma, ainda quando genérica, por conta dessa mesma causa material, nas regras de *composição, escolha e nomeação* dos membros do Conselho. Donde vem, logo, o erro de o tomar por órgão de controle externo.

Talvez ocorra a alguém que, na prática, essa composição híbrida poderia comprometer a independência interna e externa do Judiciário. A objeção não é forte, porque os naturais desvios que, imputáveis à falibilidade humana, já alimentavam, durante os trabalhos preparatórios da Constituição americana, o ceticismo calvinista em relação aos riscos de facciosidade do parlamento, são inerentes a todas as instituições, por acabadas e perfeitas que se considerem. Mas, se escusa reforço à resposta, é sobretudo importante notar que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. Pesa-lhe, antes, abrangente dever constitucional de “*zelar pela autonomia*” (art. 103-B, § 4º, inc. I). E não seria lógico nem sensato levantar suspeitas de que, sem atribuição jurisdicional, possa comprometer independência que jamais se negou a órgãos jurisdicionais integrados por juízes cuja nomeação compete ao Poder Executivo, com ou sem colaboração do Legislativo.

Será caso, no entanto, de indagar se tal risco não adviria da própria natureza das competências destinadas ao Conselho, enquanto órgão nacional de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

A dúvida aqui é de menor tomo. Com auxílio dos tribunais de contas, o Legislativo sempre deteve o *poder superior* de fiscalização dos órgãos jurisdicionais quanto às atividades de ordem orçamentária, financeira e contábil (arts. 70 e 71 da Constituição da República), sem que esse, sim, autêntico *controle externo* do Judiciário fosse tido, alguma feita e com seriedade, por incompatível com o sistema

da separação e independência dos Poderes, senão como peça da mecânica dos freios e contrapesos. E esse quadro propõe ainda um dilema: ou o poder de *controle intermediário* da atuação administrativa e financeira do Judiciário, atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, não afronta a independência do Poder, ou será forçoso admitir que o Judiciário nunca foi, entre nós, Poder independente!

De fato, a argumentação do relator acima destacada é digna de encômios, uma vez que analisa o Poder Judiciário por dentro, sob a perspectiva de que, malgrado independente no que diz respeito às suas decisões, não se qualifica como função estatal isoladamente considerada, posto que seguramente respeitante do postulado da Harmonia, também prevista constitucionalmente (art. 2º).

Em inúmeros momentos, observa-se o entrelaçamento entre as diferentes modalidades de funções estatais, as quais, nunca irrelevante destacar, sobressaem-se os critérios de escolha de ministros de tribunais superiores, com a participação dos demais poderes, o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal, entre outros exemplos.

Não obstante o cruzamento verificado entre as funções ou poderes estatais, no que se inclui o Judiciário, nem por isso se ousa discutir a independência deste último, ao revés, já é sedimentado no âmbito das discussões travadas acerca do ordenamento jurídico pátrio que o contexto verificado configura-se em instrumento de controle das atividades dos demais poderes, dentro do sistema denominado classicamente de “freios e contrapesos”. Por tal motivo, bem andou o ministro relator.

Precisamente acerca da independência do Judiciário, invocada pela autora da ADIn em face da determinação que não integrantes desse poder integrariam o Conselho Nacional de Justiça, assim enfrentou a questão o relator⁹:

Entre os membros laicos, cuja previsão dá caráter heterogêneo à composição do Conselho Nacional de Justiça, constam dois representantes do Ministério Público e dois advogados, todos indicados pelos pares (art. 103-B, incs. XI e XII). Por mais que forcejasse, não encontrei nenhuma razão de índole constitucional que lhes pudera vetar a participação no Conselho.

Pressuposto agora que a instituição do Conselho, não apenas simboliza, mas também opera ligeira abertura das portas do Judiciário para que

representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder, robustecendo-lhe o caráter republicano e democrático, nada mais natural que dois setores sociais, cujos misteres estão mais próximos das atividades profissionais da magistratura, a advocacia e o Ministério Público, integrem o Conselho responsável por esse mesmo controle.

Não é à toa que ambas as profissões são objeto de normas da Constituição da República, no âmbito do capítulo reservado à disciplina das “*funções essenciais à Justiça*”. De acordo com o art. 127, “*o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*”. E o art. 133 reputa o advogado “*indispensável à administração da justiça*”.

Esses cânones não se limitam a refletir ou reafirmar, no mais alto escalão nomológico, certos truismos ligados aos papéis da advocacia e do Ministério Público, como, *v.g.*, que suas iniciativas técnicas desencadeiam o exercício da função jurisdicional, cuja inércia é garantia da imparcialidade que a caracteriza como monopólio e obrigação do Estado. Ou que, como órgãos dotados de capacidade postulatória, legitimem esse mesmo exercício, dando concreção a todos os princípios inerentes à cláusula do justo processo da lei (*due process of law*).

Aqueles preceitos vão além, porque concebem e proclamam, como ingredientes da própria ordem jurídico-constitucional, a dignidade e a relevância da advocacia e do Ministério Público enquanto *funções essenciais da Justiça*, e cujos titulares são, como tais, mercedores de garantias, como a inviolabilidade relativa dos atos e manifestações emanados no exercício da profissão de advogado (art. 133), e as prerrogativas e vedações análogas às dos juízes, relativamente aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º). Eis o fundamento da previsão de participação da Ordem dos Advogados em todas as fases do concurso de ingresso na carreira da magistratura (art. 93, I).

Tudo isso comprova a decisiva *responsabilidade* que, ao lado da magistratura, pesa, já no plano constitucional originário, à advocacia e ao Ministério Público, quanto ao correto desenvolvimento da atividade estatal que, atribuída como função típica ao Poder Judiciário no quadro da separação dos poderes, constitui a própria razão de ser das três categorias profissionais. De modo que, pelo menos no nível teórico, e é esse o que sobreleva na causa, os rumos dos interesses institucionais não podem deixar de convergir para o mesmo propósito: *o aprimoramento da atividade jurisdicional*.

É, pois, compreensível e conforme, não contrário, aos princípios que, presumindo-se ambas as instituições aptas e interessadas em oferecer contribuições valiosas ao aperfeiçoamento da função jurisdicional, a advocacia e o Ministério Público ganhem posto e dever de *cooperação* no seio do órgão agora predestinado ao controle nacional da atuação administrativo-financeira e ético-funcional do Judiciário.

Por fim, se o instituto que atende pelo nome de quinto constitucional, enquanto integração de membros não pertencentes à carreira da magistratura em órgãos jurisdicionais, encarregados do exercício da função típica do Judiciário, não ofende o princípio da separação e independência dos Poderes, então não pode ofendê-la *a fortiori* a mera incorporação de terceiros em órgão judiciário carente de competência jurisdicional.

Ainda antes do julgamento da ação em destaque, mas quando já ajuizada, Luis Roberto Barroso antecipou-se, de forma magistral, ao que viria a ser dito pelo Ministro Cezar Peluso sobre o tema, conforme abaixo¹⁰:

Nem existe, no texto original da Carta de 1988 ou no atual, qualquer exclusividade de magistrados de carreira na composição de órgãos do Judiciário. O STF, para indicar apenas um exemplo, é composto, mediante a escolha conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, de cidadãos que apresentem determinadas características e que não são necessariamente magistrados de carreira. Da Justiça Eleitoral, participam advogados juntamente com magistrados propriamente ditos. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais são compostos por magistrados de carreira e indivíduos oriundos dos quadros da OAB e do Ministério Público. Durante muito tempo, representantes de empregados e de empregadores participaram dos órgãos da Justiça do Trabalho. O Tribunal do Júri é composto por um magistrado e por cidadãos. Haveria ainda muitos outros exemplos a citar.

O importante a destacar é que, observada a garantia de que o mesmo indivíduo não seja membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, emenda constitucional pode modificar a composição dos órgãos do Judiciário como lhe parecer por bem, não sendo necessário que eles sejam integrados exclusivamente por magistrados de carreira, como, aliás, as formas existentes no texto constitucional ilustram.

É bem de ver que não é plausível o argumento, desenvolvido na inicial, pelo qual se pretende sustentar que membros de outros Poderes comporiam o Conselho. A alegação de que os cidadãos escolhidos para o Conselho pelo Poder Legislativo

seriam membros desse Poder não se sustenta. A fórmula pela qual Executivo e Legislativo participaram da escolha de membros de órgãos do Judiciário faz parte da lógica dos controles recíprocos e é amplamente empregada pelo texto constitucional, sem que jamais se tenha cogitado de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *e.g.* integrem o Executivo e/ou o Legislativo pelo fato de terem sido nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado Federal.

Diga-se o mesmo da alegação de que o Conselho contaria com a participação de integrante do Poder Executivo. Afora os cidadãos, os demais membros de origem externa são dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB, e dois representantes do Ministério Público, um da União e outro dos Estados, escolhidos pelo Procurador-Geral da República, sendo relevante sublinhar que os dois grupos — advogados e membros do Ministério Público — foram enquadrados pela Constituição na categoria de *funções essenciais à Justiça*. Embora a observação não seja, a rigor, relevante, vale notar que o Chefe do Poder Executivo não tem qualquer participação na escolha de tais nomes, cabendo-lhe apenas nomear os indivíduos escolhidos segundo a sistemática do art. 103-B. Os advogados, evidentemente, não integram o Poder Executivo. Quanto ao Ministério Público, a Carta de 1988 conferiu-lhe garantias substanciais e dotou-lhe de orçamento próprio, que lhe asseguram ampla autonomia, mesmo porque, muito freqüentemente, sua atuação volta-se contra atos do Executivo. Assim, também não é correto afirmar que os membros do Ministério Público seriam membros do Poder Executivo e muito menos que a presença de membros do Ministério Público no Conselho violaria a separação de Poderes.

Quanto à participação de cidadãos no Conselho, há ainda um elemento adicional a destacar. Pelas razões já apresentadas, nada impede que cidadãos em geral componham órgãos do Poder Judiciário, inclusive com funções jurisdicionais, como é o caso do júri. Nada obstante, no caso de um órgão com funções de fiscalização e supervisão administrativas de um dos Poderes estatais, há, adicionalmente, todo um conjunto de princípios e regras constitucionais que prestigiam a participação dos cidadãos na gestão e no controle da atividade administrativa. O ponto já foi desenvolvido na primeira parte deste estudo e não há necessidade de reproduzi-lo (v. capítulo II, parte final).

Uma última observação a ser feita sobre a discussão da separação de Poderes envolve os precedentes citados na petição inicial, nos quais o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a criação, no âmbito dos Estados-membros,

de órgãos de controle externo do Judiciário e que, segundo a autora da ADIn, seriam similares ao Conselho Nacional de Justiça. Os precedentes, entretanto, não são aplicáveis ao caso, e isso por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque o poder constituinte decorrente atribuído aos Estados está subordinado ao um conjunto de limitações bastante amplo, não oponível ao poder constituinte derivado, exercido pelo Congresso Nacional. A impossibilidade de os Estados membros tratarem da matéria em questão foi um dos principais argumentos discutidos em tais casos. Em segundo lugar, as inovações criadas pelos Estados não se confundem com o Conselho Nacional de Justiça, distinguindo-se dele em aspectos relevantes. Não parece este o local adequado para desenvolver essa comparação, mas o exame de cada uma das normas estaduais consideradas inválidas e da EC 45/2004 demonstra o ponto.

Também sobre a questão, destaco o ensinamento de Pierpaolo Bottini¹¹:

[...] os membros do Conselho, mesmo aqueles que não fazem parte dos quadros da Magistratura, ao integrarem o órgão passam a ostentar a condição de integrantes do Judiciário, da mesma forma que ocorre com os advogados e promotores oriundos do quinto constitucional e com os membros do Supremo Tribunal Federal que, em comum, são magistrados, mas não faziam parte da carreira originalmente. Não se diga que a condição dos membros do Conselho é distinta porque seu mandato é temporário, de dois anos, e o mesmo não ocorre com os integrantes do quinto constitucional, que ostentam a vitaliciedade. Ora, a aceitação dessa afirmação significa negar a condição de membros do Poder Judiciário aos advogados que integram a Justiça Eleitoral, na condição de juizes, os quais também exercem transitoriamente a função judicante. Assim, o caráter temporário dos membros não implica denegação da natureza de integrante do Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça, ainda que este desempenhe funções distintas dos demais órgãos.

Por fim, a alegação de vício formal, partiu da idéia de que o art. 103-B, § 4º, inc. III, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, importaria em vício de inconstitucionalidade, haja vista que a expressão *perda do cargo*, prevista no texto originário da Câmara dos Deputados, simplesmente fora suprimida no âmbito do Senado Federal.

Refutando os argumentos acima, o Ministro relator, acompanhado à unanimidade, sustentou que, em

ambas as casas do Congresso Nacional, houve a manutenção do *sentido nomológico* da norma, de forma que a supressão verificada se tem por inócua à conclusão pela inconstitucionalidade. Na oportunidade, citou precedentes semelhantes (ADIns 2.666 e 2.031).

Desse modo, até mesmo pelo posicionamento já manifestado pela Corte Suprema, infere-se que em nenhuma inconstitucionalidade incorre o novo órgão do Poder Judiciário Nacional.

4. Conclusão

Como se vê, a criação de um conselho nacional de justiça, com essa mesma denominação, é fruto de um momento único, uma nova visão a respeito do Poder Judiciário.

Superada a onda de independência sem maiores freios de ordem administrativa, financeira e funcional, instituída, como resposta a período anterior, pela Carta Magna, a conjuntura apresentada fez por exigir o nascimento de alguma forma de controle das atividades não jurisdicionais dos juizes, aprimorando o *accountability*. Esse, portanto, o ambiente de justificativa do Conselho Nacional de Justiça.

Acerca de sua conformação com o texto da Constituição Federal, não se observa qualquer ofensa ao texto da Lei Maior, seja sob o aspecto material (princípio da separação e independência dos poderes e princípio federativo), seja sob o ângulo formal (vício de tramitação legislativa), o que, destaque-se, foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Notas

¹ *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 240.

² *Ibidem*.

³ CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *O Conselho Nacional de Justiça: Missões e Primeiros Passos*. ADV Advocacia Dinâmica, Abril/2006. p. 8.

⁴ *O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário*. Revista de Processo n. 141. RT, novembro de 2006. p. 264

⁵ Neste aspecto, chamo a atenção para o fato de que nem a Justiça Militar, Estadual ou Federal, nem a Justiça Eleitoral foram chamadas a participar do Conselho Nacional de Justiça, muito embora se submetam às suas determinações.

Sobre tal questão, creio que não andou bem o constituinte derivado, uma vez que ambas foram seguramente desprestigiadas. A primeira, não se esqueça, um dos segmentos mais antigos do Judiciário Nacional e a segunda, responsável, em grande parte, pela

garantia de acesso dos cidadãos aos mais legítimos instrumentos de exercício da cidadania.

⁶ GRAMSTRUP. Erik Frederico. *Conselho Nacional de Justiça e Controle Externo: roteiro geral*, In Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2005, p. 193.

⁷ NERY. Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Observações iniciais sobre o Conselho Nacional de Justiça*. Revista de Processo 134. São Paulo: RT, Abril /2006. p. 125.

⁸ Excerto do Voto do Min. Cezar Peluso, no julgamento da ADIn 3.37/DF.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça*. Interesse Público. Ano VI – n. 30. Notadez, 2005. p. 32/33.

¹¹ *A Reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça*. Boletim IBCCRIM. Ano 12. N. 146. Janeiro de 2005. p. 2/3

Vinte anos da Constituição cidadã

Vallisney de Souza Oliveira*

À Assembléia Nacional Constituinte, instaurada em fevereiro de 2007 e formada por Deputados e Senadores, incumbiu a especial missão de dar ao povo brasileiro uma nova Cartilha de Direitos Fundamentais, em substituição à Carta de 1967, alterada pela Emenda 1, de 1969.

A nossa Lei Maior privilegia os direitos e as garantias fundamentais, que a Emenda Constitucional de 1969 relegou a terceiro plano, e se preocupa com a proteção aos direitos humanos e a outros direitos essenciais postos na fachada do Texto Constitucional.

A Constituição de 1988 acolhe, entre seus princípios maiores, a dignidade da pessoa, a liberdade e os valores sociais do trabalho. Estabelece o pluralismo político, a liberdade partidária e o voto direto, universal, secreto e igualitário. Dita as diretrizes do poder da União e dos entes federados e prevê as atribuições independentes e harmônicas do Executivo, Legislativo e Judiciário. Implanta um sistema tributário nacional analítico e resguarda importantes direitos, como segurança social, bem-estar, meio ambiente, indígenas, da criança e do idoso, sem deixar de consagrar a igualdade entre homens e mulheres.

Indo além, a Constituição dá proteção máxima à federação brasileira, ao voto popular, à separação dos Poderes e aos direitos e garantias individuais, contra qualquer investida reformista.

Em discurso por ocasião do ato de promulgação, o Deputado Ulisses Guimarães, então presidente da Assembléia Constituinte, vaticinava que a Constituição seria um instrumento de proteção dos fracos contra os fortes prepotentes, encantado que estava com a gama de normas protetoras ao cidadão.

Apesar de já ter sofrido mais de cinquenta emendas, no decorrer de duas décadas de vigência, a Constituição Federal não está ultrapassada nem fora da realidade dos anseios nacionais. Pensar assim implica não fazer justiça com esta avançada declaração de direitos, que tem papel imprescindível na manutenção da de-

mocracia, na estabilização política e na governabilidade do país.

Na sua elaboração, é certo, os constituintes foram obrigados a aconchegar princípios antagônicos, fruto de proposições deles próprios e de diferentes segmentos sociais e corporativos. Mas houve também participação direta do povo cujas propostas foram apresentadas no decorrer dos trabalhos da Assembléia Nacional reunida por quase dois anos, entre 1987 e 1988. Eis uma das razões para termos um Texto de perfil detalhista e minucioso, que continha inicialmente 245 artigos, subdivididos em parágrafos, incisos e alíneas, além de mais de 70 dispositivos transitórios, levando o intérprete a se deparar com a diversidade de normas e aparente choque de preceitos.

Os seus elaboradores, ao traduzirem a vontade popular, ofertaram ao Brasil uma obra magnífica, conquanto inacabada, que necessita realizar-se, viver e progredir, tornar-se mais aplicável, ser bem interpretada e respeitada, não sofrer emendas que violem a sua essência, mas sim aprimorar-se por reformas aptas a fazê-la acompanhar as mudanças das nações e dos povos. E que assim se faça, sempre sob a proteção de Deus, como vaticina o seu preâmbulo.

Poucas coisas na vida permanecem inalteráveis para sempre. Com duas décadas de existência, ressalvadas as emendas casuísticas, os *remendos* constitucionais foram necessários para a Carta de Direitos poder acompanhar melhor a evolução do mundo e os rumos sociais, políticos e ideológicos tomados pela sociedade brasileira após a sua elaboração. “Uma Constituição”, como apropriadamente afirmou o Relator Geral da Assembléia Nacional Constituinte, o Dr. José Bernardo Cabral, “deve espelhar o estado atual das relações sociais, mas, ao mesmo tempo, deve servir de instrumento para o progresso social”.

A Constituição de 1988 já propiciou muito mais alegrias do que tristezas, muito mais benefícios do que malefícios e muito mais justiça do que injustiças. Por isso é importante que a sociedade faça um balanço de seus resultados até agora, sem deixar de comemorar com grande contentamento o seu vigésimo aniversário, porque, muito mais do que uma Constituição cidadã, se trata de obra democrática, pacificadora, valorosa, libertária, progressista, igualitária, garantidora de direitos, profundamente social e, sobretudo, humanitária.

*Juiz Federal em Brasília. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor das Faculdades de Direito da UFAM e da UnB. Coautor e coordenador da obra *Constituição e processo civil* e autor de *Audiência, instrução e julgamento*, *Embargos à execução fiscal e Nulidade da sentença e o princípio da congruência* (Editora Saraiva).

Corte Especial

Mandado de Segurança

2007.01.00.046883-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Impetrante: Edleusa Santos da Trindade
Advogados: Dr. Ibaneis Rocha Barros Junior e outros
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Interessada: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Divulgação: e-DJF1 de 13/06/2008
Publicação: 16/06/2008

Ementa

Constitucional. Administrativo. Licença para acompanhar cônjuge. Inexistência de deslocamento. CF/1988, art. 226. Lei 8.112/1990, art. 84, caput.

I – O disposto no art. 84, *caput*, da Lei 8.112, de 1990, que só permite concessão de licença ao servidor para acompanhar cônjuge (ou companheiro) quando este for deslocado para outro ponto do território ou para o exterior, não pode sobrepor-se à norma constitucional prevista no art. 226.

II – Em face do disposto no art. 226 da Constituição Federal, deve prevalecer a tutela da família sobre o interesse público.

III – A Constituição Federal de 1988 adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado (CF/1988, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”). Não é simples proteção, é proteção especial.

IV – O Estado — no direito público — é a organização política regida por leis que o limitam. As leis restringem o Estado no interesse do homem. Não importa a escola filosófica, sequer a aberração doutrinária: no Estado sobreleva o homem, como princípio e fim, causa e razão do fato jurídico (Pedro Calmon).

V – “O universo não deve ser estudado por si mesmo, mas pelo homem” (Comte).

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, vencidos os Juízes Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral e Antônio Ezequiel da Silva, conceder a segurança à servidora Edleusa Santos da Trindade para acompanhar seu cônjuge, residente no exterior. Acompanharam o relator os Juízes Olindo Menezes, Souza Prudente, Sebastião Fagundes de Deus, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/05/2008.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Edleusa Santos da Trindade Züst, brasileira, casada, Técnica Judiciária, Área Administrativa, Nível Intermediário, Classe C, Padrão 15, servidora do Quadro de Pessoal da Secretaria deste Tribunal, lotada na Divisão de Pessoal de Produção Editorial – Died, impetra mandado de segurança contra ato da Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Juíza Assusete Magalhães, que, nos autos do processo administrativo 6.216/2007, lhe indeferiu seu pedido de concessão da licença para acompanhar seu cônjuge ao exterior, sem vencimento, nos termos do art. 84 da Lei 8.112, de 1990, e do art. 226 da Constituição Federal.

Alega a impetrante que (fls. 4/5):

(...) é servidora pública do quadro de pessoal permanente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ocupante do cargo de Técnico Judiciário, área administrativa, nível intermediário, classe “C”, padrão 15, tendo requerido a concessão da licença para acompanhamento do cônjuge no exterior, sem recebimento dos vencimentos ou lotação provisória, em virtude da necessidade de manutenção da união familiar, sob pena de sua dissolução.

A impetrante contraiu matrimônio com Eugen Züst, em 31/01/2003, em Brasília/DF, conforme Certidão de Casamento em anexo, tendo o esposo retornado à Suíça para exercer suas atividades como servidor público da polícia da cidade de Berna, Suíça.

Com o casamento a servidora solicitou do TRF 1ª Região licença para tratar de assuntos particulares, o que foi deferido pelo órgão, tendo viajado para o país de origem de seu esposo, lá permanecendo até a presente data, momento em que vencerá sua licença e terá que retornar a atividade.

O esposo da servidora vem tentando sua remoção para o Brasil, para exercer suas atribuições na embaixada da Suíça, sediada em Brasília/DF, conforme faz prova a documentação em anexo.

Verifica-se que o casal não tem medido esforços para construir juntos sua família, sem, contudo, abrirem mão do direito ao trabalho, igualmente assegurado pela Carta Política de 1988.

Ocorre que, em virtude da demora na tramitação dos pedidos administrativos, condição nefasta que afeta igualmente os órgãos públicos suíços, a apreciação e o deferimento do pedido do esposo da impetrante até o momento não foi apreciado.

Por outro lado, com o indeferimento da concessão da licença requerida pela impetrante nos autos do processo administrativo 6.216/2007/TRF 1ª, a iminência da separação do casal tornou-se evidente.

Restou clara a lesão e a ameaça de lesão a direito líquido e certo da impetrante, o que se consumará caso não haja a concessão do provimento de urgência ora vindicado.

Apresentou a impetrante certidão de seu casamento com Eugen Züst (fls. 20).

Pede liminar.

2. Foram prestadas informações pelo digno Vice-Presidente da Casa, Juiz Carlos Olavo (fls. 70/77).

3. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Renato Brill de Góes, opinou pela concessão da segurança (fls. 88/92).

4. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. A impetrante casou-se com o senhor Eugen Züst, de nacionalidade suíça, em janeiro de 2003 (cf. certidão de fls. 22), passando a residir na Cidade de Berna, Suíça, onde reside seu marido, que é servidor público desde abril de 1994.

A Secretaria de Recursos Humanos desta Casa, pelo seu ilustre Diretor José Maria de Andrade, foi de entendimento contrário ao da impetrante, ao aprovar o parecer da Encarregada do Setor de Direitos e Deveres,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, Olindo Menezes, Souza Prudente (convocado em substituição ao Des. Federal Catão Alves, em férias), Fagundes de Deus (convocado em substituição ao Des. Federal Cândido Ribeiro, ausência eventual), Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ), Neuza Maria Alves da Silva (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Olavo, em férias) e Francisco de Assis Betti (convocado em substituição ao Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, em licença-médica). Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Moreira Alves, em férias). Ausente, eventualmente, a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, José Amílcar Machado, João Batista Moreira e Antônio Sávio de Oliveira Chaves (convocado em substituição ao Des. Federal Hilton Queiroz, em férias).

Barcelõnea de Fátima Feitosa, que sustenta o seguinte (fls. 49/50):

(...) a licença por motivo de afastamento do cônjuge de que trata o art. 84 da Lei 8.112/1990, no âmbito do Conselho da Justiça Federal e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus é regulamentada por meio da Resolução 498, de 20/03/2006:

“Art. 2º – A licença poderá ser concedida, a critério da Administração, ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional ou para o exterior, ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

§ 1º A concessão será por prazo indeterminado, enquanto perdurar o vínculo matrimonial ou a união estável.”

Verifica-se, do exposto, que a licença em tela tem como pressuposto legal o deslocamento do cônjuge ou companheiro para outro ponto do território nacional ou para o exterior.

Destarte, não observados os requisitos necessários para decisão em favor da requerente, visto que, no caso dos autos, o cônjuge não foi deslocado, ao contrário, sempre residiu na Suíça, antes mesmo do matrimônio, prevalece o interesse público.

Logo, em que pese as argumentações da requerente, no sentido de fundamentar o pleito na especial proteção do Estado conferida pela Constituição Federal à família, não se pode olvidar que a Administração Pública encontra-se adstrita, em toda a sua esfera de atuação, ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meireiles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 28ª ed., p. 99: “(...) O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.”

Ademais, a separação da unidade familiar era prevista pela servidora ao contrair matrimônio com estrangeiro mantendo vínculo profissional no Brasil.

Por derradeiro, vale lembrar que, quando atendidos os pressupostos legais, utilizando-se de seu poder discricionário ao deferir licença por motivo de afastamento do cônjuge, sem remuneração e por prazo indeterminado, a Administração não tem prejuízo monetário, no entanto, há ônus, considerada a perda da força de trabalho.

Assim, considerando que não houve o deslocamento do cônjuge, em atendimento do disposto no art. 84 da Lei 8.112/1990, c/c a Resolução

498/2006, não vemos, s.m.j., como prosperar o pleito da servidora.

Com base nesse parecer, a eminente Presidente deste Tribunal, Juíza Assusete Magalhães, indeferiu o pedido (fls. 51).

O Juiz Carlos Olavo, Vice-Presidente, salienta nas informações que (fls. 74):

(...) o requisito inexorável para a concessão da licença por motivo de afastamento de cônjuge é o deslocamento do cônjuge ou companheiro para outro ponto do território nacional ou para exterior, o que não se verifica, no presente caso.

Ao contrário dos argumentos apresentados, o entendimento dominante, acerca da matéria, exige que para a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge é imperioso o requisito inexorável do deslocamento do cônjuge, e não simplesmente o fato de que o cônjuge esteja afastado. E no caso em questão o Sr. Eugen Züst nunca residiu no Brasil, ao contrário sempre residiu na Suíça, especificamente na cidade de Berna, onde exerce a atividade de policial desde abril de 1994.

Outro ponto que deve ficar bastante claro é quanto à natureza jurídica do ato concessório da licença por motivo de afastamento do cônjuge. Este ato está estritamente vinculado ao Poder Discricionário da Administração Pública, cabendo tão-somente a ela decidir se os pedidos são pertinentes ou não, segundo sua conveniência e oportunidade, caso não fosse assim abrir-se-ia azo para concessão de atos licenciatórios ao bel-prazer dos requerentes, ficando em segundo plano, não só o interesse público, bem como os critérios legais necessários a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge, afetando sobremaneira o princípio da legalidade.

De acordo com o art. 84, *caput*, da Lei 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais:

Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

No caso em estudo, não foi deslocamento do marido para o exterior. Ele já era servidor na Suíça. É certo que quando a impetrante casou-se, seu marido já residia e trabalhava no exterior.

Todavia, em face do disposto no art. 226 da Constituição Federal, deve prevalecer a tutela da fami-

lia sobre o interesse público. O princípio da tutela da família prepondera sobre o da supremacia do interesse público.

Ademais, a licença é sem *vencimentos*, não trazendo, portanto, prejuízos para os cofres da União Federal, nem para o serviço público, salvo remotamente, com uma vaga sem preenchimento.

A Administração não alegou para indeferir o pedido da impetrante inconveniência para o serviço.

A Constituição Federal de 1988 adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado (CF/1988, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”). Não é simples proteção, é proteção especial.

Pedro Calmon¹, estudando o Estado e o indivíduo, explicou:

O Estado — no direito público — é a organização política regida por leis que o limitam.

As leis restringem o Estado no interesse do homem.

Não importa a escola filosófica, sequer a aberração doutrinária: no Estado sobreleva o homem, como princípio e fim, causa e razão do fato jurídico.

Cita o ilustre professor o positivista Comte que disse: “o universo não deve ser estudado por si mesmo, mas pelo homem”, desenvolvendo o conceito de Pascal: “o menor dos espíritos, conscientes, vale todo o universo insensível...”.

Por três motivos deve ser concedida a segurança: a) o fundamento do pedido é relevante, uma vez que o marido da impetrante reside no exterior, em outro continente, na Europa; b) pela possibilidade de dano psicológico para o casal, ante a grande separação física existente, cada um num continente, Europa e América; c) por não ter a Administração prejuízo para o serviço. Há, pois, direito líquido e certo a ser amparado pelo presente mandado de segurança.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor Presidente, não há dúvida de que o ordenamento infraconstitucional deve ser analisado sempre sob o foco da Constituição; esse é um axioma dos tempos em que estamos vivendo.

Mas é preciso ter cuidado com a tese e com os seus desdobramentos. Preocupa-me muito que se começa a interpretar a Constituição, quando fala da proteção da família como uma cláusula aberta, sem nenhuma análise da legislação ordinária que define os direitos e os deveres funcionais dos servidores, e que dá as diretrizes para a Administração. É indispensável que se faça uma ponderação, ou uma pesagem, e não simplesmente invocar a Constituição e desconhecer todos os parâmetros da legislação infraconstitucional.

A tese do Relator, afastando, na licença para acompanhar cônjuge, os preceitos da Lei 8.112/1990 e aplicando a Constituição, merece respeito, mas ela vai levar a prática administrativa do Tribunal — com tantos servidores e juízes casados e que, em função das atividades funcionais, vivem temporariamente separados — a situações muito complicadas. Temos, v.g., juízes casados com juízas, em diferentes pontos do território de Primeira Região, e que de uma hora para outra vão invocar esse precedente, independentemente de espaço legal para remoções ou permutas. Portanto, a coerência da tese do relator vai levar o Tribunal a uma encruzilhada!

Não se deve, portanto, adotar essa tese tão revolucionária, esquecendo todas as limitações da lei infraconstitucional. Houvesse um choque frontal entre o preceito da Constituição e o da lei ordinária, evidentemente que deveria prevalecer a Constituição, mas este não é o caso dos autos. A proteção constitucional da família é uma cláusula geral constitucional, cuja interpretação comporta muitas variantes. Não deve prevalecer, com a devida vênia, a interpretação que manda aplicar a Constituição sem um juízo de ponderação, como manda que seja feita a moderna jurisdição constitucional. Tal interpretação, permitam-me a licença, estaria mais para uma interpretação “canibalista” do assunto, na medida em que devora as normas infraconstitucionais sem sequer examiná-las num processo de ponderação!

Mas, no caso, tenho que se pode fazer uma in-

¹ Calmon, Pedro. Curso de Direito Público (Teoria Geral do Estado). 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 309.

interpretação construtiva, considerando-se o fato de que a servidora não receberá os seus vencimentos durante o afastamento e que a sua situação é efetivamente excepcional, dado que o seu marido vive e trabalha na Europa, sem perspectiva de retorno ao Brasil — trata-se de um cidadão suíço. Se ela não obtiver a licença, a sua união estará fadada ao insucesso, a não ser que prefira pedir exoneração do cargo, o que também não é razoável nos dias de hoje, com tanta dificuldade de emprego!

Não adoto, portanto, a tese de fundo apenas constitucional, pois ela, nas suas conseqüências, levará o Tribunal a impasses. Mas, numa interpretação construtiva, em razão da excepcionalidade da situação da servidora, que não tem saída à vista, sou pelo deferimento do pedido, para que possa ela acompanhar o seu cônjuge, sem vencimentos, nos termos da Lei 8.112/1990. Acompanho, portanto, o Relator, mas por outro fundamento.

É o voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, a rigor, estaríamos num conflito de normas. Existe uma norma em que há prevalência do interesse público, mas existe uma norma maior, que é a Constituição. Se os constitucionalistas resolverem inserir no texto da Lei Maior proteção à família, ela deve ser preservada. Logicamente, outros problemas advirão, problemas administrativos, que possam ser solucionados pela administração e mesmo porque já existe essa previsão legal, o que não demandaria nenhuma surpresa quando da administração.

Acompanho o relator.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Senhor Presidente, levei hoje no Conselho de Administração um processo que trata de caso semelhante, porque não é uma licença para interesse particular sem remuneração, mas uma licença para acompanhar cônjuge, com base no art. 84 da Lei 8.112. Votei e estou aqui com o voto, revendo agora, para assinar, no sentido de que a situação de servidora nossa, do Tribunal,

da Justiça Federal, não se enquadra nesse dispositivo legal. Neste caso que menciono, ela casou com brasileiro, não com estrangeiro, que já era funcionário em outro local, e optou, portanto, por uma situação inusitada, casar com uma pessoa que mora em um lugar e aceitar o emprego para ser lotada em outro lugar e até em outro estado da Federação, como no caso.

Creio que fico sem condição de votar, neste caso, de forma diferente do que votei no Conselho de Administração. O Desembargador Federal Tourinho Neto até pediu vista, não votou ainda. Tenho que manter a mesma coerência. De manhã, era um processo administrativo, mas aqui é um mandado de segurança, que pressupõe direito líquido e certo. Data venia, não se pode reconhecer a existência desse direito frente a uma disposição legal, expressa da lei, sem que se declare a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, que tem certa contradição com um princípio geral da Constituição; é uma norma de recomendação, que se dirige mais ao legislador do que uma norma impositiva, de proteção à família. Sei que no Supremo Tribunal Federal há precedentes mandando que se dê proteção à família, que se lote o servidor em qualquer lugar, mesmo que não existam vagas. Há essa interpretação larga, mas, antes que se declare a inconstitucionalidade do dispositivo legal, acompanho a divergência.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Acompanho a divergência, Senhor Presidente.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, pelo que entendi, a ora impetrante, antes de ajuizar este mandado de segurança, requereu administrativamente a licença, com base no disposto no art. 84 da Lei 8.112/1990, e esse pedido foi indeferido, porque entendeu a administração que ele não se enquadrava no dispositivo legal.

Também assim entendo e, por isso, não vejo ilegalidade no ato da Presidência do Tribunal e não posso, por conseguinte, conceder o mandado de segurança. Acompanho a divergência.

Primeira Seção

Ação Rescisória

95.01.20370-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti

Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Álvaro Marçal Mendonça

Réu: Paulo Flores Martins e outros

Divulgação: e-DJF1 de 20/06/2008

Publicação: 23/06/2008

Ementa

Processual civil e previdenciário. Ação rescisória. Sentença de liquidação. Possibilidade. Art. 486, do CPC. Súmula 260 do extinto TFR. Cálculos. Revisão de benefícios. Equivalência ao número de salários mínimos da RMI. Ofensa à coisa julgada configurada. Pedido rescisório procedente. Anulação da sentença homologatória com prosseguimento da ação pela via executória de título judicial vigente.

I – É cabível ação rescisória contra sentença homologatória de liquidação de julgado que transgride os limites da coisa julgada, nos termos do art. 485, IV, c/c art. 486, ambos do Código de Processo Civil.

II – Tendo a sentença da ação de conhecimento reconhecido o direito dos beneficiários-réus aos reajustes dos benefícios previdenciários conforme preconizado pela Súmula 260 do extinto TFR, configura ofensa à coisa julgada a homologação de cálculos em que se utilizou o critério da equivalência de salários mínimos para liquidação da sentença, porque diverso do critério estabelecido na citada Súmula, e, ainda, em face da irretroatividade da forma transitória de reajuste estabelecida no art. 58 do ADCT.

III – Observe-se que o provimento da presente rescisória impõe a adequação do processo de execução ao rito processual vigente, sendo inviável o restabelecimento do procedimento anteriormente adotado, posto que a norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso.

IV – Pedido rescisório procedente. Sentença de homologação anulada, com o prosseguimento da ação nos moldes do procedimento executório de título judicial atualmente vigente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente o pedido rescisório.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 06/05/2008.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:
— 1. Cuida-se de ação rescisória proposta pelo Instituto

Nacional do Seguro Social, com fundamento nos incisos IV e IX do art. 485 e art. 486, ambos do Código de Processo Civil, objetivando a rescisão da sentença de homologação de cálculos de liquidação proferida

nos autos da ação ordinária 00.3040-6/MT pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso.

2. Alega o INSS que “(...) embora tenha o MM. Juiz *a quo* reconhecido expressamente que a interpretação dada a Súmula 260 do e. TFR era manifestamente imprópria e ilegitimamente onerosa, não determinou o refazimento dos cálculos”.

3. Aduz “que a conta homologada foi além do que decidiu a Sentença de Mérito, extrapolando do mesmo modo os critérios da Súmula 260 do e. TFR. Existindo, dessarte, erros de critério a adotar-se a equivalência em número de salários mínimos e mais ainda, os cálculos estenderam-se até dezembro/1989, quando, desde abril daquele ano, já vinha o Suplicante pagando a equivalência na forma do art. 58 do ADCT, da CF/1988”.

4. Por fim, requer a procedência da ação, “rescindindo, conseqüentemente, a sentença homologatória dos cálculos de liquidação proferindo-se nova decisão”, com a compensação dos valores já percebidos pelos suplicados, condenando-os ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

5. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 25/236.

6. A tutela antecipada foi deferida, sob o fundamento de ofensa a sentença de mérito da causa (fls. 237v/238), com a suspensão da execução nos autos 00.30406-6, e, também, das providências determinadas pelo juízo monocrático para fins de oferecimento de denúncia por desacato a mandamento judicial.

7. Citados, os réus apresentaram contestação às fls. 258/261, requerendo a improcedência do pedido rescisório.

8. O INSS se manifestou sobre a contestação às fls. 288/289.

9. Assinado prazo para as partes esclarecerem se pretendiam produzir provas, apenas o INSS se manifestou pela desnecessidade de mais provas (fl. 291).

10. O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da presente ação rescisória, para que outra conta de liquidação seja elaborada (fls. 294/299).

11. Alegações finais somente apresentadas pelo INSS (fls. 335/338).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:
— 1. Trata-se, portanto, de ação rescisória proposta para a desconstituição da sentença de homologação de cálculos de liquidação proferida nos autos da ação ordinária 00.3040-6/MT pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, sob o fundamento de que, “(...) embora tenha o MM. Juiz “a quo” reconhecido expressamente que a interpretação dada a Súmula 260 do e. TFR era manifestamente imprópria e ilegitimamente onerosa, não determinou o refazimento dos cálculos”.

2. A ação rescisória foi proposta perante este eg. Tribunal em 17/08/1995 (fl. 2), dentro do prazo de 2 (dois) anos (art. 495 do CPC) do trânsito em julgado ocorrido em 13/09/1993 (fl. 145). Tempestiva, portanto.

3. Impugna o autor sentença que homologou cálculos de liquidação, e, para tanto, fundamenta-se nos incisos IV e IX do art. 485 e art. 486, do Código de Processo Civil, que estabelecem:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IV - ofender a coisa julgada;

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Art. 486 - Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

4. A ação ordinária 25.594/89 ajuizada por Paulo Flores Martins e outros, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, foi julgada procedente, para determinar que a Autarquia procedesse à revisão dos reajustamentos dos benefícios previdenciários dos, aqui, réus, pagando-lhes os valores apurados em liquidação, a partir da citação, com aplicabilidade da Súmula 260 do extinto TFR, acrescidos das cominações legais e respeitada a prescrição quinquenal (fls. 32/38).

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves, José Amílcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Neuza Maria Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

5. A decisão rescindenda (fls. 129/134) confirmou os cálculos da conta de liquidação de fls. 81/121, para que produzissem os efeitos legais, no entanto, conforme reconhecido mais tarde pelo próprio juízo monocrático, o contador judicial utilizou indevidamente o critério da equivalência de salários mínimos, conforme se verifica da seguinte decisão (fl. 146):

(...) A questão gira em torno, basicamente, da divergência de interpretação da Súmula 260 TFR. A princípio, entendi correta a aplicação da equivalência salarial, porém, após profunda análise do tema, modifiquei meu posicionamento passando a entender incabível, nos termos da Súmula citada, a aplicação do critério da equivalência salarial, mas sim, os índices da política salarial conforme já decidi em inúmeros casos. (...)

6. Posta a questão nestes termos, observo que houve violação à coisa julgada.

7. Com efeito, conforme já decidido por esta Corte Federal no julgamento da Ação Rescisória 94.01.31501-9/MG, afigura-se “inaplicável o disposto no art. 201, parágrafo 3, da Constituição Federal de 1988 e art. 58 do seu ADCT, retroativamente, na fixação da RMI a benefícios concedidos antes de 05/10/1998. Tais dispositivos não se confundem com as regras da Súmula 260/TFR” (AR 94.01.31501-9/MG, Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, Primeira Seção, *DJ* de 05/02/1996, p. 4.504).

8. Assim, observo que, ao contrário do critério adotado pela Contadoria Judicial, cujos cálculos foram homologados pela decisão rescindenda, a Súmula 260 do extinto TFR em nenhum momento preconiza o salário mínimo como fator de determinação do reajuste do benefício, ou equivalência da RMI com o número de salários-mínimos a que ela correspondia quando da concessão dos benefícios.

9. Acrescente-se, ainda, que tendo a sentença de mérito fundamentado o seu entendimento na tese consagrada na citada Súmula, os cálculos de liquidação, para a execução respectiva, devem delimitar os seus efeitos até o advento das novas regras constitucionais e legais sobre os critérios de reajuste dos benefícios previdenciários, ou seja, até março de 1989, pois, a partir daí, os reajustes passaram a ser regulados pelo art. 58 do ADCT, com vigência temporária até abril de 1991, sem efeitos retroativos, quando então passaram a ser reajustados na forma da Lei 8.213/1991.

10. Assim, há que ser rescindida a r. decisão de homologação de cálculos de liquidação, proferida nos autos da ação ordinária 00.3040-6/MT pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, porque ao prolatá-la o juízo monocrático excedeu na execução, em confronto com o disposto no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, adotando critério de cálculo diverso do estipulado na sentença de mérito, violando, assim, os limites da coisa julgada.

11. Por oportuno observo que, em razão das alterações legislativas que modificaram o procedimento executório pátrio, nosso diploma processual atualmente ignora o procedimento de cumprimento da sentença impulsionado pelo Cálculo do Contador Judicial. Deste modo, a ação de execução de título judicial, demandada em face da autarquia previdenciária, deve seguir o rito estabelecido nos arts. 475-B c/c 730 do CPC, devendo o credor requerer o cumprimento da sentença, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

12. Assim, o provimento da presente rescisória impõe a adequação do processo de execução ao rito processual vigente, sendo inviável o restabelecimento do procedimento anteriormente adotado, posto que a norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso (MS 1998.01.00.072823-3/DF, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Corte Especial, *DJ* de 12/08/1999, p. 1.102).

13. Em face do exposto, julgo procedente a ação, para, com base no disposto no art. 485, inciso IV, do CPC, rescindir o julgado que homologou os cálculos de liquidação, para o prosseguimento da execução do título na forma estabelecida nos arts. 475-B c/c 730 do CPC.

14. Honorários de sucumbência fixados em R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais).

É o voto

Segunda Seção

Embargos Infringentes e de Nulidade em ACR

1998.38.00.045318-1/MG

Relatora: A Exma Sra. Des. Federal Assusete Magalhães

Embargante: Lucílio Oscar Dias Vieira

Advogado: Dr. Luiz Ricardo Gomes Aranha

Embargada: Justiça Pública

Procurador: Franklin da Costa

Divulgação: e-DJF1 de 27/06/2008

Publicação: 30/06/2008

Ementa

Penal e processual penal. Embargos infringentes. Art. 115 do Código Penal. Agente menor de 70 anos na data da sentença condenatória e maior de 70 (setenta) anos na data do julgamento colegiado. Acórdão que não reformou a sentença condenatória. Prazo de prescrição. Redução de metade. Impossibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Embargos infringentes improvidos.

I – O princípio básico, informador da hermenêutica, em matéria de Direito Penal, é o da reserva legal, segundo o qual a fonte formal do direito é, tão-somente, a lei *stricto sensu*, a impedir, de um modo geral, a aplicação de meios de integração, utilizados por outras ramificações do Direito.

II – Embora julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça assumam tendência mais liberal, é torrencial a jurisprudência, no sentido de que a idade de 70 (setenta) anos, adotada pelo art. 115 do Código Penal, deve ser verificada quando da prolação da sentença, ou do acórdão condenatório, nas ações penais originárias dos Tribunais. Precedentes do STF (HC 89.969/RJ, HC 84.909/MG, HC 71.811/SP), do próprio STJ (REsp 742.290/DF, HC 34.635/RJ, RHC 17160/SP, 27.735/RJ) e do TRF 1ª Região (HC 2004.01.00.005717-8/MG, RCCR 2004.38.00.027891-1/MG).

III – A expressão “na data da sentença”, contida no art. 115 do Código Penal, deve ser entendida como “na data do acórdão” – sem afronta ao princípio da legalidade – quando a sentença monocrática é absolutória e, no julgamento do recurso, pelo Tribunal, o *decisum* é reformado, total ou parcialmente, para o fim de condenar o réu, a teor de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: HC 86.320/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma do STF, unânime, DJU de 24/11/2006, pág. 76.

IV – Ao fazer alusão ao menor de 21 e ao maior de 70 anos, o art. 115 do Código Penal refere-se, de forma expressa, ao “criminoso”, que, para o fim do referido dispositivo, é a pessoa que, na data de um dos dois julgamentos, sofre, pela primeira vez, condenação, no mesmo processo, podendo essa data, portanto, ser a do julgamento colegiado, que, desde então, passa a substituir a sentença absolutória, para fins de redução do prazo prescricional à metade.

V – Embargos infringentes improvidos.

Acórdão

Decide a Seção negar provimento aos Embargos Infringentes, por maioria.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 28/05/2008.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, Relatora.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves: — Julgando a apelação criminal em referência, interposta por Lucílio Oscar Dias, condenado a 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 8 (oito) dias de reclusão pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do CP, a 3ª Turma deste Tribunal acolheu a preliminar de intempestividade argüida pelo Ministério Público Federal, deixando, por isso, de conhecer do recurso apelatório.

Embargou de declaração o apelante Lucílio Dias, sustentando a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva contada retroativamente da data do fato (abril de 1990 a dezembro de 1991) e a da sentença condenatória (03/10/2001), tendo em vista que, entre esta e o acórdão exarado por este Tribunal (29/09/2006), teria o réu completado 70 (setenta) anos de idade, o que faria diminuir pela metade o prazo prescricional de 12 (doze) anos (considerando a pena cominada ao crime de estelionato qualificado).

A 3ª Turma deste Tribunal rejeitou, por maioria, vencido o Des. Federal Tourinho Neto — que dava pela ocorrência da prescrição tendo em vista que o réu completou 70 anos antes do acórdão, o que lhe conferiria o direito de ver o prazo prescricional reduzido para 6 seis anos —, os embargos de declaração em referência, restando a questão assim ementada:

Embargos de declaração. Processo Penal. Estelionato previdenciário. Inexistência de omissão. Prescrição. Não-ocorrência. Embargos rejeitados.

I – Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no v. acórdão, a justificar o acolhimento dos presentes embargos de declaração, consoante dispõe os arts. 619 e 620 do CPP.

II – O benefício do art. 115, segunda parte, aplica-se apenas ao réu que tenha 70 (setenta) anos de idade na data da condenação.

III – Embargos de declaração rejeitados.

Inconformado, interpõe o apelante os presentes

embargos infringentes, insistindo na tese de que deva ser aplicado ao caso dos autos a redução do prazo prescricional previsto no art. 115 do CP, ao argumento de que, a despeito da disposição legal prever a diminuição do prazo para o réu que tiver setenta anos na data da sentença, deve-se considerar também para a incidência desse benefício à data do acórdão.

Em contra-razões, o Ministério Público Federal requer o não acolhimento dos presentes embargos infringentes, asseverando que, muito embora existam precedentes do STJ a amparar a pretensão do recorrente, estes não são aplicáveis à hipótese, pois não houve a devolução da matéria relativa à sentença condenatória a este Tribunal, já que o recurso de Apelação pelo réu interposto não foi conhecido por intempestivo.

É o relatório. Encaminhem-se os autos ao eminente revisor, na forma de praxe.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — Admitidos os embargos infringentes (fls. 910) e exarado o respectivo relatório (fls. 912/913), entendo que o recurso deva ser conhecido, em face de divergência, em acórdão desfavorável ao ora embargante.

Assim se manifestou sobre o assunto, o douto parecer do Ministério Público Federal, da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Franklin da Costa, *in verbis*:

No presente caso não houve recurso, já que a apelação do embargante foi intempestiva, levando a Corte ao seu não conhecimento.

O não conhecimento significa que o recurso não existiu, não tendo havido nova sentença — que

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Tourinho Neto e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho. Impedido o Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Barros Bello Filho (convocado).

seria representada pelo acórdão — sobre o mérito da causa, quando então o réu completara 70 anos.

O acórdão que deu pelo não conhecimento da apelação do embargante *não substituiu a sentença*, pela simples circunstância de não ter havido a reapreciação dos fundamentos dessa, haja vista a intempestividade.

Não tendo a sentença sido tocada por nenhuma apreciação, não pode o acórdão, que deu pelo não conhecimento, ser considerado para o efeito que quer o embargante — redução do prazo prescricional à metade na forma da jurisprudência colacionada.

Na ausência de recurso do embargante — intempestivo e não conhecido — prevalece como julgamento apenas o de primeiro grau. E naquela data o embargante ainda não havia completado 70 anos de idade, não se lhe aplicando a regra do art. 115 do Código Penal.

Por essas razões é que a manifestação do MPF é pelo não acolhimento dos embargos infringentes (fls. 908/909).

De fato, os embargos de declaração opostos ao acórdão que não conheceu da apelação de Lucílio Oscar Dias Vieira, ora embargante, por unanimidade de votos (fls. 872/873), foram, efetivamente, *conhecidos e rejeitados*, por *maioria*, pelo órgão fracionário desta Corte (fls. 894).

Em acanhada síntese, o voto vencido entendeu que a prescrição ocorrerá em 03/10/2013, mas que, como o ora embargante completara 70 (setenta) anos em 17/10/2005, após a sentença, mas antes do acórdão, o referido prazo prescricional deveria ser reduzido pela metade, nos termos do art. 115 do CP, de vez que a redução, para os maiores de 70 (setenta) anos, na data da sentença — proclamada pelo referido dispositivo legal — há de “ser entendida em sentido amplo, ou seja, havendo recurso, na data do acórdão”, como orienta a doutrina que menciona, tese de que se valeu o apelante Lucílio Oscar Dias Vieira para a formulação dos presentes embargos infringentes.

Assim se manifesta o duto voto vencido:

No presente caso, portanto, a pena em concreto que *deveria* ser considerada é aquela resultante da soma da pena-base acrescida de mais 1/3 (um terço) da majorante prevista no § 3º do art. 171 do CP, ou seja, *um ano e quatro meses de reclusão*, o que, segundo o art. 109 do Código Penal, prescreveria em quatro anos.

Temos, no entanto, que o Ministério Público Federal *recorreu pedindo o aumento da pena* aplicada na sentença para os réus. Portanto, a prescrição, no presente caso, *será regulada pela pena in abstrato*, e não pela pena *in concreto* (aplicada na sentença), *a partir da data da publicação da sentença condenatória*.

Assim, ela prescreverá em 12 (doze) anos, já que a pena máxima, in abstrato, prevista no art. 171 do Código Penal é de 5 (cinco) anos de reclusão. Veja-se:

“Art. 171 . Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Segundo o art. 109 do Código Penal:

“(…) a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

V – em doze anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito).”

O fato aconteceu no período de abril/1990 a dezembro/1991. A denúncia foi recebida em 07/01/1999. A sentença foi publicada em 03/10/2001. A prescrição ocorrerá, então, em 03/10/2013 (doze anos a partir da data da publicação da sentença).

Acontece que, tendo o réu Lucílio Oscar completado 70 (setenta) anos, em 17/10/2005 (após a sentença, porém, antes de prolatado o acórdão), o prazo prescricional é reduzido pela metade, ou seja, 6 (seis) anos, e não 12 (doze), conforme o disposto no art. 115 do Código Penal:

“Art. 115 – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.”

A redução para os maiores de 70 anos, de que trata o art. 115, limita-se a ter o réu completado essa idade na data da sentença, no entanto, esta data deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, havendo recurso, na data do acórdão, conforme esclarece Celso Delmanto, (*in* Código Penal Comentado, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, pág. 235):

“Quanto à redução para os mais velhos requer-se que os 70 anos se tenham completado até a data da sentença, pouco importando que o agente ainda não tivesse essa idade ao tempo do crime. Tendo em vista a intenção do legislador, pode-se considerar como data da sentença também a do

acórdão, em caso de recurso. Obviamente, se mesmo antes da sentença (no inquérito ou no decorrer do processo) o réu completar 70 anos, deve-se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva desde logo, pela antecipada e automática incidência desse art. 115.”

Verifica-se, assim, que entre a data do fato e a do recebimento da denúncia já se passaram mais de seis anos, operando-se, portanto, a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, em dezembro de 1997.

2. Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, para decretar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, em relação ao réu Lucílio Oscar Dias Vieira. (fls. 884/885)

Na data da sentença condenatória, em 03/10/2001 (fls. 765), o ora embargante, nascido em 17/10/1935 (fls. 850), tinha 65 anos de idade. Completou 70 anos em 17/10/2005, antes do julgamento, em 12/09/2006, de sua apelação, que não foi conhecida pelo Tribunal, por intempestiva, restando mantida, integralmente, a sentença de Primeira Instância (fls. 858/873).

O Código Penal, em seu art. 115, proclama:

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

De regra, o princípio básico, informador da hermenêutica, em matéria de Direito Penal, é o da *reserva legal*, segundo o qual a fonte formal do direito é, tão-somente, a lei *stricto sensu*, a impedir, de um modo geral, a aplicação de meios de integração, utilizados por outras ramificações do Direito.

Nesta trilha, em diversos julgamentos, o colendo Pretório Excelso assim se manifestou, em relação ao art. 115 do CP:

Prescrição. Idoso. Art. 115 do Código Penal e Lei 10.741/2003. A completude e o caráter especial da norma do art. 115 do Código Penal excluem a observação do Estatuto do Idoso. Lei 10.741/2003, no que revela, como faixa etária a ser considerada, a representada por sessenta anos de vida. *Prescrição. Art. 115 do Código Penal. Aferição da idade na dicção da ilustrada maioria. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica, estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência*

do preceito. Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos de precedente do Plenário – Extradicação 591-0, por mim relatada, cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 22/09/1995” (HC 89.969/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma do STF, maioria, DJU de 05/10/2007, pág. 25 – negrito nosso).

Ementa: *Habeas Corpus*. 2. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 3. *O lapso prescricional somente se reduz à metade se o agente tiver setenta anos na data da sentença condenatória (art. 115, CP)*. 4. A interposição de recurso especial e/ou recurso extraordinário não impede a prisão do condenado. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada (HC 84.909/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma do STF, unânime, DJU de 06/05/2005, pág. 38 – grifo nosso).

Ementa: *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Réu maior de 70 anos. prescrição. CP, art. 115.* I. – *O benefício do art. 115, segunda parte, aplica-se apenas ao réu que tenha 70 (setenta) anos de idade na data da sentença.* II. – *H.C. indeferido*” (HC 71.811/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma do STF, maioria, DJU de 15/12/2000, pág. 61 – negrito nosso).

Na jurisprudência do STJ, embora julgados mais recentes já venham dando, ao referido art. 115 do CP, interpretação mais alargada — como o faz, também, uma facção doutrinária — são encontrados arestos, tanto da 5ª, como da 6ª Turmas, cuja orientação vem ao encontro da interpretação mais ortodoxa, da Suprema Corte:

Recurso Especial. Crime de uso de documento falso. Condenação mantida em sede de apelação. Fundamentação diversa. Recorrente maior de setenta anos tão-somente após a prolação da Sentença condenatória. Impossibilidade de aplicação do disposto no art. 115, do Código Penal. Precedentes do STJ.

1. *Nos termos ao disposto no art. 115 do Código Penal, a redução pela metade do prazo prescricional se refere àqueles maiores de setenta anos na data da sentença condenatória. A lei não estende a benesse também para a confirmação da condenação em grau de recurso.*

2. Precedentes do STJ.

3. *Recurso desprovido*” (REsp 742.290/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 19/12/2005, pág. 466 – grifo nosso).

Penal. Prescrição. Art. 115, do CP. Não incidência. Idade de 70 (setenta) anos. Ocorrência após a publicação do Acórdão. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a idade de 70 (setenta) anos deve ser verificada quando da prolação da sentença, ou do acórdão condenatório nas ações penais originárias dos Tribunais.

Ordem denegada (HC 34.635/RJ, Relator Ministro Paulo Medina, 6ª Turma do STJ, unânime, DJU de 06/02/2006, pág. 334 – grifo nosso).

Da mesma forma a jurisprudência deste TRF, acerca do assunto, também não é pacífica, mas diversos arestos de suas 3ª e 4ª Turmas corroboram essa tese, conforme se vê do excerto dos respectivos julgados:

A regra do art. 115 do CP, que reduz à metade os prazos prescricionais, não se aplica ao condenado que completou 70 (setenta) anos após o julgamento da apelação. Impossibilidade de interpretação extensiva (HC 2004.01.00.005717-8/MG, Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 04/06/2004, pág. 30)

O cômputo do prazo de prescrição pela metade, para efeito de reconhecimento de extinção da punibilidade, quando o criminoso era, na data da sentença, maior de setenta anos, deve dar-se nos termos do art. 115 do Código Penal, numa interpretação restritiva (RCCR 2004.38.00.027891-1/MG, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 11/07/2006, pág. 26 – grifo nosso).

A meu ver, pondo-me, *data venia*, de acordo com a exegese mais ortodoxa, corolário da aplicação do princípio da reserva legal, tenho como inarredável a tese defendida no voto condutor do acórdão embargado, da lavra do eminente Desembargador Federal Cândido Ribeiro, que assim se posicionou sobre a questão:

... tenho que não se aplica à hipótese o benefício pretendido, porquanto indubitavelmente a embargante possuía à época da condenação menos de 70 (setenta) anos de idade.

Essa, aliás, a orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes adiante transcritos; se não, vejamos:

“Habeas Corpus. Prescrição. Contagem pela metade do período. Réu que completou 70 anos após a sentença. Inaplicabilidade.

1 – Segundo a disposição do art. 115 do Código Penal, só tem direito à contagem pela metade do prazo prescricional o réu que, ao tempo da sentença, já contava com 70 anos, o que não é o caso dos autos.

II – Recurso desprovido.” (RHC 17160/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28/03/05).

“Habeas Corpus. Exploração de prestígio. Magistrado aposentado. Condenação. Pena de reclusão de 2 anos e oito meses. Substituição da pena ainda não cumprida. Arguição de prescrição. Alegada incidência do art. 115 do CP. Idade de setenta anos completada pouco antes do julgamento do Recurso Especial. Inaplicabilidade da benesse legal. E, ainda que fosse o caso de aplicação, o prazo prescricional não fluiu.

1 – Não procede a pretensão de aplicar o disposto no art. 115 do CP, porquanto a redução pela metade do prazo prescricional se refere àqueles maiores de setenta anos na data da sentença condenatória. A lei não estende a benesse também para a confirmação da condenação em grau de recurso. Precedentes do STJ.

2 – De qualquer sorte, não se verifica a alegada prescrição da pretensão punitiva no transcurso do processo, na medida em que, mesmo considerando, eventualmente, a redução do lapso temporal pela metade, como quer o impetrante, não há interregno maior que quatro anos entre os momentos interruptivos do prazo prescricional em questão.

3 – Ordem denegada.” (HC 27.735/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, Julg. 09/12/2003.)

É de todo aconselhável, pois, que se aguarde providências legislativas no sentido de conferir o benefício da prescrição antecipada ou mesmo da inimizabilidade penal aos maiores de 70 (setenta) ou menores de 21 (vinte e um) anos. Antes disso, não pode a sociedade suportar liberalidade dessa dimensão, que, na hipótese, estaria sendo concedida sem a chancela dos seus representantes, que têm atribuição para tal através de regular processo legislativo” (Trecho do voto que o Desembargador Federal Cândido Ribeiro utilizou para embasar a rejeição dos embargos de declaração, na AC 1998.38.00.045318-1/MG – fls. 888 e 890/892 – grifo nosso).

Não há, pois, lei que ampare a tese defendida pelo r. voto vencido, que, no entanto – não posso deixar de registrar, – tem respaldo na corrente que o próprio STJ já começa a abrigar (v. g. no julgamento do HC 51.794/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma do STJ, unânime, DJU de 04/12/2006, pág. 381), seguida, agora, por alguns julgados desta Corte (cfr. ACR

1998.38.01.001950-3/MG, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma do TRF/1ª Região, *DJUI* de 22/04/2008, pág. 276). Essa linha de pensamento, de forma semelhante ao que entendeu o voto vencido, afirma que “o art. 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou” (redação da ementa do acórdão referente ao Recurso Especial, mantida, na íntegra pela da Apelação Criminal, citados).

A única exceção em que a expressão “na data da sentença” (do art. 115) deve ser entendida como “na data do acórdão”, a meu sentir, é aquela em que a sentença monocrática é absolutória e, no julgamento do recurso, pelo Tribunal, o *decisum* é reformado, total ou parcialmente, para o fim de condenar o réu. É que, ao fazer alusão ao menor de 21 e ao maior de 70 anos, o art. 115 refere-se, de forma expressa, não à pessoa, mas ao “criminoso”, que, para o fim do referido dispositivo, é a pessoa que, na data do julgamento, sofre condenação, num mesmo processo, pela vez primeira, nesse caso a data do julgamento colegiado, que, desde então, passa a substituir a sentença absolutória. Este entendimento, contudo, não afronta o princípio da legalidade.

Por tal razão, fico, com respeitosa vênua aos entendimentos em contrário, com a posição que continua a ser adotada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vê no julgamento do *Habeas Corpus* 86.320/SP:

Ementa: Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Agente maior de 70 (setenta) anos. Estatuto do idoso. Redução de metade no prazo prescricional. Marco temporal. Sentença Condenatória.

I – A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

II – A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é

apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso.

III – Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória.

IV – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V – Ordem denegada (HC 86.320/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma do STF, unânime, *DJUI* de 24/11/2006, pág. 76)

Do voto condutor do referido julgado, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, destaco o seguinte trecho:

Existem, porém, situações nas quais o intérprete pode superar a literalidade da norma, sob pena de cometer injustiças, reduzindo o prazo prescricional mesmo quando não se está diante de uma sentença condenatória monocrática. É o caso, por exemplo, da condenação proferida de forma colegiada, em virtude de foro especial por prerrogativa de função, ou, ainda, daquela decorrente de provimento de recurso interposto contra sentença absolutória.

No que se refere, todavia, a acórdão que confirma a condenação em sede de recurso, o abrandamento do artigo 115 do Código Penal, data venia, não é possível. (grifo nosso)

Ora, esta última é, exatamente, a hipótese sob exame, eis que, na data da condenação – não reformada em grau de recurso –, o réu-embargante não tinha 70 anos.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Lucílio Oscar Dias Vieira, foi denunciado juntamente com Eduardo Henrique Godoy de Abreu pela prática de estelionato, em virtude de montarem “um esquema de fraudes contra o Sistema único de Saúde – SUS e contra o INAMPS (hoje incorporado ao INSS), esquema este que vigorou no período de abril de 1990 a dezembro de 1991” (cf. fl. 3).

Condenados os réus à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias e multa (cf. Sentença – fls. 753/765), interpuseram recursos de apelação ambos os réus (fls. 767, 768, 806/808 e 833/838) e o Ministério Público Federal (fls. 769, 773/780).

Em seguida, peticionou o Réu Lucílio Oscar Dias Vieira informando que completou 70 (setenta) anos de idade, juntando certidão de nascimento, ocorrido em 17/10/1935, e requerendo “o exame das conseqüências do fato novo para eventual decretação da prescrição da ação penal pela pena concreta ao tempo do julgamento do recurso” (cf. fl. 849).

A egrégia Terceira Turma desta Corte, por unanimidade, negou provimento aos apelos de Eduardo Henrique Godoy De Abreu e do Ministério Público Federal e não conheceu, por intempestividade, do recurso de Lucílio Oscar Dias Vieira (cf. fls. 852/873).

Inconformado, opôs Lucílio Oscar Dias Vieira Embargos de Declaração (fls. 878/879), sob o fundamento de omissão em virtude de não ter o v. Acórdão embargado se pronunciado sobre a ocorrência da prescrição, suscitada na Petição de fl. 849.

A Terceira Turma, por maioria, vencido o Relator, Desembargador Federal Tourinho Neto, rejeitou esses Embargos, tendo o Acórdão a seguinte ementa:

Embargos de Declaração. Processo Penal. Estelionato previdenciário. Inexistência de omissão. Prescrição. Não-Ocorrência. Embargos rejeitados.

I – Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no v. acórdão, a justificar o acolhimento dos presentes embargos de declaração, consoante dispõe os arts. 619 e 620 do CPP.

II – O benefício do art. 115, segunda parte, aplica-se apenas ao réu que tenha 70 (setenta) anos de idade na data da condenação.

III – Embargos de declaração rejeitados. (cf. fl. 894)

Irresignado, Lucílio Oscar Dias Vieira opôs Embargos Infringentes, visando prevalecer o voto vencido, que reconheceu a prescrição retroativa ao fundamento de que “a redução para os maiores de 70 anos, de que trata o art. 115, limita-se a ter o réu completado essa idade na data da sentença, no entanto, esta data deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, havendo recurso, na data do acórdão (...)” (cf. fl. 899).

O Ministério Público Federal opinou pelo não acolhimento dos Infringentes ao entendimento de

que, “*não tendo a sentença sido tocada por nenhuma apreciação, não pode o acórdão, que deu pelo não conhecimento, ser considerado para o efeito que quer o embargante — redução do prazo prescricional à metade (...), e assim sendo, “na ausência de recurso do embargante – intempestivo e não conhecido – prevalece como julgamento apenas o de primeiro grau. E naquela data o embargante ainda não havia completado 70 anos de idade, não se aplicando a regra do artigo 115 do Código Penal”* (cf. fl. 909).

Vejamos.

É certo que, no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, há divergência entre as 6ª e 5ª Turmas, sobre o tema.

Com efeito, na 6ª Turma consolidou-se o entendimento de que “(...) o art. 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou” (cf. EDcl nos EDcl no Ag 701669/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 11/09/2007, DJ 12/11/2007 p. 310; REsp 705.456/PR. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ. 01/07/2005).

E, na 5ª Turma: “*A redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP aplica-se somente àqueles que tenham completado setenta anos quando da prolação da sentença e não da decisão que a confirmou*” (cf. REsp n. 624.988/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 05/12/2005; HC 35.000/MG, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06/09/2004; HC 27.735/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01/03/2004).

No âmbito do excelso Pretório, cabe consignar que, em julgado recente, foi sufragado o entendimento na mesma linha de orientação da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de não admitir a extensão da regra do art. 115 do Código Penal para os casos em que não haja novo pronunciamento de mérito no processo. Assim, mantida a sentença condenatória sem qualquer alteração, em casos como o presente, não se admite a contagem do prazo de prescrição pela metade. O aresto tem a seguinte ementa:

Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Agente maior de 70 (setenta) anos. Estatuto do idoso. Redução de metade no prazo prescricional. Marco temporal. Sentença condenatória

I – A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de pa-

râmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

II – A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada *na data* em que proferida *decisão colegiada condenatória* de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há *reforma da sentença absolutória* ou, ainda, quando *a reforma é apenas parcial da sentença condenatória* em sede de recurso.

III – Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos *na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória*.

IV – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V – Ordem denegada. (1ª Turma, HC 86320/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/10/2006, DJ 24/11/2006, p. 76 – grifei)

No caso concreto a Sentença condenatória foi confirmada, tendo sido improvidos os recursos de Apelação interpostos pelo co-réu Eduardo Henrique Godoy de Abreu e pelo Ministério Público Federal e, quanto ao recurso do ora Embargante, sequer foi conhecido, por intempestividade.

Diante desse contexto, tendo em vista que na data em que foi proferida a sentença condenatória, 03.10.2001, o Embargante ainda não tinha completado 70 (setenta) anos, não ocorreu, pois, na espécie, a alegada prescrição.

Isto posto, nego provimento aos presentes Embargos Infringentes.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Trata-se de embargos infringentes opostos por Lucílio Oscar Dias Vieira, objetivando a prevalência do voto divergente, contra acórdão da 3ª Turma que, por maioria, rejeitou os embargos de declaração em Acórdão cuja ementa encontra-se assim redigida:

Embargos de Declaração. Processo Penal. Estelionato previdenciário. Inexistência de omissão. Prescrição. Não-Ocorrência. Embargos rejeitados.

I – Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no v. acórdão, a justificar o acolhimento dos presentes embargos de declaração, consoante dispõe os arts. 619 e 620 do CPP.

II – O benefício do art. 115, segunda parte, aplica-se apenas ao réu que tenha 70 (setenta) anos de idade na data da condenação.

III – Embargos de declaração rejeitados. (fl. 894)

A eminente Relatora, Desembargadora Federal Assusete Magalhães, desenvolveu seu voto no sentido de que a redução pela metade do prazo prescricional, na forma como prevista no art. 115, do CP, somente se aplica àqueles que eram maiores de setenta anos na data da sentença condenatória, não se estendendo às hipóteses de julgamento de recurso, razão pela qual, no seu ponto de vista deve prevalecer o voto condutor do acórdão embargado.

Abri divergência, protestando pela juntada de voto escrito, considerando ter, em ocasião anterior, me posicionado de forma contrária ao posicionamento ora perfilhado pela eminente Relatora.

De fato, por ocasião do julgamento da ACr 1998.38.01.001950-3/MG, em 25/03/2008, de minha relatoria, assim decidiu a 4ª Turma deste Tribunal:

Penal. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Art. 168-A, do Código Penal. Apropriação indébita previdenciária. Prescrição. Réu maior de setenta anos na data da prolação do Acórdão. Interpretação extensiva do art. 115 do Código Penal.

1. O art. 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Na hipótese dos autos, a teor do documento de fl. 75, verifica-se que o réu completou 70 (setenta anos) em 12/11/2004, devendo ser aplicado, na espécie, o benefício da redução do prazo prescricional, mesmo na hipótese, como a dos autos, em que o réu venha a completar 70 (setenta) anos, na pendência do julgamento de apelação.

3. *In casu*, considerando que o crime em exame ocorreu em 22/11/1996 (fl. 75); que a denúncia foi recebida em 13/03/1998 (fl. 84), sendo

a sentença absolutória, e que o prazo prescricional previsto para o máximo da pena em abstrato, prevista para o delito em questão (art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/1991) é de 12 anos, que, reduzida à metade perfaz-se em 6 (*seis*) anos, constato que em 13/03/2004 consumou-se a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, devendo, portanto, ser reconhecida como extinta a punibilidade do réu pela prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado pelo máximo da pena em abstrato, que, nos termos do art. 114, II, do Código Penal se estende a pena de multa.

4. Prescrição reconhecida de ofício.
5. Apelação prejudicada.

Nesse sentido, confira-se os precedentes citados por Julio Fabbrini Mirabete, in Código Penal Interpretado, 5ª ed, Atlas, 2005, São Paulo, pág. 859, *verbis*:

Validade do aniversário na pendência de julgamento da apelação – TJSP: O legislador, no art. 115 do CP, estabeleceu que faz jus à redução da metade dos prazos prescricionais o réu maior de 70 anos de idade ao tempo da sentença. Deve-se, no entanto, entender que, sendo esta recorrível, se o réu vem a completar tal idade enquanto pendente de julgamento sua apelação, restará abrangido pelo disposto no referido dispositivo – interpretação preferível, por ser mais favorável ao réu. Deve preponderar, sobretudo, no exame da questão, o inconveniente de se levar à prisão pessoa já não mais perigosa, ao fim de sua existência, para permanecer ali por pouco tempo (RT 614/282). *TACRSP*: “A rigor, só o septuagenário na data da publicação da sentença teria a seu favor a redução, pela metade, do prazo prescricional, *ex vi* do disposto no art. 115, *in fine*, do CP. Contudo, a orientação jurisprudencial, nesse sentido, vem tornando possível a redução do prazo prescricional mesmo quando o réu completa 70 anos na pendência da apelação” (RT 725/614).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, no julgamento da Extradicação 591, relator Ministro Marco Aurélio¹ decidiu nesse sentido, veja-se:

Prescrição. Idade do agente. Definição temporal.

Enquanto a menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo “sentença” empregado no art. 115 do Código Penal tem sentido amplo. Interposto recurso

contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstância de que o acórdão proferido substitui a sentença atacada, quer a reforme ou confirme (art. 512 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente).

Extradicação. Prescrição da pretensão executória. Constatada a incidência da prescrição da pretensão executória do Estado requerente, tendo em vista o resíduo de pena a ser cumprida e a idade do extraditando a data do último provimento judicial (artigos 113 e 115 do Código Penal), impõe-se o indeferimento do pedido de extradicação.

Posteriormente, conforme notícia o informativo 473 do STF, a matéria voltou a ser analisada pela 1ª Turma, com aprofundado debate, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski defendido a interpretação estrita, mas sem posicionamento definitivo sobre o tema específico², dadas as particularidades do caso então em apreciação. Prevalece, portanto, a meu sentir, aquele entendimento externado pelo plenário da Suprema Corte.

Por seu turno, no egrégio Superior Tribunal de Justiça a matéria recentemente tem recebido interpretação extensiva, para compreender sentença como sendo, igualmente, o acórdão proferido no exame do recurso, confira-se:

Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Exegese do art. 115 do Código Penal. Recorrente que contava com 70 anos de idade na data do Acórdão que confirmou a sentença condenatória. Ocorrência da prescrição retroativa. Extinção da punibilidade.

1. Em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, os declaratórios opostos com o objetivo de obter a reconsideração de provimento monocrático, sem indicação de quaisquer dos vícios elencados no art. 619 do Código de Processo Penal, devem ser recebidos como agravo regimental.

2. Esta Corte já decidiu que o art. 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou.

¹Ext 591 /IT – ITÁLIA Relator: Min. Marco Aurélio Julgamento: 01/06/1995: Tribunal Pleno.

²HC 89969 / RJ – Rio de Janeiro *Habeas Corpus* Relator: Min. Marco Aurélio.

3. Fixada a pena da embargante em 1 ano, 9 meses e 10 dias de detenção, considerada sua idade avançada, constata-se que decorreram mais de 2 anos entre o recebimento da denúncia, 28/04/1999, e a prolação da sentença, 22/04/2003, operando-se a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, a teor do art. 109, V, c/c os arts. 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal.

4. Se o agravante entende que a interpretação dada por este Tribunal ao art. 115 do Código Penal violou princípios constitucionais, a matéria deve ser suscitada em recurso próprio perante o Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl nos EDcl no Ag 701.669/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 11/09/2007, DJ 12/11/2007 p. 310)

Assim, embora a matéria não esteja pacificada, entendendo aplicável ao réu, o benefício da redução do prazo prescricional, nos termos como previstos no art. 115, do Código Penal, também nas hipóteses em que o réu venha a completar 70 (setenta) anos mesmo após a sentença condenatória, desde que submetida à revisão da instância superior, por ser a interpretação mais favorável ao réu.

Dessa forma, *data venia* da eminente Relatora, do Revisor e dos demais Desembargadores que me antecederam, abro a divergência para votar no sentido de que seja dado provimento aos presentes embargos infringentes a fim de que prevaleça o voto vencido.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, vou manter, *data venia* dos Juízes Assuste Magalhães, Mário César Ribeiro e do eminente Procurador, o mesmo entendimento que tive na Turma. Mantenho o meu voto, acompanho, assim, a Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho.

Declaração de Impedimento

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ney de Barros Bello Filho: — Senhor Presidente, declaro-me impedido de votar.

Terceira Seção

Embargos Infringentes em Ação Rescisória

2000.01.00.047182-1/DF

Relatora:	A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Relator:	O Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz
Embargante:	Viação Dois Irmãos Ltda.
Advogados:	Dr. Chiang de Gomes e outros
Embargada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Litisconsorte Passivo:	Empresa Gontijo de Transportes Ltda.
Advogados:	Dr. José Walter de Queiroz Machado e outros
Divulgação:	e-DJF1 de 13/06/2008
Publicação:	16/06/2008

EMENTA

Processual Civil. Embargos Infringentes. Ação originária ajuizada em face do DNER. Inocorrência de sucessão posterior à propositura da ação precedente. Ilegitimidade passiva da União para a Ação Rescisória.

I – Tendo o acórdão embargado sido proferido em 17/03/1999 e publicado em 21/02/2000, não se submetem os embargos infringentes à alteração legislativa introduzida pela Lei 10.352/2001.

II – A rescisória deve ser ajuizada em face de quem figurou como parte na ação originária, ou de seu sucessor a título universal ou singular, desde que a sucessão opere antes da citação para o novo feito (ação rescisória).

III – Não havendo alteração na titularidade do direito e/ou da obrigação entre o ajuizamento da ação antecedente e a propositura da ação rescisória, o pólo passivo desta deve ser necessariamente ocupado por quem figurou como parte naquela.

IV – A propositura desta rescisória diretamente em face da União pode servir como instrumento para contornar o mau direcionamento da ação precedente, inviabilizando, no caso de rescisão do julgado, a prolação de novo julgamento completo, inclusive no que tange à análise da legitimidade passiva do DNER para a causa originária.

V – A extinção do DNER, com sua sucessão pela União (Decreto 4.129/2002), não se presta a regularizar a ilegitimidade passiva verificada nestes autos, tendo em vista que é posterior à prolação do acórdão embargado, assim como ao término do prazo para pleitear a rescisão do acórdão proferido na ação originária.

VI – Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 04/03/2008.

Juiz Federal *Marcelo Velasco Nascimento Albernaz*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz: — Trata-se de ação rescisória ajuizada por *Viação Dois Irmãos Ltda.* em face da *União* e da *Empresa Gontijo de Transportes Ltda.*, visando à rescisão de acórdão da 2ª Turma desta Corte e ao novo julgamento da causa originária, com o acolhimento do pedido de “regularização da linha Conselheiro Pena (MG)/Jaru(RO)”.

Após regular processamento, a Primeira Seção proferiu acórdão que, por maioria, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva da União.

O voto condutor do acórdão adotou o entendimento de que, em se tratando de ação rescisória de acórdão proferido em ação ajuizada em face do DNER e dispondo este de personalidade jurídica própria, não ostenta a União legitimidade passiva para a causa.

O voto vencido do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que inaugurou a divergência, partiu do pressuposto de que “se houve sucessão antes da propositura da rescisória, para esta deve ser citado o sucessor”.

Irresignada, a *Viação Dois Irmãos Ltda.* interpôs embargos infringentes, em 01/03/2000, com o objetivo de obter a prevalência do voto vencido.

Aduz a embargante que:

1 – o objetivo da rescisória é a desconstituição da sentença proferida em ação destinada à regularização de linha de ônibus com espeque no art. 141 do Decreto nº 92.353/86;

2 – propôs, em 1991, a ação originária em face do DNER, visto que era dele a competência para conceder e permitir o serviço de transporte interestadual coletivo de passageiros, nos termos do aludido decreto;

3 – tal competência foi transferida para o Ministério da Infra-Estrutura com a reforma administrativa, tendo sido repassada para a Secretaria da Produção com o Decreto 731/1993;

4 – esses órgãos não têm personalidade jurídica própria, compondo a estrutura da Administração Direta Federal;

5 – ajuizou esta rescisória em face da União, porque cabe atualmente a esta explorar, direta e indireta-

mente, o serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

A União e a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. apresentaram contra-razões aos embargos infringentes.

O MPF opinou pelo não conhecimento e, se conhecidos, pelo não provimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz: — Tendo o acórdão embargado sido proferido em 17/03/1999 e publicado em 21/02/2000, não se submetem os embargos infringentes à alteração legislativa introduzida pela Lei 10.352/2001.

Sobre o tema, confira-se:

Processual Civil. Agravo Regimental. Embargos Infringentes. Admissibilidade. Preclusão. Inocorrência. Direito intertemporal. Lei nova (10.352/2001). Vigência. Publicação do Acórdão.

I – Não há preclusão quanto à questão de admissibilidade dos embargos infringentes se a matéria é explicitamente tratada pelo acórdão recorrido.

II – “Em matéria de direito processual civil (intertemporal), no concernente às hipóteses de cabimento de recurso, aplica-se a lei vigente ao tempo da publicação do acórdão que se pretende atacar e não aquela em vigor ao tempo da sessão de julgamento. Precedentes desta Corte” (REsp 525.770/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 03/11/2003). Precedentes: AGA 578.498/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20/09/2004 e AgRg no REsp nº 649.526/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08/11/2004.

III – Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 683298 / RS, Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 04/04/2005 pg. 214)

Logo, encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço dos embargos infringentes.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e Souza Prudente. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus. Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

O acórdão embargado encontra-se assim ementado:

Processual Civil. Ação Rescisória. Passageiros. Transporte Interestadual. Ação Ordinária. Partes. Rescisão da Sentença. Legitimidade ad causam.

I – Ajuizada ação ordinária contra o DNER, visando a regularização de linha interestadual de transporte de passageiros, a ação rescisória da sentença não poderá ser proposta contra a União, que não figurou no pólo passivo daquela.

II – Sendo o DNER uma Autarquia Federal, evidencia-se a ilegitimidade passiva ad causam da União, estranha à lide, por isso que não pode ser acionada em ação de rescisão de julgado, pois a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472).

III – Carência da ação declarada.”

Tal ato decisório não merece reforma. Senão, vejamos.

A rescisória deve ser ajuizada em face de quem figurou como parte na ação originária, ou de seu sucessor a título universal ou singular, desde que a sucessão opere antes da citação para o novo feito (ação rescisória).

In casu, o DNER ainda não havia sido extinto quando foi ajuizada a presente causa (14/07/1997), não havendo que se falar em sucessão a título universal anterior à citação.

No entanto, ao tempo da propositura deste feito, aquela autarquia não mais ostentava competência para atender à pretensão da ora autora, tendo em vista que o Decreto nº 99.244/90 havia conferido ao Departamento Nacional de Transportes Rodoviários da Secretaria Nacional de Transportes do Ministério da Infra-Estrutura a competência para *conceder, permitir ou autorizar o transporte rodoviário interestadual de pessoas e de bens* (art. 225, I, b).

Essa transferência de atribuições para órgão da Administração Federal Direta correspondeu a uma sucessão a título singular da obrigação controvertida, tornando a União legitimada para figurar no pólo passivo de ações sobre a matéria.

Diante disso, poder-se-ia sustentar a legitimidade da União para esta causa.

Ocorre que há uma peculiaridade no caso em exame: a sucessão do DNER pela União quanto à men-

cionada competência administrativa é anterior ao ajuizamento do feito originário (junho de 1991), no qual foi reconhecida a legitimidade passiva da autarquia.

Não havendo alteração na titularidade do direito e/ou da obrigação entre o ajuizamento da ação antecedente e a propositura da ação rescisória, o pólo passivo desta deve ser necessariamente ocupado por quem figurou como parte naquela.

Nessas circunstâncias, impõe-se reconhecer a ilegitimidade passiva da União para a presente causa.

Ademais, a propositura desta rescisória diretamente em face da União pode servir como instrumento para contornar o mau direcionamento da ação precedente, inviabilizando, no caso de rescisão do julgado, a prolação de novo julgamento completo, inclusive no que tange à análise da legitimidade passiva do DNER para a causa originária.

Por fim, a extinção do DNER, com sua sucessão pela União (Decreto 4.129/2002), não se presta a regularizar a ilegitimidade passiva verificada nestes autos, tendo em vista que é posterior à prolação do acórdão embargado, assim como ao término do prazo para pleitear a rescisão do acórdão proferido na ação originária.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto Vista

I

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos infringentes opostos pela Viação Dois Irmãos Ltda, em face do v. acórdão de fls. 315/329, proferido pela colenda Primeira Seção deste egrégio Tribunal, nos autos de ação rescisória ajuizada pela embargante contra a União Federal, figurando a Empresa Gontijo de Transportes Ltda, na condição de litisconsorte passiva necessária, visando rescindir o julgado proferido pela colenda Segunda Turma, nos autos da AC 94.01.2839-0/DF, onde se buscava o direito de exploração de linha de transporte interestadual, no percurso Conselho Pena/MG-Jaru/RO(fl. 180/183).

O acórdão embargado, por maioria, vencidos os eminentes Desembargadores Federais Jirair Aram

Meguerian, Luciano Tolentino Amaral e Moreira Alves, julgou a autora carecedora de ação, sob o fundamento de que, não tendo a União Federal integrado a relação processual instaurada nos autos do feito onde fora prolatado o julgado rescindendo, não disporia de legitimidade passiva *ad causam* na ação rescisória, restando assim ementado:

Processual Civil. Ação Rescisória. Passageiros. Transporte Interestadual. Ação Ordinária. Partes. Rescisão da sentença. Legitimidade ad causam.

I – Ajuizada ação ordinária contra o DNER, visando a regularização de linha interestadual de transporte de passageiros, a ação rescisória da sentença não poderá ser proposta contra a União, que não figurou no pólo passivo daquela.

II – Sendo o DNER uma Autarquia federal, evidencia-se a ilegitimidade passiva *ad causam* da União, estranha à lide, por isso que não pode ser acionada em ação de rescisão de julgado, pois a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472).

III – Carência da ação declarada.

(AR 1997.01.00.027545-7/DF, Rel. Juiz Lindoval Marques de Brito (convocado), Primeira Seção, DJ de 21/02/2000, p.49)

Em suas razões iniciais, sustenta a embargante a prevalência dos votos vencidos, sob o fundamento de que, por ocasião do ajuizamento da ação rescisória, as atribuições administrativas de concessão dos serviços de transportes terrestres já não mais se encontravam no raio de competência do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, contra quem fora ajuizada a ação originária, em cujos autos fora proferido o julgado rescindendo, em face da sua transferência para órgãos da administração pública federal, razão por que haveria de ser a ação rescisória ajuizada contra a União Federal, sob pena de se tornar inócua a execução do julgado, em caso de procedência da demanda (fls. 333/339).

Apresentadas as contra-razões (fls. 346/352 e 367/371), sobreveio o parecer ministerial de fls. 383/385, em que a douta Procuradoria Regional da República suscita a preliminar de não conhecimento dos embargos, sob o fundamento de que não se aplicaria, na espécie, a hipótese do art. 530 do CPC, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Após o voto do Relator, Juiz Federal convocado Marcelo Velasco Nascimento Albernaz, rejeitando a

preliminar suscitada pelo Ministério Público Federal e negando provimento aos presentes embargos infringentes, no que foi acompanhado pelos eminentes Desembargadores Federais Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira, pedi vistas dos autos, para melhor exame da matéria, e os trago hoje a julgamento.

II

No que se refere à preliminar de inadmissibilidade deste recurso, não prosperam as alegações deduzidas pelo ilustre membro do *parquet*, tendo em vista que, conforme já consignado no voto do Relator, o Acórdão embargado foi publicado em 21/02/2000 (fls. 330), antes, portanto, da vigência da Lei 10.351/2001, não se lhe aplicando, pois, as alterações por ela introduzidas.

Rejeito, pois, a preliminar em referência.

III

No mais, o voto do Relator apreciou a questão, nestes termos:

(...)

“A ação rescisória deve ser ajuizada em face de quem figurou como parte na ação originária, ou de seu sucessor a título universal ou singular, desde que a sucessão opere antes da citação para o novo feito (ação rescisória).

In casu, o DNER ainda não tinha sido extinto quando foi ajuizada a presente causa (14/07/1997), não havendo que se falar em sucessão a título universal anterior à citação.

No entanto, ao tempo da propositura deste feito, aquela autarquia não mais ostentava competência para atender à pretensão da ora autora, tendo em vista que o Decreto 99.244/1990 havia conferido ao Departamento Nacional de Transportes Rodoviários da Secretaria Nacional de Transportes do Ministério da Infra-Estrutura a competência para *conceder, permitir ou autorizar o transporte rodoviário interestadual de pessoas e de bens* (art. 225, I, b).

Essa transferência de atribuições para órgão da Administração Federal Direta correspondeu a uma sucessão a título singular da obrigação controvertida, tornando a União legitimada para figurar no pólo passivo de ações sobre a matéria.

Diante disso, poder-se-ia sustentar a legitimidade da União para esta causa.

Ocorre que há uma peculiaridade no caso em exame: a sucessão do DNER pela União quanto à mencionada competência administrativa é anterior ao ajuizamento do feito originário (junho de 1991), no qual foi reconhecida a legitimidade passiva da autarquia.

Não havendo alteração na titularidade do direito e/ou da obrigação entre o ajuizamento da ação antecedente e a propositura da ação rescisória, o pólo passivo desta deve ser necessariamente ocupado por quem figurou como parte naquela.

Nessas circunstâncias, impõe-se reconhecer a ilegitimidade passiva da União para a presente causa.

Ademais, a propositura desta rescisória diretamente em face da União pode servir como instrumento para contornar o meu direcionamento da ação precedente, inviabilizando, no caso de rescisão do julgado, a prolação de novo julgamento completo, inclusive no que tange à análise da legitimidade passiva do DNER para a causa originária.

Por fim, a extinção do DNER com sua sucessão pela União (Decreto 4.129/2002) não se presta a regularizar a ilegitimidade passiva verificada nestes autos, tendo em vista que é posterior à prolação do acórdão embargado, assim como ao término do prazo para pleitear a rescisão do acórdão proferido na ação originária.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes” (fls. 392/393).

IV

Compulsando os presentes autos, verifica-se que a autora da presente ação rescisória, ajuizada em 14/07/1997, justifica a presença da União Federal no pólo passivo da demanda com o fundamento de que as atribuições do DNER, no tocante à concessão de linha de transportes rodoviários, haviam sido transferidas para órgão da administração direta federal, por força da Lei 8.029/1990. Ocorre que o feito originário, onde foi proferido o julgado rescindendo, fora ajuizado, como visto, em junho de 1991. Em sendo assim, a prevalecer o entendimento da autora, no particular, o ajuizamento daquela ação originária fora equivocadamente dirigido contra o DNER, não se podendo admitir que tal equívoco venha a ser corrigido em sede de ação rescisória, conforme bem registrou o voto proferido pelo Relator, notadamente em face da circunstância de que, por ocasião do ajuizamento da presente ação rescisória (junho de 1991), o DNER ainda não havia sido extinto,

nem sucedido pela União Federal, o que somente veio a ocorrer nos idos de 2002.

Com estas considerações, acompanhando os ilustres Pares que me antecederam, nego provimento aos embargos infringentes.

Este é meu voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2003.01.00.006538-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Autora: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Réu: Defensil Ltda.
Curadora: Maria Susana Minare Brauna
Divulgação: e-DJF1 de 06/06/2008
Publicação: 09/06/2008

Ementa

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Ação rescisória. IRRF sobre lucros líquidos anuais (art. 35 da Lei 7.713/1988). Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Necessidade de exame do contrato social. Previsão de imediata distribuição dos lucros aos sócios: tributação que se legitima (art. 43 do CTN c/c RE 172.058-1/SC).

I – Inaplicável a Súmula 343/STF: a questão é constitucional (RE 177.301/PR).

II – 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.

III – As circunstâncias de [a] a sentença não ter analisado o contrato social e [b] de o acórdão rescindendo (do tipo “estereotipado”) ter afirmado que ele não preveria a distribuição imediata de lucros, sem, entretanto, tê-lo transcrito ou examinado (evidenciando ausência de fundamento que sustente a final conclusão) justifica o afastamento do óbice contido no §2º do art. 485 do CPC, não se podendo reputar ter havido “controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o ato”.

IV – Para fins de tributação do IRRF sobre os lucros líquidos (art. 35 da Lei 7.713/1988 c/c art. 43 do CTN), o STF (RE 172.058-1/SC) orienta que: [a] tratando-se de sociedade anônima, a só previsão estatutária de distribuição não induz tributação, exigindo a legislação específica a prévia e expressão deliberada do órgão societário que tal rateio determine em prol dos acionistas; e [b] tratando-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, há que se examinar o contrato social, aferindo-se se ele prevê (como no caso) ou não a imediata ou automática distribuição de lucros ao final de cada exercício em favor dos quotistas, seja na hipótese de sua distribuição na forma de pecúnia (“disponibilidade econômica”), quanto na sistemática da “disponibilidade jurídica”, eis que há direito contratual incontestável ao gozo periódico de um acréscimo patrimonial.

V – A condicionante contratual de que distribuídos lucros apenas depois de deduzidos os eventuais prejuízos diz com a “existência ou não” dos lucros em si, não com a “periodicidade” de seu rateio (se imediato ou se diferido), irrelevante, pois, para o deslinde da demanda.

VI – Pedido rescisório procedente. Acórdão (AC 95.01.24653-1/MG) rescindido.

VII – Rejulgamento: apelação da Defensil Ltda. não provida.

VIII – Peças liberadas pelo Relator, em 21/05/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção julgar procedente o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 21/05/2008.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Luciano Tolentino Amaral*: — Por inicial ajuizada em 12/03/2003, a autora (FN), alegando “erro de fato” e “violação a literal disposição de lei” (art. 485, IX e V, do CPC), pede a rescisão do acórdão da ex-T3/TRF1 (f. 195), datado de 03/06/1996, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, que, nos autos da AC 95.01.24653-1/MG, dando provimento à apelação da ora ré para julgar procedente o pedido, reformou a sentença (f. 152) datada de 08/02/1995 do MM. Juiz Federal Substituto Carlos Roberto de Carvalho, da 10ª Vara/MG, que, nos autos da AO 91.00.23367-6, objetivando eximir a autora do IRRF sobre lucros líquidos distribuídos aos sócios quotistas (art. 35 da Lei 7.713/1988) no exercício 1990, julgara improcedente o pedido.

O acórdão rescindendo assim restou ementado:

(...). Tributário. art. 35 da Lei 7.713/1988.
(...).

1 – Não dispondo o contrato da sociedade por quotas, a disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado, a expressão “sócio cotista” do art. 35 da Lei 7.713/1988 representa maltrato à Lei Maior, a teor do que fixou o STF no RE 172.058-1/SC.

(...)

A autora reputa havido erro de fato e violados os art. 35 da Lei 7.713/1988 e art. 43 do CTN, pois o contrato social da autora, a seu ver, preveria, sim (Cláusula 11: “O exercício comercial da empresa coincidirá com o ano civil. Os lucros apurados em balanço anual serão divididos entre os sócios na proporção social de cada um. Havendo prejuízo, este será levado a uma conta especial para amortização com os lucros dos anos seguintes”), a imediata disponibilidade dos lucros líquidos ao final do exercício, sem exigir prévia deliberação do órgão societário, ensejando, pois, a usual tributação. Pede rescisão e rejuízo para que negado provimento à apelação da empresa.

O *decisum* transitou em julgado em 30/04/2001 (certidão de f. 278).

Sem custas nem depósito prévio por isenção legal. Valor da causa: Cr\$100.000,00, cerca de R\$500,00 em valores e moeda atuais.

Em contestação (f. 311/313), a ré, citada por edital, aduz, por sua curadora, que o contrato social não prevê a disponibilidade imediata dos lucros, mas apenas tal ocorrência quando “*desnecessários para amortização de eventuais prejuízos dos exercícios anteriores*”, não havendo falar, pois, em erro de fato ou violação a literal disposição de lei.

Com réplica, sem fatos novos, insistindo nas teses da inicial, no sentido de que há previsão expressa de imediata distribuição dos lucros (cláusula 11, supra).

As partes não produziram outras provas.

Com razões finais da ré somente; a autora não as apresentou.

A PRR (f. 342) opina pela procedência do pedido rescisório.

É o relatório.

Voto-Mérito*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Luciano Tolentino Amaral*: — O CPC preceitua:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V – violar literal disposição de lei;

(...)

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, Guilherme Doehler e Leão Aparecido Alves (convocados).

IX - *fundada em erro de fato*, resultante de (...) documentos da causa;

§1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§2º. *É indispensável (...) que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.*

Quanto ao mérito em si, este, o entendimento jurisprudencial, que, oriundo do STF, já afasta, inclusive “*obliter dictum*”, a Súmula 343/STF, que “*não se presta como parâmetro hábil a obstaculizar o trânsito (...) quando a matéria (...) é de índole constitucional, haja vista a necessidade de se preservar a máxima efetividade constitucional*” (AR 2006.01.00.020999-1/MG, minha relatoria):

(...) *Constitucional (...). [IRRF]: acionistas de [S/A] e (...). Quotistas (sociedades (...). De responsabilidade limitada). Art. 35 da Lei 7.713/1988.*

1. No julgamento do RE 172.058, o (...) [STF] declarou inconstitucional o art. 35 da [Lei 7.713/1988], no ponto em que obrigou o acionista da [S/A] a recolher o [IRRF] sobre o lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base. É que, nas [S/As], a distribuição dos lucros líquidos depende (...) da manifestação da Assembléia Geral, não se configurando ela, pura e simplesmente, com o encerramento do período-base.

2. (...) cumpre aos Juízes e Tribunais, das instâncias ordinárias, *quando se tratar de sociedades por quotas de responsabilidade [LTDA], a verificação, em cada caso, sobre se o contrato social prevê a disponibilidade imediata, pelo sócio-quotista, do lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base*, pois só em tal hipótese será possível conciliar-se, quanto a essa espécie de sócio, o disposto no art. 146, III, “a”, da CF/1988, no art. 43 do CTN e no art. 35 da Lei 7.713/1988.

(...)

(STF, RE 177.301/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, T1, DJ 25/10/1996.)

O STF, portanto, tratando-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (caso da ré), exige o exame do contrato social para que se afira se há ou não previsão de imediata distribuição dos lucros líquidos aos sócios no final do exercício.

De primeiro, em atenção ao §2º do art. 485 do CPC, a Cláusula Décima Primeira do contrato social (f. 33), desde sempre acostado aos autos, assim estipula (grifei):

O exercício comercial da empresa coincidirá com o ano civil. *Os lucros apurados em balanço anual serão divididos entre os sócios na proporção social de cada um.* Havendo prejuízo, este será levado a uma conta especial para amortização com os lucros dos anos seguintes.

Embora a sentença (f. 147/152) tal não tenha feito, pois adstrita à legalidade da exação, aos seus aspectos estritamente jurídicos, o acórdão rescindendo (f. 190/196) afirma — sem transcrevê-lo, todavia — que “o contrato social (...) não prevê a imediata disponibilidade, quer econômica, quer jurídica, do lucro apurado”.

No tocante ao erro de fato, pois, parece oponível — em primeira leitura — o óbice do §2º do art. 485 do CPC (a indispensabilidade de que não tendo havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato). Ocorre, entretanto, que, omissa a sentença, no ponto, o acórdão rescindendo — do tipo “padrão” ou “estereotipado” — *apenas afirma* que o contrato não prevê a imediata disponibilidade do lucro, sem, todavia, transcrevê-lo ou examiná-lo, o que evidencia ausência de fundamento que sustente a conclusão, o que justificaria o afastamento do aludido óbice.

Tal análise influencia diretamente os rumos da demanda, pois são exatamente as disposições contratuais que determinam a exigibilidade ou não da exação: ter como existente ou não a previsão de distribuição automática de lucros aos sócios, portanto, é fundamental.

A legislação de regência assim estipula (Lei 7.713/1988):

Art. 35. O sócio quotista, {o acionista} ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. (Grifei.)

1º Para efeito da incidência de que trata este artigo, o lucro líquido do período-base apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

(...)

6º O disposto neste artigo se aplica em relação ao lucro líquido apurado nos períodos-base encerrados a partir da data da vigência desta Lei.

Por força de tanto, diversas empresas acorreram ao Poder Judiciário, alegando a inconstitucionalidade

da exação (art. 150, I, art. 145, §1º, e art. 146, III, “a”, da CF/1988) e mesmo sua ilegalidade frente ao art. 43 do CTN, eis que a tributação, cumprida a nova norma legal, incidiria, no dizer de tais empresas postulantes, sobre valores fictos ou ainda não disponibilizados efetivamente, do ponto de vista econômico ou jurídico, até porque, antes de ocorrer a distribuição do lucro aos sócios, deveria haver ato precedente de vontade da pessoa jurídica, apontando que tal lucratividade não seria carreada para compensação de prejuízos acumulados, constituição de reservas legais ou outras coberturas estatutárias (S/A) ou contratuais (Ltda). Apontava-se, ainda, no caso das S/A, o fato de que os acionistas apenas auferem lucro se a assembléia geral assim decidir pela distribuição.

O STF (RE 172.058-1/SC), decidindo questão prejudicial da validade do art. 35 da Lei 7.713/1988, declarou a inconstitucionalidade da expressão “o acionista” e a constitucionalidade das expressões “o titular da empresa individual” e “o sócio cotista”, salvo no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição:

(...). Imposto de renda. Retenção (...). Sócio cotista.

A norma insculpida no art. 35 da Lei 7.713/1988 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

Imposto de renda. Retenção na fonte. Acionista.

O art. 35 da Lei 7.713/1988 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade “desconto na fonte”, relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no art. 43 do CTN (...).

Imposto de renda. Retenção na fonte. Titular de empresa individual.

O art. 35 da Lei 7.713/1988 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no art. 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir à pertinência do princípio da despersonalização.

(...)

(STF, RE 172.058-1/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, DJ 13/10/1995.)

O Min. Marco Aurélio em seu voto consignou:

A leitura do teor do art. 43 do CTN revela que o fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos. (...).

(...)

A conclusão a que se chega é que, na verdade, o art. 35 da Lei 7.713/1988, ao desprezar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica como fato gerador do imposto sobre a renda, acabou por trazer à baila fato gerador diverso, ou seja, o consubstanciado na simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base. Ao fazê-lo, mostrou-se distanciado da regra que impõe, como veículo próprio à constituição, quer de fato gerador, quer de base de cálculo dos tributos previstos na Carta Federal, a lei complementar.

(...)

Relativamente às sociedades por quotas, cumpre perquirir, à luz do contrato social, a disciplina do lucro líquido. Prevista a imediata disponibilidade econômica ou mesmo jurídica ou, ainda, definição diversa a exigir a manifestação da vontade de todos os sócios, tem-se o fato gerador fixado no art. 43 do Código Tributário Nacional. No caso, não se abre campo propício à aplicação da lei das sociedades anônimas, porque sempre subsidiária, a depender do silêncio do contrato social e da compatibilização ante as regras mínimas constantes do Decreto 3.700/1919.

(...)

Diante das premissas supra, concluo:

a) o art. 35 da Lei 7.713/1988 conflita com a Carta Política (...), mais precisamente com o art. 146, III, a, no que diz respeito às sociedades anônimas e, por isso, tenho como inconstitucional a expressão “o acionista” (...);

(...)

c) o art. 35 da Lei 7.713/1988 guarda sintonia com a Lei Básica Federal, na parte em que disciplinada a situação do sócio cotista, quando o contrato social encerra, por si só, a disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado. Caso a caso, cabe perquirir o alcance respectivo.

O Senado Federal suspendeu (parcialmente) a execução do art. 35 da Lei 7.713/1988:

Resolução 82, de 1996 (DOU 19/11/1996)

Suspende, em parte, a execução da Lei 7.713, de 29/12/1988, no que diz respeito à expressão “o acionista” contida no seu art. 35.

Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei 7.713, de 29/12/1988, no que diz respeito à expressão “o acionista” nele contida.

(...)

Alguma jurisprudência diz, quero crer por equívoco, que o art. 35 citado fora considerado “inconstitucional” nos exatos termos do julgado pelo STF. Não é bem assim. Com relação ao “acionista”, sim, sem dúvida. Com relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, contudo, depende, como se verá.

Verifica-se que, para as empresas constituídas sob a forma de sociedades por quotas limitadas, que em seus contratos sociais prevejam a distribuição automática do lucro líquido ao final do exercício financeiro, sem o concurso da vontade do sócio quotista ou da própria empresa, o IRRF sobre dita parcela é plenamente exigível.

A chamada “automaticidade” ou “imediatidade” da distribuição dos lucros não pode ser confundida com a efetiva e fática “disponibilidade econômica ou jurídica”. Diz respeito à destinação que os atos constitutivos dão aos lucros, ou conforme o dispuserem. É ler-se:

(...), Lei 7.713/1988, art. 35: (...).

1. O fato gerador do IR é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos. Inteligência do art. 43 do CTN.

2. Nesse sentido, quando da apuração do lucro líquido pela pessoa jurídica, no que tange aos seus sócios-quotistas, configura-se o fato gerador do Imposto de Renda, ante a hipótese de disponibilidade jurídica.

3. O art. 35 da Lei 7.713/1988 só é inconstitucional em relação às sociedades anônimas e aos

sócios-quotistas quando, de acordo com o contrato social, não depender “do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição”. Para efeito de tributação do Imposto de Renda e sua retenção na fonte, nos termos do mencionado dispositivo legal (alíquota de 8%), é irrelevante o lucro líquido ser distribuído aos sócios ou reinvestido na empresa. (Grifei.)

(...)

(TRF1, AC 1999.01.00.071624-6/DF, Rel. Juiz Cândido Ribeiro, T3, un., DJ II 23/02/2000, p. 46 [pendente agravo da decisão que, na origem, não admitiu o RE e o REsp])

A alegação da ré no sentido de que a distribuição dos lucros não seria imediata porque condicionada à demonstração de que ausentes prejuízos não prospera, fundamentalmente porque a “presença” ou a “magnitude” dos eventuais prejuízos atina com a existência, ou não, e a extensão dos lucros, *não com o momento de sua distribuição*: prejuízos iguais ou superiores aos lucros, induzem lucros inexistentes; prejuízos inferiores aos lucros, geram lucros a distribuir (de imediato ou dependentes de ulterior deliberação de órgãos societários).

A expressão “imediate distribuição dos lucros” é entendida pela jurisprudência como aquela que deriva do mero encerramento do exercício, não condicionada à prévia deliberação de qualquer órgão societário, como no caso, em que a mera existência dos lucros já induz sua “incontinenti” distribuição.

Este, o precedente paradigma:

(...), Ação rescisória. Imposto de renda. Retenção na fonte. Lei 7.713/88 (art. 35). Sócio cotista. Constitucionalidade.

(...)

5. No dizer do STF, quando o contrato social de uma empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Ltda.) prevê, em cláusula expressa, a repartição de lucros ao final do exercício-base, de modo automático e independentemente da vontade dos sócios quotistas, há, a teor do art. 43 do CTN, incidência do IRRF sobre o lucro líquido; tanto na hipótese de sua distribuição na forma de pecúnia (“disponibilidade econômica”), quanto na possibilidade de sua movimentação para destinação societária outra, como o reinvestimento na empresa, a aquisição de novas quotas e outros (“disponibilidade jurídica”), eis que há direito contratual incontestável ao gozo periódico de um acréscimo patrimonial.

(...)

(TRF1, AR 2000.01.00.003329-4/DF, Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, ex-S2, un., *DJ* 24/09/2002, p. 9, *já transitado em julgado*)

Ver, ainda: STJ REsp 710.351/CE, Rel. Min. Peçanha Martins, T2, un., *DJ* 13/06/2005 p. 277, *já transitado em julgado*.

Pelo exposto, julgo procedente o pedido rescisório e declaro rescindido o acórdão na AC 95.01.24653-1/MG.

De consequência, nego provimento à apelação da Defensil Ltda.

Condeno a ré em custas em ambos os feitos e em verba honorária de R\$1.000,00 em ambos os processos. Fixo os honorários da curadora à lide em R\$1.000,00 (oportunamente, oficie-se à Presidência).

É como voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

1999.34.00.005779-4/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (Auxiliar)
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Tulio de Oliveira Tavernard
Apelada: Clarice do Amor Divino
Advogados: Dr. João Rodrigues Neto e outro
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/DF
Divulgação: e-DJF1 de 09/06/2008
Publicação: 10/06/2008

Ementa

Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar administrativo. Relatório conclusivo. Proposição de penalidade de suspensão. Aplicada penalidade de demissão. Agravamento sem motivação. Controle judicial. Possibilidade. Ato nulo. Danos morais. Situação de constrangimento. Existência em razão do processo disciplinar. Inocorrência em razão do agravamento da pena. Apelação parcialmente provida. Honorários. Sucumbência recíproca.

I – Embora não se ignore que ao Poder Judiciário não é permitido adentrar no exame do mérito administrativo, mas promover seu exame de forma a conformar seus efeitos aos princípios constitucionais que dirigem a atividade administrativa, em especial o da legalidade, é possível verificar, no caso concreto, que o controle exercitado pela sentença sobre o ato questionado não implicou em indevida alteração substancial de seu objeto, senão determinar sua adequação em face dos fatos efetivamente apurados, considerando sua tipificação à luz das sanções legalmente cominadas.

II – “Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, legalizando essa discricionariedade, visto que a valoração dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos. O próprio Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhes adentrar a substância administrativa” (Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, ed. Malheiros, São Paulo, 1998, 23ª edição, p. 111/112) (MS 8496, Processo 200200771545/DF, 3ª Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, Rel.: Min. Hélio Quágua Barbosa, DJU de 24/11/2004, p. 225).

III – A pena de “suspensão” foi determinada pela comissão de inquérito de forma fundamentada, comissão esta que, verdadeiramente, ouviu os depoimentos, analisou documentos e produção das demais provas, além de levar em consideração os antecedentes da apelada, em observância ao princípio da proporcionalidade da pena em razão da conduta praticada. Já o ato que determinou a cassação da aposentadoria da Fiscal de Contribuições Fiscais, desconsiderou totalmente a conclusão do processo administrativo, aplicando penalidade com base em fatos apurados relativamente a outro servidor envolvido na mesma ação fiscal objeto de sindicância, mas cujos antecedentes e conduta adotadas em face do procedimento disciplinar não se equivalem, notadamente porque o outro servidor referido, respondia a mais de um processo disciplinar.

IV – Considerando haver prática de ato atribuído à apelada, censurável disciplinarmente, pela pena de sus-

pensão, sugerida e inicialmente aplicada, não se pode atribuir eventual efeito danoso bem como indevida ação da Administração capaz de provocar responsabilidade por danos morais. Se não era cabível a pena de cassação de aposentadoria, este juízo de valor decorre da desproporção entre os fatos apurados, mas não em razão de sua não ocorrência. Mas dos fatos apurados caberia igualmente sanção, no caso, se suspensão, sequer questionada pela apelada. Inexistente, assim, qualquer nexos causal entre a conduta do INSS e o alegado constrangimento suportado pela apelada, que decorreu de seu próprio comportamento como Fiscal de Contribuições Previdenciárias, uma vez que é dever da Administração instaurar a ação disciplinar e exercer o poder punitivo, evidentemente após o devido processo legal.

V – Apelação parcialmente provida para excluir a condenação por danos morais. Sucumbência recíproca.

Acórdão

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação do INSS e da União, nos termos do voto do Juiz Federal Relator Auxiliar.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 25/02/2008.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator auxiliar.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*: — Cuida-se de remessa oficial, de recurso de apelação interposto pela União Federal e pelo INSS em face de sentença que julgou procedente, em parte, o pedido contido na exordial, nos seguintes termos:

[...] julgo procedente, em parte, a presente ação, para declarar nulo o Decreto de 06/08/1998, publicado no DOU de 07/08/1998, Seção 2, p. 2, que cassou a aposentadoria da autora, com manifesta ilegalidade e arbitrariedade, sem respaldo nas provas dos autos, devendo a autora suplicante ser reincluída em folha de pagamento a partir de 07/08/1998 (data da injusta cassação de sua aposentadoria), com o pagamento dos benefícios atrasados, por se tratar de verba de natureza alimentar.

Condeno, ainda, a União Federal e o INSS a pagarem a autora, conjuntamente e pro-rata, a quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente corrigida desde a data do início da lesão (07/08/1998), a título de danos morais.

Condeno, finalmente, as entidades promovidas, no percentual de 10% (dez por cento) do valor da condenação total corrigida, a título e honorários advocatícios e no reembolso das custas processuais expendidas.

[...] (cf. fls. 260).

Considerou a sentença não demonstrado qualquer proveito pessoal para apelada, em razão do exercício do cargo, ou para a empresa por ela fiscalizada, a saber: *Transbrasil S/A Linhas Aéreas*, a ensejar as penalidades que resultaram na cassação da aposentadoria da Fiscal de Contribuições Previdenciárias, em tela. Afirmou que a falha havida na fiscalização feita pela apelada fora suprida pela segunda fiscalização feita pela junta revisora, nada auferindo a título de proveito a empresa aérea. E ante a ausência de prova cabal do dolo da apelada, não se encontra tipificada no inciso IX do art. 117 da Lei 8.112/1990 a conduta da Fiscal.

Considerou, mais, inexistir ocorrência de fato que autorizasse a motivação do ato que aplicou a pena de demissão/cassação de aposentadoria em razão do que restou apurado no processo administrativo 35.000.010460/95-38, cujo relatório final emitido pela Comissão de Inquérito, concluiu pela aplicação da pena de suspensão da apelada.

Insurge-se o INSS, alegando inicialmente a inexistência, no caso, de prescrição punitiva do processo administrativo disciplinar. No mérito, aduz que foi plenamente respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa durante todo o procedimento administrativo, que transcorreu regularmente, conforme comprovado nos autos.

Afirma que descabe ao Poder Judiciário qualquer apreciação do mérito do ato punitivo em questão, em respeito ao princípio constitucional da independência dos Poderes da República, sendo certo que inexistente qualquer irregularidade formal a ser considerada no âmbito do Judiciário. Transcreve a legislação de regência do processo administrativo disciplinar, salientando que o mesmo obedeceu plenamente a todas as disposições legais a ele concernentes, razão pela qual pugna pela reforma da sentença sob este aspecto.

Inconforma-se, mais, alegando a improcedência de danos morais à espécie, eis que a punição administrativa não trouxe nenhum dano, a este título, à apelada, resultando tão-somente de sanção decorrente de imposições legais, às quais não é dado ao INSS se negar a cumprir. Salienta, ainda, que a conduta da Fiscal, tomada como fato gerador do dano, elimina a causalidade e, assim sendo, torna injusta a condenação em indenização por danos morais a que foi condenado o INSS.

Ao final, requer seja o pedido vestibular julgado improcedente, mantendo-se a validade do Decreto presidencial, bem como todos os efeitos por ele gerados desde sua égide.

Contra-razões de Apelação apresentadas às fls. 310/315.

Também a União não se conforma com a sentença de fls. 253/261, alegando que a mesma não se acha em harmonia com as provas colhidas nos autos e, assim sendo, consagrou direito subjetivo à ora apelada, sem o correspondente suporte fático jurídico. Afirma que, uma vez apurada a autoria e materialidade da conduta da Fiscal e inexistindo qualquer vício formal a eivar de nulidade o processo administrativo disciplinar, não há que se falar em cerceamento de defesa da apelada, que foi ouvida, conforme restou comprovado nos autos. E mais, que inexistindo ilegalidade no procedimento administrativo, ao Judiciário não é dado adentrar no juízo discricionário do Administrador.

Relativamente ao dano moral, aduz que não existem provas nos autos a ensejar a condenação das apelantes no pagamento de indenização a este título. E que o Decreto inquinado apenas aperfeiçoou o julgamento do inquérito administrativo disciplinar, resultando, portanto, a punição arbitrada, da própria culpa da apelada. Insurge-se, ao final, com referência à condenação em honorários advocatícios, caso mantida a sentença recorrida — a qual julgou parcialmente procedente o

pedido vestibular — pugnando pelo rateio da sucumbência, posto que recíproca.

Contra-razões apresentadas.

Do essencial, é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Cuida-se de remessa oficial e recursos de apelação interpostos contra a sentença que julgou procedente, em parte, o pedido contido na exordial e, declarando nulo o decreto que cassou a aposentadoria da ora apelada, condenou o INSS a reincluir a mesma em sua folha de pagamento, a partir da data da referida cassação (07/08/1998), bem como condenou o INSS e a União (*cf. fls. 253/261*), no pagamento de indenização por danos morais sofridos pela servidora, arbitrados em R\$ 50.000,00, tudo conforme transcrito acima.

Insurgem-se os apelantes, INSS e União, contra a sentença recorrida, alegando, inicialmente, que a mesma interferiu em matéria de competência administrativa própria do Poder Executivo, ao promover anulação de ato administrativo discricionário, qual seja penalidade imposta em decorrência de regular processo administrativo disciplinar.

Segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

(...)

Existe uma correlação lógica entre o fim a ser atendido e o meio a ser adotado. É claro que se o agente se vale de um meio que é inidôneo para alcançar o fim, não chega ao fim que tem de ser alvejado.(...)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves e José Amílcar Machado. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

¹ *In* Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. 6ª tir. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 9-48. Negritei e grifei.

Logo, como existe uma correlação lógica entre a finalidade e o ato (que não é senão o meio pelo qual se chega a ela), ter-se-á reforçada a percepção de que não basta, para dizer-se ocorrente a discricionariedade administrativa, a verificação de que a norma abriu para o administrador a possibilidade de praticar ou não praticar o ato, de praticar este ou aquele. É preciso que, ao praticar ou ao não praticar um ato, ou ao praticar este ou aquele, tais opções que se traduzem em atos administrativos, sejam as opções logicamente idóneas para chegar à finalidade. Existe uma incidível correlação lógica entre a finalidade e o ato adotado.

Posto que assim é, posto que existe essa correlação lógica, mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou não fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade) verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlação lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade. O resultado deste confronto pode levar, inclusive à total disparição de discricionariedade, que embora existe ao nível da norma deixa de sustentar-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto.

A sentença recorrida considerou que inexistem provas nos autos do processo administrativo disciplinar necessárias para caracterizar o proveito pessoal em favor da apelada ou de outrem, no caso, a empresa Transbrasil S/A, e assim a tipicidade do comportamento a ela atribuído que pudesse ensejar a aplicação da penalidade disciplinar máxima. Considerou, mais, que a penalidade de “suspensão”, que aliás foi a sugerida no relatório da Comissão Processante, tem coerência com a realidade fática evidenciada no Processo Administrativo 35.000.010460/95-38.

Embora não se ignore que ao Poder Judiciário não é permitido adentrar no exame do mérito administrativo, mas promover seu exame de forma a conformar seus efeitos aos princípios constitucionais que dirigem a atividade administrativa, em especial o da legalidade, é possível verificar, no caso concreto, que o controle exercitado pela sentença sobre o ato questionado, não implicou em indevida alteração substancial de seu objeto, senão determinar sua adequação em face dos fatos efetivamente apurados, considerando sua tipificação à luz das sanções legalmente cominadas.

Neste sentido já se manifestou a jurisprudência pátria, inclusive desta eg. Corte, conforme é possível verificar pela leitura das ementas dos seguintes julgados, que ora transcrevo, *verbi gratia*:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Preliminares de ilegitimidade passiva da União, de contradição da sentença, de ofensa ao art. 131 do CPC e de julgamento extra e ultra petita afastadas. Preliminar de ausência de submissão ao reexame necessário acolhida. Lei 8.112/1990, arts. 116, 117 e 134. Cassação de aposentadoria de auditor fiscal em decorrência de processo administrativo. Descabimento na hipótese. Desídia não comprovada pela administração. Princípio da proporcionalidade não observado. Precedentes da Corte e do STJ. Honorários advocatícios. Parâmetro.

1. A União é parte passiva legítima para figurar na ação em que o servidor aposentado impugna a cassação de sua aposentadoria, decorrente de decreto do Ministro da Previdência e Assistência Social, no exercício da competência delegada pelo art. 1º do Decreto 3.035/1999. Preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal rejeitada. Preliminar rejeitada pelo Relator que, nesta parte, restou vencido.

2. Confunde-se com o próprio mérito da demanda as alegações de contradição e de adoção de argumentos extra e ultra petita na sentença apelada. Preliminares de sentença *extra* e *ultra petita* rejeitadas.

3. O Juiz não está obrigado a analisar e rebater todas as alegações da parte, bastando apenas que indique os fundamentos suficientes à compreensão de suas razões de decidir (TRF - 1ª Reg., EDAC 1999.01.00.001282-4/DF, Terceira Turma Suplementar, Rel. Juiz Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado), ac. unânime, DJ 31/03/2005, p. 53.). Preliminar de contradição da sentença rejeitada.

4. Inexistente cerceamento de defesa, o qual não restou demonstrado. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

5. Está submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que tenha o valor da condenação superior a 60 (sessenta) salários mínimos, sendo desinfluyente, no caso, o valor atribuído à causa. Precedentes da Corte: AC 1999.01.00.060500-4/BA, Primeira Turma Suplementar, Rel. Juiz Antonio Claudio Macedo da Silva (conv.), DJ 05/08/2004, p. 29; e AC 2001.38.00.013947-7/MG, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 31/10/2002, p. 128.

6. A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ permite ao Judiciário proceder à análise formal do ato administrativo, a fim de constatar a existência ou não de vícios de nulidade sob o aspecto de sua legalidade, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes do Estado. Precedentes desta Corte e do STJ: STJ, MS 9.212/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. unân.

nime, *DJ* 1º/06/2005, p. 92; MS 9.942/DF, Terceira Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. unânime, *DJ* 21/03/2005, p. 213; REsp 647.417/DF, Primeira Turma, Min. José Delgado, ac. unânime, *DJ* 21/02/2005, p. 114; RMS 18.811/TO, Quinta Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. unânime, *DJ* 21/02/2005, p. 194; RMS 15.398/SC, Sexta Turma, Min. Paulo Medida, ac. unânime, *DJ* 17/12/2004, p. 596; TRF - 1ª Reg., EIAC 1999.01.00.017716-3/DF, Primeira Seção, Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, ac. unânime, *DJ* 02/08/2005, p. 15.

7. A insindicabilidade do mérito do ato administrativo não é princípio absoluto no direito administrativo contemporâneo, mormente em se tratando de aferir a proporção e razoabilidade entre ilícito e sanção.

8. “... *mérito significa uso correto da discricionariedade, ou seja, a integração administrativa. Com observância do limite do legal e o limite do legítimo, o ato tem mérito. Caso contrário, não tem mérito e deixa de ser discricionário para ser arbitrário e, assim, sujeito ao controle judicial.*” (Cf. REsp 647.417/DF, Primeira Turma, Min. José Delgado, ac. unânime, *DJ* 21/02/2005, p. 114.)

9. Procedimento administrativo que não conclua, efetivamente, pela existência de desídia, não serve para amparar cassação de aposentadoria de servidor com base nos arts. 116, 117 e 134 da Lei 8.112/1990.

10. Não fere o princípio da autonomia das instâncias o exame da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo, é dizer, a relação de adequação entre o poder manejado pelo agente público e o fim colimado, bem como, no caso do direito administrativo penal, a proporcionalidade e correta individualização da pena em face da infração — ilícito administrativo — praticada.

11. *A regularidade do processo administrativo disciplinar, bem como a constatação da observância da cláusula do devido processo legal e, por conseguinte, de todos os princípios que dela derivam para proteção das liberdades públicas e do direito dos administrados, não conferem ipso facto razoabilidade ao seu resultado, o qual terá de ser proporcional à prova dos autos, mormente no direito administrativo disciplinar, daí por que não se pode acoimar a sentença de contraditória por ter anulado o ato administrativo de cassação da aposentadoria do autor — resultante do processo administrativo disciplinar — não obstante ter reconhecido o respeito, por parte da Pública Administração, durante o curso do procedimento administrativo, ao *due process of law*.*

12. *A pena administrativa aplicada deve guardar coerência com a prova dos autos e proporção*

com a natureza do ilícito administrativo praticado, bem como suas circunstâncias, sem deixar, também, de considerar a individualização da penalidade, quando aplicada, sob pena de vergastar os princípios da verdade material, da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade, também incidentes no processo administrativo disciplinar.

13. A argumentação deduzida pelas apelações sucumbe perante os fatos, haja vista que, na hipótese, não há falar em ingerência do Poder Judiciário sobre o mérito administrativo. Primeiro, porque cabe ao Judiciário a análise dos contornos legais do ato emanado da Pública Administração. Segundo, porque a própria Administração está jungida, atrelada, ao princípio da legalidade estrita, diretriz básica da conduta de seus agentes. Terceiro, porque os atos administrativos devem subsumir-se ao princípio da razoabilidade, e, quando punitivos, à proporcionalidade entre ilícito e sanção, mormente em se tratando de direito administrativo penal, onde a individualização da pena deriva de mandamento constitucional (CF, art. 5º, XLVI). Ademais, o ferimento à proporcionalidade é também ferimento à cláusula do devido processo legal em seu aspecto substantivo, a teor da consagrada doutrina da Suprema Corte norte-americana que tanto tem influenciado o constitucionalismo contemporâneo.

14. O parâmetro para a verba honorária, quando sucumbente a Fazenda Pública, deve ser o § 4º. do art. 20 do CPC, não estando adstrito o magistrado ao intervalo previsto no caput do referido dispositivo legal, conforme firme linha precedentada nesta Corte e no STJ (cf. STJ, ERESP 443017/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* de 13/10/2003, p. 229; STJ, RESP 507087/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 23/06/2003, p. 441; STJ, RESP 512656/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, *DJ* de 20/10/2003, p. 306; TRF 1ª. Região, AC 1999.01.00.100189-5/GO, Primeira Turma Suplementar, Juiz Antonio Claudio Macedo da Silva (conv.), *DJ* 30/09/2004, p.34).

15. Preliminares rejeitadas, exceto a de ilegitimidade da União Federal, a qual restou acolhida, vencido o Relator. Apelações do INSS e da União não providas. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida para reduzir a verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação para 5% (cinco por cento) sobre a mesma base de cálculo.

(AC 2001.33.00006651-3/BA, 1ª Turma desta eg.Corte, Rel.: Des.Federal Amílcar Machado, *DJU* de 02.10.2006, p. 17. Destaques).

Mesma orientação se verifica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Competência do ministro de Estado. Advogado do acusado. Termo de indiciamento. Parecer da consultoria jurídica. Parte integrante do ato demissório. Motivação e proporcionalidade da pena aplicada. Intimação pessoal do acusado. Desnecessidade. Membro da comissão. Presidente com idêntico nível do acusado. Direito ao silêncio. Ausência de prejuízo. Pas de nullité sans grief. Perícia. Falta de apresentação de quesitos e de indicação de assistente técnico. Prescrição. Inocorrência.

1. Cabe ao presidente da República a organização e funcionamento da administração federal, podendo delegar essa atribuição, conforme dispõe o art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal.

2. Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar, assim como de formular questões ao seu próprio constituinte.

3. Ausente irregularidade no termo de indiciamento, porquanto as Comissões Processantes descreveram, pormenorizadamente, as condutas nas quais o servidor incorreu, assim como as tipificaram.

4. A autoridade julgadora pode acatar o parecer de sua Consultoria Jurídica, servindo aquele como elemento integrador do ato demissionário, sem que isso vicie o procedimento administrativo realizado.

5. *“Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, legalizando essa discricionariedade, visto que a valoração dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos. O próprio Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhes adentrar a substância administrativa* (Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, ed. Malheiros, São Paulo, 1998, 23ª edição, p. 111/112).

6. A falta de intimação pessoal do acusado acerca do resultado do julgamento e da decisão impugnada não tem o poder de nulificar os processos administrativos disciplinares.

7. Segundo estampa o art. 149 da Lei 8.112/1990, apenas o presidente da comissão processante deverá ocupar cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

8. Quanto à infringência, pelas comissões processantes, do direito constitucional do acusado de permanecer calado, tendo em vista que aquela o advertiu que o silêncio poderia constituir elemento

de convicção da autoridade julgadora, infere-se que tal agir não induziu o acusado a se auto-acusar ou a confessar, pelo que há de prevalecer o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara a nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo.

9. O impetrante foi cientificado da realização da perícia, o que leva a concluir que, se não formulou quesitos nem indicou assistente técnico, assim deixou de fazer por sua conta e risco.

10. A ação disciplinar prescreve em 5 (cinco) anos quando as infrações forem puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. A prescrição tem como marco inicial a ciência pela Administração dos fatos que se têm como irregulares. Inteligência do art. 142, I, c/c § 1º, da Lei 08.112/1990.

(MS 8496, Processo 200200771545/DF, 3ª Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, Rel.: Min. Hélio Quágua Barbosa, DJU de 24/11/2004, p. 225. Destaqueei.)

O processo administrativo disciplinar foi conduzido por comissão formada de acordo com os critérios e normas estabelecidos pelos arts. 149/151 da Lei 8.112/1990, que dispõem, *verbis*:

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no §3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, classe, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei 9.527, de 10/12/1997.)

§1º ...*omissis*...

§2º ...*omissis*...

Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse de administração.

Parágrafo único. ...*omissis*...

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II – inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III – julgamento.

É o que pode ser verificado pela análise dos documentos de fls. 29, 89/92 e 95/114. Estes últimos, con-

cluindo nos termos retro transcritos, obedeceu, mais, aos ditames dos arts. 165 e 166 da Lei 8.112/1990.

Todavia, na fase de julgamento não foi obedecido o disposto no *caput* e parágrafo único do art. 168, conforme se confere abaixo:

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Ou seja, de acordo com a análise do dispositivo acima, em face do teor do documento de fls. 212/215, é possível concluir que o julgamento do processo disciplinar se deu de forma ilegal, contrariando o relatório da comissão, não obstante as provas dos autos.

Do relatório que concluiu o processo administrativo, atribuiu-se à apelada a seguinte conduta:

Ex-positis, e de tudo mais que dos autos consta, entendemos parcialmente procedentes os argumentos da defesa, para propugnarmos, à unanimidade de convencimento, pela descaracterização do indiciamento de Jorge e Clarice no inc. IV do art. 117, bem como para mantermos o restante do indiciamento, responsabilizando-os pelo descumprimento dos deveres funcionais elencados nos incs. I, II e III do art. 116 (no tocante ao inc. III do art. 116, por inobservância ao Regulamento do Custeio da Previdência Social, Decreto 83081/1979, com suas respectivas alterações, arts. 116, inc. V; 119 e 159; a OS/INSS/DAF/N. 14, de 16/07/1991) e incidência na proibição contemplada no inc. IX do art. 117, motivo pelo qual sugerimos seja aplicada ao servidor Jorge Luiz Silveira Corrêa, Fiscal de Contribuições Previdenciárias, matrícula 1.176.242 (SIAPE 0877395), lotado atualmente na GRAF/PP/DF, residentes e domiciliado nesta Capital na SQN 310, Bl. B, ap., a penalidade de demissão, eis que seus antecedentes não justificam o abrandamento da sanção, bem como à Clarice do Amor Divino, Fiscal de Contribuições Previdenciárias, matrícula 1.173.529 (SIAPE N 0877384), aposentada, residente e domiciliada nesta urbe no SOS 207, Bl. D, ap. 401, a penalidade de 90 (noventa) dias de suspensão, que será tão-somente registrada em seus assentamentos, ante a sua condição de aposentada, eis que seus antecedentes justificam a adoção dessa medida, penas estas previstas no art. 127, III e II, respectivamente, ambos da Lei 8.112/1990, pelas faltas cometidas quando da execução dos serviços de fiscalização da empresa Transbrasil S/A Linhas Aéreas.

É que o parecer referido, diferentemente do relatório conclusivo da comissão de inquérito, determinou a aplicação da penalidade administrativa máxima à apelada, sem qualquer motivação, em ofensa ao artigo retro transcrito, apenas entendendo que “tratamento igual deve ser dado aos dois indiciados” e que os antecedentes da Fiscal de Contribuições Previdenciárias Clarice do Amor Divino eram insuficientes para atenuar a aplicação de pena mais branda.

Assim, sobre o mesmo fato incidiu valoração diferente — e mais gravosa — que não se justifica ante a aplicação abstrata do princípio da isonomia de tratamento e nem tampouco pelo fato descrito no item 15 do parecer em tela, conforme se verifica abaixo:

15. Ademais, é de conhecimento desta Consultoria Jurídica a tramitação de outro processo disciplinar (35.000.007463/95-58), em que é proposta a aplicação da penalidade administrativa máxima ao servidor Jorge Luiz Silveira Corrêa, com fulcro no art. 117, IX, c/c art. 132, XIII, da Lei 8.112, de 1990 (Parecer/CJ/N. 1.295/1998), de modo que somos pela unificação dos dois processos, a fim de que haja apenas uma proposta de demissão.

Desta forma, o julgamento do processo administrativo disciplinar, ao determinar o agravamento da penalidade sugerida para a apelada, considerando que acerca do outro servidor envolvido (Jorge Luiz Silveira Corrêa) tramitava mais um processo disciplinar — e pelo mesmo motivo — razão pela qual seria conveniente analisar o caso conjuntamente (ambos os processos) “a fim de que haja apenas uma proposta de demissão.”, ofendeu disposição legal expressa.

De tal sorte que o resultado do inquérito foi uma proposta de demissão para Jorge e de suspensão para Clarice, só que, ante as considerações acima, a penalidade de Clarice foi a de “cassação de sua aposentadoria”, agravada por motivo que não guarda pertinência com a questão tratada no processo 35.00.010460/95-38, em tela.

A estes fatos, soma-se o de que a pena de “suspensão” foi determinada pela comissão de inquérito de forma fundamentada, comissão esta que, verdadeiramente, ouviu os depoimentos, analisou documentos e produção das demais provas, além de levar em consideração os antecedentes da apelada, em observância ao princípio da proporcionalidade da pena em razão do da conduta praticada.

Já o ato que determinou a cassação da aposentadoria da Fiscal de Contribuições Fiscais, desconsiderou totalmente a conclusão do processo administrativo, aplicando penalidade com base em fatos apurados relativamente a outro servidor envolvido na mesma ação fiscal objeto de sindicância, mas cujos antecedentes e conduta adotadas em face do procedimento disciplinar não se equivalem, notadamente porque o servidor, Jorge Luiz Silveira Corrêa, respondia a mais de um processo disciplinar.

Inconformam-se, mais, o INSS e a União, quanto à condenação no pagamento de indenização a título de danos morais para a apelada, enfatizado que a Administração apenas cumpriu seu dever, restando todas as conseqüências do processo disciplinar como reflexos da culpabilidade já reconhecida à própria apelada, que agiu de forma reprovável.

O dano moral acha-se consagrado na Carta Política de 1988, que, no art. 5º, incisos V e X, estabelecem, respectivamente, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

E a doutrina leciona que o dano moral constitui-se numa lesão a um bem não patrimonial, com possibilidade de reflexos patrimoniais, não precisando para a sua consubstanciação esses reflexos, porquanto afeta a esfera íntima do indivíduo, insuscetível de qualquer demonstração nesse sentido.

Relativamente à responsabilidade pela indenização, no caso das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, baseia-se no risco administrativo, sendo, pois, objetiva.

Assim, o dano moral sendo independente de qualquer vinculação com o prejuízo patrimonial, está na esfera íntima de cada pessoa, de modo que a desmoralização perante pessoas mais próximas já está a caracterizá-lo, desde que injusta. Um sofrimento, um aborrecimento, uma angústia que resulta do próprio fato não requer comprovação do prejuízo patrimonial, posto não ter caráter ressarcitório, mas sim compensatório, não obstante indenizável.

Todavia, é oportuno ressaltar, no caso em tela, que não foi só o Decreto de 06/08/1998, que aplicou à apelada a pena de cassação de aposentadoria, que

tornou públicos os fatos a ela atribuídos, em razão de eventual irregularidade na fiscalização da empresa Transbrasil S/A, em 1991.

Já em 14/08/1997, de acordo com o documento de fls. 85, fora publicada no BS INSS/DG 155, portaria que enquadrou o comportamento de Clarice do Amor Divino, como tendo ofendido as disposições contidas nos incisos I, II e III do art. 116 c/c inciso IX do art. 117 c/c art. 128, todos da Lei 8.112/1990 ou, seja, exatamente a mesma conduta descrita no decreto inquinado.

No entanto, ante a publicação da portaria que determinou a penalidade de suspensão, em face da qual a apelada não se insurgiu, já se evidenciava situação de constrangimento caracterizador de possível ofensa moral. Assim, o alegado dano à honra, não decorreria da graduação da penalidade aplicada, já que decorrente do mesmo contexto fático, mas sim, do fato de ter-se tornado pública a conduta da apelada, por ofensa aos incisos I, II e III do art. 116 c/c inciso IX do art. 117 c/c art. 128, todos da Lei 8.112/1990.

Ante esta premissa, considerando haver prática de ato atribuído à apelada, censurável disciplinarmente pela pena de suspensão, sugerida e inicialmente aplicada, não se pode atribuir eventual efeito danoso à indevida ação da Administração. Se não era cabível a pena de cassação de aposentadoria, este juízo de valor decorre da desproporção entre os fatos apurados, mas não em razão de sua não ocorrência. Mas dos fatos apurados caberia, igualmente sanção, no caso, se suspensão, se quer questionada pela apelada.

Inexistente, assim, qualquer nexos causal entre a conduta do INSS e o alegado constrangimento suportado pela apelada, que decorreu de seu próprio comportamento como Fiscal de Contribuições Previdenciárias, uma vez que é dever da Administração instaurar a ação disciplinar e exercer o poder punitivo, evidentemente após o devido processo legal.

Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme se verifica abaixo, *mutatis mutandis*:

Civil e Processual Civil. Prescrição quinquenal. Termo inicial. Trânsito em julgado da sentença penal absolutória. Sentença de absolvição, em virtude do fato não constituir ilícito penal. Prescrição afastada. Processo administrativo disciplinar sem observância do devido processo legal. Demissão por improbidade. Dano moral. Nexos causal comprovado. Responsabilidade civil. Indenização. Cabimento.

I – De acordo com o art 1º do Decreto 20.910/1932, prescreve em cinco anos o direito de propor ação de indenização por danos morais em desfavor da União.

II – Não se pode ter como dies a quo do prazo prescricional, na espécie, a data em que foi editada a Portaria que deflagrou o Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que ainda pendente de julgamento a imputação criminal pelos mesmos fatos justificadores da demissão administrativa. Assim, o termo inicial do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da sentença penal absolutória, até porque é da data do trânsito em julgado da sentença de absolvição que se concretizou a certeza jurídica da inexistência do crime imputado ao autor, na hipótese dos autos. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal, sobre a matéria.

III – Nexo causal é o vínculo que relaciona o dano sofrido diretamente à conduta da ré, presente na hipótese sub examine, uma vez que a mencionada situação vivenciada pelo autor e os dissabores que dela advieram, tiveram como causa principal, senão única, erro do agente público, que instaurou procedimento administrativo disciplinar, sem a observância da garantia constitucional do devido processo legal, de que resultou a injusta demissão do apelado.

IV – O dano moral existiu em virtude de ter ocorrido uma demissão ilegal e injusta, a qual foi resultado de um processo administrativo nulo, assim declarado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça.

V – O *quantum* fixado para indenização não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como também não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, fixando-se, no caso, o valor mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que, mesmo não sendo a ideal, na medida em que a dor moral não tem preço, mostra-se, ainda, compatível com a situação testificada nos autos, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*.

VI – Apelação desprovida e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida. Sentença confirmada. (AC 2000.34.0014190-4/DF, 6ª Turma desta eg. Corte, rel.: Des. Federal Souza Prudente, DJU de 29/08/2005, p. 145. Destaqueei.)

Carece, pois, de elemento jurídico, a pretensão de se atribuir aos apelantes a responsabilidade pelo constrangimento sofrido em razão do processo disciplinar, se para este constrangimento não decorre de ato ilegal atribuído à Administração. Razão pela qual, tenho por indevida a indenização por dano moral.

Ante o exposto, dou provimento parcial à remessa oficial e aos recursos de apelação do INSS e da União para, excluir a condenação por danos morais. Sucumbência recíproca.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:
— Ouvi atentamente a sustentação do ilustre advogado e também os minudentes circunstanciais do voto de Vossa Excelência. Efetivamente não teria nada a acrescentar e particularmente com essa exclusão aqui do dano moral, que entendo que Vossa Excelência conduziu o raciocínio e explicitou o referido contexto.

Estou totalmente de acordo com o eminente Relator.

Segunda Turma

Apelação Cível

2004.38.00.032658-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Apelado: Altamiro Vieira Braga
Advogado: Dr. Roberto de Carvalho Santos e outros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – MG
Divulgação: e-DJF1 de 20/06/2008
Publicação: 23/06/2008

Ementa

Constitucional. Previdenciário. Ex-combatente. Pensão especial. Art. 53, II, do ADCT da CF/1988 e art. 4º da Lei 8.059/1990. Cumulação com aposentadoria de servidor público civil. Reconhecimento nos autos de mandado de segurança. Pretensão de pagamento de parcelas pretéritas. Reconhecimento administrativo. Postergação do pagamento. Interesse de agir configurado. Condicionamento da satisfação do crédito à dotação orçamentária. Impossibilidade. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios.

I – Subsiste interesse processual da parte que busca judicialmente o pagamento de parcelas reconhecidas na esfera administrativa e não quitadas, mesmo após o ajuizamento da ação, principalmente porque o autor busca o imediato adimplemento da obrigação, contudo o processo administrativo, embora admita o direito, condiciona a satisfação do crédito à existência de dotação orçamentária, o que implica a postergação da pretensão para momento futuro, caracterizando atraso injustificado da União Federal a permitir a apreciação da questão pelo Poder Judiciário.

II – Judicial e administrativamente reconhecido o direito à percepção de pensão especial de ex-combatente, sem prejuízo à aposentadoria percebida por servidor público civil, resta incontroverso, nos autos, o direito ao recebimento das parcelas do benefício previdenciário desde a cessação até o efetivo restabelecimento, possibilitado por Mandado de Segurança, *respeitada a prescrição quinquenal*.

III – Não há que se falar em ausência de dotação orçamentária se esta existia quando da supressão equivocada do benefício previdenciário do autor, eis que vinha ele recebendo normalmente sua aposentadoria estatutária. Se assim não fosse, a autoridade responsável pelo pagamento do pessoal do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária teria prevaricado durante o período em que pagou o benefício sem previsão de dotação orçamentária.

IV – Ademais, a simples alegação de necessidade de prévia dotação orçamentária não é suficiente para justificar a dilação indefinida no tempo do adimplemento da obrigação pela União Federal, mormente porque já transcorrido tempo suficiente para que as providências necessárias fossem adotadas para atender o disposto no art. 40, da CF/1988, que garantiu ao autor a percepção de proventos de aposentadoria, como servidor público civil, e no art. 58, do ADCT da CF/1988, que lhe beneficiou com pensão especial de ex-combatente, inclusive com a cumulação já autorizada.

V – A correção monetária incide sobre o débito, de natureza eminentemente alimentar, a partir do vencimento de cada prestação, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VI – Os juros de mora de 1% ao mês devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores.

VII – Os honorários de advogado devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC

VIII – Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida, conforme itens 2, 5 a 7.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 23/04/2008.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti: — 1. Altamiro Vieira Braga propôs ação ordinária contra a União Federal, com o objetivo de obter o pagamento de parcelas pretéritas de aposentadoria de servidor público civil, cumulada com pensão especial, em razão do reconhecimento da condição de ex-combatente e da possibilidade de cumulação nos autos do Mandado de Segurança 2001.34.00.010789-6/DF, a partir de 1º de dezembro de 1992, data de sua exclusão da folha de pagamento do Ministério da Agricultura.

2. Citada, a União Federal apresentou contestação às fls. 145/147.

3. Sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, às fls. 167/175, que, afastando alegação de ausência de interesse de agir e conseqüente carência de ação, concluiu:

Assim sendo, tendo presentes as razões expostas e, pelo que mais dos autos constam, *julgo procedente* o pedido formulado na petição inicial para condenar a União ao pagamento da aposentadoria por tempo de serviço do ex-servidor, sem prejuízo da percepção cumulativa com a pensão especial de ex-combatente, ordenando o pagamento das parcelas em atraso — no período compreendido entre até a data do indevido cancelamento do benefício da aposentadoria — 01/12/1992 — até a data de seu efetivo restabelecimento — 18/05/2002 — monetariamente corrigidas de acordo com os índices oficiais de atualização monetária, a contar da data em que se tornaram devidas até a data do efetivo pagamento, acrescidos de juros de mora à taxa de 1% ao mês contados da citação, por se tratar

de verba de caráter alimentar. Condene a vencida ao pagamento dos honorários advocatícios de advogado que arbitro em dez por cento sobre o valor total da condenação conforme apurado em liquidação de sentença. Custas na forma da lei. Fluido o prazo para recurso voluntário, com ou sem ele, subam os autos ao E. TRF/1ª Região para reexame necessário.

4. Em suas razões de apelação, a União Federal suscita a falta de interesse processual, porque o pedido do apelado restou reconhecido na esfera administrativa, conforme processo administrativo juntado aos autos, não havendo, pois, que se falar em pretensão resistida. Acrescenta que, “havendo disponibilidade orçamentária, a Administração procederá ao pagamento dos valores pleiteados”. No mérito, afirma que “o pagamento da pensão referente aos meses do ano anterior, de 2001, cumpria à Administração Pública aplicar as disposições da legislação, então, em vigor, no que deram disciplina à realização de despesas advindas dos exercícios financeiros anteriores”, em especial, do Decreto 4.230/2002 que vedava, de sua publicação até 30/11/2002, o pagamento de despesas de pessoal e encargos sociais. Posteriormente, no mesmo sentido, o Decreto 4.571/2003 que somente autorizou a despesa de exercícios anteriores para os casos que expressamente discriminou. Tece considerações sobre a vinculação da Administração Pública aos princípios da estrita legalidade e da quantificação dos créditos orçamentários. Requer, por fim, o provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença, seja acatada a preliminar ou julgado improcedente o pedido, com a inversão dos ônus da sucumbência, ou, ainda, para a fixação dos juros de mora em 6% ao ano (fls. 177/185).

5. Recebido o recurso (fl. 186), com contra-razões (fls. 187/191), e, também, por força da remessa oficial interposta, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:
— Trata-se, portanto, de apelação e remessa oficial contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a União Federal ao pagamento de parcelas pretéritas de aposentadoria de servidor público civil, cumulada com pensão especial, em razão do reconhecimento da condição de ex-combatente e da possibilidade de cumulação nos autos do Mandado de Segurança 2001.34.00.010789-6/DF, a partir de 01/12/1992, data de sua exclusão da folha de pagamento do Ministério da Agricultura.

2. Inicialmente, com relação à suscitada carência de ação da parte autora, por falta de interesse de agir, decorrente do reconhecimento administrativo do pedido, sem razão a apelante.

3. Com efeito, subsiste interesse processual da parte que busca judicialmente o pagamento de parcelas reconhecidas na esfera administrativa e não quitadas, mesmo após o ajuizamento da ação, principalmente porque o autor busca o imediato adimplemento da obrigação, contudo o processo administrativo, embora admita o direito, condiciona a satisfação do crédito à existência de dotação orçamentária, o que implica a postergação da pretensão para momento futuro, caracterizando atraso injustificado do réu a permitir a apreciação da questão pelo Poder Judiciário.

4. Nesse sentido, em situações similares, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai das seguintes ementas:

Administrativo. Processual civil. Servidor público civil. Auxílio alimentação. Reconhecimento do direito. Resolução administrativa anterior à propositura da ação. Ausência de interesse de agir. Não verificada.

1. Os efeitos financeiros do direito dos servidores públicos ao recebimento do auxílio alimen-

tação têm como marco inicial a edição do Decreto 969/1993.

2. *A mera edição de norma administrativa, reconhecendo o direito não elide o interesse de agir dos servidores, pois esses pugnam pelo imediato adimplemento da obrigação, mas aquela regra, conquanto admita o direito e defira a satisfação do crédito, ao condicioná-la à existência de dotação orçamentária, posterga-a para momento futuro.*

3. *Condição da ação também reconhecida, mediante a constatação do Tribunal a quo de que não restou provada a concretização do pagamento administrativo da dívida já reconhecida.*

4. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 616.699/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 610.)

Processual civil. Previdenciário. Complementação de benefício para um salário mínimo. Cf. art. 201, § 5º, auto-aplicabilidade. Portarias MPS/GM 714/93 e 813/94. Interesse processual. CPC, art. 267, VI.

1. Mesmo que os segurados tenham proposto a ação após a edição das Portarias MPS/GM 714/93 e 813/94, o interesse de agir na ação permanece, vez que a forma de pagamento proposta pelo INSS é totalmente diferente da pleiteada judicialmente.

2. *Não basta a invocação das determinações de uma portaria ministerial para que seja requerida a extinção do feito por falta de interesse de agir dos autores. Imprescindível se faz a comprovação nos autos da efetiva satisfação da pretensão pela via administrativa.*

3. Recurso provido. (REsp 132934/GO, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 17/12/1998, DJ 01/03/1999 p. 357.)

Processual civil. Ação de reajuste de benefício previdenciário. Perda de objeto. Portaria 714/1993 - MPAS. Inocorrência. Processual civil. Execução de sentença. Apresentação de elementos de cálculo. Ônus do credor. Ações previdenciárias. Artigo 604, do CPC. Alcance.

— O Juiz da causa, no exercício de seu poder discricionário de direção formal e material do processo, sempre com os olhos elevados em assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, é facultado ordenar as providências que assegurem o alcance do fim social contido na legislação previdenciária.

— A extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de provas dos requisitos exigidos à análise da pretensão deduzida em juízo, em se tratando de ação previdenciária, deve ser precedi-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Maria Alves da Silva.

da de intimação para apresentação comprobatória tanto aos autores como a autarquia previdenciária.

– *Na hipótese em que se postula o recebimento integral das diferenças de complementação de benefício previdenciário, a autorização do pagamento em parcelas mensais por Portaria Ministerial não afasta o exercício da pretensão deduzida, de vez que o pedido não foi satisfeito em sua integralidade no plano material.*

– Recurso especial conhecido e provido. (REsp 128015/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 22/02/1999 p. 138.)

5. Por oportuno, ressalto que, conforme já decidido pelo eg. STJ, “em conformidade com o que dispõe o inciso II do art. 53 da ADCT, é assegurado aos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial o direito ao recebimento de ‘pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo’. Por conseguinte, não há falar na espécie em prescrição do próprio fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85/STJ” (REsp 943.426/PR, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 09/10/2007, DJ 29/10/2007 p. 308).

6. Nesse mesmo sentido, confirmam-se:

Administrativo e processual civil. Ex-combatente. Vigilância do litoral brasileiro. Termo inicial do benefício. Ausência de requerimento administrativo. Citação. Prescrição. Relação de trato sucessivo. Precedentes. Juros de mora. Início do processo após a vigência da MP 2.180-35/2001. Incidência.

1. *Esta Corte já firmou entendimento no sentido de afastar-lhe a ocorrência à pensionista de ex-combatente que objetiva rever a pensão, sendo certo, entretanto, que o mencionado instituto atingirá tão-somente as prestações vencidas há mais de 5 (cinco) anos da propositura da ação, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, atraindo a incidência da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.*

2. *In casu*, tratando-se do termo inicial para a concessão do benefício de pensão especial de ex-combatente — e não de revisão deste —, é entendimento desta Corte que, na ausência de requerimento administrativo, deve este ser fixado a partir da citação.

3. Tendo sido a demanda ajuizada após o advento da Medida Provisória 2.180-35/2001, aplica-

se a limitação da referida norma, razão pela qual devem os juros moratórios ser fixados no percentual de 6% ao ano.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 909.698/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 25/06/2007 p. 298.)

Recurso especial administrativo e processual civil. Ex-combatente. Prescrição. Fundo de direito. Inocorrência. Súmula 85/STJ. Juros moratórios. Percentual de 1% a.m. Natureza alimentar do débito.

I – *“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” Súmula 85/STJ.*

II – *Nas prestações atrasadas, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês.*

Recurso não conhecido. (REsp 531.273/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/06/2003, DJ 04/08/2003 p. 421.)

7. No mérito, observo que foi judicial e, segundo a União Federal, administrativamente reconhecido o direito do autor à percepção de pensão especial de ex-combatente, sem prejuízo à aposentadoria percebida por servidor público civil, restando, portanto, nestes autos, incontroverso o direito ao recebimento das parcelas do benefício previdenciário desde a cessação até o efetivo restabelecimento, possibilitado por sentença transitada em julgado em Mandado de Segurança, respeitada a prescrição quinquenal.

8. Assim, a questão dos autos versa tão-somente quanto à legitimidade, ou não, do condicionamento imposto pela Administração Pública ao pagamento das verbas em atraso à dotação orçamentária.

9. Com efeito, não há que se falar em ausência de dotação orçamentária se esta existia quando da supressão equivocada do benefício previdenciário do autor, eis que vinha ele recebendo normalmente sua aposentadoria estatutária, sendo, pois, verificada, na espécie, sobra de dotação orçamentária anteriormente existente. Se assim não fosse, a autoridade responsável pelo pagamento do pessoal do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária teria prevaricado durante o período em que pagou o benefício sem previsão de dotação orçamentária.

10. Ademais, a simples alegação de necessidade de prévia dotação orçamentária não é suficiente para justificar a dilação indefinida no tempo do adimplemento da obrigação pela União Federal, mormente porque já transcorrido tempo suficiente para que as providências necessárias fossem adotadas para atender o disposto no art. 40, da CF/1988, que garantiu ao autor a percepção de proventos de aposentadoria, como servidor público civil, e no art. 58, do ADCT da CF/1988, que lhe beneficiou com pensão especial de ex-combatente, inclusive com a cumulação ali autorizada.

11. Sobre a matéria dos autos, precedentes do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Cumulação da pensão especial de ex-combatente com pensão de servidor público civil. Pedido administrativo. Deferimento. Parcelas atrasadas.

– A aposentadoria de servidor público federal reveste-se de natureza previdenciária, podendo ser acumulada com a pensão especial de ex-combatente. *O reconhecimento administrativo do direito pleiteado restringe o pedido às parcelas atrasadas. Sendo devidas as parcelas, não pode a Autora ficar a mercê de uma destinação orçamentária de recursos que, ano após ano, acaba não acontecendo.* (TRF4, REO 2004.72.05.001008-6, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 02/08/2006.)

Administrativo. Pagamento de atrasados relativamente à pensão reconhecida administrativamente. Preliminares.

1. Acolhida a prefacial de falta de interesse de agir relativamente aos valores efetivamente pagos pela Administração.

2. Refletindo o objeto da ação em prestações de trato sucessivo e continuado, não há que se falar em prescrição do fundo do direito.

3. Reconhecido o direito na esfera Administrativa a partir de novembro de 1997, estão prescritas as parcelas anteriores a tal data.

4. *O reconhecimento administrativo do direito postulado, sem, contudo, haver previsão de quando se dará o pagamento da pensão buscada na ação, que ainda depende de liberação orçamentária, leva à procedência do pedido, máxime considerando os consectários da ação.* (TRF4, AC 2003.72.05.004653-2, Quarta Turma, Relator Amaury Chaves de Athayde, DJ 08/03/2006.)

12. Em situação similar, confira-se:

Administrativo. Pagamento atrasado de complementação de aposentadoria de servidores inativos da ECT. Correção monetária. Legitimação passiva.

Lei 8.529/1992.

1. A União Federal e o INSS são partes legítimas para figurar no feito, de acordo com os arts. 5º e 6º da Lei 8.529/1992. Precedentes jurisprudenciais.

2. É entendimento deste Tribunal que o pagamento dos proventos com atraso está sujeito à correção monetária desde o momento em que se tornou devido (Súmula 19).

3. A correção monetária não se constitui pena, sanção ou “plus” ao pagamento, senão mera atualização da moeda a fim de frustrar o enriquecimento sem causa.

4. *Existe atraso quando a norma determina que a União providencie a dotação orçamentária e esta demora para agir, não podendo se esquivar no princípio do art. 195, § 5º, da Constituição para se furtar aos efeitos dessa mora e à correção monetária, pois lhe cabia providenciar dotação suficiente não só para pagar a implementação do benefício para o futuro, mas sim desde o início da vigência da Lei que o criou.*

5. Apelações e remessa oficial não providas. (AC 2000.01.00.066739-1/DF, Rel. Juiz Federal César Augusto Bearsi (conv.), Segunda Turma Suplementar, DJ de 08/09/2005, p.41).

13. Para fins de esclarecimento, o pagamento das parcelas ora confirmadas será realizado na forma do art. 100, da CF/1988, que determina:

Art. 100 – À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º–A *Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.*

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão executando determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º *O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.*

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

14. A correção monetária incide sobre o débito, de natureza eminentemente alimentar, a partir do vencimento de cada prestação, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

15. A teor do enunciado 20 do CEJ/CJF, “A taxa de juros de mora a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês”, a contar da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores (Orientação da 1ª Seção desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça).

16. Os honorários de advogado devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 20, § 3º, do CPC.

17. Ante o exposto, nego provimento à apelação da União Federal e dou parcial provimento à remessa oficial, para reconhecer a prescrição quinquenal das parcelas vencidas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento da presente ação, conforme itens 5 e 6 deste voto, e para ajustar as verbas consectárias (itens 14 a 16).

zamento da presente ação, conforme itens 5 e 6 deste voto, e para ajustar as verbas consectárias (itens 14 a 16).

É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus

2008.01.00.021228-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Impetrante: Roque Fernando Moreira Costa
Impetrado: Juízo Federal da 20ª Vara/BA
Impetrado: Juízo Federal da 19ª Vara/BA
Paciente: Roque Fernando Moreira Costa (réu preso)
Divulgação: e-DJF1 de 19/06/2008
Publicação: 20/06/2008

Ementa

Processo Penal. Habeas corpus. Execução fiscal. Depositário infiel. Prisão. Tendência do Supremo Tribunal Federal pró inconstitucionalidade.

O mais novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é que é inconstitucional a prisão civil do depositário infiel (cf. o RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso).

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* impetrada por Roque Fernando Moreira Costa em seu favor, ante o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal que a prisão do depositário infiel é inconstitucional.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 03/06/2008.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Roque Fernando Moreira Costa impetra, mediante advogados, beis. Anorailton Silva Junior, Maria Valderinira S. Mendonça, Celina Maria Velloso Leahy, ordem de *habeas corpus* em seu favor, contra ato da Juíza Federal da 19ª Vara, Cynthia da Araújo Lima Lopes, autos de execução fiscal 95.1348-7 (fls. 54), e pelo Juiz Federal Substituto da 20ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Fábio Roque da Silva Araújo, que decretaram sua prisão como depositário infiel — autos de execução fiscal 95.1342-8 (v. fls. 63/65).

Alega que, realmente, ficou como depositário dos bens que foram penhorados em ação de execução

fiscal, ajuizada pelo INSS. Diz que “os bens penhorados, sem culpa do executado, por motivo de força maior, foram depreciados, pelo desgaste natural do tempo, haja vista que a penhora foi realizada em 18/09/1996, há mais de 11 anos atrás. Em conseqüência de tal fato os bens não existem mais, impossibilitando o executado de entregar os referidos bens”.

2. Foi indeferido o pedido de liminar, pelo Juiz Mário César Ribeiro, na minha ausência (fls. 25).

3. Foram prestadas informações pelo Juiz Cândido Moraes Pinto Filho (v. fls. 69/70).

4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho, foi pela denegação da ordem impetrada (fls. 93/100).

5. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. A constitucionalidade da prisão do depositário infiel. Entendimento antigo no Supremo Tribunal Federal

1.1 Posição antiga

No HC 71.038/MG, Relator Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em 15/03/1994 (*DJ* 13/05/1994), decidiu que:

– O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução.

– O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial ex voluntate propria e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza a situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo executório, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito.

– A prisão civil, embora medida privativa da liberdade de locomoção física do depositário infiel, não tem conotação penal, pois a sua única finalidade consiste em compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar. O instituto da prisão civil — por revestir-se de finalidade jurídica específica — não ostenta o caráter de pena, eis que a sua imposição não pressupõe, necessariamente, a prática de ilícito penal. Precedentes.

– É impertinente a invocação, tratando-se de prisão civil, do princípio constitucional que consagra, no processo penal de condenação, a presunção juris tantum de não-culpabilidade dos acusados.

– A prisão civil do depositário judicial, que é decretada no processo de execução, reveste-se de legitimidade plena, quando se enseja aquele que sofre a possibilidade de justificar o desvio dos bens penhorados ou de contestar as alegações de infidelidade depositária.

O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, tinha decidido que a prisão do depositário infiel é constitucional, como se observa no julgamento do RE 344.585, pela 1ª Turma, relator Ministro Moreira Alves, julgado na sessão de 25/06/2002 (*DJ* 13/09/2002), cuja a ementa é a seguinte:

Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131),

firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária em garantia, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

– Esse entendimento voltou a ser reafirmado, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. – Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Tinha-se, realmente, que a decisão que determinou a prisão do depositário infiel não podia ser acoimada de inconstitucionalidade nem de ilegalidade.

1.1.1 Quanto à constitucionalidade da prisão civil do depositário fiel, o Supremo Tribunal Federal decidia essa questão no sentido da possibilidade.

Julgando o HC 72.131/RJ, na sessão de 23/11/1995 (*DJ* 01/08/2003), relator para o acórdão Min. Moreira Alves, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, decidindo que:

Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica.

No voto condutor do acórdão, disse o Ministro Moreira Alves:

(...) é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão-somente com força de lei ordinária (o que ficou mais evidente em face de o art. 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do art. 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constitui-

ção (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o art. 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que esse § 7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do mesmo § 2º do mesmo art. 7º dessa Convenção que estabelece, sem distinguir prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

Sobre essa questão, assim manifestou-se Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, 136):

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-novo na elaboração de sua constituição; por essa razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém dever detido por dívida”: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.

Observe-se o que decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal, no HC 73044 / SP, tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa, na sessão de 19/03/1996 (*DJ* 20/09/1996):

A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei 4.728/1965) e 4º do Decreto-Lei 911/1969, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitu-

cional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.

1.1.2 Quanto à legalidade, tinha-se que, de acordo com os arts. 664 e 665 do CPC, procedida a penhora, procede-se o depósito, ficando o executado como depositário. Não entregando os bens, após a devida intimação, sua prisão pode ser decretada. De acordo com a Súmula 619 do STF:

A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

A prisão pode ser decretada pelo prazo de até 1 (um) ano – CPC, art. 902, §1º.

O entendimento era de que a prisão do depositário infiel não é prisão por dívida, mas por infidelidade, tendo por objetivo coagi-lo, já que não cumpriu o dever que aceitou de guardar e zelar do bem que lhe foi entregue e de devolvê-lo quando determinado. Foi infiel ao compromisso que prestara. Não teve palavra. A lei, então, o obrigava a cumprir o que prometeu.

1.2 Posição em desenvolvimento no Supremo Tribunal Federal

No entanto, julgando o HC 90.172/SP, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relator o Ministro Gilmar Mendes, em 05/06/2007 (*DJ* 17/08/2007), reapreciando questão idêntica à presente, decidiu:

1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão.

2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida.

3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22/11/2006, no RE 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22/11/2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel.

4. Superação da Súmula 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF — a qual já conta com 7 votos — ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

Esta Turma, julgando o HC 2008.01.00.006120-0/AM, em 14 de abril deste ano de 2008 (*DJ* 25.04.2008), em acórdão da minha relatoria, decidiu, por unanimidade, conceder ordem de *habeas corpus* em favor de preso por depositário infiel. O acórdão ficou assim ementado:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria que já conta com sete votos, está entendendo ser inconstitucional a prisão civil do depositário infiel (cf. o RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso).

Em questão de ordem em *habeas corpus* – HC-QO 94.307/RS, rel. Min. Cezar Peluso, decidida em 14/04/2008, decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em acórdão que teve a seguinte ementa:

Depositário judicial infiel. Inadmissibilidade reconhecida pela maioria em julgamentos pendentes do RE 466.343 e outros, no Plenário. Razoabilidade jurídica da pretensão. Liberdade deferida de ofício, em *habeas corpus* contra acórdão de Turma, até a conclusão daqueles. Caso excepcional. Deferre-se, de ofício, liminar em *habeas corpus* contra acórdão que, de Turma do Supremo, não reconheceu constrangimento ilegal em decreto de prisão da paciente, a título de infidelidade como depositária judicial.

2. Ante o exposto, concedo a presente ordem de *habeas corpus* impetrada por Roque Fernando Moreira Costa em seu favor, cassando, assim, o decreto de prisão civil.

3. É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2001.38.00.010264-6/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Mario Alves Medeiros
Apelante: Geraldo Gonçalves Fernandes
Advogado: Dr. Adelina Bassi
Apelado: os mesmos
Divulgação: e-DJF1 de 26/06/2008
Publicação: 27/06/2008

Ementa

Penal. Processual Penal. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Art. 168-A do Código Penal. Apropriação indébita previdenciária. Crime omissivo-material. Autoria e materialidade comprovadas. Dificuldade financeira não comprovada.

I – De acordo com o novo entendimento adotado pelo egrégio STF (Informativo STF 498), a conduta delitiva imputada ao réu (art. 168-A do CP) é omissiva material, sendo indispensável a apropriação dos valores, o que, à toda evidência restou demonstrado nos autos, uma vez que o réu, ora apelado, descontou dos salários de seus empregados os valores devido a título de contribuição previdenciária, sem, no entanto, repassá-los à Previdência Social, apropriando-se dos mesmos.

II – Existência, nos autos, de elementos de prova da autoria e materialidade do delito tipificado no art. 168-A do Código Penal.

III – Inexistência, nos autos, de elemento de prova hábil a embasar a alegação de que a empresa passava por dificuldades financeiras, o que impossibilita o reconhecimento da excludente de culpabilidade. Precedentes deste TRF 1ª Região.

IV – Em se tratando de crime continuado, a pena aplicada deve ser majorada nos termos do disposto no art. 71 do Código Penal.

V – Apelação do réu improvida.

VI – Apelação do Ministério Público Federal provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do réu e dar provimento à apelação do Ministério Público Federal.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 10/06/2008.

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

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:— Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (fls. 222/225) e pelo réu Geraldo Gonçalves Fernandes, contra a v. sentença de fls. 214/220 que condenou o acusado a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática da conduta descrita no art. 168-A do Código Penal.

Nas razões de apelação, às fls. 222/225, o Ministério Público Federal postulou a aplicação da causa de aumento de pena consistente na continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, argumentando, em síntese, que:

1 – O crime de apropriação indébita previdenciária, delito omissivo (formal), consuma-se com a simples inobservância ao comando normativo do tipo penal, razão pela qual, a cada omissão do recolhimento das contribuições, dever que se verifica mês-a-mês, o agente conforma o não fazer a conduta típica do art. 168-A. (fl. 223).

O réu, por sua vez, em suas razões de apelação às fls. 236/238, alegou ser devida a absolvição, argumentando, em síntese, que:

2 – (...) acredita ter quitado seu débito para com a Previdência Social, mas esta, de forma abusiva, indevida e ilegal, afrontando inclusive o princípio da proporcionalidade e a Constituição Federal, cobrou-lhe juros de mora acima de 20% ao mês em cada uma das parcelas, além da multa administrativa que supera o valor da parcela. (fl. 237);

3 – (...) a empresa administrada pelo recorrido, à época dos fatos descritos na denúncia não tinha recursos para arcar com todos encargos sociais por estar praticamente falida, o que efetivamente ocorreu em 08/11/1997, nos termos da decisão de fls. 61/63. (fl. 238);

4 – (...) a conduta do recorrido não tipifica o delito imputado na denúncia, pois este não agiu com vontade de lesar o INSS ou a quem quer que fosse. O recorrido não ficou com o dinheiro das contribuições e não descontou dos empregados tal quantia. (fl. 238).

Foram apresentadas contra-razões às fls. 234/235 e às fls. 240/244.

O d. Ministério Público Federal, no exercício da função de custos legis, proferiu parecer em que opinou

pelo improvimento do recurso do réu e pelo provimento da apelação do Ministério Público Federal (fls. 246/251).

Processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 06/02/2008.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:— Presentes os requisitos de admissibilidade destes recursos, deles conheço.

Do apelo do réu

Este Tribunal Regional Federal, na esteira dos Tribunais Superiores, vinha se posicionando no sentido de que, embora o legislador tenha dado ao tipo penal do art. 168-A o nomen juris de “apropriação indébita previdenciária”, contudo, diferentemente da apropriação indébita prevista no caput do art. 168 do Código Penal, não se exigiria, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de apropriar-se do bem, e não o restituir.

Ao contrário, bastaria, para a configuração do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, a conduta omissiva de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal.

Ocorre, todavia, que o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (Inq 2537 AgR/GO, rel. Ministro Marco Aurélio, 10/03/2008, Informativo do STF, 10 a 14 de março de 2008), mudando o entendimento predominante até o momento, se posicionou no sentido de que “(...) *a apropriação indébita previdenciária não consubstancia crime formal, mas omissivo material — no que indispensável a ocorrência de apropriação dos valores, com inversão da posse respectiva —, e tem por objeto jurídico protegido o patrimônio da previdência social, entendeu-se que, pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade*

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado). Ausentes, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte” (Informativo STF 498).

Assim, de acordo com o novo entendimento adotado pelo egrégio STF, a conduta atribuída ao réu é omissiva material, sendo indispensável a apropriação dos valores, o que, à toda evidência restou demonstrado nos autos, uma vez que o réu, ora apelado, descontou dos salários de seus empregados os valores devidos a título de contribuição previdenciária, sem, no entanto, repassá-los à Previdência Social, apropriando-se dos mesmos.

No caso, a autoria e a materialidade do crime de apropriação indébita previdenciária ficaram inteiramente comprovadas, pela própria confissão do acusado às fls. 55/56, 79 e NFLDs de nº. 32.280.205-9 (fl. 9), no valor de R\$ 13.163,20 (treze mil, cento e sessenta e três reais e vinte centavos).

Com efeito, pelo ato de fiscalização realizado na empresa Sieman Estruturas Espacial Ltda. (fls. 7/39), detectou-se que, no período compreendido entre agosto de 1994 e outubro de 1997, foram descontados valores a título de contribuições previdenciárias dos salários dos empregados, sem que esses fossem recolhidos à Previdência Social, resultando na emissão da NFLD supracitada.

Outrossim, a conduta atribuída ao réu é omissiva material e como já observado anteriormente, concretiza-se com o fato de deixar de repassar a contribuição previdenciária devida à Previdência Social, o que está comprovado pelas provas de fls. 7/18, nas quais o INSS demonstra a apropriação dos valores.

Ademais, não merece prosperar o argumento do apelante no sentido de que a dívida restou quitada, mormente quando se atenta para o ofício de fl. 204, ocasião em que o INSS informa que as guias anexadas aos autos não alteram a dívida incluída na Notificação Fiscal supramencionada, afigurando-se correto, portanto, o valor cobrado.

Quanto à alegada dificuldade financeira da empresa, o réu, ora apelante, não trouxe aos autos informação relevante ou documento apto a demonstrar, efetivamente, sua tese de defesa, não se afigurando suficientemente seguro acatar a tese da defesa no sentido de que a posterior falência da empresa revela as dificul-

dades financeiras por quais a mesma passava anteriormente, mormente quando se observa a dimensão do lapso temporal em que a mesma manteve-se de forma irregular, sem o devido repasse dos descontos à previdência (agosto de 1994 e outubro de 1997).

Ressalte-se, a respeito, que esta Corte Regional Federal firmou entendimento no sentido de ser imprescindível, para o reconhecimento da exclusão da culpabilidade, a efetiva comprovação das dificuldades financeiras, sendo insuficientes, para tanto, meras alegações. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Penal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/1991. Inocorrência de abolitio criminis. Materialidade e autoria comprovadas. Dificuldades financeiras não demonstradas.

1. A Lei 8.866/1994, ao criar a figura do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública, por incidir apenas na esfera civil, sem repercussão na órbita penal, não promoveu *abolitio criminis* em relação ao delito tipificado no art. 95, alínea d, da Lei 8.212/1991.

2. Dificuldades financeiras alegadas para o não recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos empregados devem ser devidamente comprovadas, não bastando simples alegações.

3. O delito do art. 95, alínea d, da Lei 8.212/1991 não mais se equipara à apropriação indébita constituindo crime autônomo, pelo que irrelevante a ausência do dolo específico, ou seja, o animus rem sibi habendi para sua ocorrência.

4. Comprovada a materialidade e a autoria do delito, correta a sentença que julgou procedente, pelo que deve ser mantida também no tocante à pena imposta ao réu, em seu quantitativo mínimo.

5. Apelação a que se nega provimento.(TRF - 1ª Região, ACR 1997.01.00.017144-1/BA, Relator Juiz Osmar Tognolo, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 03/03/1999, publicado no DJ de 30/04/1999, p. 480).

Penal. Contribuições previdenciárias. Falta de recolhimento. Crime omissivo. Responsabilidade. Prisão civil por dívida.

1. Comprovada a falta de recolhimento, na época própria, da contribuição previdenciária descontada dos empregados, resta tipificado o crime previsto no art. 95, alínea “d” da Lei 8.212/1991, que representa delito omissivo, sem similitude com o quadro típico da apropriação indébita, cuja confi-

guração não resulta infirmada por meras alegações de dificuldades financeiras da pessoa jurídica.

2. No âmbito do ilícito penal, todas as sanções previstas têm igualmente natureza penal, não cabendo falar, nesses domínios, em prisão civil por dívida, cuja vedação legal (em regra) não obstaculiza a pena privativa de liberdade nos crimes de natureza econômico-financeira.

3. Improvimento da apelação. (TRF - 1ª Região, ACR 1997.01.00.044701-9/MG, Relator Juiz Olindo Menezes, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 04/04/2000, publicado no *DJ* de 30/06/2000, p. 115).

Dessa forma, na hipótese dos presentes autos, não há como excluir a culpabilidade uma vez que não restou comprovada, de forma cabal, a alegada dificuldade financeira.

Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação do réu.

Do apelo do Ministério Público Federal

Quanto à dosimetria da pena, merece provimento o apelo ministerial, mormente quando se constata que o MM. Juízo a quo não considerou a existência de continuidade delitiva na fixação do quantum de pena devida para o réu.

Assim sendo, tratando-se de crime continuado (art. 71 do Código Penal) e considerando que o acusado deixou de recolher a respectiva contribuição previdenciária aos cofres da previdência social de agosto de 1994 a outubro de 1997 (3 anos e 2 meses), majoro a pena-base imputada ao réu em 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva, à falta de agravantes ou atenuantes ou demais causas de aumento ou diminuição de pena, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses e 16 (dezesseis) dias-multa.

Fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal), e mantenho o benefício do art. 44 do Código Penal, na forma como concedida pelo MM. Juiz a quo, pois, apesar da alteração no quantum da pena, a aplicação do mencionado benefício está em perfeita consonância com o disposto no § 2º do mencionado dispositivo legal.

Desta maneira, de acordo com os fundamentos acima expendidos, nego provimento à apelação do réu e dou provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2001.42.00.000203-5/RR

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Apelante: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procurador: Dr. Antenor Pereira Madruga Filho
Apelado: Edemar P. Lima e Cia. Ltda.
Advogados: Dr. Antonio Agamenon de Almeida e outros
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/RR
Divulgação: e-DJF1 de 19/06/2008
Publicação: 20/06/2008

Ementa

Ação ordinária de cobrança. Fornecimento de medicamentos em caráter emergencial para a Funasa/RR. Aquisição sem prévia licitação. Obrigação da administração em adimplir com a obrigação. Tentativa de eximir-se da obrigação beneficiando-se da própria torpeza. Vedação legal.

I – Hipótese em que a Fundação Nacional de Saúde – Funasa para resolver questões emergenciais entabulou com o autor contrato de fornecimento de medicamentos, que foram prontamente entregues à Casa do Índio no Distrito Yanomami, consoante provas documentais e testemunhal carreadas aos autos, após o que a Administração sonega pagamento (R\$ 12.077,11), sob a alegação de que tal contrato não atendeu os comandos da Lei 8.666/1993, portanto ilegal.

II – Do ato ilícito praticado pela Administração Pública — que deve estrita obediência ao princípio da legalidade —, não pode decorrer prejuízo para terceiro, estabelecimento comercial de pequeno porte que atendeu prontamente ao pleito da Funasa, fornecendo-lhe os medicamentos solicitados, uma vez que constitui princípio geral de direito o de que ninguém pode se beneficiar sem justa causa. Precedente do STJ.

III – Apelo da Funasa e remessa oficial improvidos.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 04/06/2008.

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:
— Fundação Nacional de Saúde – Funasa interpõe recurso de apelação contra sentença que, proferida

nos autos da ação ordinária de cobrança proposta por Edimar P. Lima e Cia Ltda., julgou procedente o pleito e condenou a apelante “a ressarcir ao autor o valor de R\$ 12.077,11 (doze mil e setenta e sete reais e onze centavos), com correção legal, e juros de 6% ao ano a

contar da citação” (fls. 62).

Sustenta a apelante que “não há nos autos provas que demonstrem haver sido realmente efetivada a entrega dos medicamentos, como alude a empresa apelada, posto que, tão-somente, trouxe a lume tão-só notas assinaladas pela sua testemunha, o que demonstra de forma insofismável a fragilidade de sua tese, que encontra, por seu turno, divorciada de meios sólidos de comprovação fática e jurídica” (fls. 67).

Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito autoral.

Foram apresentas contra-razões.

Remessa oficial interposta.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: —
Constato que razão não assiste à apelante.

As questões fáticas estão assim resumidas na sentença recorrida (fls. 59):

A Fundação Nacional de Saúde – Funasa para resolver questões emergenciais (conforme informa o depoimento da testemunha Maria Lúcia Brasileiro Lacerda, fl. 47) entabulou com o autor o contrato de fornecimento de medicamentos, que foram prontamente entregues, consoante atestado pelo documento de fls. 16/20, após o que a administração sonega pagamento, sob a alegativa de que tal contrato não atendeu os comandos da Lei 8.666/1993, portanto ilegal.

Os documentos de fls. 13-20 demonstram que nos meses de fevereiro e março de 1999 a Funasa negociou com a apelada a aquisição de medicamentos. Dentre os documentos carreados aos autos constam, inclusive, duas correspondências endereçadas ao Coordenador da Fundação Nacional de Saúde em Roraima, cobrando o pagamento da dívida.

Em sua peça contestatória, a Funasa não nega que os medicamentos lhes foram entregues, limitando-se a dizer que o pagamento não foi efetuado porque

as aquisições não foram precedidas de procedimento licitatório (fls. 34):

Pela análise da documentação e do pedido percebe-se que o autor entregou os medicamentos para a Fundação Nacional de Saúde sem um processo licitatório ou uma ordem de serviço, como também não conta com o principal que seria um pré-empenho ou mesmo o empenho e finalmente um contrato assinado.

A controvérsia restou bem esclarecida com o depoimento da Sr.^a Maria Lúcia Brasileiro Lacerda, funcionária da Funasa (fls. 46):

(...) que a época dos fatos a depoente era contratada temporária da Funasa, no distrito sanitário Yanomami, lotada na farmácia da Casa do Índio, na condição de farmacêutica responsável pela unidade; que a época havia escassez de medicamento; que então houve uma visita do administrador da Funasa à Casa do Índio, o senhor Samuel; que, seguindo orientação do administrador, a depoente, considerando a situação de emergência do hospital, diante da falta de medicamento, contactou o senhor Edimar Pereira Lima, porquanto, segundo o referido administrador, independentemente da formação de procedimento licitatório, em situações como aquele, ele atendia a pedido direto da unidade para posterior pagamento, no bojo do processo administrativo próprio; que tal ocorria tratando-se de compra direta autorizada pela legislação de regência; que, diante da situação de emergência, a depoente elaborou uma lista dos medicamentos faltantes, a qual foi transmitida por fax ao senhor Edimar, que prontamente atendeu ao pedido; que, dada a essencialidade dos medicamentos e a necessidade do hospital, a lista atendida pelo senhor Edimar chegou a valor um pouco superior ao limite estabelecido na Lei 8.666/1993, relativamente à compra direta; que os medicamento foram recebidos, incluindo analgésicos, antibióticos etc; que o que superior o valor-limite da dispensa de licitação foi posteriormente abatido, porém antes da entrega dos medicamentos; que não se lembra quanto tempo depois, mas cerca de dois ou três meses após ficou sabendo através do senhor Edimar Pereira Lima que a compra dos medicamentos em questão havia sido adjudicada a outro fornecedor; que não sabe qual foi esse fornecedor; que a partir daí a depoente não sabe mais o que aconteceu, em relação a esse processo de compra de medicamentos.

Vê-se, assim, que ao alegar que está desobrigada de efetuar o pagamento, uma vez que o processo de aquisição foi viciado, em desconformidade com a Lei

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado).

de Licitações, a Funasa está arguindo a própria torpeza em seu benefício.

Assim, do ato ilícito praticado pela Administração Pública — que deve estrita obediência ao princípio da legalidade —, não pode decorrer prejuízo para terceiro, estabelecimento comercial de pequeno porte que atendeu ao pleito da Funasa, fornecendo-lhe os medicamentos solicitados, uma vez que constitui princípio geral de direito o de que ninguém pode se beneficiar alegando a própria torpeza.

Nesse sentido, cito, exemplificativamente, os seguintes precedentes:

Administrativo. Instituto Brasileiro do Café. Contrato para aquisição no mercado internacional de café. Operação “patricia” ou “london terminal”. Manobras especulativas. Pretensa nulidade do contrato não afasta o dever de indenizar o contratado de boa-fé. Impossibilidade de presumir a má-fé. Súmula 7/STJ. Responsabilidade civil do estado. Princípio da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

1. Demanda envolvendo contrato administrativo firmado entre o extinto Instituto Brasileiro do Café – IBC e empresas exportadoras para uma operação de compra de lotes de café em grãos do tipo “robusta” no mercado de Londres, denominada “Operação Patrícia” ou “Operação London Terminal”, concebida pelo governo federal como forma de contra-atacar manobras especulativas que estavam mantendo em baixa a cotação do café brasileiro no mercado internacional, gerando prejuízos para a receita cambial do país. Pretensão de afastar o ressarcimento ao contratado ante a nulidade da avença.

2. Alegação de invalidade pela própria parte que o engendrou, resultando na violação do princípio que veda a invocação da própria torpeza ensejadora de enriquecimento sem causa.

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei 8.666/1993).

4. Os pagamentos parciais revelam o reconhecimento da legitimidade do débito.

5. À luz da prova dos autos, em essência, a contratada coadjuvou o Estado-Soberano numa operação de defesa do produto nacional, cujo contrato de sindicabilidade restrita pelo STJ (Súmula

5), manteve-se hígido, posto não invalidado por ação autônoma própria.

6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37 da CF.

8. Deveras, “... se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ipso facto, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou — como, de resto, teria de confiar.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 14ª ed., 2002, p. 422-423).

9. Assim, somente se comprovada a má-fé do contratado, uma vez que veda-se-lhe sua presunção, restaria excluída a responsabilidade da União em efetivar o pagamento relativo à “Operação Patrícia”, matéria cuja análise é insindivível por esta Corte Superior, ante a incidência do verbete sumular 7, tanto mais quando o Tribunal de origem, com cognição fática plena, afastou a sua ocorrência.

10. Recurso que implica na análise não só do contrato como também dos fatos, violando as Súmulas 5 e 7, do e. STJ.

11. Deveras, é princípio assente no ordenamento que “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contratantes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros” (art. 104 do Código Civil de 1916), motivo pelo qual, veda-se à União, beneficiando-se da própria torpeza, consubstanciada na simulação perpetrada com a finalidade de manipular o merca-

do do café, alegar a nulidade do contrato sub examine.

12. Ademais, caberia à União, uma vez verificada a suscitada ilegalidade do contrato, responsabilizar os agentes públicos que se diz terem exorbitado de seus poderes bem como pleitear, pela via judicial própria, a anulação da avença, destaque-se, firmada há mais de 20 (vinte) anos.

13. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp 547.196/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/04/2006, DJ 04/05/2006 p. 134, REPDJ 19/06/2006, p. 100.)

Administrativo. Servidor público. Vigilante. Horas extraordinárias excedentes a duas horas por jornada (art. 74 da Lei 8.112/1990).

1 – A ausência dos autores à audiência de conciliação não os torna confessos. A Administração-ré nenhuma prova requereu (f. 32), nem mesmo pugnou pelo depoimento pessoal dos autores. Logo, era dispensável a presença destes àquele ato.

2 – Prestação de horas extraordinárias demonstrada mediante o empréstimo de prova testemunhal produzida em ação simile evidências suficientes que confirmavam o pedido dos autores, e admita pela apelante, em sua contestação, que se viu “diante de temporária e imperativa necessidade de recorrer ao serviço extraordinário, embora com rigorosa observância de legislação vigente, inclusive no que respeita aos pagamentos devidos”. A tese de ofensa ao art. 74 da Lei 8.112/1990 é consectário lógico de sua admissão da efetiva prestação do serviço, porém com a ressalva da impossibilidade legal da remuneração respectiva.

3 – Sobre a impossibilidade legal de pagamento, não pode a Administração opor veto do art. 74 da Lei 8.112/1990 porque não lhe é lícito arguir a própria torpeza. “A energia humana, uma vez despendida, não pode ser devolvida, assim, deve ser remunerada para evitar o enriquecimento da Administrativa que deu causa à nulidade” (trecho da sentença - f. 57).

4 – Apelação e remessa não providas. (AC 2000.01.00.037666-0/MA, Rel. Juiz Federal Marcelo Dolzany Da Costa (conv.), Primeira Turma Suplementar, DJ de 04/08/2005, p.67).

Ademais, cumpre registrar que, no caso, não restou demonstrado que a apelada tenha agido de má-fé.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2001.40.00.001874-5/PI

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (conv.)
Apelante: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelante: Raimundo Nonato de Carvalho
Advogados: Dr. Alexandre de Almeida Ramos e outro
Apelados: Os mesmos
Apelado: Eurofarma Laboratórios Ltda.
Advogados: Dr. José Guilherme Lucante Bulcão e outros
Rec. Adesivo: Eurofarma Laboratórios Ltda.
Divulgação: e-DJF1 de 30/05/2008
Publicação: 02/06/2008

Ementa

Processual Civil, Civil, e Administrativo. Deserção do apelo. Posterior recurso adesivo da mesma parte. Não conhecimento. Responsabilidade da Administração Pública. Configuração de nexos causal. Negligência. Indenização por danos materiais. Improvimento do apelo da Funasa. Trabalhador autônomo. Inexistência de demonstração dos rendimentos auferidos. Parâmetro do salário mínimo. Legitimidade. Indenização por danos morais. Cabimento. Gravidade dos danos sofridos e caráter punitivo da indenização. Elevação do valor. Provimento parcial do apelo do autor.

I – Pedido de indenização de danos materiais e morais em razão de intoxicação por ingestão de medicamento contaminado (altos níveis de chumbo e arsênio) para o tratamento de *leishmaniose*, produzido por Eurofarma Laboratórios Ltda. e ministrado e distribuído pela Funasa, acarretando graves efeitos colaterais: inabilitação para o trabalho (oito meses) por severo sofrimento físico e moral (fortes dores nos músculos e articulações; quadro de eritema pruriginoso generalizado; edema e descamação das extremidades; pele empolada; distúrbios gastrintestinais; dores de cabeça intensas; arritmia cardíaca; perda de cerca de 11 quilos).

II – A insurgência, uma vez manifestada, opera a preclusão consumativa, ante o princípio da unirrecorribilidade, a impedir a utilização dúplice de instrumento recursal para impugnar a mesma matéria. Assim, ao interpor recurso de apelação, a parte renuncia a recurso adesivo subsequente ao apelo extremo da outra. De modo que, mesmo julgado deserto o apelo inicial, não se conhece do recurso adesivo posterior da mesma parte. Precedentes: AC 2000.01.00.067685-0/BA, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ de 16/04/2001 p. 51; AMS 1998.01.00.071319-2/MT – Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.) – DJU de 24/06/2004.

III – Pela teoria do risco administrativo, basta a demonstração do liame entre a conduta e o dano, para que haja responsabilização do Estado. Além disso, a Funasa reconhece ter tido conhecimento, em *outubro de 2000*, de que pacientes usando o medicamento Antimoniato de Meglumina, em Teresina, Piauí, estavam desenvolvendo abscessos e tendo reações adversas sistêmicas graves (fl. 183), mas, ainda assim, por preposto seu, ministrou e entregou esse medicamento ao autor, em *janeiro de 2001*, agindo, pois, no mínimo, com culpa (negligência).

IV – Considerando que o salário mínimo nacional é o menor limite da remuneração do trabalhador, é cabível sua utilização como parâmetro para fixar o valor da indenização por danos materiais, quando não restar comprovados nos autos os valores percebidos a título de remuneração, a despeito da caracterização do exercício de atividades

autônomas pelo autor.

V – O dano moral, na hipótese em exame, consubstanciou-se no sofrimento físico e na degeneração de suas faculdades, vivenciados pelo autor, com sério risco de perder a vida. Trata-se de efeito extrapatrimonial da conduta praticada pelas rés, cuja repercussão na órbita subjetiva da vítima suplica por reparação suficiente e exemplar.

VI – Necessário aferir a capacidade econômica do agente e o caráter punitivo da sanção para que a indenização por dano moral adquira os efeitos repressivo e preventivo que devem acompanhá-la. Caso em que, se a própria ré Eurofarma fala da modicidade dos valores fixados na sentença inquinada, é porque tal caráter não se avultou, impondo-se sua majoração. Além disso, não se pode condescender com a prática de a produção e a entrega de bens destinados a curar resultarem em danos gravíssimos e risco sério e concreto de perda da vida.

VII – Recurso adesivo da Empresa Eurofarma Laboratórios Ltda. não conhecido.

VIII – Apelação da Funasa a que se nega provimento.

IX – Provimento parcial do apelo do autor para majorar o valor da indenização por danos morais de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), corrigido a partir desta data.

X – Em razão da notícia de que teria havido morte de pessoas, no mínimo por negligência de agentes estatais, bem como a fabricação de substância nociva à saúde pública, destinada ao fim medicinal, por agentes econômicos privados, cópia integral dos autos ao MPF, com base no art. 40, CPP, pois tais fatos configuram, em tese, os crimes previstos nos arts. 121, § 3º, e 278, ambos do CP.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso adesivo da Empresa Eurofarma Laboratórios Ltda.; negar provimento à apelação da FUNASA; e dar parcial provimento ao apelo do Autor.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 12/05/2008.

Juiz Federal *David Wilson de Abreu Pardo*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Cuidam os autos de ação ordinária em que se pleiteia indenização para reparar danos advindos de intoxicação por ingestão de medicamento produzido pela Eurofarma Laboratórios Ltda. e fornecido pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, para tratamento de enfermidade sofrida por Raimundo Nonato de Carvalho.

Alega o autor que os efeitos colaterais da ingestão do medicamento acarretou inabilitação para atividades laborais pelo período de oito meses, bem como lhe infligiu severo sofrimento físico e moral.

O Juízo de primeiro grau repeliu as preliminares de ilegitimidade passiva argüidas pela Funasa e pela Eurofarma Laboratórios Ltda., excluindo, todavia, a União do pólo passivo da lide. No mérito, acolheu par-

cialmente o pedido do autor, entendendo incontroversa a existência de dano material e moral, e condenou as rés a indenizá-lo na quantia global de R\$ 13.680,00 (treze mil, seiscentos e oitenta reais).

Insurretos, interpuseram apelação o autor, a Funasa e a Eurofarma Laboratórios Ltda.

O primeiro argüi que o valor concedido a título de indenização por dano moral não se conforma com a capacidade econômica das rés, tampouco com o caráter pedagógico que tal condenação deve assumir. A indenização por danos materiais, por sua vez, não guarda correlação com os prejuízos efetivamente sofridos, eis que, no período em que se viu obstado no exercício de suas atividades laborais, auferiria o correspondente a 24 (vinte e quatro) salários mínimos, sendo-lhe concedido apenas 7 (sete).

A Funasa aduz que inexistente nexos causal entre o fornecimento do fármaco ao autor e as reações ad-

versas dele decorrentes, pois que da prescrição de medicamento regular e, portanto, sem as alterações promovidas pela Eurofarma Laboratórios Ltda., o dano não emergiria. Invoca, para tanto, a teoria do risco administrativo, que condiciona a responsabilização civil da Administração Pública à existência de liame entre a conduta da administração e o dano causado, independente de culpa ou dolo, o que não restou configurado nos autos.

A Eurofarma Laboratórios Ltda., ao oferecer as razões de seu apelo, deixou de comprovar, tempestivamente, o preparo do recurso, sendo-lhe reconhecida a deserção (fls. 340). Não obstante, interpôs recurso adesivo afirmando, em suma, que o instrumental probatório carreado aos autos pelo autor não é suficiente para aferir se: os sintomas apresentados pelo autor advieram do tratamento da enfermidade que o acometeu; o medicamento ministrado ao autor fora produzido pela ré/apelante; a existência de dano material ou moral decorrente da ingestão do fármaco; o lote 020/00 do medicamento produzido pela ré/apelante foi considerado tóxico pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa ou pela Funasa, que o adquiriu.

Contra-razões do autor (fls. 317/234 e 342/353) e da Eurofarma Laboratórios Ltda. (fls. 326/329). A Funasa, apesar de devidamente intimada (fls. 304), deixou de apresentá-las.

Por se ter sido a Funasa condenada em valor inferior a 60 salários mínimos, não houve remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

I – Recurso adesivo

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo:

A Empresa Eurofarma Laboratórios Ltda., ao apelar da sentença proferida pelo Juízo inferior, deixou de comprovar o preparo do recurso. Não obstante, interpôs recurso adesivo em face da apelação do autor. Ocorre que a insurgência, uma vez manifestada, opera

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente. Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

a preclusão consumativa, ante o princípio da unirrecorribilidade, a impedir a utilização dúplice do idêntico instrumento recursal para impugnar a mesma matéria. Precedentes desta Corte:

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso adesivo. Interposição pela parte que já apresentou apelação, julgada deserta. Não conhecimento. Servidor público aposentado da Fundação Universidade Federal do Mato Grosso – FUIF/MT. Acumulação da Gae, da gratificação permanente, da representação mensal e do adicional por tempo de serviço com as vantagens do art. 193 da Lei 8.112/1990. Legalidade. Base de cálculo da Gae e do adicional por tempo de serviço. Vencimento básico.

1. Não conhecido o recurso adesivo, que reproduz literalmente os termos da anterior apelação, julgada deserta, por decisão irrecurável, em respeito ao Princípio da Unirrecorribilidade. Assim, ao interpor recurso de apelação, a parte renuncia a recurso adesivo subsequente ao apelo extremo da outra parte. Precedente da 2ª Turma deste e. Tribunal (Cf.: AC 2000.01.00.067685-0/BA, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ de 16./04/2001 p. 51).

2. À época da edição da Lei 8.112/1990, sequer estava em vigor a Lei Delegada 13/1992 que instituiu a GAE, não estando esta entre as vantagens excluídas no § 2º do art. 193 da referida Lei. Precedente da 1ª Turma deste e. Tribunal. (Cf.: AMS 1997.01.00.029276-2/MA, Rel. Juiz Ricardo Machado Rabelo (Conv.), Primeira Turma, DJ de 09/10/2000, p.16).

3. Não há falar em ilegalidade no pagamento da Gratificação Permanente incorporada aos proventos do impetrante, vez que está expressamente autorizado pelos arts. 7º e 29 da Lei 8.460/1992 e não está incluída no rol de proibições do § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990.

4. A legislação é expressa ao estabelecer que cálculo da Gratificação de Atividade Executiva (GAE) e do adicional por tempo de serviço que são calculados tomando-se por base o vencimento básico e não o valor total da remuneração do impetrante (Súmula 31/TRF 1ª Região). Portanto, tais valores devem continuar a serem pagos ao impetrante, utilizando-se como base de cálculo o seu vencimento básico.

5. Recurso adesivo não conhecido e apelações e remessa oficial a que se nega provimento. (AMS 1998.01.00.071319-2/MT – Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.) – DJU de 24/06/2004).

Assim, deixo de conhecer o recurso adesivo in-

terposto por Eurofarma Laboratórios Ltda.

II – Apelação da Funasa

O dano efetivamente aconteceu, como bem resumiu o Juiz sentenciante (fl. 245):

O autor, acometido de leishmaniose, recebeu atendimento na Fundação Nacional de Saúde (Funasa) – Coordenadoria Regional do Piauí, entidade vinculada ao Ministério da Saúde e que tem ações voltadas à epidemiologia e ao controle de doenças. Ali, foi medicado e, do uso parcial da medicação (17 ampolas), advieram as mazelas que narra na inicial (*insuportáveis dores nos músculos e nas articulações, conciliadas com o aparecimento de manchas na pele, sendo que as verificadas nas mãos se transformavam em profundas feridas, ficando também com a pele toda empolada, tudo a indicar a ocorrência de intoxicação; sofreu distúrbios gastrintestinais, dores de cabeça intensas, arritmia cardíaca, suas mãos descamaram, chegou, enfim, a perder cerca de 11 (onze) quilos*), pormenorizadamente ratificadas em depoimento pessoal (fls. 162/163) e confirmadas nos depoimentos colhidos na instrução processual (v. depoimentos de Francisco Aires Brandão – fl. 169, Francisco Cardoso de Araújo – fl. 166; Jean Pedreira Tavares, médico da Funasa – fls. 180/182). Ficou temporariamente impedido de trabalhar e sofreu seqüelas durante aproximadamente 8 (oito) meses, ‘pois o medicamento alterou seu organismo inclusive no que diz respeito às necessidades fisiológicas’.

Nesse contexto, a alegação de ilegitimidade passiva, levantada pelo ente público, na verdade se confunde com o mérito da questão, no que diz respeito à responsabilidade pelos fatos que comprovadamente acarretaram danos ao autor. Por isso, na sentença, o MM. Juiz não conheceu dessa alegação, na forma de preliminar, remetendo as razões que a envolvem para o momento de enfrentar a questão de fundo propriamente dita e destacando, no sentido de reforçar o acerto de seu procedimento, que o ponto envolve a defesa do ente público de que a responsabilidade pelos danos seria exclusiva de terceiro (laboratório).

Quanto a isso, observo que a teoria do risco administrativo afasta a necessidade de demonstração de dolo ou culpa na conduta administrativa da qual adveio o evento danoso. Basta, para tanto, a demonstração do liame entre tal conduta e o dano. Se a ação do Estado, ainda que legítima, foi necessária para sua deflagração, há o nexo causal exigível para configuração da responsabilidade objetiva. Ora, nesse sentido, a responsabilização da Funasa é inescusável, pois se o ente público,

por seu preposto, não tivesse prescrito e fornecido o fármaco com altos índices de chumbo e arsênio, para o tratamento de *leishmaniose*, o autor se veria furtado das mazelas sofridas.

Entretantes, restou provado que o uso do medicamento *Antimoniato de Meglumina*, produzido pelo Laboratório Eurofarma e ministrado por preposto da Funasa é que resultou nos graves danos suportados pelo autor. Com efeito, a comunicação de fl. 25, dirigida pelo Serviço de Vigilância Epidemiológica e Ambiental em Saúde, em 29/01/2001, diz que o autor, portador de LTA, ao fazer uso desse medicamento, Lote 20/00, apresentou quadro de eritema pruriginoso generalizado, edema e descamação das extremidades cuja intensidade levou à suspensão da medicação. Já a comunicação de fl. 26, dirigida pelo Coordenador Regional ao Diretor do Centro Nacional de Epidemiologia (Cenepi), em 30/01/2001, encaminha parte do Lote 020/00 do medicamento *Antimoniato de Meglumina*, produzido pelo Laboratório Eurofarma, para análise e posicionamento, em vista de reações colaterais significativas em paciente sob tratamento.

E, mais uma vez, vale referir o depoimento de Jean Pedreira Tavares, médico da Funasa que prescreveu a medicação (fl. 180), que declarou que o medicamento usado pelo autor era do laboratório Eurofarma.

Adicionalmente, valendo-me novamente da sentença (fl. 247), tem-se, ainda, “em datas contemporâneas ao fato relativo ao autor, a Nota Técnica (fls. 107/111) do Cenepi, lavrada em 02/02/2001, que concluiu recomendando a ‘suspensão do uso de todos os lotes do Antimoniato de Meglumina da Eurofarma que se encontram disponíveis na rede de saúde, como medida preventiva da ocorrência de reações adversas graves e da exposição a altos níveis de arsênio e chumbo, (...)’ e, finalmente, a Resolução-RE 145, de 08/02/2001, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que suspendeu cautelarmente o uso de comercialização do referido medicamento (fl. 101)”.

O destaque dado às datas, na própria sentença, serve aqui para iniciar a exposição de um outro argumento reforçando a responsabilidade da Funasa, pelos danos causados ao autor. É que o exame diagnosticando que o autor era portador de LTA se deu em 10/01/2001 (fl. 21) e a recomendação pelo preposto da Funasa do uso do medicamento contaminado, bem como sua efetiva entrega pelo ente público, ocorreu

em 19/01/2001 (fl. 22). Ora, à fl. 183, consta cópia de documento que não deixa dúvida quanto à responsabilização da Funasa, pelos danos que o autor suportou.

Destarte, o documento de fl. 183 é uma cópia impressa do Boletim eletrônico Epidemiológico – Funasa, Ano 01, N. 01, 12/03/2001, p. 3, em cujo cabeçalho está escrito que “reações adversas graves associadas com o uso de Antimoniato de Meglumina contaminado com arsênio e chumbo”. No início do texto, consta literalmente:

A droga para tratamento das leishmanioses, o Antimoniato de Meglumina (AM) é distribuída pelo Ministério da Saúde (MS) para cerca de 40.000 pacientes por ano. Em maio de 2000, o MS iniciou a distribuição de um AM produzido por um laboratório Brasileiro (laboratório A). Em outubro de 2000, o Centro Nacional de Epidemiologia (Cenepi/Funasa/MS) foi notificado do desenvolvimento de abscessos em pacientes usando este medicamento em Teresina, Piauí. Seguiram-se notificações de seis outros estados, inclusive o Paraná, relatando a ocorrência de reações adversas sistêmicas graves que levaram à interrupção do tratamento em diversos pacientes. (Destaquei).

No final da página em destaque do Boletim, consta, em arremate, que “Exames laboratoriais mostraram que este medicamento apresenta altos níveis de antimônio, PH abaixo do valor de referência, e se encontra intrinsecamente contaminado com altos níveis de metais pesados (chumbo e arsênio)”.

Existe até mesmo um Relatório Técnico, de 02/02/2001, elaborado pelo então Diretor do Cenepi, Jarbas Barbosa da Silva Júnior, e publicado na Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical n. 34(1), jan-fev, 2001, p. 103-105, cujo trecho inicial é o seguinte:

No ano de 2000, o Ministério da Saúde, por meio de processo licitatório, adquiriu o antimoniato de N-metil glucamina, cujo nome comercial é o antimoniato de meglumina do laboratório Eurofarma (produto registrado como similar na Agência Nacional de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde) para o tratamento dos pacientes portadores de leishmanioses. Esse medicamento foi distribuído diretamente do produtor para as Secretarias Estaduais de Saúde e Coordenações Regionais da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), a partir de 30 de abril próximo passado.

O antimoniato de N-metil glucamina é o fármaco de primeira escolha para o tratamento

das leishmanioses. Este fármaco é um produto que requer administração cautelosa, sob acompanhamento clínico e laboratorial, por ser cardiotoxico, hepatotóxico e nefrotóxico.

A partir de outubro de 2000 a Fundação Nacional de Saúde/Funasa, por meio do Centro Nacional de Epidemiologia, recebeu notificações de eventos adversos de severidade grave (abscessos estéreis, intensas dores musculares e nas articulações reações alérgicas) em pacientes que encontravam-se fazendo uso do referido medicamento. Essas notificações iniciaram-se nos Estados do Piauí, Paraná e Mato Grosso, estendendo posteriormente a outras unidades federadas.

O Centro Nacional de Epidemiologia (Cenepi), em 10 de outubro de 2000 convocou o Comitê Técnico Assessor em Diagnóstico e Tratamento das Leishmanioses, que reúne os principais especialistas brasileiros, para analisar esses relatos, tendo o mesmo recomendado a suspensão da utilização dos lotes desse medicamento relacionados com os eventos notificados. O Cenepi/Funasa, nessa ocasião, informou esse fato ao Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e enviou ofícios aos Secretários Estaduais e Coordenadores Regionais da Funasa suspendendo a utilização dos lotes 05/00A, 05/00B, 10/00A, 10/00B, 16/00, 17/00A e 23/00B.

No final do citado Relatório Técnico, consta a seguinte conclusão:

Em conclusão, o antimoniato de meglumina da Eurofarma contém níveis elevados de arsênio e chumbo, quando comparados aos valores de referência para a administração por via oral e ao medicamento inovador. Estes metais, em altas dosagens podem causar efeitos graves no organismo humano tais como diminuição de leucócitos e hemácias no sangue, efeitos aditivos nos tecidos respiratórios e sistema nervoso central, alterações severas no ritmo cardíaco, aumentar o risco para o câncer, entre outros.

Portanto, a Apelante Funasa comprovadamente tinha conhecimento, desde *outubro de 2000*, que pacientes usando o medicamento Antimoniato de Meglumina, em Teresina, Piauí, estavam desenvolvendo abscessos e tendo reações adversas sistêmicas graves, mas, mesmo assim, por preposto seu, ministrou e entregou referido medicamento ao autor, em janeiro de 2001. Na verdade, agiu com negligência o ente público, pois, tendo conhecimento anterior do caráter perigoso do medicamento, ainda assim o recebeu e entregou ao autor. Não se trata, portanto, somente de verificar a

responsabilidade objetiva da Funasa, em razão do nexo causal de sua ação e o resultado, mas também de sua efetiva negligência, ao proceder da forma que procedeu, em relação ao autor.

Por isso, nego provimento ao apelo da Funasa.

III – Apelação do Autor

O autor, de outra parte, manifesta-se inconformado com o provimento emanado do Juízo inferior, ao argumento de que o dano material deve ser correspondente aos prejuízos decorrentes do evento danoso. Afirma, nesta esteira, que a incapacidade temporária para exercer atividades laborais importou na impossibilidade de auferir rendimentos que redundariam em 24 (vinte e quatro) salários mínimos. Deixou de demonstrar, contudo, que sua profissão proporciona a percepção destes valores.

Considerando que o salário mínimo é o limite inextrapolável da remuneração do trabalhador, entendendo cabível sua utilização como parâmetro para fixar o valor da indenização por danos materiais, quando não se comprovar nos autos, como no caso, os valores percebidos pelo autor a título de remuneração, a despeito da caracterização do exercício de atividades autônomas. Acertada, portanto, a decisão de primeira instância, que fixou em sete salários mínimos o valor devido a título de indenização por danos materiais.

No que concerne à indenização por dano moral, aduz o autor que deverá haver proporcionalidade entre o sofrimento experimentado, a capacidade econômica do agente, e o caráter punitivo que deve assumir, razão por que requer a elevação do *quantum* para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Anoto que o dano moral, na hipótese em exame, consubstanciou-se no sofrimento físico e no vislumbre da degeneração de suas faculdades vivenciados pelo autor. Trata-se de efeito extrapatrimonial da conduta praticada pelas rés cuja repercussão na órbita subjetiva da vítima suplica por reparação, repelindo-se, todavia, a possibilidade de enriquecimento ilícito.

Sob outro ângulo, aferir a capacidade econômica do agente revela-se necessário para que a indenização por dano moral adquira os efeitos repressivo e preventivo que devem acompanhá-la. Se a própria ré Eurofarma reconheceu a modicidade dos valores fixados na sentença inquinada (fl. 336), é porque tal caráter não se avultou.

E não se pode deixar de dar destaque, em causa dessa natureza, ao caráter punitivo da condenação. Decerto, a par do estado de grave afetação da integridade física, psíquica e, dessa maneira, moral do autor, causa espécie que a produção e a entrega de bens destinados a curar resultem em danos seriíssimos e mesmo ameaça concreta de extinção. Aqueles que lidam, por liberdade de iniciativa econômica ou por obrigação legal, com a saúde das pessoas não podem se ver libertados de sanção mais contundente, como advertência para que casos semelhantes não venham novamente a acontecer.

Com efeito, os danos causados à integridade do autor foram expressivos, evidenciando as circunstâncias da situação que, no contexto dos fatos, o autor não foi tratado com dignidade. Vale referir novamente o quadro em que se encontrava. Nas palavras do próprio médico que receitou o medicamento contaminado (Jean Pedreira Tavares), “o autor estava bastante debilitado, apresentando edemas e eritemas nas mãos, nódulos subcutâneos generalizados, sensação de prurido, anorexia, náusea, quadro bem característico de alguém que estava sofrendo processo de intoxicação; (...) que mesmo após a ida ao HDIC, continuou procurando o depoente e se queixando de astenia, perda de peso, queda de cabelo, palidez” (fl. 180).

Importante, ainda, para o convencimento da necessidade de majorar o valor dos danos morais, é a informação, ainda do médico Jean Pedreira Tavares, de que, “em relação às lesões iniciais, causadas pela leishmaniose teg. Americana, houve a cura clínica do autor, mas *como o autor não concluiu o tratamento há a possibilidade do autor daqui a 10, 20 anos desenvolver uma leishmaniose mucosa*, apesar de remota; (...) *que a leishmaniose que o autor poderá desenvolver tem tratamento, mas é bem mais demorado*” (fls. 180/181 – grifei).

Na verdade, o autor/apelante correu sério e concreto risco de perder sua vida. Observe-se a narrativa contida na reportagem intitulada “remédio que envenena e mata”, da Revista Época, edição 158, de 28/05/2001 (jornalista Solano Nascimento):

A estudante Yvanara Clarinda da Silva, de 22 anos, estava confiante no início deste ano: conseguira um tratamento gratuito contra a leishmaniose em um hospital público de Teresina, no Piauí. Em 23 de janeiro, seis dias depois de ter iniciado a terapia, sofreu forte sangramento e morreu. O desfecho foi imediatamente associado ao medicamento que

estava tomando: o antimoniato de meglumina. A droga é feita à base de metais pesados que matam se consumidos em excesso. Outras sete pessoas no Piauí e no Paraná, submetidas à mesma fórmula, também morreram. E mais 253 pacientes, em seis Estados, apresentaram reações adversas.

...

Segundo a Fundação Nacional de Saúde, órgão encarregado do combate à doença, a razão para tantos problemas é uma só: o nível elevado de metais pesados na composição. Mesmo diante dessa evidência, o remédio só foi retirado de circulação em fevereiro, duas semanas depois da morte de Yvanara.

...

Dono de uma oficina para conserto de eletrodomésticos, Raimundo Fernando Silva, pai de Yvanara, pretende recorrer à Justiça em busca de indenização. 'Talvez sirva como exemplo para evitar o sofrimento de outros viventes', afirma. O governo é reincidente em descuidos do gênero. Em 1995, importou da China 3,5 milhões de ampolas de estibogluconato, outro composto contra a leishmaniose. Depois de distribuir mais de 2 milhões de ampolas, verificou que o medicamento era perigoso. No Ministério da Saúde há relatos de três mortes relacionadas à prescrição da fórmula. Até hoje, não foram investigadas.

Essas graves circunstâncias do caso, como a grave agressão à integridade do Autor; a negligência comprovada da Administração Pública; a culpa, em sentido lato, na produção de medicamento com níveis elevados de metais pesados, transformando-o, na verdade, em veneno que mata. Enfim, todos esses elementos justificam a fixação do valor dos danos morais no patamar pretendido pelo Autor. "Talvez sirva como exemplo para evitar o sofrimento de outros viventes". Até porque, e ainda que os fatos deste processo sejam coisas do passado, a reincidência em descaso do gênero alerta para a necessidade de o Judiciário agir com rigor, neste julgamento.

Por estas razões, dou parcial provimento ao apelo do autor, para elevar o valor a título de indenização por danos morais para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser pago pelas Rés na proporção estabelecida na sentença, corrigido monetariamente a partir desta data, pelos padrões oficiais, com incidência dos juros moratórios desde a citação.

Os ônus da sucumbência permanecem também na proporção e patamar estabelecidos na sentença, ob-

viamente levando em conta o novo valor da condenação.

Em razão da notícia de que teria havido morte de pessoas, no mínimo por negligência de agentes estatais, bem como a fabricação de substância nociva à saúde pública, destinada ao fim medicinal, por agentes econômicos privados, cópia integral dos autos ao Ministério Público Federal, com base no art. 40, CPP, pois tais fatos configuram, em tese, os crimes previstos nos arts. 121, § 3º, e 278, ambos do CP.

É o voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

2005.34.00.034214-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado)
Apelante: Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A
Advogados: Dr. Antônio Carlos de Brito e outros
Apelada: União Federal (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Divulgação: e-DJF1 de 12/06/2008
Publicação: 13/06/2008

Ementa

Tributário. IPI Leasing de aeronave estrangeira. Incidência do imposto. Expressa disposição na Lei 6.099/1974.

I – Segundo o disposto no art. 153, IV, CF, compete à União instituir impostos sobre produtos industrializados, genericamente. O fato de o texto constitucional não discriminar a hipótese de importação não é suficiente para que se conclua que sobre tal operação não deverá incidir o IPI. É que, na verdade, a Constituição não discrimina hipótese alguma de incidência, fazendo-o, apenas, em relação a situação em que o imposto não deverá incidir (exportação de produtos industrializados). Com efeito, ficou o legislador infraconstitucional autorizado a instituir o IPI e definir como hipótese de incidência todas as situações em que houver comercialização de produtos industrializados, com exceção, apenas, da exportação de produtos industrializados. Não há, portanto, qualquer incompatibilidade entre o disposto no art. 46, I, CTN, e o art. 153, IV, CF.

II – Não procede o argumento no sentido de que a legislação brasileira não poderia alcançar fato gerador (industrialização) ocorrido no exterior, uma vez que o tributo não é cobrado pela industrialização, pura e simples, mas pelo ingresso no território brasileiro de produto estrangeiro industrializado. Igualmente, não procede o argumento no sentido de que, na vigência do contrato de leasing, não há transferência de titularidade do bem, posto que tal condição, relevante para o ICMS, não é relevante para a incidência do IPI, que tem, como pressuposto central, na presente hipótese, o mero ingresso de bem estrangeiro industrializado.

III – É de se destacar, ainda, que a Lei 6.099/1974, em seu art. 17, com a redação dada pela Lei 7.132/1983, é expressa no sentido de que “A entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no Exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966, e se sujeitará a todas as normas que regem a importação.” (AMS 2000.33.00.001210-6/BA, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, DJ de 06/03/2002).

IV – Apelação da autora desprovida.

Acórdão

Decide a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso de Apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 15/04/2008.

Juiz Federal *Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — 1 – Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A, empresa qualificada nos autos, moveu *ação ordinária* à Fazenda Nacional objetivando a restituição de valores recolhidos a título de IPI incidente sobre a importação de aeronave pelo regime de arrendamento mercantil (*Leasing*).

2 – Para tanto, sustentou, em síntese, que: a) celebrou contrato de leasing, sem opção de compra, com a Citicorp Leasing International, INC.; b) a Constituição Federal não tem previsão expressa de incidência do IPI sobre produtos importados, o que conduziria à não-recepção do disposto no art. 46, I, CTN; c) não há transferência de titularidade na vigência do contrato de leasing, apenas aquisição dos direitos de uso do bem; d) a Constituição Federal não autoriza a tributação pela industrialização ocorrida no exterior; e) o bem importado não é fabricado pelo arrendante.

3 – Processado o feito, ao final, julgou-se *improcedente o pedido*.

4 – Apela a autora com os mesmos fundamentos da inicial. Contra-razões apresentadas.

5 – É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho: — 1 – Como relatado, pretende a autora a restituição de valores recolhidos a título de IPI incidente sobre a importação de aeronave pelo regime de arrendamento mercantil (*Leasing*).

2 – Pois bem, segundo o disposto no art. 153, IV, CF, compete à União instituir impostos sobre produtos industrializados. Ora, o fato de o texto constitucional não discriminar a hipótese de importação não é suficiente para que se conclua que sobre tal operação não deverá incidir o IPI. É que, na verdade, a Constituição não discrimina hipótese alguma de incidência, fazendo-o, apenas, em relação a situação em que o imposto não deverá incidir (exportação de produtos industrializados).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado). Ausente, por motivo de licença prêmio por assiduidade, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

3 – Com efeito, ficou o legislador infraconstitucional autorizado a instituir o IPI e definir como hipótese de incidência todas as situações em que houver comercialização de produtos industrializados, com exceção, apenas, da exportação de produtos industrializados.

4 – Não há, portanto, qualquer incompatibilidade entre o disposto no art. 46, I, CTN, e o art. 153, IV, CF.

5 – Não procede o argumento no sentido de que a legislação brasileira não poderia alcançar fato gerador (industrialização) ocorrido no exterior, uma vez que o tributo não é cobrado pela industrialização, pura e simples, mas pelo ingresso no território brasileiro de produto estrangeiro industrializado.

6 – Igualmente, não procede o argumento no sentido de que, na vigência do contrato de leasing, não há transferência de titularidade do bem, posto que a transferência de titularidade não é relevante para a incidência do IPI, que tem, como pressuposto central, na presente hipótese, o mero ingresso de bem estrangeiro industrializado, se, com, ou sem, transferência, não importa para o IPI.

7 – Destaco, ainda, que a Lei 6.099/1974, em seu art. 17, com a redação dada pela Lei 7.132/1983, é expressa no sentido de que “A entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no Exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966, e se sujeitará a todas as normas que regem a importação.”

8 – Sobre a presente matéria, invoco o seguinte julgado, *verbis*:

Tributário. IPI. Contrato de Leasing. Arrendamento mercantil. LEI 6.099/1974, Art. 17 e 18.

1. Em face do disposto nos arts. 17 e 18 da Lei 6.099/1974, na redação dada pela Lei 7.132/83, os bens introduzidos no Território Nacional, sob o regime de arrendamento mercantil estão sujeitos à incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI).

2. Apelo e remessa providos. (AMS 2000.33.00.001210-6/BA, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, DJ de 06/03/2002.)

Pelo exposto, nego provimento ao apelo da autora.

É o meu voto.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2007.01.00.028919-0/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Relator conv.: O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos
Agravante: Breitener Jaraqui S/A
Advogados: Dr. Jamil Abid Junior e outros
Agravado: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Divulgação: e-DJF1 de 12/06/2008
Publicação: 13/06/2008

Ementa

Tributário. Contrato de fornecimento de energia elétrica. Potência garantida. Reconhecimento como prestação de serviços em ato declaratório interpretativo (ADI 10/2006). Majoração de alíquota do IRPJ CSL, PIS e Cofins. Ilegitimidade.

I – Se as Leis 9.249/1995, 9.430/1996 e 10.833/2003 não definem o oferecimento de energia elétrica, na modalidade “potência garantida”, como fornecimento de bens ou prestação de serviços, e o entendimento administrativo da Receita Federal sempre foi no sentido de que se trata de fornecimento de bens, sujeito, portanto, ao recolhimento do IRPJ, CSL, PIS e Cofins, à alíquota conjunta de 5,85%, não é razoável a alteração abrupta dessa interpretação (ADI 10/2006), para impor ao contribuinte a obrigação de recolher esses tributos à alíquota global de 9,45%.

II – Presente a fumaça do bom direito, e militando o perigo de demora muito mais em favor do contribuinte que, discutindo judicialmente a interpretação administrativa objeto da ADI 10/2006, já se vê obrigado ao recolhimento do IRPJ, CSL, PIS e Cofins, com a nova alíquota de 9,45%, impõe-se o deferimento do pedido de liminar para lhe assegurar o direito de continuar a recolher esses tributos à alíquota global de 5,85%.

III – Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao agravo de instrumento, por unanimidade.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 22/04/2008.

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Osmane Antônio dos Santos*: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Breitener Jaraqui S/A contra decisão da MM.^a Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas que indeferiu a liminar na qual tinha por objetivo fosse ordenado à autoridade impetrada que, imediata-

mente e até o trânsito em julgado do mandado de segurança 2007.32.00.002196-2, abstivesse-se de aplicar o Ato Declaratório Interpretativo 10/2006, expedido pela Secretaria da Receita Federal, especialmente no que se refere à exigência do recolhimento do IRPJ, da CSL, do PIS e da Cofins, à alíquota conjunta de 9,45% (IRPJ - 8%, CSL - 1%, PIS - 0,65% e Cofins - 3%), sobre valores recebidos mensalmente, em contraprestação à

garantia de futuro e incerto fornecimento de energia elétrica, denominado contratualmente de “potência garantida”, a qual deve continuar a ser exigida no percentual de 5,85%.

Sustenta, por conseguinte, a ilegalidade do Ato Declaratório Interpretativo 10/2006, expedido pela Secretaria da Receita Federal, na medida em que a legislação de regência não define a contratação e o fornecimento de energia elétrica, sob a modalidade de “potência garantida”, como sendo prestação de serviços. Razão pela qual não poderia esse ato administrativo assim defini-lo.

Busca, ainda, a expedição, relativamente aos débitos em questão, de tantas Certidões Negativas (ou Positivas com Efeito de Negativas) de débitos quantas forem exigidas até o final julgamento do mérito da questão.

Em contraminuta de fls. 316/322, sustenta a agravada a impossibilidade de provimento do presente agravo, ao argumento de que, além de presumir-se a legalidade dos atos administrativos, como é o caso do ADI 10/2006, a contratação de fornecimento de energia elétrica, sobre a rubrica de “potência garantida”, por se tratar de energia potencialmente posta à disposição do consumidor, mesmo que este não venha a consumi-la, mas que não pode lhe faltar se dela necessitar, efetivamente se trata de prestação de serviços.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Como relatado, sustenta a agravante ser uma central geradora termelétrica autorizada a estabelecer-se como Produtora Independente de Energia Elétrica – PIE e, como tal, celebrou com Manaus Energia S/A (concessionária de serviços públicos de distribuição de energia na cidade de Manaus) o Contrato OC 1816/2005, pelo qual se obrigou a fornecer à contratada determinada potência de energia denominada simplesmente “potência garantida” (potencialmente posta

à disposição do consumidor, mesmo que este não venha a consumi-la, mas que não pode lhe faltar se dela necessitar).

Sobre os valores recebidos como remuneração desse contrato, seja pela entrega efetiva, seja pela energia potencializada à contratada, sempre recolheu o IRPJ, CSL, PIS e Cofins, à alíquota global de 5,85%.

A Secretaria da Receita Federal, contrariando seu próprio entendimento administrativo, editou o ADI 10/2006, datado de 20/09/2006, e passou a entender que a entrega de energia, na modalidade de “potência presumida”, trata-se de prestação de serviços e não de fornecimento de bens. Com isso, impôs à impetrante a obrigação de recolher o IRPJ, CSL, PIS e Cofins, à alíquota conjunta de 9,45% ao invés dos 5,85% anteriormente definidos.

Nesse contexto é que gira a irresignação da agravante.

Assim, tenho que lhe assiste razão, pois a legislação aplicável à espécie (Leis 9.249/95, 9.430/96 e 10.833/2003), em nenhum momento, define a entrega de energia elétrica, na modalidade “potência garantida”, como fornecimento de bens ou prestação de serviços.

Ademais, pacífica era a interpretação administrativa no âmbito da Superintendência da Receita Federal na 4ª Região no sentido de que “*empresa pública federal que efetua pagamento a pessoa jurídica que explora o serviço público de geração de energia elétrica, a título de remuneração da chamada “potência garantida”, deve, a partir de 1º de fevereiro de 2004, proceder à retenção na fonte do Imposto sobre a Renda, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o Pis/Pasep, com base no mesmo percentual aplicável ao fornecimento de energia, isto é, 5,85%*” (Solução de Consultas 36 e 84, de maio e setembro de 2004) (fls. 13).

Nesse sentido, também, já são encontradas posições na jurisprudência, *verbis*:

Empresa fornecedora de energia elétrica. Potência garantida. Lei 10.833/2003. Retenção na fonte do percentual de 5,85%.

1. A Lei 10.833/2003 instituiu nova sistemática de recolhimento do IRPJ, PIS, cofins e CSLL. A partir de sua vigência, o tomador de serviços está obrigado a reter das faturas de seus contratados determinado percentual, variável em função do objeto do contrato.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado). Ausentes, justificadamente por motivo de licença, o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim e o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ.

2. A Instrução Normativa da SRF nº 306/2003 estabelece para “energia elétrica” o percentual de retenção de 5,85%, (cinco vírgula oitenta e cinco por cento) que deverá ser utilizado tanto para o fornecimento (energia fornecida) quanto para a garantia de potência de energia elétrica (potência garantida).

3. A natureza do serviço de manutenção de instalações com vistas a suprir demanda futura e incerta de energia elétrica insere-se no conceito utilizado no Anexo I da referida instrução normativa, em que se estabelece a alíquota de retenção de 5,85% (cinco vírgula oitenta e cinco por cento) para “energia elétrica”.

4. Existência de decisão administrativa, no âmbito da própria Secretaria da Receita Federal, que, em caso análogo, decidiu favoravelmente à tese da autora da ação mandamental, aqui acolhida.

5. Apelação provida. (AMS 2004.81.00.023771-2, Rel. Des. Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, DJ de 16/08/2006)

Assim, se as Leis 9.249/1995, 9.430/1996 e 10.833/2003 não definem o oferecimento de energia elétrica, na modalidade “potência garantida”, como fornecimento de bens ou prestação de serviços, e o entendimento administrativo da Receita Federal sempre foi no sentido de que se trata de fornecimento de bens, sujeito, portanto, ao recolhimento do IRPJ, CSL, PIS e Cofins, à alíquota de 5,85%, não é razoável a alteração abrupta dessa interpretação (ADI 10/2006), para impor ao contribuinte a obrigação de recolher esses tributos à alíquota global de 9,45%.

Vale ressaltar que, além da presunção de legitimidade dos atos administrativos, no caso em concreto, não socorrer à agravada, os prejuízos a serem suportados pela agravante, na hipótese de procedência do seu pedido, ser-lhe-ão muito mais danosos que aqueles eventualmente impostos à Fazenda, caso seja negativa a prestação jurisdicional buscada.

Presente a fumaça do bom direito e militando o perigo de demora muito mais em favor do contribuinte que, discutindo judicialmente essa interpretação administrativa, já se vê obrigado ao recolhimento do IRPJ, CSL, PIS e Cofins, com a nova alíquota de 9,45%, impõe-se o deferimento do pedido de liminar para lhe assegurar o direito de continuar a recolher esses tributos à alíquota global de 5,85%.

Ante o exposto, dou provimento ao presente agravo, para suspender a exigibilidade da retenção do

IRPJ, CSL, PIS e Cofins, incidentes sobre as receitas da agravante advindas do Contrato OC 1816/2005 pelo fornecimento de energia, sob a modalidade de potência garantida, com a alíquota majorada para 9,45%, na forma em que imposta pelo ADI 10/2006, para que essa exigência se dê pelo percentual de 5,85%, até o trânsito em julgado do MS 2007.32.00.002196-2.

Deve a autoridade impetrada se abster de negar à agravante, ainda, as CDP-EN buscadas, enquanto pendente de julgamento a matéria, e desde que o débito seja em razão do ADI 10/2006.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Acompanho o Relator, nos mesmos termos em que já assim deferimos nos autos do AG 2007 01 00 009930-6/AM.

Suspensão de Liminar

2008.01.00.028353-2/MA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Decisão: 23/06/2008

Divulgação: e-DJF1 de 26/06/2008

Publicação: 27/06/2008

Decisão

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de sentença, com fundamento nos arts. 12, § 1º, da Lei 7.347/1985, 4º, da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF – 1ª Região, formulado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama em face do Juízo Federal da Vara Única de Imperatriz/MA que, nos autos da Ação Civil Pública 2003.37.01.000022-5/MA, proposta pelo Ministério Público Federal, proferiu decisão deferindo, em parte, o pedido formulado, nos termos abaixo (fls. 33-49):

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, o Ibama, a Aneel e o Consórcio Estreito Energia – Ceste, formado pelas empresas Companhia Vale do Rio Doce, Alcoa Alumínio S/A, BHP Billiton Metais S/A, Camargo Corrêa Energia S/A e Tractebel Egi South América Ltda., com pedido de liminar para que seja suspenso qualquer ato de licenciamento ambiental do empreendimento Usina Hidrelétrica de Estreito, a ser realizado no Rio Tocantins.

Postulou por: (a) suspensão do processo de licenciamento ambiental ou, alternativamente, sua reelaboração, abordando os impactos negativos da UHE-Estreito sobre a Bacia hidrográfica do Tocantins, inclusive seus aspectos cumulativos e sinérgicos; (b) complementação do EIA/Rima; (c) decretação da nulidade de todos os atos posteriores à realização das audiências públicas realizadas entre os dias 15 e 19 de julho de 2002; (d) realização de novas audiências públicas com divulgação prévia e diária em rádios locais, publicação por três vezes nos jornais de circulação local e disponibilização de cópias para cada município afetado, com antecedência de 60 (sessenta) dias das audiências; (e) condenação do Ibama na obrigação de estabelecer regras objetivas para consulta ao EIA/Rima quanto a horário de acesso e reprodução por fotocópia; (f) nulidade do Leilão 01/2002, relativo ao aproveitamento hidrelétrico da UHE Estreito; (g) nulidade do Decreto Presidencial de 26/11/2002; (h) nulidade do contrato de concessão do aproveitamento da UHE Estreito; (i) realização de auditoria nos custos dos estudos de inventário oferecidos por Centrais Elétricas Brasileiras S/A e Investco S/A, bem como nos custos dos estudos de viabilidade ambiental realizados pelas empresas Companhia Vale do Rio Doce, Alcoa Alumínio S/A, Billiton Metais S/A e Camargo Correa Energia S/A; (j) impedimento de concessão da Licença de Instalação antes da realização de nova licitação.

Sustenta, em síntese, que: (a) o estudo de viabilidade ambiental do empreendimento foi feito isoladamente, quando deveria englobar toda a bacia hidrográfica do rio Tocantins; (b) o EIA/Rima é deficiente e omissivo em relação à análise do contexto da bacia hidrográfica, ao diagnóstico dos recursos hídricos, ao inventário de animais em extinção e à identificação das áreas afetadas direta ou indiretamente pelo empreendimento; (c) ocorreram falhas na sua divulgação, sobretudo pela falta de publicidade das audiências públicas; (d) o processo de licitação para a concessão de uso do potencial hidrelétrico padece de vício por ter ocorrido antes do deferimento da licença prévia, bem como pela ausência de publicidade do ato de adjudicação da outorga de exploração.

(...)

Em face do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial e, assim, declaro a nulidade da Licença de Instalação concedida ao Empreendimento UHE Estreito; bem como condeno o Ceste na obrigação de fazer consistente em complementar o Estudo de Impacto Ambiental do empreendimento UHE Estreito, a fim de que a Área de Influência Indireta (AII) seja estendida, latitudinalmente do barramento da UHE Lajeado (a montante) até o barramento da UHE Tucuruí (a jusante); e, longitudinalmente, do limite definido no Termo de Referência para Área de Influência Direta até as nascentes dos tributários do Tocantins que afluam para os trechos Lajeado-Estreito-Tucuruí. A complementação ora determinada deverá considerar os efeitos sinérgicos dos empreendimentos em execução no contexto da mesma bacia hidrográfica. Em caso de descumprimento, o Consórcio réu se sujeitará a multa no valor de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Condeno o Ibama na obrigação de não fazer consistente em se abster de conceder Licença de Instalação antes da conclusão da complementação do EIA/Rima ora determinada, bem como na obrigação de fazer consistente em pro-

mover a realização de audiências públicas nos municípios afetados de acordo com o EIA/Rima complementado, devendo a divulgação acerca destas alcançar todos os municípios integrantes da Bacia Hidrográfica Tocantins-Araguaia; sob pena de se sujeitar a multa no valor correspondente a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), sem prejuízo da responsabilização administrativa e criminal pelo ato.

Defiro parcialmente o pedido de medida liminar pleiteado pelo Ministério Público Federal e, assim, determino ao Ceste que paralise imediatamente as obras da UHE Estreito até que seja expedida nova licença de instalação pelo órgão ambiental licenciador; que só deverá ocorrer após complementação dos estudos de impacto ambiental nas condições acima fixadas; ressalvado seu prosseguimento desde que restrito à área já edificada, vedando-se operações tendentes a alterar o curso do rio — como escavações, desmatamentos e explosões para esse fim — ou mesmo a preparação do canal de desvio de suas águas. Em caso de descumprimento o Consórcio réu se sujeitará a multa no valor de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Indefiro os demais pleitos formulados pelo MPF na inicial.

(...)

2. Assim resumiu o Ibama o processo de licenciamento da Usina Hidroelétrica de Estreito/MA (fl. 6-7):

Consoante o *histórico detalhado na recente Informação Técnica 19/2008 – COEND/CGENE/DILIC/IBAMA* (Doc. 3), de 10/06/2008, da Diretoria de Licenciamento Ambiental do Ibama, em anexo, destacam-se os inúmeros atos administrativos realizados pelo Ibama e fatos ocorridos após a propositura da ação em comento.

Em 2000, inicia-se o processo de licenciamento da UHE Estreito. Esse empreendimento faz parte de uma série programada de obras planejadas pelo Governo Federal que visam suprir a carência de produção de energia no País.

Em 06/11/2000, a Alcoa Alumínio S. A. – Billinton Metais protocola requerimento de Licença Prévia junto ao Ibama.

Em seguida, inicia-se o processo para consecução do Termo de Referência – TR (documento que tem a função de subsidiar a elaboração do EIA/Rima). Em 15/12/2000 o Ibama realiza vistoria técnica para a elaboração do Termo.

Aproximadamente um ano depois – novembro de 2001, o Ibama encaminha a versão final do TR, após discussão com os atores envolvidos no processo.

Em 24/01/2002 o EIA/Rima é protocolizado no Ibama.

Dois meses depois o Ibama emite Informação Técnica (3012002) com “aceitação” do EIA/Rima e solicita manifestação dos órgãos envolvidos.

Em 26/06/2002 o Ibama publica edital concernente à realização das audiências públicas que ocorrem no período de 15 a 19 de julho de 2002 em vários municípios do Tocantins e Maranhão.

Em janeiro de 2003 o MPF propõe a Ação Civil Pública 2003.37.01.00022-5 contra a construção da UHE, cujo pedido liminar não é atendido.

Em 26/08/2003 o Ibama conclui análise do EIA/Rima e emite Parecer Técnico (7812003) solicitando complementação dos mesmos.

Em 30/12/2003, O Ceste apresenta a complementação, conforme solicitada por este órgão licenciador. Novas audiências são marcadas, o Ceste recorre administrativamente, mas não obtém sucesso. O Ibama realiza vistoria técnica no período de 25 a 28 de janeiro de 2005. As novas audiências são realizadas entre os dias 31/01 a 04/02 de 2005.

Em 28/04/2005, após o *Parecer Técnico 48/2005* (Doc. 6), o Diretor Substituto de Licenciamento e Qualidade Ambiental do Ibama opina favoravelmente pela concessão da Licença Prévia (LP). *Em 29/04/2005 foi emitida a Licença Prévia 201/2005*(Doc. 6).

Em 01/06/2005 é protocolado requerimento de Licença de Instalação (LI).

Em 14/09/2005 Ceste protocola Projeto Básico Ambiental – PBA junto ao Ibama.

O Ibama realiza novas vistorias técnicas na área de influência da UHE no período de 23 a 27 de janeiro de 2006.

Nesse mesmo ano o MPF interpõe nova Ação Civil Pública (Processo 2006.37.01.000347-5), mas a discussão resume-se ao destino dos recursos relativos à compensação ambiental. O licenciamento ambiental tem continuidade.

Várias condicionantes presentes na Licença Prévia são atendidas durante o decorrer do ano e, com base no Parecer Técnico 87/2006 (Doc. 6), o Ibama emite a *Licença de Instalação (LI) 414/2006*, em 14/12/2006 (Doc. 6).

Em 05/01/2007, o Conselho Indigenista Missionário – Cime e a Associação de Desenvolvimento e Preservação dos Rios Araguaia e Tocantins – Adepra TO propõem Ação Civil Pública (Processo 2007.37.01.000175-6) questionando o

processo de licenciamento, basicamente arguindo irregularidades quanto à questão indígena, requerendo liminarmente a suspensão e ao final a nulidade do licenciamento ambiental pelo Ibama.

Em 27/05/2007, contra decisão liminar nesse citado processo determinando a abstenção de qualquer ato de início ou prosseguimento da obra de construção da UHE de Estreito, foi deferida pela Presidência do Tribunal Regional da 1ª Região a Suspensão de Liminar requerida pelo Ibama (2007.01.00.018029-8) e pela União (2007.01.00.017913-9/MA) (Doc. 2).

3. Aduz o requerente deste pedido de suspensão que o *decisum* atacado tem o condão de causar grave lesão à ordem pública, tanto na acepção jurídica quanto na administrativa.

4. Na acepção jurídica, para o Ibama, a grave lesão à ordem pública consiste no fato de que tal decisão afastou a efetividade dos atos administrativos praticados pelo órgão ambiental, concernentes à viabilidade ambiental do empreendimento, pois, ao entender insuficientes o Termo de Referência e o EIA/Rima, desconsiderou a legalidade e a legitimidade desses atos.

5. Sustenta que o licenciamento ambiental se divide em etapas, e o órgão ambiental licenciador tem a prerrogativa de indicar os estudos e documentos que entender necessários ao início do empreendimento, bem como de exigir complementações a esses estudos, caso entenda necessário, consoante o disposto no art. 10 da Resolução Conama 237/1997 e no art. 5º da Resolução Conama 01/1986.

6. Destaca que a aprovação do licenciamento respeitou todas as disposições legais e regulamentares a respeito da matéria e que foram analisadas detidamente todas as implicações diretas e indiretas advindas do empreendimento na área de influência dos impactos ambientais negativos, razão pela qual a decisão impugnada, ao entender insuficiente o Termo de Referência e o EIA/Rima e determinar a paralisação imediata das obras, até a expedição de nova licença que contemple as novas diretrizes determinadas, acabou por mudar as regras do procedimento de licenciamento ambiental.

7. Na acepção administrativa, também no seu entender, a grave lesão à ordem pública consiste na indevida invasão do mérito administrativo, pois, não obstante as conclusões técnicas do EIA/Rima sejam vinculantes para a tomada de decisões pela administração ambiental, os critérios indicados no Termo de Referência e utilizados nas conclusões administrativas que culminaram na expedição da licença ambiental são dotados de discricionariedade, já que são possíveis inúmeras formas de análise para se chegar às conclusões técnico-científicas sob o aspecto ambiental.

8. Para o órgão ambiental, "...o ato administrativo discricionário, *notadamente quanto ao critério de análise escolhido*, somente está sujeito ao controle jurisdicional quanto aos aspectos da sua legalidade, não lhe cabendo apreciar a conveniência e a oportunidade do ato" (fl. 18). Por esse motivo, entende que esse controle não pode se transformar em uma substituição do Poder Executivo pelo Judiciário, pois contraria o Princípio da Tripartição dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

9. Ademais, alega que a decisão impugnada acarreta desordenamento nas atividades da Administração Pública Ambiental, o que inviabiliza o planejamento e a execução das ações do Ibama no licenciamento ambiental, pois "...imprime *procedimento distinto do que impõe a Resolução Conama nº 237/1997, subvertendo a própria lógica que indica que a elaboração de estudos ambientais e realização de audiências públicas constituem etapa preliminar com vistas à aprovação de localização, concepção e viabilidade ambiental do empreendimento, para fins de expedição de licença prévia*" (fl. 22).

10. Afirma, ainda, que "...ressalta-se igualmente confuso e inviabilizado, diante da decisão impugnada, o monitoramento ambiental pelo Ibama, no qual poderão ser determinadas ao empreendedor medidas visando evitarem-se danos ambientais, na medida em que a decisão determina a paralisação de obra quando já concedida a Licença de Instalação, havendo todo o canteiro e estrutura de obra montados no local, sem que o empreendedor possa alterar qualquer *status*, sob pena de aplicação de exorbitante multa indicada na mesma decisão" (fl. 22).

11. Assevera, outrossim, que o *decisum* atacado causa grave lesão à saúde pública, pois, diante da crescente demanda de energia elétrica em face do crescimento econômico, caso persista a suspensão das obras de construção

da usina hidroelétrica, o Governo Federal precisará incentivar a construção de usinas termelétricas, o que ocasionará reflexos nocivos ao meio ambiente, pois implicaria na queima de combustíveis fósseis, notadamente o carvão vegetal, oriundo de desmatamento, fato esse que, além de provocar a destruição das florestas, libera gases na atmosfera, a exemplo do gás carbônico, responsáveis pelo efeito estufa e pelo aquecimento global.

12. Não bastasse isso, a decisão impugnada deixou de considerar o *periculum in mora* inverso, pois, em razão das peculiaridades da região em que realizado o empreendimento, de alta pluviosidade, as obras só podem ser realizadas em determinadas épocas, chamadas de “janela hidrológica”. Só nesse período é possível a realização de atividades com terraplenagens, escavações e outras com maior segurança, melhor aproveitamento e menor impacto ambiental.

13. Além disso, a permanência ociosa de todo o maquinário e da infra-estrutura utilizada na execução do empreendimento ocasiona impactos ambientais, pois os canteiros de obras estarão sujeitos a processos erosivos progressivos, além da interrupção da implementação de mecanismos de controle de drenagem; e sócio-econômicos, em razão da quebra na manutenção de milhares de empregos, do comércio e dos serviços envolvidos, o que gerará uma massa de mão-de-obra ociosa e sem remuneração.

14. Requer, portanto, a extensão dos efeitos das decisões proferidas nas Suspensões de Segurança 2007.01.00.018029-8/MA e 2007.01.00.017913-9/MA ou, alternativamente, a suspensão dos efeitos da sentença atacada.

15. Por meio das Suspensões de Segurança 2008.01.00.028419-5/MA e 2008.01.00.028357-7/MA, cujos autos mandei apensar, a União Federal e a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel pleiteiam a suspensão da mesma decisão, pelos mesmos fundamentos ora esposados, além do que sustentam a possibilidade da ocorrência de grave lesão à ordem econômica, com base nos seguintes argumentos:

– só de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, a paralisação das obras por um prazo de 12 (doze) meses geraria uma perda de arrecadação no montante de R\$40.500.000,00 (quarenta milhões e quinhentos mil reais). Só para o município de Estreito, a perda de arrecadação relativa ao ISSQN alcançaria o valor de R\$16.500.000,00 (dezesesseis milhões e quinhentos mil reais) no mesmo período;

– com relação à compensação financeira que adviria do funcionamento da usina hidroelétrica para os Estados e municípios envolvidos, a cifra atingiria o valor de R\$11.300.000,00 (onze milhões e trezentos mil reais) ao ano;

– os 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) previstos para a realização das obras gerarão em trono de 20.000 (vinte mil) empregos diretos e indiretos na região, além dos demais investimentos que decorrerão do empreendimento, os quais propiciarão o desenvolvimento da região;

– o custo da energia produzida pelas usinas termelétricas é muito maior em relação à energia produzida pelas usinas hidroelétricas; e

– caso ocorra um novo “apagão elétrico”, esse evento poderá acarretar prejuízos para todo o setor produzido, como ocorreu no ano de 2001, de custos incalculáveis para todos, pois fará com as empresas revejam seus investimentos no país, afetando drasticamente o crescimento do PIB.

16. O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer de fls. 352-356, opina pelo indeferimento do pedido, sob o argumento de que não ocorrem quaisquer das alegadas lesões a justificar o deferimento do pedido.

Relatada a espécie, decido.

18. A via excepcional prevista nos arts. 4º da Lei 4.348/1964, 12, § 1º, da Lei 7.347/1985 e 4º, § 1º, da Lei 8.437/1992 está adstrita à análise dos requisitos que elenca, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não cabe, portanto, em regra, tecer considerações acerca dos fundamentos da decisão atacada, ou mesmo sobre o mérito da ação civil pública, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria.

19. Nesse sentido:

Agravo regimental. Suspensão de segurança. Ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. Teto. Subteto. Art. 37, XI, da Constituição da República, redação da Emenda Constitucional 41/2003. Decreto municipal 7.026/2005.

1. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a imediata execução do acórdão impugnado impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003.

3. Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

4. Possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

5. Precedentes do Plenário.

6. Agravo regimental improvido. (SS-AgR 2773/RJ. Rel.: Ministro Presidente. DJ de 07/04/2008. Tribunal Pleno. PP-00280.)

20. Assim, tenho que a decisão impugnada é suscetível de causar grave lesão à ordem pública, tanto na acepção jurídica quanto na acepção administrativa, pois, ao suspender a execução das obras de construção da Usina Hidroelétrica de Estreito, ela invadiu a esfera de competência da administração pública, a quem cabe determinar, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, a viabilidade ambiental do empreendimento.

21. Nos termos da Lei 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama é a autarquia federal que tem como principais atribuições exercer o poder de polícia ambiental; executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental; e executar as ações supletivas de competência da União.

22. O requerente logrou demonstrar, em seu arrazoado, que seguiu todos os passos previstos nas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama 01/1986 e 237/1997. Por outro lado, a decisão impugnada não apontou vícios no EIA/RIMA suficientes para ensejar a sua anulação.

23. A simples suspeita de parcialidade da autarquia na elaboração do relatório, ou de pressão do Governo Federal no sentido de se apressar a concessão da Licença Ambiental, não tem o condão de invalidar os atos administrativos por ela praticados. Os atos administrativos possuem presunção relativa veracidade, dessa forma, para serem invalidados, é necessária a demonstração efetiva da ocorrência de algum vício ou ilegalidade em sua elaboração.

24. Por outro lado, o requerente conseguiu demonstrar a grave lesão à ordem e à economia públicas.

25. Trata-se de empreendimento de vital importância, parte integrante de um pacote maior de programas de investimentos destinados a dotar o país de uma infra-estrutura energética suficiente para assegurar o crescimento econômico sustentável, e sua paralisação acarretará prejuízos de grande vulto para a economia nacional.

26. É bem verdade que o crescimento não pode ser priorizado em detrimento dos aspectos ambientais. Toda e qualquer atividade produtiva, principalmente aquelas de grande vulto, como é o caso das usinas hidroelétricas, causam impacto ambiental, e devem ser precedidas de estudos para que esse impacto seja o menor possível; todavia, o Ibama, pelo EIA/RIMA já aprovado, demonstra que, em princípio, foi estudado tal impacto e determinadas as medidas necessárias para minimizar seus inconvenientes.

27. A anulação da licença de instalação da Usina Hidroelétrica de Estreito teve como base suspeitas de pressões do Poder Executivo para que essa licença fosse concedida de qualquer maneira. Contudo, essas suspeitas não são suficientes para infirmar a presunção de validade desse ato administrativo, à míngua de demonstração concreta de sua efetiva ocorrência.

28. A paralisação das obras, por outro lado, causará grave lesão à ordem econômica, gerando prejuízos para os municípios e os Estados nelas envolvidos, bem assim para o Governo Federal, que precisará lançar mão, daqui a

alguns anos, da utilização da energia termelétrica para suprir a carência de energia elétrica, a qual, além de ser mais poluente, tem um custo de produção muito superior ao da energia hidroelétrica.

29. Não bastasse isso, a grave lesão à ordem pública está demonstrada na possibilidade de ocorrência do *periculum in mora* inverso, pois, com a paralisação das obras, o canteiro de obras ficará exposto às intempéries, sujeito a processos erosivos, o que acarretará sérios danos ambientais.

30. Também o eminente Ministro Presidente do excelso Supremo Tribunal Federal, numa questão similar de paralisação de obras de hidroelétricas no rio Juruema, no Mato Grosso, na SL 246-5/STF, assim se manifestou:

(...)

No caso, entendo que está devidamente demonstrado o fundamento de aplicabilidade do instituto da suspensão, visto que a decisão impugnada, ao determinar a imediata suspensão de licenças ambientais concedidas pela Sema/MT para a construção de pequenas centrais elétricas ao longo do rio Juruema, com isso paralisando as obras até que realizado EIA/Rima pelo Ibama, representa grave risco de lesão à ordem, à economia e à saúde pública do Estado.

Para se chegar a essa constatação, basta observar que as obras se iniciaram há mais de cinco anos, se considerada a data em que concedida a licença de instalação, bem como o seu adiantado estágio (fls. 251/276), com cortes de terreno já efetivados e que certamente se perderão pela ação do tempo. Também merece atenção os efeitos deletérios ao próprio meio ambiente pela manutenção de grande área desmatada e cavada, podendo até mesmo assorear o próprio rio em que se realiza a obra, caso impedida sua continuidade.

(...)

31. Necessária se faz, então, a suspensão dos efeitos da sentença impugnada, para que as obras do empreendimento UHE Estreito retomem seu ritmo normal e sejam concluídas no prazo estabelecido.

32. Ademais, nas SS 2007.01.00.018029-8/MA e 2007.01.00.017913-9/MA, já se examinou tais questões, a saber:

(...)

Na hipótese, o Magistrado *a quo* entendeu que houve “o atropelamento do procedimento de licenciamento ambiental, pois as audiências públicas e as licenças prévia e de instalação vieram a lume antes da conclusão dos estudos de impactos ambiental”, o que, a seu ver, “não se resume à mera inobservância do procedimento estabelecido na Resolução Conama 237/1997, mas que consiste em atitude tendente a frustrar a vontade do Constituinte de 1988, expressadas nos arts. 225 e 231 da Carta Magna em vigor”, uma vez que a autoridade licenciadora, no item 2.27, estabeleceu que o empreendedor deveria “apresentar programa de monitoramento de impactos potenciais nas comunidades indígenas, incluindo estudo etnoecológico que considere os impactos socioambientais da UHE para as terras indígenas localizadas na área de influência do empreendimento”, e no item 2.26, fixou a necessidade de o empreendedor apresentar detalhamento das medidas a respeito dos impactos socioambientais sobre as terras indígenas, localizadas na área de influência do empreendimento.

Ocorre que, em 17/05/2007, a própria Fundação Nacional do Índio – Funai, manifestou-se perante o Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA no sentido de não haver interesse de sua intervenção na ação principal, “em virtude da previsão de instauração da Câmara de Conciliação e Arbitramento, nos termos do art. 11 da Medida Provisória 2.180-35/2001 e da Portaria 118/2007/AGU, para dirimir conflitos em sede da Administração Pública Federal” (fls. 639).

Cabe consignar também que, segundo admite a própria Funai no Ofício 138 DAS/Funai, de 26/11/2002, “as restrições dos §§ 3º e 6º do art. 231 (que trata da competência da autorização do Congresso Nacional), com base nos Estudos Ambientais da UHE Estreito, não se aplicam ao presente licenciamento, por não haver ocupação ou supressão territorial das Terras Indígenas em tela...”.

Esses fatos, por si só, mitigam o entendimento de que o início das obras da UHE Estreito acarrete riscos irreparáveis aos interesses das comunidades indígenas. Com efeito, não se pode olvidar que o órgão competente para a defesa judicial dos direitos indígenas, individual ou coletivamente é a Funai, assim, a manifestação de que não tem interesse no processo principal, com possibilidade, inclusive, de conciliação administrativa para resolver a lide, fica evidente a ausência de perigo na demora para justificar o deferimento de decisão liminar. Ademais, é preciso ter presente que o Ibama é o órgão competente para acompanhar e fiscalizar o processo de licenciamento ambiental, exigindo, se for o caso, a adoção de medidas tendentes a solucionar possíveis deficiências relativas ao empreendimento e à questão indígena, a serem incorporadas ao processo de licenciamento. Aliás, o próprio Ibama, na Licença de Instalação 414/2006, impôs ao Consórcio Estreito Energia

a implantação de planos, programas, medidas mitigatórias e de controle constantes do Projeto Básico Ambiental, cujo descumprimento poderá acarretar a revogação da Licença de Instalação correspondente.

Pela documentação colacionada aos autos pelas requerentes, não diviso, portanto, motivos relevantes que justifiquem a suspensão imediata das obras de instalação da UHE Estreito, empreendimento que integra projeto de iniciativa do Governo Federal, tendente a afastar novas crises no setor elétrico.

Sopesados os interesses em conflito, entendo que a decisão impugnada poderá acarretar prejuízo maior ao meio ambiente — caso o Governo Federal tenha de lançar mão de energia termoelétrica (sabidamente mais cara e mais poluente) devido à escassez de energia hidrelétrica —, além de impor prolongado retardamento na conclusão de obra de interesse nacional, caso não seja possível aproveitar o período de menor precipitação pluviométrica, ocasionando, igualmente, grave lesão à economia pública.

(...)

Pelo exposto, defiro os pedidos formulados nestes autos e nas Suspensões de Segurança 2008.01.00.028419-5/MA e 2008.01.00.028357-7/MA, pela União Federal e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, respectivamente, nos termos acima delineados.

Traslade-se cópia dessa decisão para os autos dos processos apensos acima referidos.

Comunique-se, com urgência, ao MM. Juízo prolator do *decisum* atacado, encaminhando-lhe cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Agravo de Instrumento

2008.36.00.700028-0/MT

Relator: O Exmo Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogado: Dr. Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Agravada: Anita Geraldino Pereira
Advogado: Dr. Orlando Martens
Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Redução no valor de multa cominatória. Demora no cumprimento de ordem judicial. Ausência de enriquecimento sem causa pelo autor. Agravo improvido.

I – A situação da autarquia ora agravante quanto à escassez de recursos a que se apresenta não justifica o atraso de 3 meses e 8 dias para o cumprimento da sentença de primeiro grau, que concedeu o benefício de aposentadoria por idade para a agravada. Sendo a fixação de penalidade pecuniária cabível, uma vez presente na lide, demora no cumprimento de ordem judicial.

II – A fixação do valor da multa pecuniária para esses casos de descumprimento de ordem judicial não tem o propósito de enriquecer a parte exeqüente, mas tão-somente de coibir a desobediência às determinações judiciais, por isto posto, entendo-a ser necessária.

III – Agravo improvido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, conheceu o agravo de instrumento e negou a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 30/05/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Trata-se agravo de instrumento, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face da autora Anita Geraldino Pereira, contra decisão que liquidou multa cominatória contra o recorrente, ao argumento de que desobedeceu comando judicial e não cumpriu a determinação para implantação do benefício no prazo concedido em sentença.

Aduz a agravante que não pode prosperar a aplicação da multa cominatória, tendo em vista que não deu causa à demora na implantação do benefício, já que o quadro de servidores responsáveis pela implan-

tação de benefícios da previdência é reduzido, gerando demora desproposita.

A decisão de fls. 125/126 indeferiu o pedido, concordando com decisão agravada, pois entendeu essa se encontrar em total consonância com a legislação processual civil em vigor para os casos de descumprimento de sentença, não deixando o excesso provocar injusto benefício para a parte contrária.

Sem contra-razões.

É o relato. Decido.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — O agravante insurge-se contra decisão que acolheu o pedido da parte autora e condenou o INSS ao pagamento de 1 (um) salário mínimo por mês de atraso na implantação de revisão de benefício previdenciário, totalizando 3 salários mínimos atuais.

Aduziu a autarquia, em sua defesa, ser responsável pela manutenção de mais de milhões de benefícios no país, bem como é de sua competência o atendimento de outros milhões de benefícios no país, e mais o atendimento de outros milhões de segurados que procuram os postos do INSS diariamente, tudo a depender da deficitária estrutura, muitas vezes ausentes os materiais técnicos e humanos necessários devido à escassez de recursos destinados a efetivo cumprimento de suas atribuições.

No entanto, a situação da autarquia ora agravante quanto à escassez de recursos a que se apresenta não justifica o atraso de 3 meses e 8 dias para o cumprimento da sentença de primeiro grau, que concedeu o benefício de aposentadoria por idade para a agravada. Sendo a fixação de penalidade pecuniária cabível, uma vez presente na lide, demora no cumprimento de ordem judicial.

A fixação do valor da multa pecuniária para esses casos de descumprimento de ordem judicial não tem o propósito de enriquecer a parte exeqüente, mas tão somente de coibir a desobediência às determinações judiciais, por isto posto, entendo-a ser necessária.

Ademais, a própria decisão agravada ponderou a respeito do valor total da multa cominatória, após sua liquidação, e considerou que o valor de R\$ 9.00,00 (nove mil reais) tornou-se excessivo, a ponto de ocasionar o enriquecimento sem causa da autora, reduzindo o valor da multa para o equivalente a 3 salários mínimos atuais, não merecendo esse ser reformado pelo mesmo argumento.

Assim sendo, considero irretocável a decisão que determinou a aplicação de multa cominatória de 3 salários mínimos atuais, pela demora de cumprimento judicial.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu improvimento, mantendo a decisão atacada em todos os seus termos.

Sem custas.

É como voto.

Processo

2008.36.00.700045-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Recorrido: João Domingos de Souza Nogueira
Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Requisição de pagamento. Valor superior a sessenta salários mínimos. Competência Juizado Especial Federal. Arts. 3º e 17, §4º, da Lei 10.259/2001.

I – Trata-se, pois, de competência funcional e, portanto, absoluta, apresentando como critério de fixação o valor da causa, o que não significa dizer que, se o montante da execução ultrapassar o limite de sessenta salários mínimos, o processo deva seguir para a Justiça comum. Ao contrário, a própria norma de regência dos Juizados Especiais Federais trouxe uma solução para a hipótese em questão.

II – Compete aos Juizados Especiais Federais Cíveis o julgamento de causas da Justiça Federal cujo valor não ultrapasse sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças, nos termos do art. 3º da Lei 10.259/2001.

III – Sendo o *quantum* da execução superior ao teto estabelecido no art. 3º da Lei 10.259/2001 e não havendo renúncia ao valor excedente, o pagamento será feito por precatório, nos termos do art. 17, §4º, da Lei 10.259/2001.

IV – Agravo improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 30/05/2008.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

rios mínimos, *bem como executar as suas sentenças.*
(Grifei.)

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Jeferson Schneider*: — O agravante busca a declaração da incompetência do Juizado Especial Federal para processar e julgar os autos da Ação Ordinária 2003.36.00.702537-1, bem como a suspensão ou cancelamento das Requisições de Pagamento expedidas naqueles autos para pagamento do principal e honorários advocatícios.

A decisão agravada não merece reforma.

Prevê o art. 3º da Lei 10.259/2001, *in verbis*:

Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salá-

Trata-se, pois, de competência funcional e, portanto, absoluta, apresentando como critério de fixação o valor da causa, o que não significa dizer que, se o montante da execução ultrapassar o limite de sessenta salários mínimos, o processo deva seguir para a Justiça Comum. Ao contrário, a própria norma de regência dos Juizados Especiais Federais trouxe uma solução para a hipótese em questão. Eis o que diz o art. 17, §4º:

Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

(...)

§ 4º. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, *sempre, por meio do precatório*, sendo *facultado* à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista. (Grifei.)

Assim, caso a somatória das diferenças atrasadas e das parcelas vincendas ultrapasse o valor estipulado em lei (sessenta salários mínimos), o pagamento far-se-á por meio do precatório (art. 17, § 4º, da Lei 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Federais), sendo *facultado* à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, qual seja, Requisição de Pequeno Valor – RPV.

Portanto, ao vencedor da demanda é assegurado o pagamento de seu crédito por meio de precatório, caso este ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos. No entanto, a parte exeqüente possui a *faculdade* de renunciar ao crédito excedente, *optando* — conseqüentemente — por receber o saldo devido via Requisição de Pequeno Valor (que possibilita o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais até o montante de sessenta salários mínimos).

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência:

Processual civil. Conflito de competência. Juizado Especial Federal cível. Execução do julgado. Valor superior a sessenta salários mínimos. Competência. Art. 17 da Lei 10.259/2001.

1. Compete aos Juizados Especiais Federais Cíveis executar seus julgados, *ainda que a condenação transitada em julgado supere a sessenta salários mínimos*, hipótese em que deverão determinar a expedição do competente precatório, se parte não optar por renunciar ao montante que exceder àquele valor (Lei 10.259/2001, art. 17, § 4º).

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Especial Federal Cível, ora suscitado. (TRF-1ª R., 3ª Seção, CC 3.01.00.009358-5/BA, rel. Desembargadora Federal Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 10/08/2004, p. 14). (g.n.)

Registro, a título de esclarecimento, que a Lei 10.259/2001 disciplinou *duas formas de renúncia* quanto ao limite da obrigação de pequeno valor previsto em seu art. 17, quais sejam:

A primeira, quando do ajuizamento da demanda, que estabelece a competência do Juízo; e

A segunda, em sede de execução da sentença condenatória cujo valor ultrapasse o limite legal. Neste caso, as diferenças das parcelas que se tornaram vencidas após o ajuizamento da demanda, devidamente atualizadas monetariamente até a data do efetivo pagamento, não ficam restritas ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos, uma vez que aderiram ao direito da parte autora no decorrer da própria demanda.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. É como voto.

Processo

2008.36.00.700059-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Recorrente: Terezinha Antonia da Silva Ferreira

Recorridos: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Olívia Arossa

Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Falecimento do segurado. Art. 76, § 2º, da Lei 8.213/1991. Ex-cônjuge. Não comprovação de dependência econômica. Benefício devido integralmente à companheira.

I – A ex-cônjuge, separada judicialmente, não demonstrou que recebia pensão alimentícia. Logo, não faz jus ao benefício de pensão por morte.

II – Afastada a condição de dependente da ex-cônjuge, a companheira deve receber integralmente o benefício de pensão por morte, uma vez que comprovou por meio de farta prova documental que mantinha união estável com o instituidor da pensão, sendo presumida sua condição de dependente econômico.

III – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 30/05/2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Terezinha Antonia da Silva Ferreira recorreu da sentença em face de o Juízo do 1º Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária de Mato Grosso ter julgado procedente o pedido de concessão de pensão por morte integral em favor de Olívia Arossa.

Alega a recorrente que, muito embora na separação judicial tenha dispensado os alimentos, conserva o direito à pensão por morte do ex-marido, uma vez que há a comprovação de sua necessidade de recebê-la.

O INSS não ofertou contra-razões, e o outro litisconsorte ofertou as contra-razões intempestivamente.

É o relato.

Voto

O Exmo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva: — Preliminarmente, concedo o benefício da justiça gratuita.

O Juízo *a quo* decretou a revelia da recorrente, Terezinha Antonia da Silva Ferreira, considerando como verdadeira a alegação da autora, Olívia Arossa, de que aquela não dependia economicamente do *de cuius*, Antonio Ferreira, ex-marido da primeira e companheiro da segunda.

Por sua vez, a recorrente sustenta que o fato de o INSS ter contestado a ação teria o condão de afastar a presunção de veracidade das alegações da autora, nos termos do art. 320, I, do CPC. Contudo, razão não lhe assiste.

De fato, o INSS refutou a qualidade de dependente econômica da autora, afirmando que o conjunto

probatório acostado aos autos é frágil e que não estaria comprovado que ela faz jus à integralidade do benefício de pensão por morte. Contudo, a controvérsia criada pelo INSS, ainda que relevante, não assegura, por si só, à recorrente o direito à pensão por morte.

Deve-se salientar que à parte autora incumbe o ônus de provar o que afirmou, in casu, de que vivia em união estável com o instituidor da pensão, já que, pela lei de regência, a dependência econômica é presumida. Mas a qualidade de dependente da recorrente deveria ter sido provada por esta, visto que, estando separada judicialmente do de cujus, inexistente presunção em seu favor.

Considerando que a recorrente e o de cujus estavam separados desde 1988 (fl.120/121), somente a prova de que ela recebia pensão alimentícia lhe garantiria o direito ao benefício em questão, o que, no entanto, não restou evidenciado nos autos.

De outra parte, a união estável entre a recorrida, Olívia Arossa, e o instituidor da pensão restou sobejamente demonstrada mediante farta prova documental acostada às fls. 24/60.

Comprovada a condição de companheira do de cujus, a sua dependência econômica é presumida, a teor do art. 16, da Lei 8.213/1991, abaixo transcrito:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995)

II – (...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

Isto posto, nego provimento ao recurso inominado.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É o voto.

Processo

2008.36.00.700081-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Paulo Cesar Ribeiro Leite
Recorrida: União Federal (Fazenda Nacional)
Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Tributário. Rescisão do contrato de trabalho. Demissão sem justa causa. Verbas rescisórias. Caráter indenizatório. Imposto de Renda. Repetição de indébito. Prescrição. Arts. 3º e 4º da LC 118/2005. Incidência da taxa Selic desde a retenção indevida.

I – Encontra-se presente o interesse de agir do contribuinte que teve indeferido o pedido de restituição do tributo na via administrativa em formular pedido de condenação à repetição de indébito, sem que tenha pleiteado a anulação do indeferimento do pedido de restituição.

II – O e. STJ, no julgamento do ERESP 327.043, definiu que o art. 3º da LC 118/2005, somente será aplicável às causas ajuizadas após o dia 09/06/2005, não incidindo sobre as ações em curso, como previsto em seu art. 4º, porquanto a norma em tela configura direito novo e, assim, por ser destituída de caráter interpretativo, não se enquadra na regra do art. 106, I, do CTN, que determina a sua incidência sobre fatos pretéritos.

III – Incide a taxa Selic sobre o montante a ser restituído ao contribuinte desde o recolhimento indevido (inteligência da Súmula 162 do STJ e art. 39 da Lei 9.250/1995).

IV – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 30/05/2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Trata-se de recurso intentado pela União Federal em face de sentença proferida pelo Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que julgou procedente o pedido inicial, condenando-lhe a restituir o valor indevidamente retido a título de Imposto de Renda, sobre as verbas relativas a prêmio assiduidade, licença-prêmio e férias vencidas convertidas em pecúnia.

Sustenta a recorrente, preliminarmente, a ausência de interesse de agir e, como prejudicial de mérito, suscita a incidência da prescrição quinquenal. No mé-

rito, alega a necessidade de revisão das declarações de rendimento da parte autora, sustentando que a correção monetária deve incidir a partir da declaração de IRPF, e não da retenção supostamente indevida.

O recorrido apresentou contra-razões às fls. 73/78, nas quais pugna pela manutenção da sentença.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Afasto a preliminar de ausência de interesse de agir, em face do indeferimento do requerimento administra-

tivo de restituição do imposto de renda de fl. 15, uma vez que é permitido ao contribuinte formular pedido de condenação à repetição de indébito, sem que tenha pleiteado a anulação do indeferimento do pedido de restituição.

Essa é a lição de Leandro Pausen, em sua obra *Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 2007, p. 1072, *in verbis*:

O prazo para a ação anulatória, estampado no art. 169 do CTN, não interfere na repetição ou compensação de indébito. Não se faz necessário buscar a anulação da decisão administrativa quando tenha sido indeferido pedido de restituição. Pode o contribuinte ingressar normalmente com ação buscando a condenação à repetição ou à declaração do direito à compensação.

Quanto à alegação de ocorrência da prescrição da pretensão de repetição de indébito, anoto que o e. STJ, no julgamento do ERESP 327.043, definiu que o art. 3º da LC 118/2005 somente será aplicável às causas ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, não incidindo sobre as ações em curso (distribuída em 24/10/2003), como previsto em seu art. 4º (fonte: “site do STJ”), posicionamento que acompanho, porquanto a norma em tela configura direito novo e, assim, por ser destituída de caráter interpretativo, não se enquadra na regra do art. 106, I, do CTN, que determina a sua incidência sobre fatos pretéritos.

Logo, rejeito a tese da prescrição /decadência, uma vez que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos “cinco mais cinco”); e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

Importa ainda salientar que, a par do auto de infração de fl. 15, que implicou no indeferimento do pedido de repetição do indébito na via administrativa, datado de 10/05/2004, e do ajuizamento da presente ação em 11/11/2004, o prazo decadencial previsto no art. 169 do CTN para atacar a denegação da restituição também fora obedecido.

Quanto ao mérito, cinge-se o recurso ao termo inicial da incidência da taxa Selic, sustentado a recorrente que aquela é devida desde a entrega da declaração retificadora de IRPF.

A pretensão da recorrente não possui ampa-

ro legal. Ao contrário, afronta ao disposto na Súmula 162 do Superior Tribunal de Justiça e no art. 39 da Lei 9250/1995, *in verbis*:

Súmula 162:

Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Lei 9.250, de 26/12/1995

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei 8.383, de 30/12/1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei 9.069, de 29/06/1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

§ 1º (vetado)

§ 2º (vetado)

§ 3º (vetado)

§ 4º *A partir de 01/01/1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Grifei.)*

Nesse sentido, é a jurisprudência do e. STJ, abaixo colacionada:

Processual civil. Embargos de declaração. Recurso especial. Imposto de Renda. Entidade de previdência privada. Índices de correção monetária a serem aplicados. Honorários advocatícios. Inversão do ônus de sucumbência.

1. *Firmou-se, na 1ª Seção, o entendimento no sentido de que, na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 01/01/1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido” (EREsp 463.167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU de 02/05/2005).*

2. *Pacificou-se nesta Corte a posição de que é cabível o acolhimento de Embargos de Declaração para explicitar a inversão dos ônus sucumbenciais.*

3. *Embargos de Declaração acolhidos, sem efei-*

tos modificativos. (Origem: STJ – Superior Tribunal de Justiça Classe: EDRESP – Embargos de Declaração no Recurso Especial – 925156. Processo: 200700288292 UF: RJ. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 07/08/2007 Documento: STJ000770483DJ data: 21/09/2007 página: 302. Herman Benjamin.

Assim, nego provimento ao recurso.

Custas processuais indevida. Honorários advocatícios, em 10% do valor da condenação, pela Recorrente.

É como voto.

Processo

2008.36.00.700109-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider
Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Ré: Edna Regina de Melo Barbosa
Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Ação Rescisória. Não Cabimento. Art. 59 da Lei 9.099/1995. Recurso Improvido.

I – Não cabe ação rescisória no JEF. O art. 59 da Lei 9.099/1995 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais.

II – Não sendo no JEF possível sequer o ajuizamento de ação anulatória contra simples ato administrativo (art. 3º, § 1º da Lei 10.259/2001), com mais razão poderia se argumentar que não seria possível a anulação de sentença transitada em julgado (ato de natureza mais estável, com os efeitos dos arts. 467 a 474 do CPC).

III – Petição inicial indeferida, nos termos do no art. 59 da Lei n.º 9.099/95; art. 267, I e IV; art. 295, III e V; e art. 490, I, do CPC.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, indeferir a petição inicial, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 30/05/2008.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: – Embora a Lei 10.259/2001 não trate sobre o cabimento de ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em seu art. 1º encontra-se disposto que a Lei 9.099/1995 será aplicável onde não houver conflito com o aludido texto legal.

O art. 59 da Lei 9.099/1995 estabelece o seguinte:

“Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta lei.”

Tem-se, assim, que a presente ação é incabível em sede de Juizado Especial Federal. O referido dispositivo, aplicável subsidiariamente na forma do art. 1º da Lei 10.259/2001, veda, expressamente, a utilização da ação rescisória perante os Juizados Especiais Federais.

A questão já foi objeto de deliberação no enunciado 44 do FONAJEF (Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais), nos seguintes termos:

Enunciado 44. Não cabe ação rescisória no JEF. O art. 59 da Lei 9.099/1995 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais.

No âmbito doutrinário, é cogitada a utilização da ação anulatória, em substituição à ação rescisória, mediante a aplicação do art. 486 do CPC.

Contudo, duvidosa é a possibilidade de utilização nos Juizados Especiais Federais da ação anulatória para obter o efeito de desconstituição da sentença transitada em julgada, pelos seguintes motivos:

1) se no JEF não é possível sequer o ajuizamento de ação anulatória contra simples ato administrativo (art. 3º, § 1º da Lei 10.259/2001), com mais razão poderia se argumentar que não seria possível a anulação

de sentença transitada em julgado (ato de natureza mais estável, com os efeitos dos arts. 467 a 474 do CPC);

2) enquanto nos procedimentos regulados pela legislação processual encontra-se prevista a possibilidade de ajuizamento de ação anulatória contra sentença meramente homologatória (art. 486 do CPC), nos procedimentos dos JEF foi vedado o uso do próprio recurso contra sentença homologatória, na forma do art. 41 da Lei 9.099/1995, que estabelece o seguinte: “Art. 41. Da sentença, *excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral*, caberá recurso para o próprio Juizado”;

3) a permissão de utilização de ações distintas para a desconstituição do julgado poderia implicar violação aos critérios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”, previstos no art. 2º da Lei 9.099/1995.

Assim, não é cabível no JEF o ajuizamento da ação rescisória com a finalidade de desconstituir sentença de mérito transitada em julgado.

Ainda que fosse admitido o ajuizamento de ação anulatória contra sentença do JEF transitada em julgada (ou acórdão), não é possível, no presente caso concreto, a adoção do princípio da fungibilidade processual para o fim de conhecer da ação como se anulatória fosse, pois diversos são os pedidos e a causa de pedir entre as referidas ações (rescisória e anulatória).

Tem-se, assim, que a presente ação é incabível em sede de Juizado Especial Federal.

Diante do exposto, indefiro a petição inicial, com fulcro no art. 59 da Lei 9.099/1995; art. 267, I e IV; art. 295, III e V; e art. 490, I, do CPC. Sem custas e honorários advocatícios.

É o voto.

Processo

2008.36.00.700115-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Levi Machado de Oliveira
Procuradora: Dra. Thais Helena Marques de Souza
Recorrida: União Federal
Publicação: DO-MT de 13/06/2008

Ementa

Indenização. Autor adquirente de imóvel rural de terceiro. Pagamento de imposto ITR em nome do vendedor. Sub-rogação. Pagamento a maior. Restituição de indébito requerida e procedida em nome do antigo proprietário. Ausência de prova de sub-rogação perante a receita. Inexistência de conexão entre ação da administração e suposto dano. Ausência de dano material ou moral. Recurso improvido.

I – Correta a sentença que considerou o autor terceiro estranho à relação entre o fisco e o antigo proprietário do imóvel, em nome de quem fora pago o ITR atrasado e depois, pleiteada a restituição de indébito, tendo em vista que o autor não comprovou a relação de sub-rogação, perante a Receita, para fins de ter a restituição diretamente em seu nome.

II – Quanto ao dano moral, também não restou demonstrado nexos causal entre a negativa de emissão de certidão negativa em nome do autor e uma ação ilícita da Administração tributária, uma vez que o débito que referida certidão obstaculizou não estava entre aqueles que haviam sido pagos.

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 – 30/05/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Levi Machado de Oliveira insurge-se contra a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por *danos morais e materias* decorrentes da atuação dos servidores da Receita Federal de Cuiabá no Processo Administrativo Fiscal 10183.004262/99-82, de restituição de indébito tributário.

Aduz, em síntese, o seguinte: que em 30/04/1994 adquiriu do Sr. Primo Volpato uma área de terras denominada Fazenda Pau D´arco, situada no município de Juara/MT e que após a transação, compareceu perante a Receita Federal e quitou os valores decorrentes do

ITR, fazendo-o, porém, em nome do antigo proprietário. Alega, ainda, que posteriormente, notou que havia efetuado pagamento a maior, ocasião em que solicitou a restituição do indébito, também em nome do antigo proprietário Primo Volpato. Aduz que, não obstante a concordância do antigo proprietário para que os valores fossem devolvidos diretamente para o autor, a Receita Federal procedeu à devolução diretamente para aquele, ignorando direito líquido e certo do recorrente.

Alega o recorrente, ademais, que a existência do débito e a conseqüente impossibilidade de obtenção de certidão de regularidade fiscal negativa lhe proporcionaram ainda diversos constrangimentos, ensejando-lhe também a indenização por danos morais.

Contra-razões apresentadas fls.238/240.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: —
Sem razão o recorrente.

Inicialmente quanto à pretensão de dano material, verifica-se que não há legação entre a conduta da Administração e possíveis danos materiais que o autor tenha sofrido em razão da repetição de indébito feita em nome do antigo proprietário. Mesmo porque, não há nenhum fator impeditivo para que o vendedor do imóvel, em nome de quem o tributo fora restituído o indébito, procedesse a sua devolução ao autor.

Nesse aspecto, correta a sentença de primeiro grau que considerou o autor terceira pessoa estranha ao fisco.

Quanto ao dano moral, inicialmente importa descrever em resumo sua definição no sentido de que dano moral é 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.

A partir de tal definição e analisando as provas anexadas aos autos, verifica-se que, em nenhum momento, o autor efetivamente comprovou a existência de dano moral. E compete ao autor a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. Na indenizatória, a certeza há de vir na tríplice realidade: do dano, da culpa e do nexo de causalidade e a ausência de qualquer deles impede o sucesso do postulante na batalha judicial.

Mais uma vez, no caso em foco, a conduta da Administração não teve conexão com suposto dano que o autor alega ter sofrido, haja vista que a Certidão Negativa de Débito, solicitada pelo recorrente, encontrou empecilho em outro débito de ITR, não tendo relação com os débitos pagos em razão da transação envolvendo o imóvel.

Posto isto, entendo que no presente caso não configurou qualquer dano, nem de natureza material nem de natureza moral à parte autora.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvinimento, 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).

É como voto.

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

Progressão funcional nas carreiras do magistério superior. Tempo de serviço no exercício de mandato eletivo. Contagem para promoção por merecimento. Art. 38, IV, da CF/1988.

A progressão ou promoção de um nível para outro imediatamente superior dentro da mesma classe se realiza por critério de merecimento, já que se leva em conta, além do aspecto temporal, um procedimento de avaliação de desempenho global do docente. De fato, não resta autorizada a progressão nas carreiras de magistério exclusivamente fundada no decurso de tempo ou na antiguidade.

Nos termos do art. 38, IV, da CF/1988 e do art. 102, V, da Lei 8.112/1990, por expressa vedação legal, o tempo de serviço no exercício de mandato eletivo não é contado para fins de promoção por merecimento. Assim, o tempo de afastamento do autor para exercer o mandato de deputado estadual não pode ser computado para efeito de progressão funcional na carreira do magistério, que se dá por avaliação de desempenho, tendo em vista a impossibilidade de sua realização durante o período em que o docente esteve afastado para o exercício do mandato eletivo.

AC 1998.39.00.011774-3/PA

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada) – 1ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 09/06/2008

Publicação: 10/06/2008

Militar temporário. Reengajamento. Parecer favorável. Ato discricionário da Administração. Relação estatutária. Inaplicabilidade de normas de direito privado.

O ato administrativo que concede ou não o reengajamento aos militares temporários — que não gozam de estabilidade —, está sujeito a juízo de discricionariedade por parte da Administração militar, que se orienta por critérios próprios de conveniência e oportunidade.

Não se pode vislumbrar na conduta da Administração qualquer ofensa aos direitos dos militares que foram licenciados do serviço militar ao cabo do período de reengajamento anteriormente concedido, mesmo diante do parecer favorável à renovação do vínculo.

O documento intitulado “reconhecimento prévio do direito à estabilidade”, não pode ser classificado como contrato bilateral, inominado e de execução sucessiva de reconhecimento prévio do direito à estabilidade, como pretendido pelos apelantes, porque possui a natureza de mero parecer administrativo favorável à concessão de reengajamento em relação aos militares ali elencados, não sendo capaz de gerar obrigações entre as partes, tampouco vinculá-las.

A adoção do sistema contratual do direito privado, que disciplina a relação entre particulares, mostra-se incabível na presente causa, na medida em que não tem o servidor público, seja ele civil ou militar, direito adquirido à manutenção de determinado estatuto ou regime jurídico, sendo indiscutível, na doutrina ou na jurisprudência, que a Administração não firma contrato com seus servidores, mas estabelece, unilateralmente, regime estatutário legal, motivo por que pode, por meio de lei superveniente, alterar as condições de serviço e remuneração, valendo-se da discricionariedade de sua atuação.

AC 2000.37.01.000075-8/MA

Rel.: Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado) – 2ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 30/05/2008

Publicação: 02/06/2008

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Captura de senhas de contas bancárias pela internet. Usuário. Pishing.

O pressuposto de garantia da ordem pública, como fundamento de manutenção da prisão preventiva, mostra-se presente quando resta evidenciado que o réu desempenha a função de “usuário” na quadrilha, e que, mesmo não detendo conhecimentos de informática necessários à produção dos vírus distribuídos através das contas de *e-mails* na internet, opera os programas desenvolvidos para captura das senhas de contas correntes de usuários de instituições bancárias (*pishing*). Além disso, ameaças veladas e intimidação psicológica dirigida a co-investigados, no sentido de revelarem os depoimentos prestados à Polícia Federal, denotam a necessidade de segregação cautelar do réu por conveniência da instrução criminal.

RcCr 2007.33.05.000755-9/BA

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 05/06/2008

Publicação: 06/06/2008

Ação de improbidade. Nepotismo. Gradação das sanções.

Não é moral nem ético o juiz nomear, ou indicar, o companheiro para trabalhar em seu gabinete.

Deve haver gradação na aplicação das sanções, levando-se em conta a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido. Pode-se, assim, aplicar uma ou mais sanções.

AC 2004.41.00.001337-0/RO

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 19/06/2008

Publicação: 20/06/2008

Hospital universitário. Interrupção de tratamento quimioterápico por falta dos medicamentos. Risco de morte. Direito à saúde. Garantia constitucional. Lei 8.080/1990.

O direito à saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080/1990 é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º). Portanto, correta a sentença ao determinar o imediato fornecimento dos medicamentos essenciais à continuidade do tratamento quimioterápico da impetrante, que teve seu tratamento de saúde suspenso na rede pública de saúde.

AMS 2002.34.00.026991-3/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 19/06/2008

Publicação: 20/06/2008

Usufruto do bem. Direito de propriedade. Privação. Indenização.

Constitui direito do proprietário o usufruto do bem. Privado do direito de habitar o imóvel adquirido, o único que possui, deve ser indenizado. Caso em que os autores adquiriram imóvel da União, através de financiamento habitacional, mas o referido bem somente lhes foi entregue, injustificadamente, 7 (sete) meses após a aquisição, sendo forçados a despender a quantia de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) mensais, em pagamento de aluguel de imóvel para residir, durante o período de espera.

AC 2000.01.00.016998-2/DF

Rel.: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado) – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 06/06/2008

Publicação: 09/06/2008

Responsabilidade civil. Cobrança de dívida. Valor excessivo. Ambiente de trabalho. Danos morais.

Pedido de indenização por danos morais em razão de cobrança feita no local de trabalho do autor — em frente ao seu chefe e a um colega —, de débito decorrente do não encerramento de conta corrente junto à CEF, em valor bem superior ao que era efetivamente devido. Mesmo que se leve em conta que a situação foi rapidamente resolvida

(quarenta minutos), não há como desconsiderar o fato de que a cobrança ocorreu no local de trabalho do autor, diante de colegas, motivo suficiente para majorar a indenização de R\$ 800,00 para R\$ 3.000,00.

AC 2005.38.04.003343-7/MG

Rel.: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 06/06/2008

Publicação: 09/06/2008

Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Inclusão em “lista negra” elaborada pela ANP e publicada na internet.

Afigura-se legítima a atuação da ANP, visto que realizada no raio de sua competência legal e no exercício regular do seu poder-dever de fiscalização e de informação aos consumidores do produto fiscalizado. Ademais, o direito à reparação por dano moral sob o fundamento de que se afigura indevida a inclusão do nome do autor na lista de “Postos Revendedores Autuados e/ou Interditados por Qualidade de Combustíveis”, publicada na rede internacional de computadores (internet), reclama a comprovação do efetivo prejuízo sofrido pela empresa apelante, hipótese não caracterizada nos autos, em que o suplicante se limitou a anexar *e-mail* noticiando a existência de lista de postos autuados por vender gasolina adulterada.

AC 2004.34.00.022796-1/DF

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 20/06/2008

Publicação: 23/06/2008

Estatística

JUNHO/2008

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	7
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	15
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	68
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	136
Despachos Diversos (Asret)	27
Decisões Diversas (Asret)	17
Recurso Especial Adesivo Inadmitido (Asret)	1
Decisões em Plantão (Asret)	5
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	7
Suspensão de Segurança Indeferida (Asret)	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	7
Embargos de Declarações Rejeitados (Asret)	2
Recursos Extraordinários Eletrônicos Encaminhados ao STF Via Corec (Asret)	4
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	3
Memorandos Expedidos (Asret)	6
Ofícios Expedidos (Asret)	2
Despacho Diverso (Corej)	1
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	4
Informações Prestadas à AGU (Secre)	6
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	88
Atos (Secre)	68
Portarias (Secre)	13
Ofícios (Secre)	105
TOTAL	593

Dados fornecidos pela Asret, Corej e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	162
Recursos Especiais Inadmitidos	51
Recursos Extraordinários Inadmitidos	7
Decisões Diversas	11
Despachos	163
Acordãos (Relator)	3
Votos Desempate	8
Ofícios no Exercício da Presidência	24
Processo Sobrestado	72
Processos Administrativos	2
TOTAL	503

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	1.459
Processos Remetidos à ASVIP	341
Processos Remetidos à ASRET	627
Processos Remetidos ao STF	90
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	12
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	4
Processos Remetidos ao STJ	574
Processos Recebidos do STJ	936
Processos Recebidos do STF	232
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	709
Processos Sobrestados na COREC	6.556
Agravos Processados	332
TOTAL	11.872

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	47
Recursos Inadmitidos	161
Despachos Diversos	18
TOTAL	226

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

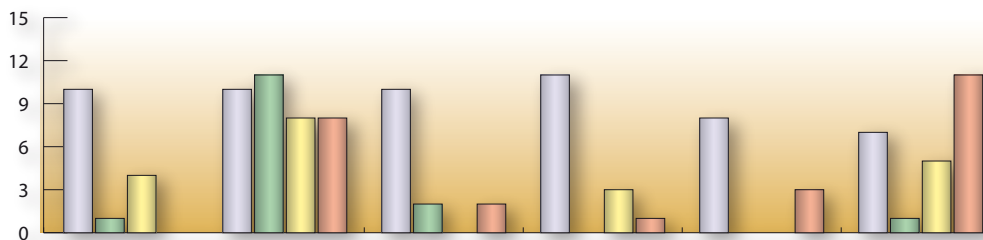
Recursos Admitidos	139
Recursos Inadmitidos	39
Despachos Diversos	33
TOTAL	211

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – JUNHO/2008

1ª Seção

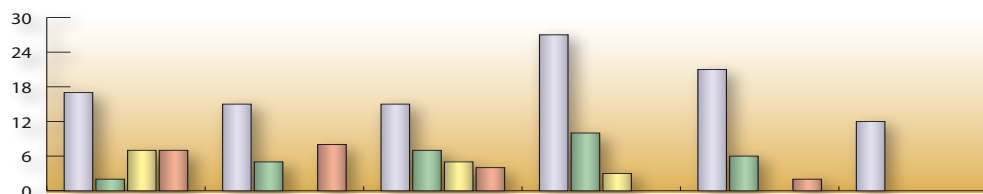
Desembargador Federal
Presidente: Antônio
Ezequiel da Silva



	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuz Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	10	10	10	11	8	7
Desp. Term. Publicados	1	11	2			1
Julgados	4	8		3		5
Acórdãos Publicados		8	2	1	3	11

2ª Seção

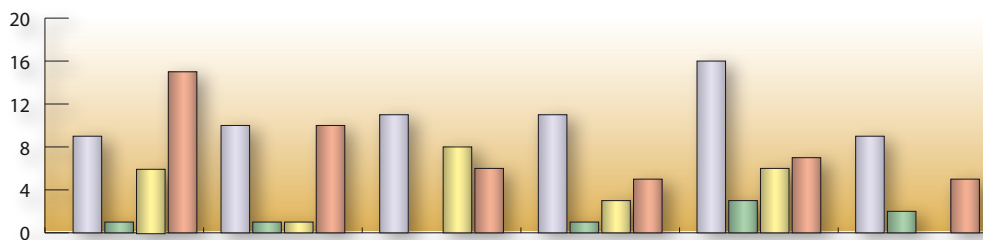
Desembargador Federal
Presidente: Antônio
Ezequiel da Silva



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	17	15	15	27	21	12
Desp. Term. Publicados	2	5	7	10	6	
Julgados	7		5	3		
Acórdãos Publicados	7	8	4		2	

3ª Seção

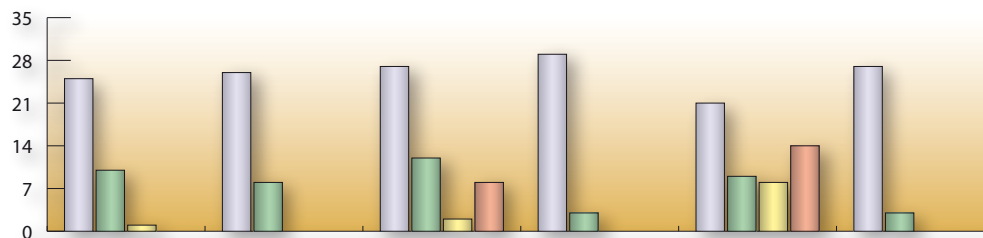
Desembargador Federal
Presidente: Antônio
Ezequiel da Silva



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	9	10	11	11	16	9
Desp. Term. Publicados	1	1		1	3	2
Julgados	6	1	8	3	6	
Acórdãos Publicados	15	10	6	5	7	5

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Antônio
Ezequiel da Silva

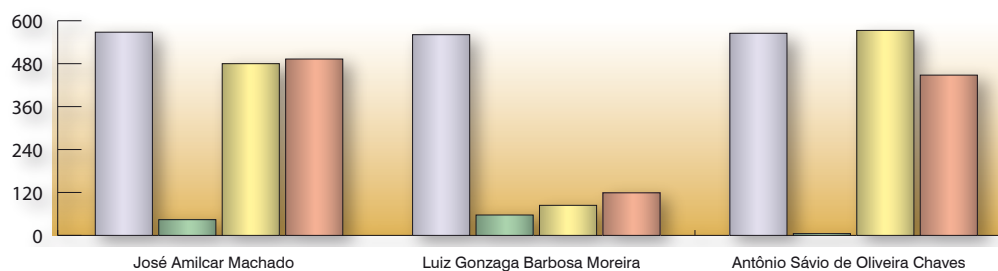


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Carlos Olavo	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	25	26	27	29	21	27
Desp. Term. Publicados	10	8	12	3	9	3
Julgados	1		2		8	
Acórdãos Publicados			8		14	

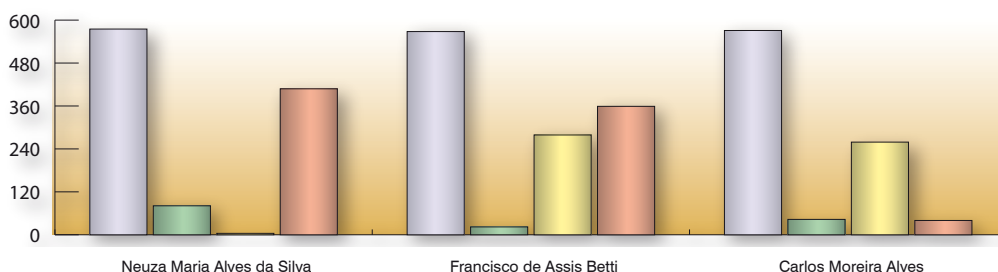
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JUNHO/2008

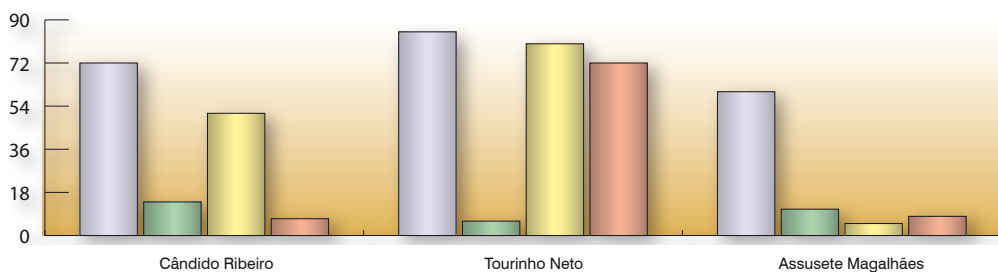
1ª Turma



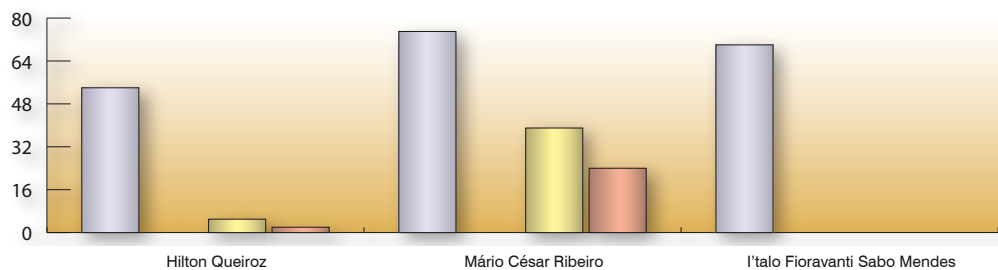
2ª Turma



3ª Turma

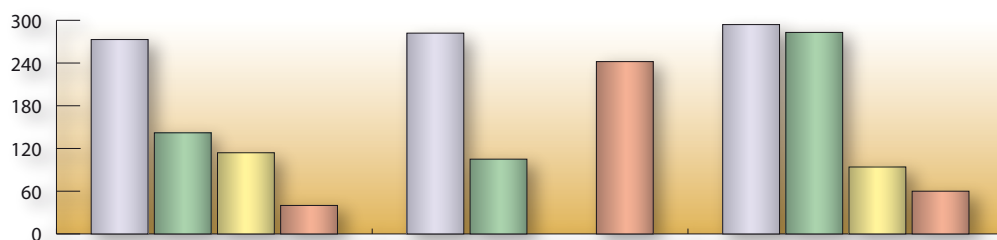


4ª Turma



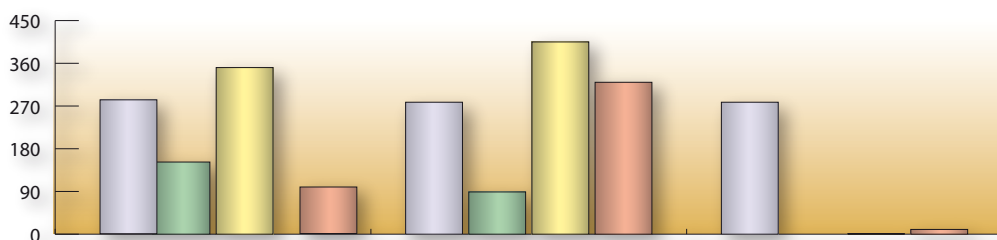
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JUNHO/2008

5ª Turma



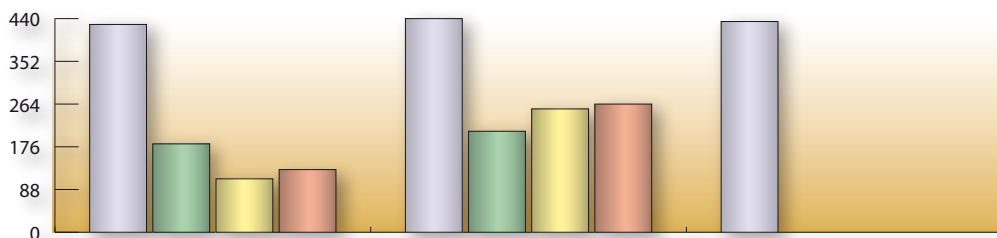
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	273	282	294
Desp. Term. Publicados	142	105	283
Julgados	114		94
Acórdãos Publicados	40	242	60

6ª Turma



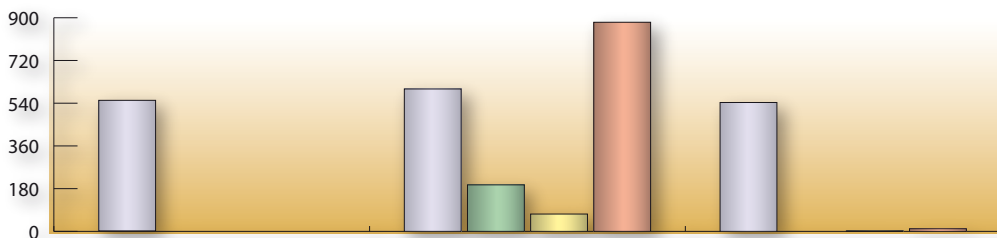
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	282	278	278
Desp. Term. Publicados	152	89	
Julgados	351	405	1
Acórdãos Publicados	98	320	10

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Carlos Olavo
Distribuídos	428	440	434
Desp. Term. Publicados	182	208	
Julgados	110	254	
Acórdãos Publicados	129	264	

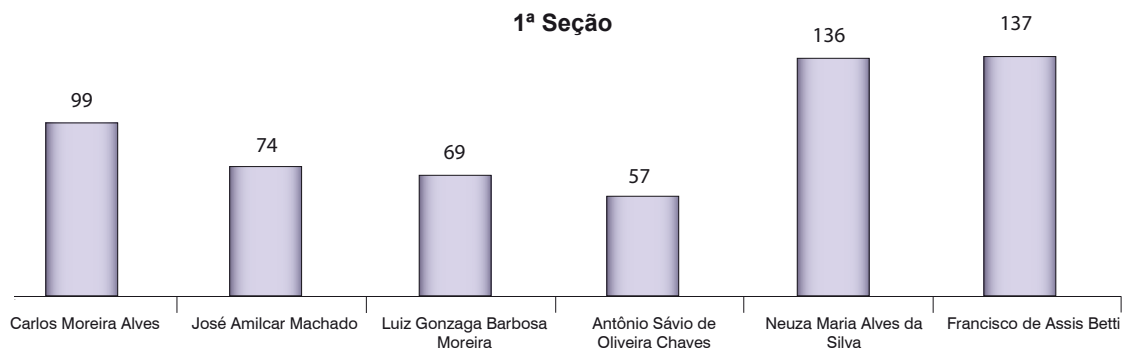
8ª Turma



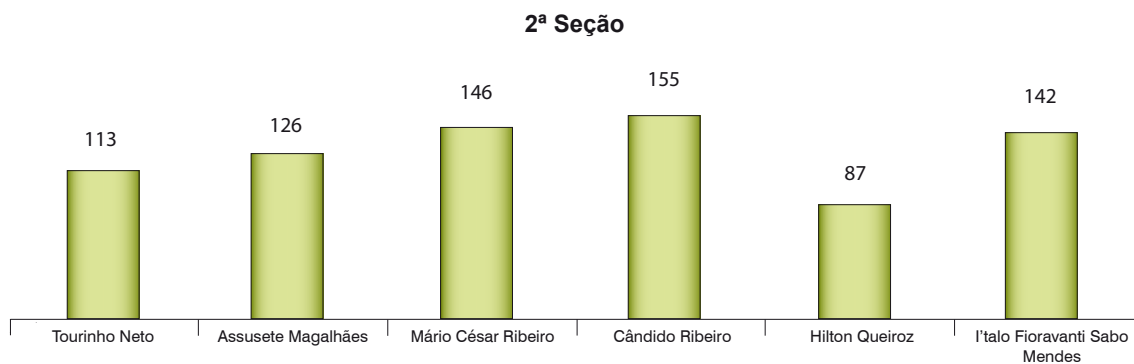
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	429	450	431
Desp. Term. Publicados		154	
Julgados		359	2
Acórdãos Publicados	1	842	2

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – JUNHO/2008

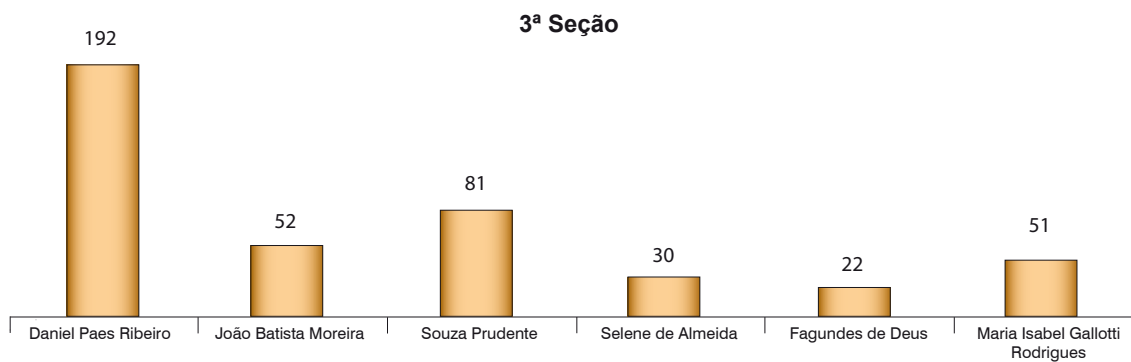
1ª Seção



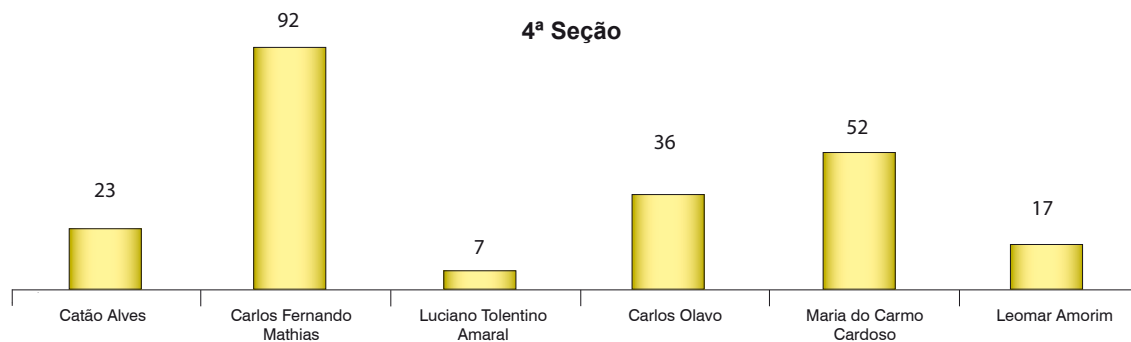
2ª Seção



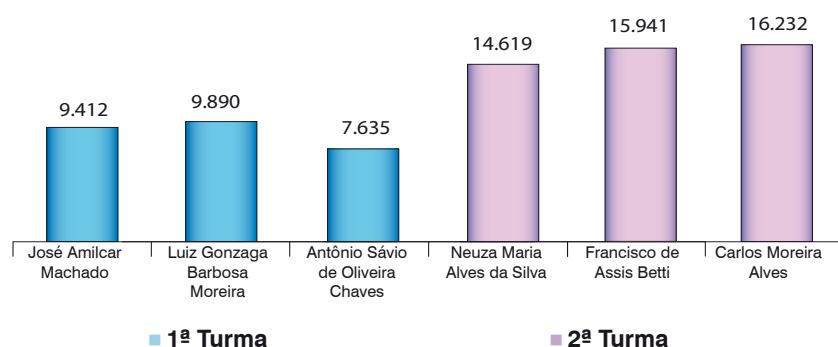
3ª Seção



4ª Seção



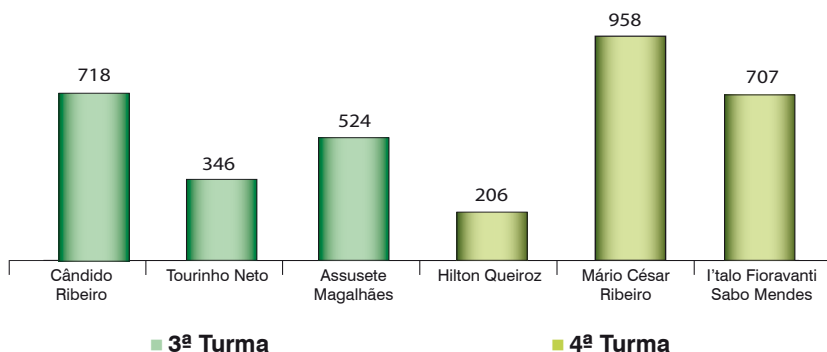
PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – JUNHO/2008



COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

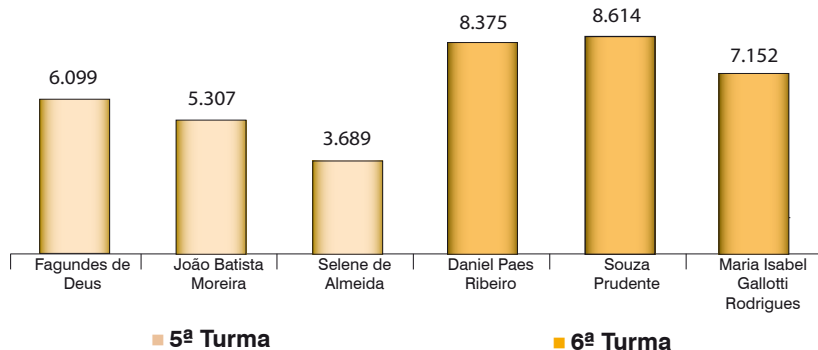
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- 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.



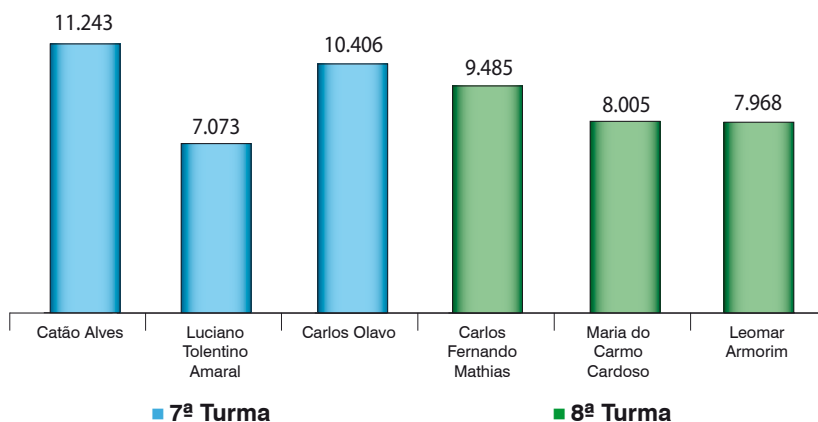
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.



À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação e contratos administrativos;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.



À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – preços públicos;
- VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
- IX – questões de direito financeiro.

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção		2	27
	7ª Turma			43
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma	1	287	132
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma		200	71
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma	1	83	35
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma		243	272
César Cintra Fonseca	3ª Turma		3	1
Cleberon José Rocha	2ª Turma		2	1
	4ª Seção	1	5	3
	8ª Turma	115	216	
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção		14	5
	6ª Turma	115	200	99
Evaldo de Oliveira Fernandes Filho	3ª Turma			1
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção		2	6
	7ª Turma	16	37	91
Guilherme Mendonça Doehler	4ª Seção	4	12	11
	7ª Turma	180	706	303
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	29	221	268
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção	3	5	
	1ª Turma	90	398	46
Jaiza Maria Pinto Fraxe	3ª Turma		1	1
João Carlos Costa Mayer Soares	6ª Turma		62	10
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			49
Klaus Kuschel	4ª Turma	1	24	31
Leão Aparecido Alves	4ª Seção	3		7
	8ª Turma	48	1	81
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma	1	2	10
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção		8	2
	5ª Turma	26	219	137
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	1	19	46
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma		2	
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			2

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma			1
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção		9	8
	4ª Turma	5	74	68
Osmane Antonio dos Santos	5ª Turma		1	
	4ª Seção	2	7	2
	8ª Turma	208	374	216
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma	90	380	
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		1	1
	7ª Turma	2	190	78
Reynaldo Soares da Fonseca	2ª Seção		1	
	3ª Turma	12	14	7
Roberto Carvalho Veloso	4ª Seção			1
	8ª Turma			16
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	2	8	13
	4ª Turma	4	95	74
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª seção		2	
	1ª Turma	10	110	47
Sônia Diniz Viana	1ª Turma	6	109	25

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		1	124
Carlos Olavo	2ª Seção	1		
José Amílcar Machado	4ª Seção	1		

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.